



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Dottorato di Ricerca in Giurisprudenza

Ciclo XXXI

**LA FAMIGLIA IN SENSO GIURIDICO  
DOPO LA RIFORMA DELLA FILIAZIONE:  
IL MODELLO ITALIANO NELL'AMBITO DELLA  
TRADIZIONE GIURIDICA OCCIDENTALE**

**Coordinatore:** Chiar.mo Prof. Roberto Kostoris

**Supervisore:** Chiar.mo Prof. Federica Giardini

**Dottorando:** Giulia Binato

*Alle mie famiglie.*

**LA FAMIGLIA IN SENSO GIURIDICO  
DOPO LA RIFORMA DELLA FILIAZIONE:  
IL MODELLO ITALIANO NELL'AMBITO  
DELLA TRADIZIONE GIURIDICA OCCIDENTALE**

**INDICE SOMMARIO**

<b>ABSTRACT</b>	5
<b>INTRODUZIONE</b>	6
<b>CAPITOLO 1: LA FAMIGLIA NELLA TRADIZIONE GIURIDICA OCCIDENTALE</b>	
1.1 La famiglia come realtà sociologica.....	8
1.2 L'evoluzione della famiglia in Occidente: “de-patriarcalizzazione” e pluralismo familiare.....	13
1.3 Unita nella diversità: dalle famiglie di <i>civil law</i> e <i>common law</i> ad una tradizione giuridica occidentale.....	19
<b>CAPITOLO 2: LA FORMAZIONE DELLA REGOLA GIURIDICA IN MATERIA FAMILIARE E LA DELIMITAZIONE DELL'INDAGINE COMPARATISTICA</b>	
2.1 La formazione della regola giuridica nel diritto di famiglia contemporaneo: la dimensione transnazionale e pluralista.....	28
2.2. La teoria dei formanti e la circolazione dei modelli giuridici.....	33
2.3 L'internazionalizzazione dei diritti umani: il ruolo della giurisprudenza e i principi rilevanti in materia familiare.....	41
2.3.1 Il principio del preminente interesse del minore o “ <i>best interest of the child</i> ”.....	50
2.3.2 Il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.....	54
2.4 Pluralismo, comparazione e influenza del diritto straniero nella formazione della regola giuridica.....	59

2.5 Famiglia ed identità nazionale: convergenza dei diritti di famiglia in Occidente o resistenze culturali all'armonizzazione?.....	67
2.6. Indagine comparatistica e ordinamenti presi in considerazione.....	82

### **CAPITOLO 3: L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA IN EUROPA**

3.1 Istituzioni europee e diritto dei singoli ordinamenti europei: la famiglia ed il diritto dell'Unione Europea.....	88
3.2 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamenti nazionali: l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.....	103
3.3 I c.d. piani "orizzontale" e "verticale" dei rapporti familiari.....	116
3.4 Il rapporto tra famiglia e testi costituzionali: principi ordinamentali fondamentali e tutela del nucleo familiare.....	121
3.5 Il c.d. "piano orizzontale" della famiglia: la tutela delle relazioni di coppia tra adulti.....	130
3.6 Il c.d. "piano verticale" della famiglia: lo <i>status</i> dei figli e le regole di attribuzione della genitorialità .....	145
3.7 Le responsabilità di cura del minore: la responsabilità genitoriale e gli istituti equivalenti.....	164
3.8 La gestazione per altri e la circolazione degli <i>status</i> familiari formatisi all'estero.....	171

### **CAPITOLO 4: L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA NEGLI ORDINAMENTI DI COMMON LAW**

#### **4.1 La famiglia in senso giuridico nel diritto inglese.**

4.1.1 <i>Best interest of the child</i> e <i>status</i> dei figli.....	185
4.1.2 Genitorialità e attribuzione della responsabilità genitoriale.....	189
4.1.3 Caratteri e attribuzione della responsabilità genitoriale.....	197
4.1.4 Famiglia in senso giuridico e tutela dei rapporti di coppia: coppie eterosessuali e coppie omosessuali.....	201
4.1.5 Diritto privato internazionale e riconoscimento dei provvedimenti sullo <i>status</i> delle persone.....	205

\*\*\*

## 4.2 La famiglia in senso giuridico in Irlanda.

4.2.1. La tutela della famiglia nella Costituzione irlandese.....	208
4.2.2. La tutela delle coppie dello stesso sesso e l'ampliamento referendario del matrimonio <i>same-sex</i> : nuove prospettive di interpretazione costituzionale della famiglia .....	211
4.2.3 La famiglia extra-matrimoniale: rigidità o flessibilità della Costituzione?.....	217
4.2.4 Tutela della filiazione e riforme in attesa di attuazione .....	220
4.2.5 <i>Status filiationis</i> e modalità di attribuzione della responsabilità genitoriale.....	223

\*\*\*

## 4.3. La famiglia in senso giuridico in Canada.

4.3.1 Il sistema federale canadese: la ricostruzione della dimensione giuridico-familiare in Canada.....	229
4.3.2 Il ruolo della giurisprudenza nel riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'art. 15 della <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> ed il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale.....	234
4.3.3 La tutela giuridica delle relazioni extra-matrimoniali: il caso del Québec.....	239
4.3.4 Filiazione e genitorialità in Canada: l'uguaglianza di <i>status</i> tra i figli e i profili applicativi del <i>best interest of the child</i> .....	246
4.3.5 Le c.d. <i>multiple-parents families</i> ed il superamento del paradigma bi-genitoriale in British Columbia e Ontario.....	255

## CAPITOLO 5: L'EVOLUZIONE DELLA FAMIGLIA IN SENSO GIURIDICO IN ITALIA

5.1. La Costituzione e l'evoluzione del diritto di famiglia italiano.....	271
5.2 La Riforma italiana della filiazione: l'unicità dello <i>status</i> di figlio e problemi interpretativi a margine della riforma.....	280
5.3 La filiazione in Italia: le regole di attribuzione della genitorialità nella procreazione naturale e nei casi di adozione e procreazione medicalmente assistita.....	289
5.4. I caratteri della responsabilità genitoriale.....	304
5.5. La dimensione dei rapporti di coppia ed il loro carattere familiare: la legge n. 76/2016 sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto.....	310

5.6.1 Formante giurisprudenziale e nozione di famiglia: l'adozione in casi particolari di cui alla legge 183/1984.....	328
5.6.2. Il problema del riconoscimento degli <i>status</i> familiari formatisi all'estero: l'ordine pubblico nella giurisprudenza di legittimità e i diritti del minore .....	344
<b>CONCLUSIONI</b>	357
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	365

## ABSTRACT

Nell'ambito della tradizione giuridica occidentale, la nozione di famiglia in senso giuridico sta subendo progressivi mutamenti. Anche a fronte di esiti simili, le modalità di tale evoluzione possono differire notevolmente. La ricerca mette in luce le evoluzioni del diritto di famiglia in alcuni ordinamenti occidentali, analizzando la *ratio* degli ampliamenti intervenuti ed evidenziando il formante a cui sono riconducibili. Lo studio muove dall'ipotesi che la Riforma della Filiazione italiana abbia un ruolo centrale nell'ampliamento della nozione di famiglia in senso giuridico nel nostro ordinamento. Esso mira dunque all'approfondimento dell'estensione raggiunta dalla nozione di famiglia in senso giuridico nell'ordinamento italiano, attraverso la collocazione del modello familiare italiano nell'ambito dei modelli riconducibili alla tradizione giuridica occidentale.

Within Western legal tradition family is evolving. The evolution of family law follows separate paths in each legal system and may bring to different result. This research explores the evolution of family in a legal sense in a selection of western legal systems. Therefore, it exams the laws that recognized new family forms in the past years, by enlightening the role of legal formants in the widening of the legal notion of family. This comparative study aims at understanding the consequences of the Italian Reform on Filiation on the broadening of family in a legal sense.

## INTRODUZIONE

Tra gli anni Trenta e Cinquanta del Novecento, Hannah Arendt scrive una quarantina di saggi dedicati al tema della comprensione, compendati in una raccolta dal titolo “*Essays in Understanding*”. Il pensiero dell’illustre scrittrice del Novecento spazia tra tematiche apparentemente molto disparate: società, attualità, psicologia, cultura, filosofia, politica e letteratura. La ricorrente trattazione del tema in via multidisciplinare non è solo l’esponente di spunti nascenti da interessi diversificati di studio, ma è atta a restituire l’esigenza di separare la conoscenza di un oggetto dalla comprensione dello stesso.

Per Arendt infatti la comprensione è un processo complesso, che si estende oltre l’acquisire informazioni corrette e l’averne una conoscenza scientifica: “*Conoscenza e comprensione non sono la stessa cosa, ma sono interconnesse. La comprensione si basa sulla conoscenza e la conoscenza non può procedere senza una disarticolata comprensione preliminare. [...] La comprensione precede e succede la conoscenza. La comprensione preliminare, che è alla base della conoscenza, e la vera comprensione, che la trascende, hanno in comune questo: rendono la conoscenza significativa*”<sup>1</sup>.

Le pagine che seguono sono il frutto di un triennio di studi dedicato alla comprensione del punto di incontro tra diritto e affetti: la famiglia. Domandarsi cosa costituisca famiglia oggi per il diritto italiano significa interrogarsi sull’intersezione tra l’estensione raggiunta dalla famiglia nella realtà sociale ed i limiti che l’ordinamento giuridico pone all’investitura giuridica della “società naturale”<sup>2</sup> per eccellenza.

Per tale motivo, questo studio parte da considerazioni che attengono alle scienze sociali e dal concetto di tradizione giuridica occidentale. Si concentra poi sull’elemento della normatività ed analizza la formazione della regola giuridica ed i fattori che incidono sull’esistenza di principi universali e discipline similari nella materia familiare in Occidente. Si tratta, dunque, di un percorso multidisciplinare, per il cui tramite si evidenziano una serie di elementi in cui radica la tensione tra unità e diversità all’interno dei sistemi giuridici occidentali. Una tensione che si vedrà quanto mai accentuata nel diritto di famiglia, storicamente ritenuto uno dei settori ordinamentali maggiormente connessi a dimensioni valoriali “nazionali”.

---

<sup>1</sup> ARENDT H., *Understanding and Politics (The Difficulties of Understanding)*, in (ed. by) KOHN J., *Essays in Understanding. 1930-1954*, Schocken Books, 1994, p. 311.

<sup>2</sup> Così, l’art. 29 della Costituzione italiana.



La ricerca mette in luce le evoluzioni del diritto di famiglia in alcuni ordinamenti occidentali sotto il profilo delle loro modalità, analizzando la *ratio* degli ampliamenti intervenuti ed evidenziando il formante a cui sono riconducibili. Vengono esaminati sia il piano della tutela dei rapporti di coppia che la disciplina della filiazione, con riferimento all'instaurazione del vincolo, agli *status familiae* ed alle regole relative all'attribuzione delle responsabilità di cura del minore e dei connessi diritti e doveri. L'indagine comparatistica interessa alcuni ordinamenti dell'Europa continentale (Francia, Germania, Portogallo, Belgio, Olanda, Svezia, Finlandia, Danimarca e Norvegia) ed alcuni ordinamenti occidentali di *common law* (Inghilterra, Irlanda ed alcune Province del Canada, in particolare, British Columbia ed Ontario).

All'esito, ci si prefigge l'approfondimento dell'estensione raggiunta dalla nozione di famiglia in senso giuridico nell'ordinamento italiano, attraverso la collocazione del modello familiare italiano nell'ambito dei modelli riconducibili alla tradizione giuridica occidentale. Lo studio muove, infatti, dall'ipotesi che la Riforma della Filiazione italiana abbia un ruolo centrale nell'ampliamento della nozione di famiglia in senso giuridico nel nostro ordinamento. In virtù della rilevanza assunta nell'ordinamento italiano dallo *status filiationis*, parrebbe infatti configurarsi un'apertura alla riconduzione nell'alveo familiare di situazioni fattuali non coincidenti con il tradizionale nucleo bi-genitoriale ed eterosessuale, ad opera di formanti diversi da quello legislativo – *in primis* quello giurisprudenziale.

Diversamente, in altri ordinamenti della tradizione giuridica occidentale, l'estensione della tutela giuridica a nuove forme familiari apparirebbe demandata al riconoscimento legislativo espresso di nuovi modelli familiari. Ad esempio, tramite l'introduzione di istituti nuovi o l'aggiornamento degli istituti previsti dall'ordinamento che incidano direttamente sulla struttura familiare. Le modalità di ampliamento si caratterizzerebbero, in altre parole, per la circostanza di consentire sempre di risalire ad una precisa struttura della famiglia, definita dal formante legislativo, dotato dei caratteri idonei a garantire la certezza delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti.

L'analisi condotta mette dunque in luce l'interazione tra i formanti nell'estensione della nozione di famiglia in senso giuridico negli ordinamenti occidentali, tentando di ricostruire e le sfide che il diritto si trova ad affrontare nel dare agli affetti una “cornice”<sup>3</sup> che li confermi e stabilizzi.

---

<sup>3</sup> RODOTA' S., *Diritto d'amore*, Laterza, 2015, p. 145.

# CAPITOLO 1

## LA FAMIGLIA NELLA TRADIZIONE GIURIDICA OCCIDENTALE

**SOMMARIO:** *1.1 La famiglia come realtà sociologica. 1.2 L'evoluzione della famiglia in Occidente: "de-patriarcalizzazione" e pluralismo familiare. 1.3 Unita nella diversità: dalle famiglie di civil law e common law ad una tradizione giuridica occidentale.*

### 1.1 La famiglia come realtà sociologica.

Che cosa costituisce famiglia nelle società occidentali<sup>4</sup>?

La famiglia rappresenta un concetto intrinseco alla realtà di ogni singolo individuo e, in quanto tale, *"la parola famiglia è così usuale e riferisce ad un tipo di realtà così legato all'esperienza quotidiana che potremmo illuderci (...) di trovarci di fronte a un problema semplice"*<sup>5</sup>. In altri termini, ogni individuo nasce in una famiglia e guarda alla stessa come ad un dato fattuale<sup>6</sup>.

L'approccio classico della sociologia alla famiglia è quello che tende a vedere la stessa come istituzione (c.d. teoria istituzionale). Nelle scienze sociologiche il termine istituzione indica *"un insieme tendenzialmente coerente di elementi culturali – valori, simboli, regole, usanze – volto a soddisfare un bisogno sociale specifico, definendo e regolando i rapporti tra i membri del raggruppamento di cui è espressione e di questi con soggetti esterni"*<sup>7</sup>. In altre parole, la famiglia costituisce un'istituzione in quanto microcosmo culturale: un raggruppamento sociale caratterizzato in modo durevole - ben più a lungo della vita dei singoli componenti - da propri tratti e interessi.

La definizione come istituzione rappresenta in realtà l'incontro tra almeno due direttrici: l'idea che un raggruppamento sociale risponda a determinati bisogni e quella parallela che

---

<sup>4</sup> Si parta da una prospettiva più vicina alla quotidianità: cosa si ottiene digitando su Google, uno dei più famosi motori di ricerca del web, il termine famiglia? Innanzitutto, centotrentatremilioni di risultati. Il primo, il dizionario integrato nel motore di ricerca, offre immediatamente una definizione del sostantivo femminile in oggetto, come "nucleo sociale", rappresentato da "due o più individui che vivono nella stessa abitazione e, di norma, sono legati tra loro dal vincolo del matrimonio o da rapporti di parentela o di affinità".

<sup>5</sup> LÉVI-STRAUSS C., *Razza e storia e altri studi di antropologia*, Einaudi, 1967, p. 147.

<sup>6</sup> La famiglia *"ci viene data alla nascita e [...] va assunta come parte costitutiva del principio di realtà, [...] dentro il mondo della vita essa ci appare un livello gerarchico della realtà, un dato sistemico; in ogni caso, è il dato centrale che tiene in piedi la baracca del mondo sociale"* DONOLO C., *La famiglia come ossimoro*, in *Parolechiave*, Fascicolo 1, 2008, p. 19.

<sup>7</sup> CERI P., *Sociologia. I soggetti, le strutture, i contesti*, Laterza, 2007, p. 149.

- per raggiungerli - ricorra ad una regolamentazione che definisce - prendendo in prestito categorie giuridiche - diritti ed obblighi dei membri stessi.

Nell'approcciarsi alla famiglia sotto questa prospettiva risulterà dunque indispensabile definire quale sia l'esigenza a cui la stessa risponda ed individuare in quale ambito dell'umano si inserisca l'aspetto regolamentare.

Per la sociologia, la famiglia sarebbe innanzitutto intrinsecamente connessa alla dimensione della sessualità e della riproduzione biologica, a cui è legata a doppio taglio: essa è contemporaneamente il risultato di relazioni sessuali e regolamentazione delle stesse, con iscrizione di diritti e doveri alle posizioni nascenti tra i soggetti che, in virtù di queste, diventano tra loro "familiari"<sup>8</sup>.

Questo si porrebbe come primo aspetto "necessario" e comune a tutte le diverse tipologie familiari, accanto all'aspetto che dallo stesso deriva, cioè quello delle relazioni intergenerazionali<sup>9</sup>.

Nelle impostazioni moderne all'interno delle scienze sociali<sup>10</sup>, l'analisi di cosa costituisca famiglia parte generalmente da una constatazione, spesso vissuta come ostacolo all'opportunità del raggiungimento di una definizione unitaria della stessa: la famiglia rappresenta un concetto intrinsecamente noto a tutti, o, meglio ancora, tutti gli individui, interrogati su cos'è la famiglia, saranno in grado di fornire una risposta. Si tratta di una "loro" risposta. In altre parole, ognuno è portatore di quello che potremmo definire un "preconcetto"<sup>11</sup> circa cosa costituisca famiglia. Ciascuno conosce un possibile modello familiare - perché è in grado di portare perlomeno quello proprio di riferimento - ma

---

<sup>8</sup> Così il sociologo svedese Therborn: "*A family is always an outcome of sexual relations past or current: no sex, no family. But it is a regulator of sexual relations, determining who may, who must, and who must not, have sexual relations with whom*"; THERBORN G., *Between sex and power. Family in the world, 1900-2000*, Routledge, 2004, p. 1.

<sup>9</sup> Si tratta di un aspetto che lo stesso Therborn mette in luce negli studi condotti più recentemente, v. THERBORN G., *The Family Systems of the World: are they converging?*, in (ed. by) TREAS J., SCOTT J., RICHARDS M., *The Wiley Blackwell Companion to the Sociology of Families*, John Wiley and Sons, 2014, p. 4.

<sup>10</sup> Un'importante precisazione metodologica: il termine "scienze sociali" è frequentemente usato come sinonimo di sociologia, nonostante, come evidenzia Pietro Rossi le scienze sociali non costituiscano "una scienza, ma piuttosto una "famiglia" eterogenea di discipline che si sono formate in epoche differenti, e per rispondere a esigenze anch'esse differenti», v. ROSSI P., *Scienze sociali*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, 1997, cit., pp. 662-663. In questo scritto, ove non vi siano specificazioni differenti sugli studi scientifici a cui si fa riferimento (es. studi antropologici, storiografici...), ogni utilizzo del termine "scienze sociali" deve ritenersi come rimando alla sociologia.

<sup>11</sup> LEVIN I., TROST J., *Understanding the concept of Family*, in *Family Relations*, Vol. 41, no. 3, 1992, p. 348.

troverà serie difficoltà a concepire modelli diversi - non necessariamente diametralmente opposti - come tali. La natura familiare, dunque, rende il concetto così vicino all'individuo e ne facilita una visione estremamente personalizzata come generalizzata. In conseguenza, risulta complesso arrivare ad una definizione generale di cosa costituisca famiglia, che sia il quanto più comprensiva delle realtà concepite come familiari dalle diverse società diffuse nel mondo<sup>12</sup>.

Non è dunque risultato banale, nemmeno all'interno degli studi sociologici - meno legati al rigidismo formale rispetto al più ristretto campo del diritto - ricostruire la famiglia come fenomeno culturalmente radicato che è però anche prodotto umano e, in quanto tale, risponde a bisogni diversi a seconda della società di appartenenza<sup>13</sup>.

Effetto di tale ricostruzione è l'accettazione della prospettiva per cui l'istituto familiare non incontra un'unità definitoria e la presa di coscienza della sua scarsa specificità, nonché della varietà di esperienze familiari che caratterizzano la società contemporanea. Ciò porta ad evocare la famiglia come *“una vasta gamma di forme sociali primarie che presentano strutture relazionali assai diversificate e confini variabili da cultura a cultura”*<sup>14</sup> o come *“spazio insieme fisico, relazionale e simbolico”*<sup>15</sup> o, ancora, come *“luogo della solidarietà, della tradizione di valori da generazione a generazione, dell'accompagnamento e della cura dei membri fragili che si trovano al suo*

---

<sup>12</sup> Negli anni '90 i sociologi scandinavi Levin e Trost rilevavano come fosse indispensabile un approccio all'insegnamento agli studenti della realtà familiare in grado di partire dal loro paradigma di riferimento per scardinarne l'universalità e comprendere le realtà familiari diverse: *“We all have our own conceptualization of our own family and at the same time we believe that we know what family is and even what THE family is. Therefore, when teaching about family matters, it is essential to be aware of the apparent contradiction between personal perspectives and scientific knowledge”*; LEVIN I., TROST J., *Understanding the concept of Family*, in *Family Relations*, Vol. 41, no. 3, 1992, p. 348.

<sup>13</sup> In altre parole, le scienze sociali hanno dovuto affrontare la “sconnessione” della famiglia dall'ottica generalizzante di un paradigma etnocentrico, con riferimento al mondo occidentale quello del nucleo eterosessuale unito in matrimonio; CENSI A., *Famiglia e sociologia. Dai classici al pensiero contemporaneo*, Pearson Italia, 2014, p. 2.

<sup>14</sup> DONATI P., SCABINI E., *Nuovo lessico familiare*, Vita e Pensiero, 2002, p. 15.

<sup>15</sup> SARACENO C., *Sociologia della famiglia*, Il Mulino 1999.

*interno*<sup>16</sup>”. Si tratta di una serie di visioni che rischiano di astrarre la famiglia al punto di eliminarne qualsiasi concretezza<sup>17</sup>.

Si potrebbe dunque pensare che un primo passo risolutivo di un così complesso problema possa derivare da un approccio maggiormente legato all’osservazione concreta della realtà sociale, qual è quello della scienza statistica: parlare di famiglia richiederebbe dunque di effettuare una prima distinzione tra la c.d. famiglia di parentela (*family*) e la c.d. famiglia di censimento (*household*)<sup>18</sup>.

Anche questa prospettiva rivela tuttavia le sue lacune. A titolo esemplificativo, si considerino infatti le definizioni contenute nei glossari degli enti statistici nazionali italiano e statunitense.

Partendo dal sistema a noi più vicino, la distinzione effettuata dall’ISTAT è tra “famiglia” e “nucleo familiare”. La famiglia a fini di censimento si presenta come molto ampia, in quanto essa è considerata come “l’insieme delle persone coabitanti legate da vincoli di matrimonio o parentela, affinità, adozione, tutela o affettivi”. È invece maggiormente qualificata la nozione di “nucleo familiare”, da intendersi come “l’insieme delle persone che formano una coppia con figli celibi o nubili, una coppia senza figli, un genitore solo con figli celibi o nubili<sup>19</sup>”.

Si collocano su piani ben diversi – addirittura quasi inversi - le definizioni date dall’ufficio statistico federale degli Stati Uniti (*United States Census Bureau*). Il governo federale statunitense specifica, infatti, che “*family*” è una sottocategoria qualificata di “*household*” - che ha dunque due possibili sfaccettature, *family* e *non-family* - da intendersi come l’insieme delle persone che occupano un’unica unità abitativa come luogo abituale di residenza.

---

<sup>16</sup> Quest’ultima definizione nasce “dal giuridico” piuttosto che dal sociale, cioè dalla considerazione dell’immagine disegnata dal preambolo della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, che fa riferimento alla famiglia come “*unità fondamentale della società, ambiente naturale per la crescita ed il benessere di tutti i suoi membri, in particolare dei fanciulli*”, individuando nella famiglia l’ambiente nel quale il fanciullo deve crescere, *in un clima di felicità, di amore e di comprensione*, ai fini di *uno sviluppo armonioso e completo della personalità*; SPALLAROSSA M.R., *Il modello di famiglia: normativa vigente e prospettive di riforma nella dimensione delle “politiche sociali per le famiglie”*, in *Politica del diritto*, 2007, p. 243.

<sup>17</sup> Come ben evidenzia Maggioni: “*non si può sottacere che è difficile considerare questi enunciati come delle vere e proprie definizioni, nella misura in cui potrebbero essere applicate ad un numero indefinito, ma cospicuo di istituzioni sociali diverse dalla famiglia*”; MAGGIONI G., *La formazione delle famiglie. Sociologia del diritto di famiglia (prima parte)*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, Vol. 1, 2014, p. 2.

<sup>18</sup> CERI P., *Sociologia. I soggetti, le strutture, i contesti*, Laterza, 2007, p. 154.

<sup>19</sup> Le definizioni sono tratte dal glossario del censimento ISTAT del 2011, consultabile al link: [https://www.istat.it/it/files//2012/07/glossario .pdf](https://www.istat.it/it/files//2012/07/glossario.pdf) (ultimo accesso: 25.6.2018).

Tale gruppo di persone è considerato una famiglia a fini statistici se si tratta di persone “legate per nascita, matrimonio o adozione<sup>20</sup>”.

Ad un rapido sguardo, dunque, si percepisce come già solo un confronto tra le prospettive di questi due enti statistici riveli una discrepanza importante con riguardo all’oggetto degli studi. Da un lato, vi è una visione della famiglia inaspettatamente tradizionale (quella statunitense). Dall’altro, la famiglia appare come una realtà a più ampio respiro: pur costituendo una premessa ad un gruppo ristretto (quello di nucleo familiare), essa si rivela comunque circostanziata all’esistenza di un qualche legame qualificato, assente nell’accezione della c.d. *household* statunitense, che ben potrebbe essere “*non family*” e quindi costituita da un’unica persona o da persone che non presentano alcun legame “qualificato per il diritto” tra loro.

Anche l’analisi della terminologia utilizzata dagli studi statistici indica come opportuna – all’interno della prospettiva sociologica - la sospensione del tentativo di definire astrattamente la famiglia sotto una visione univoca e l’accettazione di una pragmatica presa d’atto che appare più opportuno parlare di famiglie al plurale, salvo poi effettuare lo sforzo di isolare dei “legami distintivi<sup>21</sup>” che consentano di individuare dei sotto-insieme più ristretti che rappresentano ipotesi di famiglie.

Una delle possibili costruzioni del concetto di famiglia passa dunque per la scomposizione in unità diadiche<sup>22</sup>, plausibili ed auto-evidenti: l’unità dei conviventi (*cohabitation unit*) e l’unità costituita da genitore-figlio (*parent-child unit*).

Con riferimento alla prima unità diadica, in alcune società sarà possibile distinguere tra convivenza coniugale e *de facto*; in alcune l’unità di coppia sarà necessariamente coniugale e l’unica riconosciuta; in altre ancora potrà aversi la coesistenza di una pluralità di legami coniugali. Avuto riguardo alla seconda unità diadica sarà eventualmente possibile spostare il *focus* a livello di nomenclatura come figlio-genitore (*child-parent unit*), qualora si voglia mettere in evidenza una maggiore propensione della società di riferimento alla tutela degli interessi del minore.

---

<sup>20</sup> Le definizioni di “*family*” ed “*household*” sono reperibili al sito ufficiale dello *United States Census Bureau*: <https://www.census.gov/topics/families/families-and-households/about/glossary.html> (ultimo accesso: 3.7.2018).

<sup>21</sup> MAGGIONI G., *La formazione delle famiglie. Sociologia del diritto di famiglia (prima parte)*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, Vol. 1, 2014, p. 3.

<sup>22</sup> LEVIN I., TROST J., *Understanding the concept of Family*, in *Family Relations*, Vol. 41, no. 3, 1992, p. 350.

Una concettualizzazione della famiglia in grado di comprendere al suo interno i diversi maggiori sistemi del mondo, dunque, è quella della famiglia come gruppo sociale consistente in almeno un'unità genitore-figlio o un'unità di conviventi<sup>23</sup>.

## 1.2 L'evoluzione della famiglia in Occidente: “de-patriarcalizzazione” e pluralismo familiare.

Nelle scienze sociali, la classificazione delle tipologie familiari - che porta all'individuazione di sistemi familiari e relativi sottosistemi - concentra l'attenzione sulle convenzioni che attengono alla scelta del coniuge e ai caratteri dell'istituto matrimoniale<sup>24</sup>, sulle regole che riguardano la discendenza, e sulle modalità della convivenza abitativa e composizione e struttura della famiglia<sup>25</sup>.

In virtù di tali distinzioni, è sociologicamente - e poi giuridicamente - possibile isolare, in corrispondenza di diverse società e culture, sistemi familiari molto diversi<sup>26</sup>. La famiglia

---

<sup>23</sup> L'imprescindibilità del carattere plurale e dunque la ricostruzione della famiglia come gruppo, appare anche nel diritto. Ad esempio, nel *Black's Law Dictionary* essa è alternativamente definita come: “1. a group of persons connected by blood, by affinity, or by law, especially within two or three generations. 2. a group consisted of parents and their children. 3. a group of persons who live together and have a shared commitment to a domestic relationship”; in DI NAPOLI E., *A Place Called Home: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2013, p. 905. Diverso, invece, nelle scienze statistiche, dove a fini di censimento un nucleo familiare può essere anche unipersonale e si tratta di un fenomeno in forte ascesa; cfr. CENSI A., *Famiglia e sociologia. Dai classici al pensiero contemporaneo*, Pearson Italia, 2014, p. 234.

<sup>24</sup> La scelta del coniuge può essere vincolata o libera. L'esercizio di tale libertà può comunque essere ristretto all'interno di un gruppo di soggetti individuati (famiglia endogamica) o rivolgersi verso l'esterno (famiglia esogamica). Storicamente, è inoltre più diffuso il modello poligamico che quello monogamico; v. THERBORN G., *The Family Systems of the World: are they converging?*, in (ed. by) TREAS J., SCOTT J., RICHARDS M., *The Wiley Blackwell Companion to the Sociology of Families*, John Wiley and Sons, 2014, p. 7.

<sup>25</sup> Le modalità di convivenza influenzano spesso la struttura familiare. Si parla di residenza neolocale quando la famiglia si localizza in un posto scelto dai coniugi, modello attuale del mondo occidentale che si contrappone alla famiglia patriarcale, la quale è appunto a residenza patrilocale. Qualora nello stesso luogo risiedano più famiglie, come è nel caso della residenza patrilocale, si parla di famiglia multipla, formata da più unità coniugali, diversamente di famiglia nucleare, formata solo da sposi e prole; CERI P., *Sociologia. I soggetti, le strutture, i contesti*, Laterza, 2007, p. 154-156.

<sup>26</sup> Le scienze sociali individuano sette diversi sistemi familiari. Accanto al sistema occidentale, si distingue, innanzitutto, il sistema familiare islamico. I territori dell'Asia e dell'Africa sono poi suddivisi in quattro sistemi familiari distinti, nati dalla commistione di diverse tradizioni culturali, spirituali e religiose. Infine, è isolato un sistema familiare anche per la cultura creola, nata dall'incontro/scontro tra la cultura europea e quella delle popolazioni indigene delle colonie; per tutti, v. THERBORN G., *The Family Systems of the World: are they converging?*, in (ed. by) TREAS J., SCOTT J., RICHARDS M., *The Wiley Blackwell Companion to the Sociology of Families*, John Wiley and Sons, 2014, p. 8 ss.



occidentale<sup>27</sup> (anche nota come cristiano-europea, in considerazione delle sue fondamenta storiche) si è caratterizzata storicamente per l'assetto monogamico e per l'insistenza sulla libertà di scelta del coniuge, con una diffusa tolleranza anche per la scelta di non contrarre matrimonio. Tipiche della cultura occidentale sarebbero inoltre la neolocalità e la circostanza di essere una società asimmetrica sotto il profilo dei generi, ma con una forma di patriarcato e maschilismo fragile<sup>28</sup>.

Se, come si è visto, la famiglia si prospetta in sé come entità dinamica, non solo nella capacità di presentarsi in plurime forme in un medesimo tempo storico, ma anche per una intrinseca capacità evolutiva, il diciannovesimo secolo rappresenta l'epoca di alcune svolte che hanno interessato in maniera trasversale i singoli sistemi familiari occidentali. Un insieme di "rivoluzioni sociali" - verificatesi su scala globale - avrebbe portato all'unico vero mutamento epocale della famiglia occidentale, cioè l'erosione definitiva della struttura patriarcale<sup>29</sup>, in origine comune a tutte le strutture sociali del Novecento<sup>30</sup>. Tali cambiamenti stravolgono anche l'assetto del diritto di famiglia ed affondano le radici in tre diversi periodi storici: intorno alla Prima Guerra Mondiale, dopo la Seconda Guerra Mondiale e nelle conseguenze del "Sessantotto"<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Si ritiene che all'interno delle famiglie facenti capo al sistema occidentale esista tutt'ora un sottosistema che distingue, da un punto di vista sociologico, gli ordinamenti dell'Europa dell'Est. Le divergenze hanno più a che vedere con il momento formativo della famiglia (ad esempio, l'età di accesso al matrimonio e la frequenza degli stessi) che con le regole attinenti alla struttura familiare in sé; v. ROTHENBACHER F., *Social Change in Europe and its Impact on Family Structures*, in (ed. by) EEKELAAR J., NHLAPO T., *The Changing Family*, Hart Publishing, 1998, p. 22.; v. anche THERBORN G., *The Family Systems of the World: are they converging?*, in (ed. by) TREAS J., SCOTT J., RICHARDS M., *The Wiley Blackwell Companion to the Sociology of Families*, John Wiley and Sons, 2014, p. 3 ss.

<sup>28</sup> Le donne sono infatti dotate di libertà e diritti che rendono l'asimmetria tra i generi molto più debole rispetto ad altri sistemi familiari: "Freedom to marry, or not, monogamy, neolocality, and bilateral descent and inheritance (even if unequal), each and all gave Western European women a much stronger hand than their sisters elsewhere"; THERBORN G., *The Family Systems of the World: are they converging?*, in (ed. by) TREAS J., SCOTT J., RICHARDS M., *The Wiley Blackwell Companion to the Sociology of Families*, John Wiley and Sons, 2014, p. 4.

<sup>29</sup> In tempi recenti, la dottrina ha tentato di evidenziare che molte delle innovazioni introdotte nei diritti di famiglia occidentali del XX secolo, non rappresentano l'apposizione di regole che storicamente non hanno conosciuto precedenti, ma la "novità" è piuttosto da riscontrare nella coesistenza di quelle stesse norme in uno stesso momento ed in uno stesso ordinamento; COONTZ S., *The world historical transformation of marriage*, in *Journal of Marriage and Family*, 2004, p. 974.

<sup>30</sup> THERBORN G., *Between sex and power. Family in the world, 1900-2000*, Routledge, 2004, p. 17.

<sup>31</sup> THERBORN G., *Between sex and power. Family in the world, 1900-2000*, Routledge, 2004, p. 73.



Il primo affronto alla struttura patriarcale – parte di un fenomeno progressivo a cui vi è chi ha fatto riferimento come “*de-patriarcalizzazione*”<sup>32</sup> - attiene alla natura del vincolo matrimoniale, che da indissolubile diviene terminabile anche in assenza di requisiti stringenti e senza che assumano rilevanza profili di colpa.

La libertà di scioglimento come “attributo del matrimonio”<sup>33</sup> nasce da una serie di iniziative localizzate, in particolare nei Paesi Scandinavi e nella Russia, già prima della Seconda Guerra Mondiale. Le riforme del diritto di famiglia in questione sono tuttavia animate da *ratio* differenti. I mutamenti della legislazione scandinava nascono infatti dalla volontà di rendere il matrimonio un istituto maggiormente ugualitario, rinforzando il principio consensuale nello scioglimento del vincolo ed eliminando il concetto di colpa nella rottura<sup>34</sup>. Le riforme del diritto di famiglia apportate dalla Rivoluzione Russa si caratterizzano invece per una deliberata volontà di attacco alla struttura patriarcale e per un’ideologia femminista *ante-tempore* legata all’ideologia marxista. Il diritto di famiglia russo tra il 1917 ed il 1926 è attraversato dunque da una serie di iniziative estremamente collisive con lo *status quo* del tempo. Non solo si eliminano i concetti di colpa nel divorzio e si promuove l’uguaglianza dei coniugi - anche con la neutralità di linguaggio e la libertà di scelta del cognome familiare, nonché con l’introduzione della custodia condivisa dei figli – ma si intende dare rilevanza giuridica alla convivenza di fatto<sup>35</sup>.

Il secondo atto di “*de-patriarcalizzazione*” dell famiglia in senso sociologico è connesso ad un’altra spinta proveniente dal mondo giuridico, stavolta successiva alla Seconda Guerra Mondiale. L’avvento del costituzionalismo e la formalizzazione dei diritti umani e dei principi fondamentali - su tutti il principio di uguaglianza ed il divieto di discriminazione, che hanno ricadute fondamentali sul riconoscimento delle forme familiari<sup>36</sup>.

La posizione privilegiata del matrimonio viene meno, infatti, non solo in virtù del rilassamento delle regole sul suo scioglimento, ma anche per l’aumentata considerazione riservata dal diritto alla convivenza di fatto, forma socialmente assunta dagli affetti in

---

<sup>32</sup> COONTZ S., *The world historical transformation of marriage*, in *Journal of Marriage and Family*, 2004, p. 974; THERBORN G., *Between sex and power. Family in the world, 1900-2000*, Routledge, 2004, p. 79.

<sup>33</sup> Così Glendon, che parla di “*free terminability as an attribute of marriage*”; GLENDON M.A., *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, 1989, p. 191.

<sup>34</sup> THERBORN G., *Between sex and power. Family in the world, 1900-2000*, Routledge, 2004, p. 80.

<sup>35</sup> THERBORN G., *Between sex and power. Family in the world, 1900-2000*, Routledge, 2004, p. 84.

<sup>36</sup> Cfr. *infra*, para 2.2.

maniera via via crescente<sup>37</sup>. La convivenza *more uxorio* è prima a lungo ignorata dal diritto<sup>38</sup>, tacciata come “concubinato<sup>39</sup>”, poi discriminata, ed infine de-sanzionata, fino a vedersi estendere gradualmente diritti previamente goduti esclusivamente dai coniugi<sup>40</sup>.

Il terzo atto di “allontanamento” della famiglia dalla struttura patriarcale – per parte della dottrina considerato anche quello veramente innovativo<sup>41</sup> - si compie invece con l'avvento globale dell'ideologia femminista e la conseguente messa in discussione della base sociale sessista. La strenua lotta al patriarcato francese messa in atto nel Sessantotto dagli studenti parigini porta il femminismo a consolidarsi come un'ideologia ed una

---

<sup>37</sup> NALDINI M., LONG J., *Geographies of Families in the European Union: A Legal and Social Policy Analysis*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2017, p. 94.

<sup>38</sup> La convivenza *more uxorio* è spesso considerata un fenomeno moderno, ma si tratta di una visione su cui incide la scarsa attenzione che gli storici le hanno riservato in passato. Negli ordinamenti di *common law*, il fenomeno delle unioni non maritali stabili ha avuto risonanza risalente, dando luogo alla diffusione del c.d. *common law marriage*. L'espressione indica una convivenza che, per le parti coinvolte, assume il valore di “matrimonio”, sulla base di una serie di circostanze concordanti: l'accordo tra le parti a vivere e trattarsi come coniugi; l'assunzione da parte della *common law wife* del cognome del “marito”; la considerazione alla stregua di coniugi nell'ambiente di riferimento. Il risultato dunque è la riconduzione degli effetti giuridici del matrimonio, pur in assenza della celebrazione dello stesso; BLACK'S LAW DICTIONARY, Thomas Reuters, 2009, p. 1061. Il *common law marriage* era estremamente diffuso nel Regno Unito prima dell'introduzione del matrimonio civile – avvenuta nel 1837 - e tornò ad avere una diffusione estremamente ampia - in considerazione delle terribili condizioni economiche - in corrispondenza della Prima guerra mondiale. Al punto che, quando il legislatore inglese prese coscienza dell'estensione del fenomeno, arrivò a riconoscere il pagamento del *Family Separation Allowance* - un contributo garantito ai familiari dipendenti dal soldato chiamato in guerra - alle *common law wives*; KIERNAN K., *Unmarried Cohabitation and Parenthood in Britain and Europe*, in *Law & Policy*, 2004, p. 34.

<sup>39</sup> L'attitudine del legislatore nei confronti delle coppie di fatto è storicamente sintetizzata da una famosa frase di Napoleone “*Les concubins ignorent la loi, la loi ignore donc les concubins*”, anche nota nella formulazione “*les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*”; BRADLEY D., *Regulation Of Unmarried Cohabitation In West-European Jurisdictions – Determinants Of Legal Policy*, in *International Journal Of Law, Policy and the Family*, 2001, p. 22.

<sup>40</sup> WILLEKENS H., *Long Term Developments in Family Law in Western Europe: an Explanation*, in (ed. by) EEKELAAR J., NHLAPO T., *The Changing Family*, Hart Publishing, 1998, p. 56.

<sup>41</sup> La parità tra i sessi, oggetto delle rivendicazioni femministe, apparirebbe come un tratto veramente esclusivamente “moderno” del diritto di famiglia occidentale. Storicamente, esistono esempi di società in cui l'autonomia femminile era abbastanza estesa. Nelle società guerriere, come Sparta, le donne godevano infatti di un elevato potere decisionale – di governo non solo della vita domestica, ma anche di quella politica - accentrato nelle loro mani durante le lunghe assenze degli uomini in guerra. In ogni caso, si tratta di un'autonomia giustificata proprio da una imposta diversificazione di ruoli, un concetto discriminativo rimasto intatto fino alla metà del XX secolo; WILLEKENS H., *Is Contemporary Western Family Law Historically Unique?*, in *Journal of Family History*, vol. 28, 2003, p. 92.

politica autonoma, con un'enorme potenziale dirompente in materia di sessualità e famiglia<sup>42</sup>.

Il diritto di famiglia rappresenta infatti uno dei campi in cui risultano in maniera più limpida le incursioni del femminismo, nonché la risposta politica delle istituzioni<sup>43</sup>. La lotta femminista, pur mantenendo una dimensione sempre trasversale delle rivendicazioni, è innanzitutto una lotta che si muove sul piano del lavoro<sup>44</sup>. Le politiche governative di molti Stati fino a poco dopo la Seconda guerra mondiale avevano amplificato la divisione sessuale del lavoro, mantenendo la dipendenza economica dall'uomo della donna, necessariamente relegata al lavoro domestico non retribuito. Entro la fine del secolo, tuttavia, le politiche sociali della gran parte degli Stati occidentali si orientano verso l'introduzione del ruolo della donna nel mondo del lavoro<sup>45</sup>, contribuendo a ridefinire la famiglia come nucleo egualitario.

L'ingresso massiccio delle donne nelle attività lavorative extra-domestiche non ha solo un riflesso diretto sulle scelte di vita familiari, ma anche e soprattutto sulla distribuzione delle risorse economiche all'interno della famiglia ed indirettamente sul ruolo del passaggio generazionale della ricchezza.

Sotto il profilo strutturale della famiglia occidentale, il cambiamento più drastico riguarda, infatti, la disconnessione tra matrimonio e filiazione<sup>46</sup>. La formazione della famiglia in Occidente ha infatti a lungo seguito una sequenza di eventi che includeva il passaggio obbligato tra matrimonio e procreazione<sup>47</sup>. Nella società moderna, nel momento in cui la

---

<sup>42</sup> GENOVESE A., *How to Write Feminist Legal History: Some Notes on Genealogical Method, Family Law and the Politics of the Present*, in (ed. by) KIRBY D., *Past Law, Present Histories*, ANU Press, 2012, p. 140.

<sup>43</sup> GENOVESE A., *How to Write Feminist Legal History: Some Notes on Genealogical Method, Family Law and the Politics of the Present*, in (ed. By) KIRBY D., *Past Law, Present Histories*, ANU Press, 2012, p. 144.

<sup>44</sup> ROTHENBACHER F., *Social Change in Europe and its Impact on Family Structures*, in (ed. by) EEKELAAR J., NHLAPO T., *The Changing Family*, Hart Publishing, 1998, p. 17. Tale aspetto può sembrare di scarso rilievo a fronte delle innovazioni dei diritti di famiglia, che a partire dagli anni Settanta, sembrano portare più marcatamente l'impronta delle rivendicazioni della libertà di scelta delle donne, quali gli interventi in materia di aborto. Esso ha invece corollari fondamentali.

<sup>45</sup> COOKE L. P., BAXTER J., "Families" in *International Context: Comparing Institutional Effects Across Western Societies*, in *Journal of Marriage and Family*, 2010, p. 516 ss.

<sup>46</sup> LAPPEGARD T., *Changing European Families*, in (ed. by) TREAS J., SCOTT J., RICHARDS M., *The Wiley Blackwell Companion to the Sociology of Families*, 2014, p. 20.

<sup>47</sup> La rescissione del nesso tra matrimonio e *status* di figlio ha un impatto fondante sulla struttura e la funzione della famiglia per il diritto, in quanto si ritiene che il concetto di legittimità fosse alla base della specialità dell'unione matrimoniale e del diritto di famiglia rispetto all'ambito contrattuale; WILLEKENS H., *Long Term Developments in Family Law in Western Europe: an Explanation*, in (eds.) EEKELAAR J., NHLAPO T., *The Changing Family*, Hart Publishing, 1998, p. 53. V. anche *infra*, para 2.5.

ricchezza diventa frutto dello scambio tra lavoro e salario - in mano potenzialmente ad entrambi i soggetti che fanno capo alla famiglia<sup>48</sup> - perde di rilievo la circostanza che gli adulti nel nucleo familiare siano sposati o vivano semplicemente insieme ai fini del passaggio generazionale. Il venir meno della necessità di mantenere il patrimonio ereditario all'interno di una stretta cerchia mina anche l'importanza della legittimità della filiazione<sup>49</sup>, centrale in tutti i sistemi occidentali per tutti quei secoli in cui un accertamento della paternità biologica non sia stato possibile con accurate tecniche scientifiche<sup>50</sup>.

In una prospettiva davvero evolutiva, i mutamenti della famiglia finora considerati rappresentano aspetti consolidati negli assetti familiari dell'Occidente, il quale sta oggi subendo nuovi e diversi – ma altrettanto dirompenti - sconvolgimenti, portando al riconoscimento di forme familiari sicuramente impensate anche solo un ventennio fa. Tra queste, le famiglie basate su unioni tra persone dello stesso sesso, il cui rapporto di coppia è “entrato” nel diritto prima tramite modelli di convivenza registrata ed in seguito anche con l'accesso al matrimonio, rappresentano un prodotto esclusivo dal XXI secolo ed il modello familiare “più nuovo” che abbia avuto una diffusione incrementale nell'Occidente nell'ultimo decennio<sup>51</sup>.

All'attuale espansione della nozione di famiglia in senso giuridico e alle modalità dell'evoluzione della stessa sarà dedicata la trattazione che segue. L'analisi sociologica condotta sembra aver già portato a dare per acquisito il dato che in Occidente non esista più da decenni un modello monolitico di famiglia, sicché lo studio del nucleo affettivo primario sociale si presenterebbe quale studio delle “famiglie” e non piuttosto della “famiglia”<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Si tratta del passaggio dal modello del c.d. *male bread-winner* (letteralmente “è l'uomo che porta a casa il pane”) al c.d. modello *dual-earner* (con due soggetti che percepiscono reddito); SARACENO C., NALDINI M., *Sociologia della famiglia*, il Mulino, 2007, p. 255.

<sup>49</sup> Le prime nazioni ad abolire la distinzione tra figli legittimi e illegittimi sono Norvegia e Russia, nel 1917. Il governo bolscevico introduce nello stesso anno anche un'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità; ANTOKOLSKAIA M., *Development of Family Law in Western and Eastern Europe: Common Origins, Common Driving Forces, Common Tendencies*, in *Journal of Family History*, vol. 28, 2003, cit., p. 61.

<sup>50</sup> WILLEKENS H., *Is Contemporary Western Family Law Historically Unique?*, in *Journal of Family History*, vol. 28, 2003, cit., p. 87.

<sup>51</sup> LAPPEGARD T., *Changing European Families*, in (ed. by) TREAS J., SCOTT J., RICHARDS M., *The Wiley Blackwell Companion to the Sociology of Families*, 2014, pp. 24-25.

<sup>52</sup> SCALISI V., *Studi sul diritto di famiglia*, CEDAM, Padova, 2014, p. 15 ss.

Ai tempi ed alle modalità del sociale non sempre, tuttavia, corrispondono i tempi e le modalità del diritto<sup>53</sup>. Ciò anche in virtù della tensione, nel diritto di famiglia, tra libertà ed imposizione autoritativa da parte dello Stato, il quale continua a sentire la necessità di ancorare le spontanee modalità di realizzazione della famiglia a criteri valutativi provenienti dall'ordinamento, in grado di restituirne un modello strutturalmente circoscritto<sup>54</sup>.

Le trasformazioni della famiglia nella società contemporanea - in un'ottica che, a primo impatto, potrebbe non apparire conciliabile - radicherebbero invece nei c.d. bisogni post-materiali e cioè nell'aspirazione al riconoscimento di diritti legati all'espressione di scelte di vita libere e scevre da influenze esterne<sup>55</sup>. Sul piano del diritto, in sostanza, la radice comune alla diffusione dei diversi modelli familiari sembrerebbe essere la visione individualistica - sviluppatasi a partire dal pensiero giusnaturalista ed illuminista - per cui non è più l'individuo ad "appartenere" alla famiglia, ma la famiglia che sta diventando "a servizio" dell'individuo<sup>56</sup>. Come un moderno uomo vitruviano, l'individuo sarebbe al centro, con i suoi diritti soggettivi, della famiglia, cioè di quella formazione sociale a cui il diritto oggettivo riconnette la funzione di massima realizzazione della sua dimensione affettiva.

### **1.3. Unita nella diversità: dalle famiglie di *civil law* e *common law* ad una tradizione giuridica occidentale.**

L'espressione "unita nella diversità" diviene celebre a partire dal Duemila, quando viene scelta come motto dell'Unione Europea. Essa assurge a manifesto dell'operato di un'istituzione che intende porre in risalto una "sovra-identità unitaria", quella di

---

<sup>53</sup> Osserva Censi che sul piano dei "contenuti innovativi" a cui portano tali nuovi radicamenti ideologici i mutamenti si riferiscono a tre dimensioni. Innanzitutto nella modernità si assiste ad una modificazione culturale sui comportamenti di genere e sui rapporti tra generazioni, nonché all'incontro di concezioni diverse sulle relazioni familiari (dimensione culturale). Alla forma stabile e maggioritaria dell'unione coniugale con prole si affiancano dunque nuove forme familiari (dimensione delle forme). Tuttavia, solo alcune di queste vengono accolte dalle legislazioni statali (dimensione delle norme che regolano la famiglia); CENSI A., *Famiglia e sociologia. Dai classici al pensiero contemporaneo*, Pearson Italia, 2014, p. 225.

<sup>54</sup> SCALISI V., *Studi sul diritto di famiglia*, CEDAM, Padova, 2014, cit., p. 16.

<sup>55</sup> CENSI A., *Famiglia e sociologia. Dai classici al pensiero contemporaneo*, Pearson Italia, 2014, p. 226.

<sup>56</sup> BÉNABENT A., *La liberté individuelle et le mariage*, in *Rev. trim. dir. civ.*, 1973, p. 495; in GLENDON M.A., *Introduction: Family Law In A Time Of Turbulence*, in *International Encyclopedia of Comparative Law: Persons and Family*, Brill, Leiden, 2007, p. 5.

“europei”, facendo sì che i popoli dell’Europa operino insieme “[...] *mantenendo al tempo stesso la ricchezza delle diverse culture, tradizioni e lingue del continente*”<sup>57</sup>.

Nonostante l’esistenza di uno *ius commune* abbia caratterizzato la storia del diritto privato dell’Europa per un arco di secoli piuttosto esteso – e, in conseguenza, il comune fondamento di radice romanistico-canonica del diritto europeo risulti auto-evidente a qualunque interprete edotto della storia del diritto – già solo all’interno del continente europeo il riconoscimento di una dimensione unitaria dei fondamenti giuridici del mondo occidentale è stato a lungo osteggiato, anche a fronte dell’aperto scetticismo riservato al progetto di integrazione ed armonizzazione che si trova al cuore dell’Unione europea<sup>58</sup>.

La stessa locuzione “tradizione giuridica occidentale” sarebbe un’appropriazione recente del diritto, peraltro fortemente radicata nella mentalità ed esperienza di *common law*. Il giurista di *common law* presenterebbe, infatti, un’attitudine più acuta al vivere il diritto nella sua dimensione storica e culturale e a guardare – con la normalità che si riserva ad un dato di fatto – alla circolazione sovranazionale di medesime soluzioni, elaborate dalla prassi applicativa. Il concetto di tradizione costituirebbe infatti il “*naturale corollario di una cultura del diritto funzionale al mantenimento ed allo sviluppo di un sistema aperto [...] non legato ad una nozione statalista di ordinamento ed ai suoi corollari*”<sup>59</sup>.

Nell’*International Encyclopedia of Comparative Law*, diretta dall’illustre giurista francese René David, l’introduzione dei sistemi giuridici dell’Occidente è lasciata al pensiero di un giurista anglosassone, l’australiano Geoffrey Sawer, ma l’utilizzo del termine tradizione non è presente. La scelta effettuata<sup>60</sup> è quella di indicare in via generale l’esistenza di un diritto occidentale (“*western law*”) o ancora più ampiamente di parlare di una concezione occidentale del diritto (“*western conception of law*”). Egli poi, pur non presentando dubbi di sorta su quali ordinamenti vadano ricondotti nell’ambito della concezione occidentale del diritto, si trova comunque di fronte a delle difficoltà definitorie. Chiamato a superarle,

---

<sup>57</sup> Il motto, in tutte le lingue ufficiali dell’Unione, nonché le spiegazioni sul suo valore e nascita sono reperibili al sito ufficiale dell’Unione Europea: [https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/motto\\_it](https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/motto_it) (ultimo accesso: 20.6.2018).

<sup>58</sup> VRANKEN M., *Western Legal Traditions. A comparison of Civil Law & Common Law*, The Federation Press, 2015, p. 141.

<sup>59</sup> SOMMA A., *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Ars Interpretandi – Annuario di ermeneutica giuridica*, 2003, p. 317.

<sup>60</sup> Il volume II, dedicato ai sistemi giuridici del mondo è intitolato “*The legal system of the world. Their comparison and unification*”. La stessa nomenclatura espone la scelta editoriale di utilizzare il metodo comparatistico non solo in una prospettiva sistematica basata sulla diversificazione, ma anche proprio per portare alla luce gli aspetti unitari dei sistemi giuridici del mondo.



ritiene che lo “spirito” del diritto occidentale risieda nella sua storia<sup>61</sup> e in come la stessa abbia prodotto la predominanza o la generale accettazione di determinati caratteri o teorie generali<sup>62</sup>. Non risulta banale sottolineare che il termine “spirito” attinge non al dato positivo delle leggi o delle decisioni ma ad una comune “storia di idee”: in altre parole, richiama la filosofia del diritto e affonda le radici nell’illuminismo e nella pandettistica, ed, in particolare, nelle opere di Montesquieu e Savigny<sup>63</sup>.

La storia degli ordinamenti occidentali va dunque considerata nella sua duplice dimensione di “*storia dei fatti e storia delle idee*”<sup>64</sup>: ogni manifestazione del diritto - sia essa una decisione giudiziale o una legge - è *in primis* il palesamento di un’attività umana in cui sono compresenti gli interessi e i valori della società. Ed è anche una storia di “tensione” tra due esigenze, intorno alle quali ruota l’intero mondo del diritto: l’esigenza di giustizia e quella di certezza<sup>65</sup>.

Nell’incontro tra la storia del diritto e la comparazione giuridica risiede la chiave di volta per la preliminare comprensione del sostrato comune ai sistemi giuridici nazionali moderni: la consapevolezza che il diritto non può essere pienamente conosciuto e capito in una dimensione puramente nazionale<sup>66</sup>, riaffermando l’esistenza di una tradizione ed una cultura giuridica occidentale.

---

<sup>61</sup> A.A.V.V., *International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. II: The legal systems of the world. Their comparison and unification*, J.C.B. MOHR/MOUTON, 1975, p. 14.

<sup>62</sup> Si legge infatti: “*It is a matter of combinations of characteristics in these legal systems which have been predominant or have become predominant, and of general theories which have been widely adopted, which are not considered extreme or eccentric, or which have at least not been subjected to criticisms so evidently destructive as to deprive them of all validity in even the most tolerantly eclectic of scholarly worlds*”, A.A.V.V., *International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. II: The legal systems of the world. Their comparison and unification*, J.C.B. MOHR/MOUTON, 1975, p. 16.

<sup>63</sup> LAW S., From Multiple Legal Cultures to One Legal Culture? Thinking About Culture, Tradition and Identity in European Private Law Development, in *Utrecht Journal of International and European Law* 68, 2015, p. 71.

<sup>64</sup> PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all’età contemporanea*, Il Mulino, 2007, p. 8.

<sup>65</sup> Negli ordinamenti di matrice anglosassone questa tensione è generalmente ricompresa sotto la più complessa espressione *rule of law*, la quale si è espansa nel tempo fino a ricomprendere tutta una serie di esigenze di giustizia sostanziale e procedurale, nonché di imparzialità, prevedibilità e garanzie di diritti fondamentali: “[...] *would now include submission of disputes to preestablished rules, transparency in the legislative and adjudicative processes, impartial and independent adjudication, a right to legal counsel, and even human rights in general*”; GLENN P. H., Sustainable Diversity in Law, in (ed. by) TAMANAH B.Z., SAGE C., WOOLCOCK M., *Legal Pluralism and Development. Scholars and Practitioners in Dialogue*, Cambridge University Press, 2012, pp. 98-99.

<sup>66</sup> ZIMMERMAN R., *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo; la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, p. 10725.

Ma perché parlare di “tradizione” piuttosto che di “concezione<sup>67</sup>” o ancora di “esperienza<sup>68</sup>”?

La nozione di tradizione giuridica presenta un carattere duttile e flessibile. Innanzitutto, è in grado di restituirne la complessità depurando la terminologia da una connessione biunivoca con la statualità del diritto<sup>69</sup>. In secondo luogo, consente invece di legare in maniera maggiormente evidente il diritto alla sua dimensione culturale, la quale sarà oggetto dell'estesa analisi che segue. Infine, riesce a dare risalto al dinamismo dei rapporti giuridici nell'Occidente, recando in sé anche l'idea della circolazione di modelli, principale risultato dell'interazione tra sistemi.

La stessa etimologia del termine - dal latino *traditio* - rimanda al concetto di trasferimento. Nello specifico, il termine tradizione fa riferimento ad un percorso di passaggio tra due dimensioni: quella del passato e quella del presente<sup>70</sup>. Proprio questa visione dinamica consente di distinguere la tradizione dal tradizionalismo<sup>71</sup>, e dunque di elevarla - o semplicemente riportarla sul binario che le è proprio - rispetto all'odierna diffusa accezione di tradizione come una forma statica di ordine sociale, sorda al cambiamento. Se la natura della tradizione è in sé quella della trasmissione di informazioni<sup>72</sup> dal passato al presente, le modalità di formazione e di trasmissione della tradizione ricordano, nei loro estremi, quelle del processo ermeneutico. Vi sono convinzioni iniziali - fonti primarie - che la società ha acquisito e che comunemente accetta che, affinché possano trovare applicazione in situazioni nuove e diverse, vadano interpretate. Anche queste successive

---

<sup>67</sup> Cfr. *supra*, nota 7.

<sup>68</sup> L'alternativa “esperienza giuridica” si trova negli scritti dei cultori del diritto romano e si diffonde negli studi storici, in cui è preferita alle nozioni di ordinamento e sistema - considerate estremamente legate alla visione positivista - per la sua presunta capacità di delineare il fenomeno giuridico nelle sue multiple dimensioni e manifestazioni, nonché nelle sue concrete influenze sociologiche ed ideologiche; v. ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987, p. 354; GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, 1995, p. 3.

<sup>69</sup> V. GUARNERI A., *Comparazione e scibile giuridico: un rapporto fruttuoso*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, p. 493.

<sup>70</sup> GLENN P. H., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Il Mulino, 2011, p. 42.

<sup>71</sup> Lo storico statunitense Berman parla della tradizione come “fede viva dei morti” e richiama a titolo esemplificativo la contrapposizione analoga tra storicismo come aderenza al passato per amore del passato e storicità, come attenzione al passato ove attingervi nella costruzione del futuro; BERMAN H.J., *Diritto e rivoluzione. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, Il Mulino, 2010, p. 11.

<sup>72</sup> Sarebbe anche possibile effettuare una distinzione tra il contenuto della tradizione (o tradizione passiva) e l'atto di trasmissione (tradizione attiva); GLENN H.P., *Ripensando il pensiero giuridico. Lo Stato e le nuove logiche*, ESI, 2015, p. 43.



applicazioni vengono poi acquisite e tramandate a loro volta: entrano cioè a far parte della tradizione, la ampliano e vi si consolidano.

Tutte le tradizioni giuridiche si pongono come trasmissioni di “masse di informazioni normative”<sup>73</sup> di varia origine (religiose o laiche, legislative o giurisprudenziali, consuetudinarie o formali). La normatività, da intendersi come tensione verso il fornire un modello di comportamento che regoli l’agire umano, si configura dunque quale elemento comune di tutte quelle tradizioni che si definiscano giuridiche<sup>74</sup>. Volendone dare una definizione, è perciò tradizione giuridica quella parte di estensione del passato al presente che assicura la continuità dei sistemi giuridici<sup>75</sup>.

Emerge dunque, a questo punto della riflessione, una nozione “cara” al comparatista: quella di sistema giuridico. Non è certo questa la sede per la riproposizione e l’analisi delle diverse classificazioni dei sistemi giuridici del mondo: è comunque opportuno farvi cenno, in modo funzionale all’oggetto della ricerca in corso.

Nell’introdurre la voce “sistemi giuridici” all’interno del Digesto civile, Rodolfo Sacco rilevava – come noto - che la nozione di sistema porta in sé l’idea della compiutezza, cioè della capacità di considerare e comprendere l’oggetto di riferimento nella totalità dei suoi aspetti<sup>76</sup>. Tale carattere emerge già nell’utilizzo del termine nell’approccio al diritto romano della pandettistica – ed in particolare di Savigny – ma anche nella scelta di avvalersi del termine sistema come equivalente di ordinamento da parte di Renè David<sup>77</sup>. La prima schedatura offerta dal comparatista francese contrapponeva all’interno dei sistemi occidentali il gruppo francese a quello anglo-americano e dava ampio spazio anche al sistema socialista. Distingueva poi le famiglie di diritto musulmano, indù e cinese. Solo nelle revisioni successive<sup>78</sup>, l’esposizione dello studioso - affiancandosi al lavoro di altro illustre giurista francese, Camille Jauffret-Spinosi - propone una riduzione del numero delle famiglie. Rimane una visione comunque dualista del mondo occidentale con la distinzione tra famiglia romano-germanica e famiglia di *common law* e si propone un

---

<sup>73</sup> GLENN P. H., *Ripensando il pensiero giuridico. Lo Stato e le nuove logiche*, ESI, 2015, p. 44.

<sup>74</sup> GLENN P. H., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, il Mulino, p. 568.

<sup>75</sup> BERMAN J. H., *Diritto e rivoluzione. L’impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, il Mulino, 2010, p. 11.

<sup>76</sup> SACCO R., *Sistemi giuridici* (voce), in *Digesto Civile*, 1998, p. 1.

<sup>77</sup> Si ricordi comunque che, già negli anni ’50, P. Arminjon, B. Nolde e M. Wolff avevano proposto una suddivisione in famiglie di diritti sulla base dei contenuti intrinseci degli stessi; v. VARANO V., BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, Giappichelli, 2010, p. 38.

<sup>78</sup> DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, CEDAM, 2004, p. 17 ss.

insieme residuale di altre concezioni dell'ordine sociale e del diritto (di matrice filosofico-religiosa), che contiene tra gli altri il diritto musulmano, quello indiano e dell'estremo Oriente.

Non si distanzia di molto l'approccio alla teoria dei sistemi giuridici avanzato da Konrad Zweigert e Hein Kötz, i quali, individuate tre famiglie "portanti" - quella romanistica, quella germanica e quella anglo-americana<sup>79</sup> - vi affiancano i sistemi giuridici scandinavi e quelli dei paesi socialisti, per lasciare in una categoria residuale gli ulteriori sistemi di diritto (Estremo Oriente, islamico, indù).

E' invece nel pensiero del giurista canadese Patrick Glenn che le categorizzazioni compaiono in termini di "tradizioni"<sup>80</sup>. Egli analizza sette tradizioni giuridiche "maggioritarie", con un'attenzione piuttosto sviluppata per la dimensione di intersezione tra diritto, società e pensiero filosofico<sup>81</sup>, isolando l'Occidente in due blocchi, quello di *civil law* e quello di *common law*.

L'utilizzo del termine "tradizione giuridica" si imporrebbe dunque per la sua capacità di cogliere la forte compenetrazione tra il diritto e la cultura che è chiamato a regolare, differenziandosi così dalla nozione di sistemi giuridici e ad essa potendosi preferire<sup>82</sup>.

Una volta circostanziata la scelta terminologica effettuata da questo studio, occorre considerare la distinzione dottrinale - che si è visto apparire in maniera più o meno costante - in due sotto-insiemi. Sul punto, appare infatti opportuno chiarire che si sposano le più moderne ottiche tese ad evitare l'opposizione fra *civil law* e *common law* e

---

<sup>79</sup> ZWEIGERT. K., KOETZ H, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, Giuffrè, 1998, p. 76 ss.

<sup>80</sup> Fin dal titolo "*Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*", l'opera magna di Glenn rivela una doppia spinta. Da un lato, l'esigenza sistematica di analizzare i diritti del mondo in termini diversificatori, dall'altro quella armonizzante di vedere queste molteplici tradizioni sotto prospettive unitarie.

<sup>81</sup> Oltre ai sistemi occidentali, Glenn analizza infatti le tradizioni talmudica, ctonia, confuciana ed indù, oltre a riconoscere uno spazio proprio al sistema di diritto islamico; GLENN H. P., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, il Mulino, p. 561.

<sup>82</sup> Nelle parole del giurista statunitense Merryman: "*The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective*"; in MERRYMAN J.H., CLARK D.S., HALEY J.O., *The civil law tradition: Europe, Latin America, and East Asia, Cases and Materials*, LexisNexis, 1994, p. 4. Nella concezione di Merryman, infatti, il concetto di sistema giuridico, come "complesso operativo di istituzioni, procedure e norme giuridiche" risulta strettamente connesso al dato storico dell'accentuazione delle diversità riconducibile al nazionalismo statale ed è il fatto che si possa trovare comunque delle comunanze tra i diversi ordinamenti statali a consentire di parlare di una tradizione comune. Infine, valga la pena sottolineare che l'individuazione di una tradizione comune nell'opera di Merryman non è volta a isolare l'Occidente in blocco, ma quelle che egli considera come le due maggiori "tradizioni" all'interno del blocco occidentale, e dunque a rimarcare la distinzione cardine della comparatistica tra *civil* e *common law*.

piuttosto a considerarli nell'ottica di una medesima grande tradizione giuridica occidentale.

L'analisi del mondo occidentale in termini dicotomici rischia infatti, da un lato, di sopravvalutare la "insularità" non solo geografica del *common law* inglese, il quale fu comunque storicamente forgiato da alcuni elementi fondamentali nello sviluppo del diritto continentale (quale il diritto romano e quello canonico) e sottovalutare l'adattabilità fornita dalla comune formazione giuridica degli operatori del diritto; dall'altro, di sminuire quelle che invece sono le diversità esistenti all'interno del diritto continentale<sup>83</sup>.

Innanzitutto, gli elementi contenutistici, relativi al diverso ruolo svolto da legge e giurisprudenza nell'ambito delle fonti del diritto, che hanno a lungo portato a ritenere la contrapposizione tra *civil* e *common law* come "a tinte forti", risultano in tempi odierni estremamente attenuate<sup>84</sup>. Ciò in parte è avvenuto per effettivi mutamenti interni e sovranazionali che hanno portato le due matrici ad avvicinarsi, in parte anche per una diversa sensibilità sviluppata dai comparatisti odierni nell'approcciare l'analisi dei sistemi giuridici in un'ottica meno positivista<sup>85</sup>. Come noto, infatti, le propaggini della formazione del giurista in un ambiente fortemente nazionalizzato sono estremamente visibili nella mentalità che lo porta a filtrare la realtà nell'ottica del suo ordinamento di riferimento e dunque ad individuare diversità di prospettiva tali da giustificare catalogazioni talvolta estremamente ramificate ed in passato addirittura estremamente approssimative<sup>86</sup>.

Un ruolo fondante nella rivalutazione della tradizione giuridica occidentale come unitaria hanno poi svolto i processi di costituzionalizzazione e la redazione delle carte

---

<sup>83</sup> ZIMMERMAN R., *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo; la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, p. 10705.

<sup>84</sup> GUARNERI A., *Lineamenti di diritto comparato*, CEDAM, 2012, p. 102 ss.

<sup>85</sup> In un recente ed esteso contributo dedicato alla comparazione giuridica e pubblicato nell'*American Journal of Comparative Law*, il giurista francese Pierre Legrand ricostruisce la storia del metodo comparatistico come a lungo connessa al dogma del positivismo, cioè all'interesse a ricostruire il diritto come un sistema coerente e ordinato di regole; v. oltre, LEGRAND P., *Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 65, 2017, p. 4.

<sup>86</sup> A metà degli anni Novanta Mattei, in uno scritto in cui auspicava e decostruiva la neutralità come "stella polare" del comparatista, evidenziava come i giuristi occidentali dovessero fare i conti con il fatto che il loro approccio ai diritti stranieri fosse viziato da un etnocentrismo che li portava a osservare quanto più avulso alla loro conoscenza del diritto con sufficienza, se non in maniera addirittura caricaturale: "L'etnocentrismo consiste nel considerare un'altra società o un altro gruppo sociale in funzione delle proprie categorie ideali e quindi a sminuirlo e disprezzarlo"; MATTEI U., *Etnocentrismo, neutralità e discriminazione. Tensioni nel diritto occidentale*, in *Giur. It.*, 1994, p. 9.

internazionali a tutela dei diritti umani, che - come avremo modo di mettere in evidenza<sup>87</sup> - hanno portato alla ri-emersione di valori comuni diffusi<sup>88</sup>.

L'eredità nazionalista e l'appropriazione da parte dello Stato del diritto, con la sua necessità di estrinsecarlo in una dimensione spaziale in cui esercitare la propria sovranità, ha fatto sì che, tanto nell'Europa Continentale, quanto nel mondo anglosassone, la mentalità giuridica sia stata dominata per almeno tre secoli dall'idea di un diritto "localizzato" (peraltro implicitamente creatore di quello che si vedrà essere uno dei maggiori fautori della disgregazione della sua sovranità, la dimensione internazionale, intrinseca al concetto di nazionalità)<sup>89</sup>.

Tale impostazione fa dimenticare la fisiologia del giuridico, ovvero il suo essere strutturalmente compenetrato con la società: "il diritto per la sua tensione a incarnarsi, prima di essere potere, norma, sistema di categorie formali, è esperienza, è cioè una dimensione della vita sociale<sup>90</sup>".

Queste pur ristrette considerazioni effettuate sulla tradizione giuridica e le classificazioni dei sistemi giuridici del mondo ci consentono dunque di sposare la definizione fornita dal giurista statunitense Merryman – e unanimemente accolta dalla dottrina odierna<sup>91</sup> - per cui appartengono alla tradizione giuridica occidentale quegli ordinamenti che condividono *"un complesso di atteggiamenti profondamente radicati, storicamente condizionati, sulla natura del diritto, sul ruolo del diritto nella società e nell'assetto politico, sull'organizzazione e il funzionamento di un sistema giuridico, e sul modo in cui il diritto è o deve essere, creato, applicato,*

---

<sup>87</sup> Cfr. *infra*, para. 2.3.

<sup>88</sup> Radici comuni pre-esistenti svalutate a seguito della concezione statalista e del pervasivo assorbimento del diritto da parte dello Stato. Il comparatista canadese Patrick Glenn parla per indicare tale fenomeno di "reificazione dello Stato" come prodotto della filosofia occidentale degli ultimi secoli; GLENN P. H., *Ripensando il pensiero giuridico. Lo Stato e le nuove logiche*, ESI, 2015, p. 41.

<sup>89</sup> Per un'ampia analisi, condivisibile nei suoi estremi dell'eredità nazionalista tanto in Europa quanto negli Stati Uniti, si veda LEGRAND P., MUNDAY R., *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003. pp. 76 e ss.

<sup>90</sup> Nell'introdurre questo inquadramento del diritto come fenomeno fisiologicamente legato alla fisiologia della società, lo storico del diritto Paolo Grossi, e a scardinare i postulati ideologici patologici dello statalismo moderno prepone che il diritto *"non è lo strumento coercitivo del sovrano o lo spazio per i voli teorici di un dottrinario; può anche esserlo, può diventarlo, ma prima è qualcosa d'altro e di più"*; GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2001, p. 52.

<sup>91</sup> Tanto la dottrina continentale europea quanto quella anglosassone si rifanno alle definizioni fornite nell'opera citata, per tutti, v. VARANO V., BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, Giappichelli, 2010, p. 35; SIEMS M., *Comparative law*, Cambridge University Press, 2014, p. 68.

*studiato, perfezionato e insegnato. La tradizione giuridica collega il sistema giuridico alla cultura di cui essa è espressione parziale, lo immette in una prospettiva culturale<sup>92</sup>*”.

Appare opportuno ora attuare una precisazione che si rifà invece all’ulteriore aggettivo “occidentale”, onde contestualizzare le considerazioni che seguono in tema di cultura giuridica e di identità culturale ed il motivo per cui le stesse abbiano per lo più a riferimento l’Europa, pur dovendosi considerarle come vevoli ben oltre i confini del Vecchio Continente.

Sul punto, vengono in aiuto, *in primis*, le considerazioni di alcuni storici del diritto.

Parlare di “Occidente” significa infatti non solo parlare della cultura dei popoli d’Europa, ma anche di nazioni non europee che sono state attratte entro lo sviluppo storico della cultura europea o dalla colonizzazione - com’è per esempio per gli Stati Uniti, l’Australia e l’America Latina - oppure “dall’affinità e dall’interazione politica e culturale<sup>93</sup>” - come invece accade per gli Stati che sono sorti nei territori delle ex Repubbliche sovietiche. In altre parole – e nello specifico in quelle di un illustre storico del diritto italiano – alla base vi è la storia di una comune “*repubblica della cultura giuridica*<sup>94</sup>”.

Comprendere il rapporto tra la tradizione giuridica occidentale e la famiglia richiede di relazionare la storia del diritto all’evoluzione del contesto sociale<sup>95</sup>. Da tale raffronto, è possibile individuare quali siano i valori comuni che contribuiscono a forgiare un’identità di gruppo<sup>96</sup> e a far sì che il diritto riconosca un’aggregazione sociale come famiglia e appresti una specifica disciplina che risponda all’esigenza della sua tutela.

---

<sup>92</sup> MERRYMAN J.H., *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, 1969 nella traduzione italiana a cura di DE VITA A., *La tradizione di civil law nell’analisi di un giurista di common law*, Giuffrè, 1973, p. 9.

<sup>93</sup> BERMAN H.J., *Diritto e rivoluzione. L’impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, Il Mulino, 2010, p. 11.

<sup>94</sup> PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all’età contemporanea*, Il Mulino, 2007, p. 9.

<sup>95</sup> ALPA G., *Il diritto come veicolo di culture e strumento di mediazione interculturale*, in *I diritti dell’uomo*, 2, 2017, p. 277.

<sup>96</sup> ALPA G., *Il diritto come veicolo di culture e strumento di mediazione interculturale*, in *I diritti dell’uomo*, 2, 2017, p. 278.

## CAPITOLO 2

### LA FORMAZIONE DELLA REGOLA GIURIDICA IN MATERIA FAMILIARE E LA DELIMITAZIONE DELL'INDAGINE COMPARATISTICA

**SOMMARIO:** *2.1 La formazione della regola giuridica nel diritto di famiglia contemporaneo: la dimensione transnazionale e pluralista. 2.2. La teoria dei formanti e la circolazione dei modelli giuridici 2.3. L'internazionalizzazione dei diritti umani: il ruolo della giurisprudenza e i principi rilevanti in materia familiare. 2.3.1 Il principio del preminente interesse del minore o "best interest of the child". 2.3.2 Il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. 2.4 Pluralismo, comparazione e influenza del diritto straniero nella formazione della regola giuridica. 2.5. Famiglia ed identità nazionale: convergenza dei diritti di famiglia in Occidente o resistenze culturali all'armonizzazione?*

#### **2.1 La formazione della regola giuridica nel diritto di famiglia contemporaneo: la dimensione transnazionale e pluralista.**

Circoscrivere le modalità evolutive della famiglia in senso giuridico in Occidente significa innanzitutto rapportarsi con la dimensione pluralista e transnazionale del diritto contemporaneo.

La società globalizzata ha da un lato facilitato la libera circolazione delle persone ed il contatto tra culture, dando luogo a famiglie c.d. internazionali<sup>97</sup>, cioè composte da soggetti che appartengono a nazionalità diverse e che magari impostano la loro vita comune in un ordinamento ancora differente<sup>98</sup>. A tale dimensione si aggiunge quella dell'esistenza, all'interno di uno stesso territorio, di nuclei familiari culturalmente legati ad una diversa idea di famiglia ed eventualmente anche soggetti a diritti che non si rifanno

---

<sup>97</sup> Rilevano le scienze sociali che le migrazioni non hanno avuto un impatto sulla nascita di nuove forme familiari. Piuttosto, l'effetto è stato quello di riprodurre modelli familiari già esistenti in spazi dislocati; THERBORN G., *The Family Systems of the World: are they converging?*, in (ed. by) TREAS J., SCOTT J., RICHARDS M., *The Wiley Blackwell Companion to the Sociology of Families*, John Wiley and Sons, 2014, p. 16.

<sup>98</sup> Le famiglie c.d. internazionali sollevano problematiche in tema di diritto applicabile e di circolazione degli *status* civili eventualmente acquisiti in un Paese il cui riconoscimento in altra Nazione è tutto fuori che scontato; cfr. *infra*, para. 3.8; para. 5.6.2.

al criterio territoriale per la loro applicazione, ma al credo soggettivo (ad esempio, sono noti i problemi creati dall'istituto di matrice di diritto islamico della *kafalah*<sup>99</sup>).

In tale contesto, pur rimanendo il diritto di famiglia una branca del giuridico così strettamente legata alla dimensione nazionale<sup>100</sup>, la formazione della regola giuridica in questo ambito è con sempre maggiore frequenza foggata dall'esterno, su impulso del diritto internazionale, ed, in particolare, di diritti e libertà fondamentali contenute in trattati internazionali ed interpretati da Corti sovranazionali a ciò deputate.

Tale *imprinting* è maggiormente evidente con riguardo al contesto europeo, per l'esistenza di almeno due organismi internazionali in grado di esercitare un'attività di armonizzazione dei diritti degli Stati Parti permeante, l'Unione europea ed il Consiglio d'Europa. Ciononostante, come si vedrà nel prosieguo, esso interessa trasversalmente i diritti di famiglia occidentali, rendendo non sempre immediata l'individuazione della fonte a cui riconnettere la tutela di un determinato rapporto qualificato e riconosciuto del diritto.

Nel corso di una lunga carriera di studio e pratica del diritto, lo storico del diritto - già Presidente della Corte Costituzionale - Paolo Grossi, ha più volte evidenziato come l'impegno a cui il giurista d'oggi dovrebbe votarsi se voglia davvero essere "contemporaneo" al suo tempo sia quello "a ripensare il sistema delle fonti"<sup>101</sup>.

Fino alla metà del secolo scorso le fonti si presentavano come tema "compatto": dall'unità evidente anche solo dalla collocazione sistematica della gerarchia delle fonti negli ordinamenti continentali<sup>102</sup> e dalla centralità delle stesse nella formazione del giurista.

---

<sup>99</sup> La *kafalah* è istituto di diritto islamico che nel nostro ordinamento è stato riconosciuto come corrispondente all'affido di minore, pur se disposto per motivi assistenziali. Esso non può essere equiparato all'adozione, in quanto il minore non diviene figlio dell'affidatario. Tuttavia, la *kafalah* consente di conferire a quest'ultimo i poteri corrispondenti alla responsabilità genitoriale e la durata naturale della *kafalah* - la quale è comunque revocabile *rebus sic stantibus* - è quella della minore età dell'affidato; MOROZZO DELLA ROCCA P., *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo*, in *Corriere Giur.*, 2013, p. 1492.

<sup>100</sup> Anche per la circostanza di essere generalmente sottratta alle materie delegate ad un organismo sovraordinato, sia esso la federazione, se si faccia riferimento agli Stati Uniti o al Canada o l'Unione Europea nel Vecchio Continente.

<sup>101</sup> Per una ricostruzione dell'itinerario e del pensiero di studi di Grossi, per tutti, si veda il contributo - non a caso qualificato come di commento all'art. 12 delle preleggi - di ALPA G., *Paolo Grossi, alla ricerca di un ordine giuridico*, in *Contratti e Impr.*, 2016, p. 377 ss.

<sup>102</sup> All'esito delle riflessioni che hanno investito l'intero Novecento sulla necessità di individuare con certezza i fatti che determinano la produzione di norme, la gerarchia delle fonti è stata cristallizzata, spesso in apertura al prodotto massimo delle riflessioni positiviste, il codice. Ma se solo si guardi all'ordinamento italiano è lo stesso dato costituzionale a mettere in crisi questa



Tale modo di intendere la certezza del diritto entra in crisi in parallelo ad una svolta strutturale dell'ordinamento, che ha rotto *“tutti i pilastri sui quali a lungo si è retto l'edificio della riflessione giuridica”*<sup>103</sup>.

Quanto è ormai assorbito alla realtà giuridica definita “post-moderna”<sup>104</sup> è la crisi irreversibile del “tradizionale immaginario centralistico”<sup>105</sup>, ovvero di un sistema che gravita intorno al codice civile come centro dello scibile giuridico. Ciò è evidente anche solo visivamente, per l'avvenuto decentramento di materie cardine delle discipline regolate storicamente all'interno dello stesso codice. A titolo esemplificativo, per la materia familiare in Italia si pensi a divorzio, adozione e procreazione assistita e, da ultimo, alle unioni civili; tutti istituti di rilevanza nell'apparato normativo familiare e collocati all'esterno della normativa codicistica.

I fattori fondamentali nella rottura di questo assetto consolidato sono tuttavia da rinvenirsi in una serie di circostanze: il moltiplicarsi delle norme sovranazionali e transnazionali, l'avvento delle varie costituzioni democratiche dell'Europa continentale e l'entrata in funzione di meccanismi di controllo di costituzionalità affidate a Corti Costituzionali<sup>106</sup>. In parallelo, la cristallizzazione di diritti e libertà fondamentali “giustiziabili”, in quanto garantiti da Carte internazionali servite da Corti dotate di un potere giurisdizionale ampio, in grado di incidere in maniera diretta e permeante nella sovranità degli Stati parti.

Allo sgretolamento del sistema delle fonti e del tradizionale ruolo da esso rivestito concorrono non solo circostanze di mutamento fattuale degli ordinamenti statali, ma soprattutto la rottura di pensiero con la tradizione del positivismo<sup>107</sup>.

---

visione come effettivamente espressiva della realtà, poiché la Carta Costituzionale ha previsto da tempo, con l'art. 11 e poi con il nuovo art. 117 Cost., nuovi fatti e istituzioni legittimati a creare diritto; VETTORI G., *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *juscivile*, 2017, p. 46.

<sup>103</sup> LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ.*, 2015, p. 1117.

<sup>104</sup> Il tema attraversa gran parte degli scritti e studi del giurista. Per comprendere cosa egli intenda può essere comunque utile fare riferimento ad un pamphlet molto esiguo e diretto nei toni e nei contenuti, che egli rivolge agli studenti dell'allora Facoltà di Giurisprudenza per avvertirli del tempo della “caduta dei miti e dogmi della modernità” in cui si trovano; GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2001, p. 3 ss. L'espressione segnala che il tempo in cui si trova a vivere il giurista odierno è un tempo di transizione, in cui il diritto è aperto al pluralismo della società; v. SCALISI V., *Ritorno al diritto (dialogo con Paolo Grossi)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, p. 115.

<sup>105</sup> IUDICA G., *Il mezzo secolo lungo*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, p. 1356.

<sup>106</sup> CAPONI R., *Dialogo tra Corti: alcune ragioni di un successo*, in (a cura di) BARSOTTI V., VARANO V., *Il nuovo ordine delle Corti Supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, ESI, 2012, p. 122.

<sup>107</sup> Trattare in maniera esaustiva il positivismo nel suo nucleo di pensiero e nelle sue diverse esplicazioni, nonché nelle correnti che ne derivano - tanto sul piano della teoria generale quanto



Si potrebbe anche dire, in altre parole, che nell'epoca post-moderna il giurista acquisisce una particolare consapevolezza: quella che il diritto odierno è costituito da almeno due componenti, una sola delle quali immediatamente percepibile con i sensi nella sua dimensione di concretezza, cioè quella del diritto positivo. Sotto tale superficie visibile, si pone però una struttura più profonda (“*a deep structure of law*”<sup>108</sup>), una serie di livelli sottostanti che determinano il dinamismo del diritto e che affondano le radici sulla cultura giuridica di riferimento.

Su questa seconda dimensione fa leva – con incidenza maggiore rispetto alle altre branche del diritto – la comparazione, che per il suo oggetto e funzione si trova in una posizione di vicinanza ad altre discipline che si occupano di fenomeni che, prima che giuridici, sono anche sociali, allargandosi all'analisi degli aspetti sostanziali, sociologico, economico, politico del fenomeno giuridico<sup>109</sup>.

---

su quello della filosofia del diritto - esula evidentemente dall'oggetto della ricerca. E' noto tuttavia – in estrema sintesi - che il positivismo giuridico non si presenta come un blocco di pensiero unitario ma come una matassa articolata di positivismi, sebbene sia possibile ravvisare un nucleo di presupposti univoci. Tali elementi unificanti delle diverse correnti di pensiero si riscontrano in particolare con riferimento alla genesi del diritto, tant'è che una definizione ampia e generale del concetto di positivismo - data da Norberto Bobbio - lo qualifica proprio nei termini negativi di dottrina opposta al giusnaturalismo; v. CATTANEO M.A., *Positivismo giuridico* (voce) in *Digesto Civile*, 1996. Il diritto è dunque assunto quale prodotto dell'uomo. Vi è poi un'ideologia sottostante unificante, ossia una visione generalizzabile circa gli obiettivi di carattere etico-politico a cui esso mira. Si fa riferimento nello specifico alla c.d. certezza del diritto, all'uguaglianza dei cittadini e alla soggezione al principio di legalità degli apparati statuali; v. VILLA V., *Concetto e concezioni di diritto positivo nelle tradizioni del giuspositivismo*, in (a cura di) ZACCARIA G., *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, 1991, p. 155 ss. Anche proprio per l'esistenza di plurime e distinte correnti positivistiche - generalmente si distinguono per lo meno il pensiero di stampo francese da quello inglese e da quello tedesco – si radicano correnti che assemblano al loro interno componenti di entrambe le matrici, dando luogo ad una concezione del diritto estremamente statalistica e legalistica che, come indirizzo di teoria generale del diritto, si riconduce al neopositivismo giuridico. Esso muove da un postulato di coerenza e completezza dell'ordinamento giuridico, che lo vede come un sistema logicamente chiuso, in cui a fronte dell'imperatività e della primazia della legge, l'interpretazione non può che essere “meccanica” o formalista, un mero fatto di conoscenza di norme preesistenti di fonte legislativa. Per una sintesi del positivismo di stampo francese, inglese e tedesco, nonché dell'origine e contenuti del neopositivismo, v. anche GAGGERO P., *A proposito di definizioni legislative*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2002, p. 20760.

<sup>108</sup> TUORI K., *Legal Culture and the General Societal Culture*, in (ed. by) WILHELMSSON T., PAUNIO E., POHJOLAINEN A., *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Kluwer Law International, 2007, p. 31.

<sup>109</sup> Già Santi Romano incitava il giurista ad aprirsi a un panorama più ampio, comprendendo di operare in una sfera molto più vasta e ricca di elementi di quelle scienze teoriche che possono fondarsi esclusivamente su mere deduzioni logiche; v. ROMANO S., *Giuristi* (voce) in *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, p. 115.

Un ruolo saliente nella crisi della sistematica tradizionale del diritto civile sarebbe dunque stato giocato anche dall'avvento del diritto comparato come disciplina autonoma: la comparazione giuridica ha infatti condotto a prendere atto della molteplicità delle fonti del diritto, ricordando che un prontuario degli apporti da considerare ove rinvenire le regole proprie di un ordinamento non può essere fissato a priori<sup>110</sup>,

Nelle parole di Basil Markesinis: “è la realtà politica del 21° secolo – l'integrazione europea, il commercio mondiale, la globalizzazione dei diritti umani, gli studi legali multinazionali – che ha mutato lo scenario e creato le condizioni favorevoli alla sopravvivenza della [...] materia [il diritto comparato, ndr]. [...] Sono questi cambiamenti che hanno permesso al diritto straniero di sostituire il diritto romano come unico mezzo di conoscenza di altri sistemi giuridici [...]”<sup>111</sup>.

Così, se nelle Università statunitensi si introduce lo studio del diritto europeo, nel Vecchio Continente ci si confronta con la progressiva necessità di rapportarsi con istituti provenienti dal *common law*<sup>112</sup>.

A riscuotere un successo trasversale, è, tuttavia, la c.d. teoria dei formanti, considerata alla stregua de “il grande debito dello scibile giuridico verso la comparazione”<sup>113</sup>.

L'ipotesi della certezza del diritto è intrinsecamente connessa negli ordinamenti di *civil law* alla longeva illusione di matrice positivista di poter relegare l'attività di interpretazione e applicazione del diritto in una “necessaria sintesi tra soggetto ed oggetto”<sup>114</sup>. In altre parole, nel pensiero positivista, l'oggetto da interpretare non può che conformarsi agli atti di posizione del legislatore<sup>115</sup>, che ne prevedono già compiutamente gli estremi dell'esistenza<sup>116</sup>.

---

<sup>110</sup> FUSARO A., “Il diritto come discorso” a confronto con le trattazioni dei comparatisti, in *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ.*, 2015, p. 105.

<sup>111</sup> MARKESINIS B., *Il metodo della comparazione*, Giuffrè, 2004, p. 93.

<sup>112</sup> Con un'immagine suggestiva Iudica parla del “triangolo d'oro” della formazione del civilista italiano prima della seconda metà del '900, per indicare che la crescita formativa del giurista era immaginabile come un triangolo, i cui lati erano costituiti dal diritto italiano, tedesco e francese, mete anche geografiche obbligate della ricerca; IUDICA G., *Il mezzo secolo lungo*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, p. 1357.

<sup>113</sup> GUARNERI A., *Comparazione e scibile giuridico: un rapporto fruttuoso*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, p. 493.

<sup>114</sup> LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ.*, 2015, p. 1118.

<sup>115</sup> Qualora si provi a guardare al diritto sotto una prospettiva squisitamente analitico-linguistica, esso si presenta come un linguaggio che si arricchisce di progressive precisazioni: “è dunque un insieme di segni prodotti di atti linguistici di attori istituzionali con i significati ad essi associati dagli interpreti”<sup>115</sup>. Non a caso lo stesso termine “formante” scelto da Sacco deriva dalla fonetica, dove è utilizzato per qualificare lo spettro acustico di un suono vocalico; GAGGERO P., *A proposito di definizioni legislative*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2002, p. 20760.

<sup>116</sup> Ossia a ciò a cui – lo vedremo a breve – Rodolfo Sacco fa riferimento come “principio di unità” dell'ordinamento.

Sicché la diatriba circa il ruolo dell'interpretazione si risolve nella discussione se la regola si identifichi nell'enunciato preesistente all'interpretazione - che ne è quindi esclusivamente descrittiva - o se sia il prodotto conseguente all'interpretazione, in questo caso, dunque, propriamente normativa. Sullo sfondo, vi è perciò – come vedremo - la questione della suddivisione o assegnazione dei ruoli propri del legislatore, della giurisprudenza e della dottrina nella prospettiva dell'individuazione dei formanti del diritto. Trasposto sul piano dei formanti, infatti, il tema dell'interpretazione richiede di comprendere se vi sia un processo di identificazione tra le regole derivanti da un formante che potremmo definire “preponderante” nell'ordinamento ed il diritto. Questo perché, sulla base della diversa concezione sul rapporto - d'identificazione o altro - che si adotti, si tenderà ad espandere o restringere il novero delle fonti del diritto, ossia degli apporti successivi di altri formanti da non considerarsi indebite apposizioni arbitrarie ma un concreto contributo alla formazione di regole giuridiche<sup>117</sup>.

## **2.2. La teoria dei formanti e la circolazione di modelli giuridici.**

Alla base dell'elaborazione della teoria dei formanti – che, come noto, si deve principalmente al giurista italiano Rodolfo Sacco – vi è una concezione delle funzioni del diritto comparato che cerca di avvicinare il diritto al sociale. In particolare, emerge la volontà di porre in evidenza l'esistenza e l'influenza di quella sfera di atteggiamenti e proposizioni a cui i soggetti reagiscono in termini di normatività, pur non trovando gli stessi una forma positivizzata.

Essa si fonda su un'accesa critica al principio di unità<sup>118</sup>, esito dell'Illuminismo. Sacco si dissocia dalla concezione positivista, che ha portato i giuristi ad intendere dottrina e

---

<sup>117</sup> GAGGERO P., *A proposito di definizioni legislative*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2002, p. 20760.

<sup>118</sup> Si è annessa un'ampia premessa alle teoriche connesse al positivismo giuridico. Risulta ora opportuna, onde qualificare la preoccupazione che anima il lavoro di Rodolfo Sacco, aggiungere un'ulteriore specificazione, che muove, in particolare, dalle impostazioni della filosofia analitica del diritto, ben sintetizzata dalla concezione del diritto offerta dal giurista anglosassone Hart. La filosofia analitica del diritto ha per scopo la riflessione critica sulla scienza del diritto, ossia sulle operazioni dei giuristi, sotto la prospettiva del linguaggio (che, come vedremo a breve, è possibile differenziare in “del diritto” e “sul diritto”). L'ottica neopositivista conduce a modellare la scienza giuridica sul presupposto delle scienze naturali e dunque a caricarla di un carattere avalutativo e descrittivo del suo oggetto, il diritto posto. La giurisprudenza come scienza del diritto è dunque da ritenersi orientata a rielaborare il discorso legislativo per realizzare l'unità sistematica del diritto, purificandolo da antinomie, ambiguità e lacune, mentre l'analisi del linguaggio sul diritto consente il controllo razionale delle operazioni effettuate dai giuristi sullo stesso. Le teorie sulla concezione

giurisprudenza come entità interpretative perfettamente conformi con la volontà legislativa, di modo che all'interno di un ordinamento tutto sia riconducibile ad unità e non sia possibile ipotizzare una discordanza tra le varie regole - legale, dottrinale e giurisprudenziale - che non sia un errore dell'interprete<sup>119</sup>. Secondo questa prospettiva si possono dunque distinguere vari tipi di regola: norme legali, proposizioni dottrinali e regole giurisprudenziali. Ora, secondo la concezione prevalente è la volontà del legislatore a porre la norma, e la dottrina e la giurisprudenza, attraverso l'interpretazione, garantiscono la risoluzione di complicazioni del sistema, applicando tale volontà in una prospettiva coerente e unitaria. La teoria dei formanti si propone invece di decomporre i sistemi giuridici in una serie di componenti distinte, ove individuare quelle che sono le prospettive di frattura tra regola legale, regola dottrinale e regola giurisprudenziale<sup>120</sup>.

Se questa è la base di partenza, i corollari sono altrettanto interessanti.

Innanzitutto, va ricordato che il diritto “*consta, per una parte, di proposizioni note e verbalizzate, e per l'altra di crittotipi*”<sup>121</sup>. Sacco identifica con il termine “crittotipo” quelle regole che esistono e sono rilevanti, ma non risultano formulate. In altre parole, si può ritenere che fra la regola legiferata e quella applicata si inseriscano talvolta fonti non verbalizzate, il c.d. “diritto muto”<sup>122</sup>. Si introduce così una prima classificazione all'interno dei formanti, cioè quella tra formanti verbalizzati e non verbalizzati. Questi ultimi emergono proprio in virtù della comparazione, mentre possono rimanere oscuri a chi guardi al diritto dalla prospettiva esclusiva della mentalità giuridica che gli è propria. La visione sincronica del rapporto tra i formanti, infatti, cade nel momento in cui il raffronto con il diritto straniero fornisce prova che, in aree diverse, leggi identiche possono dar luogo a soluzioni applicative differenti o che soluzioni applicative identiche possono essere il prodotto di leggi diverse o essere fatte dipendere da motivazioni logiche opposte ed incompatibili<sup>123</sup>. Ciò comporta che anche le argomentazioni adottate dai giudici e dalla dottrina per

---

del diritto di Hart sono sintetizzate da NALBANDIAN E.G., *Positivist Theory of Law – H.L.A. Hart: Hart's Concept of Law*, in *Mizan Law Review*, 2009, p. 130.

<sup>119</sup> SACCO R., ROSSI P., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, 2015, p. 58.

<sup>120</sup> SACCO R., ROSSI P., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, 2015, p. 60.

<sup>121</sup> SACCO R., *Crittotipo* (voce) in *Digesto Civile*, 1989.

<sup>122</sup> L'espressione “diritto muto” è utilizzata da Sacco per indicare che le regole giuridiche non sono tutte poste da fonti scritte e, anzi, non necessariamente nemmeno devono assumere la forma a noi nota delle entità linguistiche; SACCO R., *Il diritto muto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, p. 689 ss.

<sup>123</sup> Vale a dire che “*ordinamenti in cui un'unica soluzione sia spalleggiata da argomentazioni diverse non si possono considerare identici*” SACCO R., ROSSI P., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, 2015, p. 67.

motivare le loro scelte valgano a formare un distinto formante peculiare di un ordinamento.

Si tratta di una considerazione teorica di estrema rilevanza per l'oggetto della ricerca, che si focalizza anche su come i modelli ritenuti "diffusi" in ambito familiare possano essere nei singoli ordinamenti il risultato di una diversa interazione tra i formanti ordinamentali e proprio per questo motivo non possano essere trattati davvero come uniformi.

Un secondo corollario di spicco per le tematiche di studio è costituito dalla circostanza che l'importanza comparativa dei vari formanti, cioè la misura in cui ognuno di essi è capace di influire sugli altri, costituisce un dato caratterizzante di ogni ordinamento. Tale influenza è difficilmente quantificabile<sup>124</sup>, sia se la si guardi sotto il profilo del numero di formanti compresenti in un determinato ordinamento giuridico e contemporaneamente rilevanti nell'elaborazione della regola di condotta<sup>125</sup>, sia con riferimento al diverso ruolo di incidenza svolto dagli stessi.

Ad essere reiteratamente sottovalutata tutt'oggi è infatti l'interazione tra i formanti all'interno di uno stesso ordinamento e dunque il diverso apporto degli stessi alla formazione della regola giuridica, quando anche la stessa sia formalmente da farsi risalire al formante "predominante" in un determinato ordinamento.

Incidenza e frequenza di situazioni di questo tipo per quanto attiene il diritto di famiglia, lo si vedrà, sono piuttosto elevate. Lo testimonia anche il proliferare di contributi sul riconoscimento e l'opportunità di un ruolo creativo dei formanti diversi da quello legislativo, in particolare della giurisprudenza<sup>126</sup>. Peraltro, vale la pena rilevare, concentrando il discorso sull'ordinamento italiano, come tutt'ora l'attenzione in tema di mutamento dell'ingerenza dei formanti risulti focalizzata sul formante giurisprudenziale, con relativa scarsa considerazione dell'eventuale ruolo della dottrina. Questo continua ad avvenire, nonostante siano risalenti i contributi dottrinali che portano in auge come il formante dottrinale viva all'interno della creatività giurisprudenziale, che ricava le sue

---

<sup>124</sup> SACCO R., ROSSI P., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, 2015, p. 70.

<sup>125</sup> Sul punto Sacco e Rossi discernono sulla distinzione tra formanti che sono essi stessi regole operazionali e formanti che illustrano le regole operazionali, con una distinzione concettuale che ricorda quella sottesa alla distinzione tra fonti di produzione e fonti di cognizione. Rileva anche che spesso la linea di confine è alquanto sfocata in quanto le tre componenti "maggioritarie", dottrina, legge e giurisprudenza hanno assunto promiscuamente su di sé l'uno e l'altro ruolo; SACCO R., ROSSI P., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, 2015, p. 71.

<sup>126</sup> Per lo più quanto si rinviene è la diffusione dell'interrogativo circa il ruolo del giudice e alla serie messa in discussione della linea di demarcazione fra attività di creatività e attività di applicazione del diritto; v. GRANELLI C., "La giurisprudenza è fonte di diritto?". *Introduzione ad un incontro di studi*, in *juscivile*, 2016, p. 407.

argomentazioni proprio dal ceto dei giuristi<sup>127</sup>. Ancora meno considerata è poi la diffusa tendenza degli stessi giudici a cimentarsi in articoli e monografie che contribuiscono allo sviluppo del pensiero dottrinale<sup>128</sup>, nei cui confronti si è invece sviluppata una sensibilità maggiore negli ordinamenti anglosassoni<sup>129</sup>.

Queste brevi riflessioni di carattere generale sul ruolo dei formanti consentono di guardare all'evoluzione della nozione familiare nei diversi ordinamenti sotto due diverse prospettive. La prima è relativa all'evoluzione interna dell'importanza interna dei vari formanti, considerate sia le spinte di carattere interno - o nazionale - ovvero quelle di carattere esterno - o sovranazionale - anche dovute alla circolazione dei modelli giuridici. La seconda prospettiva attiene alla formulazione di considerazioni relative alle teoriche che siano alla base delle idee di un progressivo avvicinamento del diritto privato all'interno della tradizione giuridica occidentale e all'applicabilità delle stesse ai diritti di famiglia.

---

<sup>127</sup> Ciò anche considerata la persistente vigenza dell'art. 118, co. 3, delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile. In un suo recente contributo, Lipari riporta il pensiero e le parole di tre illustri giuristi italiani sul contributo della scienza del diritto, da intendersi, in senso lato, come fonte riflessiva sul diritto. Evidenzia così una linea di consapevolezza "latitante" sotto l'ingombrante peso del positivismo giuridico, in grado di percorrere l'intero Novecento, nella lucidità della comprensione del fenomeno giuridico di alcuni illustri giuristi italiani del Novecento. A partire da Capograssi, che sottolinea come a ben vedere la scienza del diritto sia "l'unica vera fonte del diritto nell'esperienza giuridica" (CAPOGRASSI G., *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1939), passando per Lombardi Vallauri (LOMBARDI VALLAURI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967) che pone l'accento sul fatto che la vera fonte del diritto giurisprudenziale sta nella tradizione collettiva dei giuristi. Infine, riporta le considerazioni effettuate da Sacco nella sua elaborazione teorica dei formanti, per cui quanto condiziona l'interpretazione non può che qualificarsi come fonte, ed in tale virtù la dottrina, per quanto poco menzionata nei testi come tale, non può che rientrarvi di diritto (SACCO R., *La dottrina, fonte del diritto*, Milano, 1990); LIPARI N., *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2016, p. 1153.

<sup>128</sup> Nell'ordinamento italiano i giudici estensori di decisioni particolarmente innovative o comunque attente all'evoluzione sociale e comparatistica sono spesso gli stessi autori non solo di manuali di natura applicativa - e destinati alle professioni legali - ma di veri e propri contributi dottrinali assimilabili a quelli accademici.

<sup>129</sup> Osserva Markesinis che, nel Regno Unito la commistione tra giudici ed accademia si verifica a partire dalla seconda metà degli anni '70, quando a Lord Scarman, componente della *Court of Appeal of England and Wales*, viene affidato il ruolo di tenere una delle *Hamlyn Lectures*, appuntamento annuale di approfondimento del futuro del diritto che si svolge dall'autunno del 1949 nelle più prestigiose università britanniche. Si inaugura così una tendenza, quella del giudice impegnato a scrivere pubblicazioni scientifiche e riflessioni sul diritto europeo, in grado di abbattere in maniera piuttosto pionieristica le barriere tra giudici ed accademici; MARKESINIS B., *Il metodo della comparazione*, Giuffrè, 2004, pp. 94-95.



L'avvicinamento del diritto alle scienze sociali ha portato con sé anche manifeste influenze delle riflessioni antropologiche di stampo evoluzionista e diffusionista sulle teorie comparatistiche<sup>130</sup>.

Le correnti evoluzioniste - come declinazione antropologica del darwinismo scientifico - danno una lettura delle trasformazioni del diritto intese come sviluppo unilineare verso una meta ideale<sup>131</sup>. L'individuazione di un percorso che colloca un dato modello giuridico come non solo auspicabile ma di "inevitabile raggiungimento evolutivo", nasconde, infatti, un giudizio valutativo sull'arretratezza dei sistemi dissonanti rispetto al modello ritenuto "avanzato". La distanza dal modello finale misura il grado della stessa.

Si tratta dunque di teoriche che fondano lo sviluppo del diritto sulla "modernità", un termine che va a sostituire concettualmente, a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo, quello - meno *politically correct* - di "civiltà"<sup>132</sup>.

Ci si chiederà nel prosieguo - direttamente all'atto delle riflessioni sull'evoluzione dei diritti di famiglia occidentali - quali reminiscenze di un'impostazione di questo tenore vi siano nelle teorizzazioni che parlano di *common core* e *better law* e dunque se siano alle stesse trasponibili anche le critiche avanzate alla impostazione sociologica dalle contrapposte teorie diffusioniste.

Se difficilmente le teorie evoluzionistiche possono salvarsi dall'accusa di implicare una valutazione del progresso come valore, esse prestano il fianco anche ad un'ulteriore critica. Tali prospettive si basano su un'idea di sviluppo che presuppone che ogni ordinamento sia propriamente creativo, cioè evolva naturalmente verso una meta ideale seppure con velocità diverse: un'impostazione che trascura in toto i processi di imitazione.

Proprio sulla valorizzazione degli effetti del contatto tra culture e sull'eccezionalità delle innovazioni originali si basano invece le teorie sulla circolazione dei modelli giuridici proposte rispettivamente da Rodolfo Sacco e Alan Watson.

---

<sup>130</sup> SOMMA A., *Tanto per cambiare... Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in *Politica del diritto*, 2005, p. 106.

<sup>131</sup> SOMMA A., *Tanto per cambiare... Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in *Politica del diritto*, 2005, p. 107.

<sup>132</sup> Lo stesso significato moderno del termine "sviluppo" radica sull'Illuminismo ed ha un'accezione che risente in maniera preponderante della mentalità occidentale del miglioramento connesso all'essere più o meno civilizzati, evidente quando si pensi all'utilizzo del termine nelle categorizzazioni delle Nazioni nelle scienze sociali tra "sviluppati" ed "in via di sviluppo"; GLENN P. H., *Sustainable Diversity in Law*, in (ed. by) TAMANAH B.Z., SAGE C., WOOLCOCK M., *Legal Pluralism and Development. Scholars and Practitioners in Dialogue*, Cambridge University Press, 2012.

Il pensiero dei due studiosi va tenuto ben distinto, pur portando entrambi l'attenzione sui mutamenti che all'interno di un ordinamento possono avvenire in conseguenza del contatto con altre realtà.

Per Sacco, l'innovazione creativa originale all'interno di un ordinamento rappresenta l'eccezione, sicché, per esempio, con riferimento al formante legislativo, i codici, per quanto espressione di volontà politica, sono comunemente debitori soprattutto di un altro codice<sup>133</sup>. In altre parole, la storia del diritto illustra come la circolazione dei modelli giuridici sia avvenuta per lo più per imitazione, con un passaggio del complesso di regole che si verifica “*da un formante del primo ordinamento al formante omologo del secondo ordinamento*”<sup>134</sup> (e si parlerà di recezione qualora tale imitazione sia consapevolmente estesa ad un'intera branca del diritto).

Tuttavia, qualora si guardi al motore della circolazione giuridica dei modelli, la teorica di Sacco rischia di reintrodurre uno degli aspetti maggiormente critici delle teorie evoluzioniste e dunque la connessione della diffusione e prevalenza di un modello a giudizi di carattere valutativo. Egli infatti riconnette la circolazione dei modelli al loro “prestigio”, cioè ad una generica attribuzione di qualità, che innesca il desiderio delle società che si trovino a venire a contatto di appropriarsene<sup>135</sup>. Il prestigio coinciderebbe piuttosto con l'ideale di una società più avanzata in termini di cultura giuridica – e non necessariamente invece anche sotto il profilo del sistema politico ed economico – salvo restante che si deve comunque considerare anche il ruolo che può giocare una recezione non consapevole e spontanea ma imposta<sup>136</sup>.

Allo scozzese Alan Watson si deve invece la teorizzazione delle vicende di circolazione dei modelli giuridici in termini di *legal transplants* (trapianti legali), che per egli rappresentano senza dubbio il fattore di maggiore influenza nei cambiamenti avvenuti all'interno della tradizione giuridica occidentale negli ultimi secoli<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> SACCO R., *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici* (voce), in *Digesto civile*, 1988, p. 368.

<sup>134</sup> Per Sacco l'imitazione da formante a formante omologo è quella che ricorre con maggiore frequenza, salvo poi verificarsi la diversa circolazione da formante a formanti non omologhi all'interno dell'ordinamento, anche in fasi separate; SACCO R., *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici* (voce), in *Digesto civile*, 1988, p. 367.

<sup>135</sup> SOMMA A., *Tanto per cambiare... Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in *Politica del diritto*, 2005, p. 110.

<sup>136</sup> SACCO R., ROSSI P., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, 2015, p. 147.

<sup>137</sup> La visione di Watson risale per la verità molto più in là di “qualche secolo” ed è quasi storicista, in quanto egli ritiene che una recezione di importanza massiva si sia verificata storicamente con il diritto romano, rappresentante quasi il trapianto originario, in quanto in grado di influenzare in maniera più o meno incisiva tutti gli ordinamenti europei (né di conseguenza quelli che ne sono



Nella teorica di Watson - che affonda sulla stretta connessione tra diritto e società<sup>138</sup> e su come l'analisi sociale e la comparazione comportino un fruttuoso capovolgimento dei preconcetti con cui ci avviciniamo al diritto<sup>139</sup> - il diritto si sviluppa attraverso la dinamica di quello che egli definisce “*borrowing*” e cioè attraverso la presa in prestito delle regole. Al contrario di quanto emergeva dalle teorie evoluzioniste, dunque, lo sviluppo degli ordinamenti non si basa sull'inevitabilità di una regola rispetto al sostrato sociale, di talché essa sarebbe prima o poi emersa anche senza un modello da copiare, ma sul trapianto di soluzioni già rodiate all'interno di ordinamenti diversi. La base delle ragioni del trapianto, poi, non risiederebbe nel valore intrinseco della regola, ma nella sua accessibilità, cioè nel fatto che gli operatori incaricati della formazione della regola giuridica in un determinato ordinamento siano messi nella condizione di conoscerla e riconoscere i benefici che derivano da tale scelta<sup>140</sup>. La visione della mutazione di Watson è dunque maggiormente deterministica<sup>141</sup>, in quanto egli ritiene il trapianto – per lo meno all'interno della tradizione giuridica occidentale - il risultato di scelte di comodo, operate dalla classe dei cultori del diritto sulla base della correlazione di una serie di fattori che egli individua e descrive<sup>142</sup>.

La rilevanza di almeno un paio dei fattori individuati da Watson è evidente nel campo del diritto di famiglia e a tale proposito risulta opportuno effettuare qualche pur breve considerazione a riguardo.

Innanzitutto, la natura della fonte predominante nell'ordinamento considerato influenza tanto il momento in cui le determinazioni di cambiamento nascono, quanto la motivazione sottostante. Si considerino da un lato un ordinamento di fonte legislativa primaria, dall'altro un ordinamento che affonda il suo diritto sul precedente giurisprudenziale. Mentre la legge origina da una volontà politica e ciò a prescindere

---

derivati o stati toccati per ragioni coloniali); WATSON A., *Comparative Law and Legal Change*, in *Cambridge Law Journal*, 1978, p. 314.

<sup>138</sup> “*Law is inconceivable without society*”; WATSON A., *Comparative Law and Legal Change*, in *Cambridge Law Journal*, 1978, p. 313. Egli continua individuando nello studio dei mutamenti strutturali degli ordinamenti e nel loro avvenire in virtù del contatto con altri sistemi e del conseguente prestito delle altrui regole lo scopo principale della comparazione; *ibid.*, p. 321.

<sup>139</sup> WATSON A., *From Legal Transplants to Legal Formants*, in *Am. J. Comp. L.*, 1995, p. 475.

<sup>140</sup> WATSON A., *Comparative Law and Legal Change*, in *Cambridge Law Journal*, 1978, p. 315.

<sup>141</sup> SOMMA A., *Tanto per cambiare... Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in *Politica del diritto*, 2005, p. 111.

<sup>142</sup> Per una trattazione completa dei fattori rilevanti nell'andamento dello sviluppo del diritto, si veda WATSON A., *Comparative Law and Legal Change*, in *Cambridge Law Journal*, 1978, pp. 322 ss.; WATSON A., *Comparative Law and Legal Change*, in *Cambridge Law Journal*, 1978, p. 323.

dall'attualità di un conflitto, la pronuncia giudiziale avviene solo all'esito di una lite portata (e mantenuta) innanzi ad una Corte. Questo carattere degli ordinamenti giurisprudenziali ha comportato che tutta una serie di "domande" siano rimaste a lungo non risposte, in quanto la decisione su un punto di diritto è consequenziale ad una richiesta di pronuncia sullo stesso, la quale è inevitabilmente in balia della volontà – nonché ben spesso anche della disponibilità economica - delle parti nel portare avanti un giudizio. Dall'altro lato, tuttavia, proprio perché espressione di una volontà politica la legge è storicamente il formante maggiormente soggetto ad ingerenze esterne, cioè a pressioni (*Pressure Force*) o opposizioni (*Opposition Force*)<sup>143</sup>. Queste "forze" siano esse positive od oppositive si riconducono a soggetti (persone fisiche, giuridiche o gruppi organizzati) in grado di esercitare un'influenza circa l'opportunità di un mutamento del diritto<sup>144</sup>. L'incidenza di tali forze è ben diversa su legge, giurisprudenza o dottrina. Mentre la legge, in quanto espressione di organi che nella maggior parte delle democrazie sono elettivi, è estremamente soggetta a pressioni, la giurisprudenza ne risente in maniera minoritaria, non solo per il suo carattere non elettivo, ma soprattutto perché il processo civile - oltre ad essere sottoposto al principio dispositivo - si svolge nel contraddittorio tra le parti, e dunque il giudice si troverà sempre ad avere di fronte l'esercizio di forze che spingono ed argomentano per i poli opposti. Il peso delle pressioni esterne è invece quasi nullo sulla dottrina<sup>145</sup>.

Questi elementi, relativi alla natura del formante "primario" e al peso delle pressioni esterne - anche oppositive - coinvolgono in maniera profonda il diritto di famiglia, in particolare per quanto attiene alla tutela dei rapporti di coppia ed al principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale<sup>146</sup>, come si vedrà ampiamente nel prosieguo.

---

<sup>143</sup> WATSON A., *Comparative Law and Legal Change*, in *Cambridge Law Journal*, 1978, p. 324.

<sup>144</sup> Il peso dell'influsso di tali forze sarà variabile e fondamentale connesso da un lato alla posizione sociale ed economica dei soggetti, dall'altro, all'autorevolezza di cui gli stessi godono in concreto di fronte ad una particolare fonte di diritto; WATSON A., *Comparative Law and Legal Change*, in *Cambridge Law Journal*, 1978, p. 324.

<sup>145</sup> WATSON A., *Comparative Law and Legal Change*, in *Cambridge Law Journal*, 1978, p. 325.

<sup>146</sup> La storia del progressivo aumento di tutela nei diritti civili delle persone LGBTQI nel mondo occidentale vede giocare un ruolo essenziale nelle forti associazioni di categoria che si formano a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo, in grado di effettuare una strenua lotta contro le discriminazioni; cfr. *infra*, para. 2.3.2.

Enucleate nei loro estremi le due dottrine maggiormente accreditate, l'esame della circolazione dei modelli giuridici impone di tenere in considerazione una serie di fondamentali caratteristiche del diritto contemporaneo.

Da un lato, la dimensione nazionale del diritto privato è messa in crisi innanzitutto dalla cristallizzazione di una gamma permeante di diritti fondamentali, mutati da principi astratti a direttive concretamente vincolanti per i legislatori e per i giudici nazionali.

Dall'altro, la formazione della regola giuridica avviene in settori sempre più ampi del diritto privato a livello extra-statale, per l'esistenza di una serie di sovrastrutture internazionali a cui gli Stati hanno aderito e che sono in grado di creare diritto che entra a far parte in maniera integrante di quello nazionale - così, come noto, per quanto attiene all'Unione Europea - o di interpretare Trattati con un vincolo per gli Stati parti di conformarsi e di ritenere tale interpretazione come parte del contenuto cogente dei diritti così plasmati nelle loro plurime sfaccettature.

La globalizzazione ha dunque prodotto un diritto "vivente", in cui la giurisprudenza riveste un ruolo più vivo che mai tra i formanti, anche con riferimento agli ordinamenti di *civil law*, nonché una realtà interattiva tra le Nazioni occidentali, non solo per l'affermazione di valori comuni positivizzati nelle Costituzioni e nelle Carte internazionali, ma anche per l'incremento nell'accesso e l'utilizzo del diritto straniero e della comparazione.

### **2.3. L'internazionalizzazione dei diritti umani: il ruolo della giurisprudenza e i principi rilevanti in materia familiare.**

La trattazione finora svolta ha messo plurime volte in evidenza come il panorama giuridico occidentale in materia familiare abbia attraversato profonde fasi di trasformazione a partire dalla seconda metà del Novecento. Alla fine della Seconda Guerra Mondiale, infatti, gli Stati nazionali hanno visto indebolirsi man mano l'idea di sovranità nazionale - consolidatasi a partire dalla pace di Westfalia - in seguito a due fenomeni intrinsecamente connessi che ne hanno scorporato l'apparenza unitaria.

I singoli ordinamenti hanno, innanzitutto, dovuto prendere gradualmente coscienza della dimensione pluralista del diritto. L'attenzione degli studiosi verso il fenomeno del pluralismo giuridico origina all'inizio del ventesimo secolo, in reazione al positivismo giuridico e alla concezione per cui l'unico diritto sia quello statale. Il pluralismo pone in

evidenza come, all'interno di una singola unità politica, esistano più organismi in grado di dettare delle regole, cioè coesistano più centri di imputazione nella formazione di una norma socialmente sentita come imperativa, ciascuno dettante "legge" secondo proprie modalità procedurali<sup>147</sup>.

A partire dalla fine degli anni '90 del Novecento, l'antropologia concentra le sue riflessioni in tema di pluralismo giuridico sul rapporto tra il linguaggio universale dei diritti umani e i specifici contesti sociali<sup>148</sup>, cioè sulla "traduzione dei documenti in situazioni sociali e delle situazioni in violazioni dei diritti umani"<sup>149</sup>.

In tale contesto, vengono portati in rilievo almeno due profili di interesse anche per le analisi comparatistiche oggetto delle nostre riflessioni.

Da un lato, l'emersione di una forte coscienza sociale intorno ai diritti umani - e la loro cristallizzazione nella seconda metà del diciannovesimo secolo - rappresentano la presa di coscienza dell'esistenza del pluralismo e del fallimento dell'ideologia positivista di stampo più rigido, in grado di considerare valida e legittima qualunque norma che rispondesse al profilo formale della legge, indipendentemente dal suo contenuto e così, per ipotesi oggi considerate estreme, anche le leggi razziali<sup>150</sup>. Dall'altro lato, il positivismo giuridico non scompare, in quanto gli stessi diritti umani vengono in gran parte "legiferati", cioè si tramutano da istanze morali a diritti che ricevono un riconoscimento formale da parte di documenti aventi valenza legislativa, sia essa nazionale (sul piano costituzionale) o internazionale. Il *fil rouge* che collega le dichiarazioni e le convenzioni variamente concepite a partire dalla seconda metà del Novecento è dunque "la necessità che i diritti umani siano resi visibili mediante un testo scritto"<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> WILSON R.A., *Tyrannosaurus Lex: the anthropology of human rights and transnational law*, in (ed. by) GOODALE M., ENGLE MERRY S., *The Practice of Human Rights. Tracking Law Between the Global and the Local*, Cambridge University Press, 2007, p. 345.

<sup>148</sup> Non ci addentreremo nella storia e nell'evoluzione delle teorie connesse al pluralismo giuridico e delle critiche mosse all'utilità dello stesso, volendo concentrare l'analisi sul solo rapporto tra lo stesso e i diritti umani. Ciò allo scopo di riscontrare in quale misura l'esistenza ed interpretazione degli stessi - imputabile a più centri di regolamentazione, o come si suol dire a più "livelli" (c.d. "tutela multilivello") - incida nei rapporti tra legge nazionale e legge sovranazionale, in generale e poi con riferimento al diritto di famiglia.

<sup>149</sup> Così ENGLE MERRY S., *Introduction: States of Violence*, in (ed. by) GOODALE M., ENGLE MERRY S., *The Practice of Human Rights. Tracking Law Between the Global and the Local*, Cambridge University Press, 2007, p. 41.

<sup>150</sup> FACCHI A., *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, il Mulino, 2007, p. 122.

<sup>151</sup> In un articolo dedicato al linguaggio della Carte dei diritti fondamentali, Gambaro continua sottolineando che la scelta a favore del linguaggio scritto non è affatto scontata, in quanto nei due secoli precedenti le correnti di pensiero filosofico avevano a lungo insistito su come i diritti

Il passo successivo è piuttosto breve: i diritti umani non solo sono istanze tutelate espressamente, ma “giustiziabili”. In altre parole, la tutela dei diritti viene affidata a due nuovi importanti strumenti: sul piano interno alle Costituzioni e alla giurisprudenza costituzionale, sul piano internazionale alle Dichiarazioni dei diritti e alle Convenzioni fra più Stati.

Da un lato, dunque, si assiste al processo di internazionalizzazione dei diritti: i diritti degli individui si costituiscono sul piano normativo come prioritari rispetto alla sovranità e agli interessi degli Stati<sup>152</sup>. Dall'altro, si verifica quella che è stata definita come “verticalizzazione dei conflitti<sup>153</sup>”: quelle che prima erano esigenze di correttezza fondate su principi morali diventano “concrete” istanze di giustizia - con un sempre maggiore ampliamento delle situazioni che a tali diritti vanno fatte risalire - e la risoluzione dei conflitti ad esse inerenti si sposta dal piano locale a quello minimo nazionale, se non sovente internazionale.

Diviene perciò evidente la radicale mutazione subita dal panorama del diritto internazionale: con la creazione dei Tribunali sovranazionali appare limitante considerarlo il diritto dei rapporti fra Stati, man mano che le corti sovranazionali a tutela dei diritti umani garantiscono ai singoli individui l'accesso diretto alle proprie istanze di giustizia<sup>154</sup>.

La dimensione di interazione tra i sistemi di tutela costituzionale e internazionale dei diritti fondamentali rende i confini della loro protezione labili. Da un lato, la sostanza dei diritti garantiti non differisce, pur di fronte ad una diversa fonte. Dall'altro, le persone a

---

fondamentali si distinguono per il fatto stesso di essere intimamente sentiti e dunque di costituire valori che si pongono fuori e prima del loro riconoscimento (egli parla di una visione politica dei diritti umani, contrapposta alla poi affermata visione giuridica); GAMBARO A., *Categorie del diritto privato e linguaggio delle Carte dei diritti fondamentali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 1225.

<sup>152</sup> FACCHI A., *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, il Mulino, 2007, p. 125.

<sup>153</sup> WILSON R.A., *Tyrannosaurus Lex: the anthropology of human rights and transnational law*, in (ed. by) GOODALE M., ENGLE MERRY S., *The Practice of Human Rights. Tracking Law Between the Global and the Local*, Cambridge University Press, 2007, p. 355.

<sup>154</sup> OTEIZA E., *L'uso del precedente nel dialogo tra corti nazionali e transnazionali*, in *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ.*, 2015, p. 467. Sull'influenza del diritto sovranazionale sull'evoluzione del diritto interno, per tutti, si vedano anche: TORRES PEREZ A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, OUP, 2009; PARIOTTI E., *I diritti umani: concetto, teoria, evoluzione*, CEDAM, 2013. Sull'influenza esercitata dagli stessi sui diritti continentali, a partire da un'analisi del ruolo delle Corti nell'ordinamento francese: DE S.O.P.E. LASSER M., *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, OUP, 2009.

cui tali garanzie sono destinate all'interno dei confini nazionali "smettono" la veste del "cittadino" per assumere quella del residente o anche del semplice essere umano<sup>155</sup>.

Con riferimento al territorio dell'Unione europea, si parla della c.d. "tutela multilivello", in quanto nel sistema comunitario si ha un'articolazione nella pluralità dei livelli di produzione delle norme che non è governata dal principio gerarchico e da un criterio di separazione e di competenza, "ma dal concorso e dall'interazione reciproca"<sup>156</sup>.

Sul piano del diritto privato, l'interazione tra sistemi di tutela dei diritti fondamentali ha almeno due conseguenze rilevanti nell'individuazione della regola giuridica a livello locale. La prima attiene all'impatto svolto dai principi e dai diritti stessi sulla formazione della regola, cioè al c.d. "effetto orizzontale" dei diritti umani.

Si è appena ripercorso come i diritti umani storicamente emergano per limitare le ingerenze dello Stato nella sfera delle libertà fondamentali del cittadino, in quanto intrinsecamente connesse alla dignità dell'individuo. Lo scopo primario degli stessi si colloca perciò nella dimensione "verticale" delle relazioni tra individuo e istituzioni statali. Ciononostante, nel diritto contemporaneo risulta evidente come i diritti fondamentali abbiano un impatto anche nelle relazioni tra i privati.

Un esempio concreto delle dinamiche complesse che caratterizzano il rapporto tra famiglia e diritti umani attiene al diritto a sposarsi e a costituire una famiglia, nonché al rispetto della vita familiare stessa.

Nel 2013 finisce nel mirino di un'investigazione della ITF (International Transport Workers' Federation) la circostanza che la compagnia aerea Qatar Airways' inserisca nelle condizioni generali di contratto degli assistenti di volo una clausola che prevede il necessario assenso del datore di lavoro perché gli stessi possano contrarre matrimonio<sup>157</sup>. È pacifico che tali clausole non sarebbero mai azionabili in Europa, dove tutti gli ordinamenti ricomprendono la libertà matrimoniale tra i diritti fondamentali dell'individuo<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> JÄÄSKINEN N., *The place of the Eu Charter within the Tradition of Fundamental and Human Rights*, in (ed. by) MORANO-FOADI S., VICKERS L., *Fundamental Rights in the EU*, Bloomsbury, 2015, p. 12.

<sup>156</sup> ZOPPINI A., *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" dell'Unione europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 712.

<sup>157</sup> La compagnia aerea ha rivisto la contrattualistica, eliminando le clausole incriminate nell'estate del 2015, dopo che l'*International Labour Organization (ILO)* l'aveva condannata per discriminazione sistematica basata sul sesso; <http://www.itfglobal.org/en/news-events/press-releases/2015/august/first-victory-for-staff-rights-at-qatar-airways/> (ultimo accesso: 17.9.2018).

<sup>158</sup> FORNASIER M., *The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?*, in *European Review of Private Law*, 2015, p. 31.

Il caso rappresenta un'ipotesi nella quale l'effettività dei diritti fondamentali si rivela non solo nel rispetto che essi trovano da parte delle istituzioni statali, ma anche nella loro capacità di influenzare l'esito dei rapporti tra privati e dunque nella loro dimensione "orizzontale" (o c.d. *Drittwirkung*)<sup>159</sup>.

Sotto il profilo squisitamente teorico, si suole affermare che due siano i possibili modelli di efficacia orizzontale dei diritti fondamentali.

Il primo è quello dell'efficacia diretta, in virtù della quale il rispetto dei diritti fondamentali è capace di imporre, in maniera immediata, obbligazioni a carico dei privati. Un esempio di ordinamento in cui i diritti fondamentali sono dotati di efficacia orizzontale diretta è dato dall'ordinamento portoghese, nel quale la Costituzione prevede la diretta applicabilità delle disposizioni sui diritti e libertà fondamentali<sup>160</sup>.

Nel modello di efficacia indiretta, inversamente, si presume che i diritti fondamentali vincolino esclusivamente lo Stato, ma che essi includano l'obbligazione per quest'ultimo di tutelare tali diritti anche da violazioni commesse tra privati. In concreto, il sistema si traduce nella circostanza che l'effettività di tali diritti è connessa alla mediazione del diritto privato, in particolare per il tramite di clausole generali quali l'ordine pubblico o la buona fede<sup>161</sup>. Un esempio di questo tipo è fornito proprio dall'ordinamento italiano.

Nell'ordinamento italiano, l'invalidità della clausola è connessa ad una pronuncia giurisdizionale che ne accerti la nullità della causa ai sensi dell'art. 1343 c.c.

La rilevanza pratica di tale distinzione si comprende dall'esempio in apertura. Nel modello portoghese la clausola che preveda l'assenso di un terzo, oltre al valido consenso dei nubendi, è nulla in virtù del diritto costituzionale a sposarsi e formare una famiglia.

Nei sistemi che ricadano nel modello di efficacia indiretta, dunque, pare imprescindibile la mediazione del legislatore, cioè l'intervento del diritto privato nella predisposizione di clausole di ordine generale – qual è quella dell'ordine pubblico – in grado di consentire la protezione dei diritti fondamentali nel caso concreto. La necessaria mediazione del legislatore determina l'estensione degli strumenti di cui il formante giurisprudenziale

---

<sup>159</sup> Le due possibili denominazioni si rifanno una alla dottrina tedesca e l'altra alle teorizzazioni di *common law*; ALPA G., *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, p. 20108.

<sup>160</sup> La Costituzione portoghese prevede all'art. 18, co. 1, che le disposizioni sui diritti e le libertà fondamentali garantite siano direttamente applicabili sia sui soggetti di diritto pubblico che sui privati: "*Artigo 18.º (Força jurídica) 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*"; Lei Constitucional n.º 1/2005 de 12 de Agosto in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (ultimo accesso: 11.6.2018).

<sup>161</sup> FORNASIER M., *The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?*, in *European Review of Private Law*, 2015, p. 32.



dispone nel garantire il rispetto dei diritti fondamentali in rapporti di diritto privato<sup>162</sup>. Ogni qual volta il legislatore nazionale fallisca nell'implementare nel quadro legislativo i diritti fondamentali garantiti dalle Carte internazionali, l'attivismo giurisdizionale si muove sul versante creativo<sup>163</sup>, con il rischio continuo di essere percepito quale sconfinamento dai suoi poteri e di dare vita ad un quadro incerto nella sua generale applicabilità.

Tale considerazione, lo si vedrà ampiamente nel prosieguo, è quanto mai rilevante con riferimento all'evoluzione dell'ordinamento italiano e ai più recenti allargamenti delle maglie familiari, riconducibili in larga parte all'operato della giurisprudenza.

Proprio sul ruolo della giurisprudenza è possibile affiancare un secondo ordine di riflessioni sul linguaggio dei diritti umani, caratterizzato da formulazioni in termini generali ed aperti, volte ad assicurare la copertura di una varietà di ipotetiche situazioni conflittuali, nonché di vocazione alla durata.

Tale impostazione - che richiede alle Corti di riempire spazi ben ampi con interi contenuti e non con semplici specificazioni - comporta un concetto maggiormente accettato negli ordinamenti di *common law*: "chi interpreta un testo, scrive il testo"<sup>164</sup>. Con riguardo ai principi fondamentali, il processo di interpretazione richiede "un particolare tipo di lealtà da parte degli altri formanti"<sup>165</sup>. Poiché la realtà globalizzata esige una dinamica di cooperazione nelle risposte date alle esigenze fondamentali<sup>166</sup>, l'interprete è sempre più frequentemente orientato ad analizzare le argomentazioni "di altri interpreti", dando avvio ad un intenso

---

<sup>162</sup> FORNASIER M., *The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?*, in *European Review of Private Law*, 2015, p. 35.

<sup>163</sup> WEILL S., *The role of National Courts in applying International Humanitarian Law*, OUP, 2014, p. 157 ss.

<sup>164</sup> KENNEDY D., *The Turn to Interpretation*, in *Southern California Review*, 1985, p. 252.

<sup>165</sup> GAMBARO A., *Categorie del diritto privato e linguaggio delle Carte dei diritti fondamentali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 1228.

<sup>166</sup> Va comunque tenuto presente un aspetto talvolta poco considerato: nel mondo giuridico globalizzato a diffondersi non sono solo le liberalità, ma anche le limitazioni. Un esempio lampante è fornito dagli accadimenti dell'11 settembre e dalle rigide normative anti-terrorismo adottate in maniera diffusa in conseguenza degli stessi. Alla convergenza tra scelte normative emergenziali ha tuttavia fatto riscontro anche una convergenza giurisprudenziale tesa ad assicurare il rispetto dei principi garantisti dello stato di diritto, non assente nemmeno il fenomeno dei richiami espressi a sentenze di Corte Supreme straniera, come accaduto nel caso *Charkoni v. Canada* che cita la sentenza della *House of Lords* nell'affare *Bellamarsh*; v. DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, 2010, p. 27.

dialogo che permette di ampliare il consenso sulla portata dei diritti<sup>167</sup>. Si assiste dunque all'affermazione di un diritto costituzionale “cosmopolitico<sup>168</sup>” o supra-costituzionale<sup>169</sup>”. In tale contesto, l’apporto delle Corti nazionali nell’applicazione dei diritti fondamentali sembra divenire quello di “sviluppatori” del diritto, che “oscillano tra l’attivismo e l’utopia<sup>170</sup>”.

Nonostante l’impostazione del giurista continentale sia quella di ritenere che la questione della creatività dei giudici e delle briglie dell’interpretazione investa principalmente il mondo di *civil law*, va invece sottolineato come essa rappresenti – seppur per motivi radicalmente diversi - una questione i cui margini risultano dibattuti anche all’interno dei sistemi di *common law*. I limiti della creatività giurisprudenziale - e dunque l’ampiezza del suo ruolo come formante – rappresentano infatti una tematica tutt’altro che avulsa al quest’ultimo, ed anzi altrettanto sentita.

Si consideri, per un momento, l’ordinamento statunitense.

La creatività dei giudici rappresenta costante preoccupazione nella dottrina statunitense con riferimento alla sentita esigenza di ridurre il margine di interpretazione costituzionale lasciato alla Corte Suprema Federale ed animata dal timore di una progressiva ed eccessiva politicizzazione della Corte, i cui giudici, come noto, sono di nomina presidenziale.

Il problema è conosciuto con l’espressione “*dilemma di Madison*”, dal nome della nota sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti che ha dato avvio al suo ruolo come organo di giustizia costituzionale<sup>171</sup>. Con riferimento agli Stati Uniti, la questione è dunque

---

<sup>167</sup> OTEIZA E., *L’uso del precedente nel dialogo tra corti nazionali e transnazionali*, in *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ.*, 2015, p. 467.

<sup>168</sup> ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, 2008, p. 390.

<sup>169</sup> Il quale è “*espressione di una sorta di interdipendenza dei diversi ordinamenti per quanto riguarda i principi di fondo che lo caratterizzano, principi che si considerano formare una sorta di diritto costituzionale comune*” DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, 2010, p. 31.

<sup>170</sup> Il discrimine tra attivismo ed utopia sarebbe dettato dalla natura della scelta effettuata della Corte nazionale nell’interpretazione del diritto internazionale. Essa potrebbe infatti discostarsi dalla politica nazionale in materia di diritti umani, proprio per sviluppare il diritto interno in maniera armonica con i principi cardine del diritto internazionale, svolgendo così un ruolo di attivismo. L’alternativa è costituita dalla circostanza in cui essa si discosti invece proprio dagli stessi principi comuni agli Stati – e dunque da quei principi di diritto internazionale consuetudinario – che una Corte non avverta come consonanti ai propri principi costituzionali interni. Esempio di una giurisprudenza definita “utopica” sarebbe da rinvenirsi proprio con riferimento all’Italia, nel celebre caso *Ferrini*, relativo al risarcimento per crimini di guerra alle vittime del nazismo, sulla base della negazione dell’immunità dello Stato tedesco; v. WEILL S., *The role of National Courts in applying International Humanitarian Law*, OUP, 2014, p. 157 ss.

<sup>171</sup> Sul punto, v. CASSESE S., *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2016, p. 993, che evidenzia anche come l’avvocazione del ruolo ermeneutico costituzionale si tratti di un atto eminentemente politico.

declinata alla giustificazione di quegli interventi che rivedano il testo costituzionale, dell'ambito degli stessi e di quanto possa in realtà ascriversi ad una riformulazione del testo stesso. Il margine interpretativo delle Corti non rappresenta dunque problematica settoriale del diritto continentale, poiché anche nei paesi storicamente di *common law* può esservi una sentita sovranità legislativa - per lo meno a livello costituzionale<sup>172</sup>, e - punto ritenuto di maggiore criticità dai giuristi anglosassoni - vi è dall'altro lato invece l'assenza di regole evolute sull'interpretazione della legge<sup>173</sup>.

Il significato di tale preoccupazione diventa più chiaro se si paragoni l'apprensione dei giuristi statunitensi a quella di ordinamenti che hanno elaborato tecniche avanzate e rigorose di interpretazione legislativa, quale quello tedesco.

Le regole fondamentali dell'interpretazione legislativa in Germania si possono far risalire all'impostazione data ancora da Friedrich Carl von Savigny nel 1840, il quale elaborò tre canoni di interpretazione<sup>174</sup>: testuale o grammaticale; sistematica o contestuale; storica. A queste regole se ne aggiunge una quarta: l'interpretazione teleologica<sup>175</sup>.

Ebbene, a fronte di un sistema comunque ancora così efficiente quanto a capacità di conciliare certezza del diritto e dinamismo, la critica nei confronti del ruolo del diritto giurisprudenziale si fa acerba nell'auspicare maggiori strumenti di controllo, volti ad evitare che le Corti - soprattutto quelle superiori - si arroghino un ruolo eccessivamente ampio nella produzione del diritto, dando vita ad una proliferazione smodata di regole slegate dal vincolo a cui è sottoposto il legislatore ordinario e quindi in un certo senso alla nascita di un c.d. diritto libero<sup>176</sup>.

---

<sup>172</sup> Il discorso vale anche con riferimento a diversi ordinamenti di *common law*, anche che saranno oggetto di studio della ricerca, come quello Canadese e quello australiano, mentre considerazioni diverse e più approfondite sono necessarie - e rimandate ai capitoli successivi - per quanto riguarda il diritto inglese che, come noto, non è dotato di una Costituzione scritta.

<sup>173</sup> Si veda l'esauritiva analisi della dottrina statunitense in materia effettuata in MARKESINIS B., FEDTKE J., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, 2009, p. 34 ss.

<sup>174</sup> VON SAVIGNY F., *Das System des heutigen Roemisches Rechts*, Vol. I, 1840, p. 213 ss.

<sup>175</sup> MARKESINIS B., FEDTKE J., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, 2009, p. 38.

<sup>176</sup> Fra i più recenti contributi in materia della dottrina tedesca, vi è la posizione estremamente avversa di Rüthers. Egli ripropone un'adesione convinta all'idea del primato legislativo, al punto da ritenere che le crescenti libertà con cui si muove la giurisprudenza odierna, soprattutto quella costituzionale, rappresentino una rivoluzione che poggia su principi quasi contrari ai fondamenti dello Stato di diritto cui ha portato l'illuminismo. In maniera del tutto evocativa egli parla di una rivoluzione attuata in maniera "clandestina", nell'ombra, nonché dell'avvento di una volontà prepotente di arrogarsi spazi sempre maggiori, potendosi ora parlare in riferimento all'ordinamento tedesco quasi di uno "Stato dei giudici"; RÜTHERS B (nella traduzione di STELLA G.), *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo stato dei giudici*.

Alle riflessioni condotte allo scopo di evidenziare, pur brevemente, le tensioni create dalla forte dimensione internazionale dei diritti occidentali nell'interazione ed incidenza dei formanti, se ne affiancheranno ora alcune relative più propriamente all'intersezione tra diritti umani e famiglia.

L'inclusione tra i diritti umani di alcuni diritti riconducibili alla realtà familiare è dettata dal riconoscimento della sua natura di cellula fondamentale del sociale. Per questo motivo, la tutela della famiglia nell'ambito dei diritti fondamentali – tanto negli strumenti internazionali che nelle costituzioni nazionali – sembra muoversi in due direzioni.

La prima è quella della protezione della vita familiare e delle relazioni familiari in sé: ad essere tutelato come soggetto di diritti è dunque il nucleo familiare, nella convinzione che la valorizzazione della famiglia nella sua natura di formazione sociale plurale implementi il benessere anche degli individui che ne fanno parte<sup>177</sup>.

---

*Costituzione e metodi: un saggio*, Mucchi, 2018. Alle radici di tale deriva Rüthers colloca tre fattori, da ascrivere al metodo utilizzato dalle Corti nell'interpretare il diritto. Innanzitutto, egli ritiene che vi sia un'incapacità, se non anche una mancanza di volontà, delle Corti nel distinguere in concreto sul piano concettuale tra attività di mera interpretazione (*de iure condito*) e attività di apposizione di diritto (*de iure condendo*). Una diversa propensione che, secondo l'autore, dovrebbe riversarsi ed emergere anche nella motivazione della sentenza, la quale dovrebbe adeguatamente argomentare le proprie scelte con maggiore impegno nel secondo caso, facilitando un controllo razionale della parte in diritto della motivazione. Tuttavia, anche esplicitare le ragioni può risultare insufficiente, stante le complicazioni connesse all'eclittismo metodologico, cioè le conseguenze che derivano dall'applicare l'approccio casistico con l'eccessivo convincimento che la scelta possa essere di volta in volta fatta dipendere dal caso concreto. Infine, secondo lo studioso tedesco un'ultima concausa sarebbe da ravvisarsi nell'utilizzo smodato dell'interpretazione teleologica, a scapito dell'interpretazione storica. E' su questo punto che si colloca l'unica vero spunto propositivo del pensiero di Rüthers: l'intenzione del legislatore andrebbe sempre valutata prima di procedere a qualsiasi forma di interpretazione evolutiva. In sostanza essa si risolve sempre in un onere di motivazione più intenso ogni qualvolta si tratti di superare i risultati cui porterebbe l'interpretazione storica. Si tratta per la verità, è bene sottolinearlo, di un criterio che appare molto razionale nell'ordinamento tedesco, nel quale gli interventi legislativi sono sempre frutto di un dibattito mediato con anche la componente accademica, mentre troverebbe comunque minore fondamento il ricorso in ordinamenti, quale quello italiano, in cui spesso i lavori preparatori e quanto altro serve a desumere l'intenzione storica del legislatore possono non risultare connotati dallo stesso carattere; v. FABBIO P., *Sul ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, p. 1261 ss. Non è un caso dunque che considerazioni di questo tipo, volte a valorizzare il dato della *ratio legis*, non si rinvengano in posizioni – comunque, lo si precisi, ben più aperte nei confronti del ruolo creativo della giurisprudenza in maniera integrata - sviluppatasi all'interno dell'ordinamento italiano e si rinvenga piuttosto, come mezzo di controllo della razionalità delle decisioni del caso concreto, il principio di ragionevolezza, il quale consente un'interpretazione che sia in grado di adattare le norme al contesto sociale, con un'attenzione comunque all'interpretazione storica dei valori costituzionale, ma che abbia dei caratteri di prevedibilità; LIPARI N., *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2016, p. 1153.

<sup>177</sup> STALFORD H., *EU Family Law: A human rights perspective*, in (ed. by) MEEUSEN J., PERTEGÁS M., STRAETMANS G., SWENNEN F., *International Family Law For The European Union*, Intersentia, 2007, p. 104.

La seconda attiene alla necessità di riconoscere anche alcuni diritti individuali dei membri familiari, con il rischio intrinseco che essi, valorizzando l'autonomia individuale, minaccino "l'unità familiare"<sup>178</sup>.

Si considereranno quindi ora due principi fondamentali, proclamati a livello internazionale e consolidati anche all'interno delle Costituzioni nazionali, che hanno un considerevole impatto nella formazione delle regole giuridiche in materia familiare: il principio del c.d. *best interest of the child* e il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale.

Si riserveranno invece ad un secondo momento, in sede di trattazione del diritto di famiglia in Europa, alcune considerazioni in materia di tutela della vita familiare.

### 2.3.1. Il principio del preminente interesse del minore o "*best interest of the child*".

Il minore diventa titolare di diritti garantiti a livello internazionale nel Novecento<sup>179</sup>.

Il primo utilizzo dell'espressione "*best interest of the child*", infatti, si ha nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959, adottata quale strumento integrativo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, in virtù delle diverse e specifiche esigenze dei minori di età.

Essa si configura quale "statuto minimo" dei diritti del bambino, e contiene un totale di dieci principi. Nel secondo principio fanno il loro esordio gli interessi superiori del minore, definiti "*the paramount consideration*"<sup>180</sup>, cioè il fattore di primaria importanza in

---

<sup>178</sup> La risoluzione equilibrata di questo conflitto sarebbe alla base del diritto di famiglia moderno; DEWAR J., *Family Law and its Discontents*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2000, p. 59.

<sup>179</sup> L'esclusione del minore dalla tutela del diritto prima del Novecento è talmente forte che quasi risulta possibile guardarvi con salti temporali di un millennio. Questa realtà è ben compendiate negli studi del costituzionalista italiano Flick: "Nella società romana il bambino era un "nihil", un nulla. E nasceva due volte: la prima al momento del parto, la seconda quando veniva presentato al padre. Se questi lo alzava all'altezza degli occhi, significava che veniva riconosciuto; se invece lo rifiutava si produceva la "expositio" e il neonato veniva abbandonato o soppresso. [...] Con l'avvento del cristianesimo [...] s'inizia a considerare nei secoli seguenti la nuova vita come un essere umano. Nel '600 viene istituita la "ruota" nella quale si lasciavano i neonati indesiderati che altrimenti sarebbero stati uccisi"; FLICK G.M., *Il bambino, oggi: il diritto di avere diritti; la speranza di avere un futuro*, in *Rivista AIC*, no. 2, 2015, p. 2.

<sup>180</sup> La versione inglese, reperibile sul sito web dell'Unicef (<https://www.unicef.org/malaysia/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf>, ultimo accesso: 21.7.2018), dopo aver evidenziato che il minore gode di una protezione speciale di fronte alla legge e deve vedersi garantiti tutti gli strumenti necessari al suo sviluppo, aggiunge "In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child should be the paramount consideration".

ogni atto normativo che abbia ripercussioni sullo sviluppo e sul benessere del bambino. La Dichiarazione parla dunque di interessi al plurale. Quanto all'aggettivo, poi, esso indica una posizione apicale, che si sceglie di accompagnare all'articolo determinativo, a rafforzarne il valore determinante.

L'adozione della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo<sup>181</sup> attua delle scelte lessicali differenti. Collocato all'esordio della Convenzione, l'art. 3 statuisce che *“In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”*. Se, da un lato, la gamma dei poteri statali che devono attuarsi tramite il rispetto delle prerogative ed esigenze del minore viene ampliata - non vi è più il mero riferimento alla legge, ma a tutte le decisioni che riguardano il minore - dall'altro, esso diventa un parametro primario nelle decisioni (apparentemente non più il solo e nemmeno necessariamente quello decisivo).

Tale aspetto è sapientemente messo in luce dall'analisi delle due versioni in lingua ufficiale della Convenzione, inglese e francese, le quali divergono in maniera sensibile: *“il testo inglese afferma che <<the best interests of the child shall be a primary consideration>>, mentre il testo francese <<l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale>>. Le differenze nelle due formulazioni non sono di poco conto: innanzitutto l'inglese parla di interessi, al plurale, con ciò introducendo il concetto per cui il minore sarebbe portatore di più interessi, da bilanciare; il testo francese si riferisce invece all'interesse al singolare, individuando una posizione univoca del minore che deve prevalere sulle posizioni di altri soggetti coinvolti nelle decisioni”<sup>182</sup>*.

---

<sup>181</sup> Adottata il 20 novembre 1989 con risoluzione n. 44/25 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza rappresenta l'accordo più rapidamente e universalmente ratificato con ben 196 Stati parte della Convenzione, con una grande eccezione nell'Occidente: gli Stati Uniti; v. DI PAOLO C., *Spunti critici in tema di effettività della Convenzione per i diritti del fanciullo nell'ordinamento italiano*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n. 1, 2012, p. 60. La Gran Bretagna, alla ratifica della Convenzione e fino al 18 novembre 2008 ha apposto una riserva generale sulle questioni di immigrazione, per cui i principi della Convenzione, compreso l'art. 3 non trovavano applicazione con riferimento alla legislazione e alle decisioni inerenti immigrazione e cittadinanza; v. CHRISTIE A., *The Best Interests of the Child in UK Immigration Law*, in *Nottingham Law Journal*, 2013, p. 16 ss.

<sup>182</sup> DI LORENZO N., *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari*, in (a cura di) RUGGERI A., RINOLDI D., PETRALIA V., *Vecchie e nuove “famiglie” nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, Editoriale Scientifica, 2016, p. 302.



La versione italiana contenuta nella legge di autorizzazione alla ratifica<sup>183</sup> sembra dunque una traduzione di quella francese, sia nella scelta del singolare quanto dell'aggettivo preminente in luogo di primario.

Anche tali discrepanze del testo, tuttavia, non fanno che intensificare l'ambiguità di un principio la cui formulazione sembra volutamente priva di contenuti<sup>184</sup>, al punto da suonare tautologica<sup>185</sup>.

Chiedersi quale sia il significato e l'estensione di tale principio significa, infatti, porsi il problema di declinarlo all'interno di tutte le comuni situazioni di vita del minore rilevanti per il diritto, nelle quali possa esservi un qualsiasi interesse - privato o pubblico - che entri in contrasto con quello del minore.

Si tratta di un principio che ha un impatto dirompente nel diritto di famiglia.

Si prenda per un attimo in considerazione il diritto di famiglia italiano.

Il codice civile italiano del 1942 restituisce all'interprete la figura del minore come un soggetto da proteggere solo in prospettiva "paternalistica"<sup>186</sup>. Sottoposto alla patria potestà, egli è beneficiario di doveri di protezione imposti agli adulti, più che intestatario di autonomi diritti. La prospettiva del minore come titolare di una serie di appositi diritti - in particolare nel suo ruolo di "figlio" - è quella che invece emerge dalla Costituzione, ed in particolare dagli artt. 30 e 31, che tuttavia mai esplicitano nozioni equiparabile all'espressione contenuta nella convenzione internazionale.

Il principio del preminente interesse del minore non si esplicita nemmeno con la riforma del diritto di famiglia del 1975<sup>187</sup>, nonostante essa si collochi dopo la Convenzione del 1959. Il principio, pur esplicitato a livello internazionale, ancora non sembra apparire tale da esercitare una qualche influenza sul legislatore interno. La riforma del 1975, pur attuando una serie di modifiche essenziali sul benessere del minore - su tutte, ovviamente, l'eliminazione di alcune tra le più radicali distinzioni tra figli legittimi e figli naturali - con

---

<sup>183</sup> Legge 27 maggio 1991, n. 176.

<sup>184</sup> GAMBARO A., *Categorie del diritto privato e linguaggio delle Carte dei diritti fondamentali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 1225.

<sup>185</sup> Si tratta di un concetto la cui comprensione è immediata. Tuttavia, riflettendo in maniera più approfondita, ci si accorge che non vi è alcun criterio oggettivo a cui ancorarlo: *"the best interest of the child sounds relatively straightforward until one considers that there is of course no objective truth with regard to what constitutes the best interests of the majority of children [...]"*; JONES A., *In the Best Interests of the Child - Who says?*, in *The Journal of Child Law*, April/June 1989, p. 88.

<sup>186</sup> SCALISI V., *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, p. 405.

<sup>187</sup> SESTA M., *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Fam. E Dir.*, 2015, p. 1109.



riferimento ai rapporti verticali tra figli e genitori effettua un'inversione di prospettive solo nei rapporti tra adulti, rendendo la patria potestà condivisa.

Solo con la riforma della filiazione, il preminente interesse del minore travolge la struttura verticistica delle relazioni familiari, trasformando lo *status* del minore in quello di “soggetto dai diritti incompressibili”<sup>188</sup>.

Dal momento in cui il principio del *best interest of the child* comincia ad assumere contenuti precettivi, il bambino è visto come titolare di un interesse autonomo rispetto alla stessa struttura familiare: centro di riferimento di diritti sia come singolo, sia nella formazione in cui si svolge la sua personalità<sup>189</sup>.

A tale proposito, va rilevato che il principio del superiore interesse del minore, elevato a “stella polare”<sup>190</sup> delle decisioni a lui inerenti, nella Convenzione di New York compare non solo come principio generale di cui all'art. 3, ma anche con alcune specificazioni.

In particolare, l'art. 9.1. della Convenzione, nel configurare l'obbligo gravante sugli Stati parti di garantire che il minore non venga separato dai genitori contro la sua volontà, prevede che una decisione di tale tenore possa essere presa dalle autorità competenti solo nel caso in cui “*la separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo*”. Ed ancora, qualora ciò avvenga, il minore ha comunque il diritto di intrattenere rapporti regolari e contatti diretti con entrambi i genitori (art. 9.3), a meno che “non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo”.

L'art. 21 della Convenzione pone un obbligo a carico degli Stati parti per quanto attiene la normativa in materia di adozione, la quale deve essere improntata all'interesse superiore del fanciullo in maniera forse ancora più incisiva perché qui il legislatore convenzionale decide di inserire che lo stesso deve essere “*la considerazione fondamentale in materia*”.

In Europa, infine, il principio del *best interest* è confermato anche dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 che sancisce all'art. 24, par. 2 che “*in tutti gli atti relativi ai bambini [...] l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente*”<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> GIUNTI P., *Il “best interest of the child”. Una conquista del presente in dialogo con il passato*, in (a cura di) CONTE G., LANDINI S., *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Tomo II, 2017, p. 71.

<sup>189</sup> FLICK G.M., *Il bambino, oggi: il diritto di avere diritti; la speranza di avere un futuro*, in *Rivista AIC*, no. 2/2015 del 12.6.2015, p. 3.

<sup>190</sup> PISANO' A., *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*, Giuffrè, 2011, p. 212.

<sup>191</sup> Cfr. *infra*, para. 3.1.

### 2.3.2. Il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

Il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale è in grado di incidere profondamente sulla materia familiare. La sua influenza si esplica soprattutto con riguardo al riconoscimento dei diritti di coppia degli adulti, ma si estende anche all'assenza di distinzioni nel rapporto tra genitori e figli ( in combinazione con il sopraccitato principio del *best interest of the child*). Il principio di non discriminazione è generalmente riconosciuto quale corollario del più generale principio di uguaglianza, che demanda il trattamento egualitario di situazioni simili. Una differenziazione in assenza di ragionevoli giustificazioni è infatti quanto dà luogo ad un trattamento discriminatorio<sup>192</sup>. L'orientamento sessuale, definito come “*la capacità di una persona di provare attrazione affettiva, emotiva e sessuale verso, nonché relazioni intime e sessuali con, individui dello stesso genere o di genere differente o di entrambi*”<sup>193</sup>, viene considerato una caratteristica innata<sup>194</sup>. Come tale, rientra

---

<sup>192</sup> DANISI C., *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010.

<sup>193</sup> Cfr. *Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, c.d. Principi di Yogyakarta, Ginevra, 2007, disponibili al sito ufficiale: <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/> (ultimo accesso: 20.7.2018). I principi di Yogyakarta, adottati in Indonesia nel novembre 2006 e lanciati a Ginevra nel 2007, rappresentano il tentativo di un gruppo di esperti – alcuni dei quali parte dei Comitati deputati alle questioni di genere in seno alle Nazioni Unite – di elaborare in maniera “indipendente” una serie di criteri interpretativi dell'attuale catalogo dei diritti umani riconosciuti nella normativa internazionale, filtrandoli attraverso il prisma dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. L'obiettivo non è pertanto l'elaborazione di nuovi diritti, ma l'intento di dare una lettura applicativa delle Carte internazionali vigenti in grado di essere inclusiva di ogni orientamento sessuale. Non vi si trova, ad esempio, il “diritto al matrimonio”, ma si prevede alla lett. f) che negli Stati che riconoscono il matrimonio *same-sex* (d) o le unioni registrate (e) non vi siano distinzioni nei diritti e doveri riconosciuti in virtù dell'orientamento. Con riferimento alla materia familiare, il Principio 24 individua il diritto a “fondare” una propria famiglia, indipendentemente dall'orientamento sessuale e la necessità per lo Stato di riconoscere l'esistenza di diverse forme familiari, nessuna delle quali discriminate sulla base dell'orientamento sessuale degli appartenenti. Ciò si espliciterebbe in una serie di obbligazioni positive a carico dello Stato a prendere tutte le misure atte, alcune delle quali (lettere da h a k) introdotte dalla più recente aggiunta ai principi - c.d. *Plus 10*, adottata il 10 novembre 2017. Si segnalano la richiesta di assenza di discriminazioni nell'accesso all'adozione e alla procreazione assistita (lett. a) o nelle decisioni che concernono i minori (c) e la richiesta che qualora la surrogazione di maternità sia ammessa in uno Stato (lett. k) non vi siano discriminazioni di accesso legate all'orientamento sessuale; per tutti v. O'FLAHERTY M., FISHER J., *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 207 ss.

<sup>194</sup> Non è sempre stato così. A lungo si è dibattuto tra sessuologi e psicologi, a partire dagli anni '50, se l'orientamento potesse essere frutto di una scelta o dovesse ritenersi effettivamente immutabile, nonché se fosse riconducibile al risultato di specifiche combinazioni genetiche e/o

tra quei caratteri così fondamentali da non poter chiedere ad un individuo di privarsene “qualora essa risulti di impedimento per il godimento di una più favorevole posizione giuridica<sup>195</sup>”.

L'intersezione tra orientamento sessuale e diritto racconta una storia travagliata, in cui hanno svolto un ruolo imponente le influenze esterne di associazioni di categoria<sup>196</sup> e che ha visto il perpetrarsi di discriminazioni con una tenacia forse equiparabile alle sole discriminazioni in base all'etnia<sup>197</sup>.

Valori e regole attinenti di volta in volta a “morale”, “buon costume”, “natura” e “tradizione” hanno rappresentato lo strumento con cui si è a lungo limitata la libertà degli individui di autodeterminare la sfera della sessualità<sup>198</sup>, spesso anche a mezzo di legislazioni non solo restrittive, ma fino a tempi recenti anche con forme di repressione penale<sup>199</sup>.

L'orientamento sessuale ha dunque stabilmente fatto ingresso nei diritti umani solo di recente, collocandosi nei trattati internazionali e nei parametri a cui è ricondotto il divieto di discriminazioni<sup>200</sup> negli assetti costituzionali dei singoli ordinamenti occidentali<sup>201</sup>.

---

ormonali. Sulla storia dell'orientamento sessuale come categoria legale si veda l'analisi approfondita fatta con riferimento all'ordinamento statunitense da ZIEGLER M., *What is sexual orientation*, in *Kentucky Law Review*, 2017, p. 68.

<sup>195</sup> DANISI C., *Tutela dei diritti umani non discriminazione e orientamento sessuale*, ESI, 2015, p. 15.

<sup>196</sup> Cfr. para 2.2 sull'incidenza delle pressioni esterne sullo sviluppo del diritto nelle teorie di Watson e sul rapporto tra il lavoro delle associazioni di attivisti gay e l'evoluzione del *reasoning* delle Corti nei casi di denunciata discriminazione v. ZIEGLER M., *What is sexual orientation*, in *Kentucky Law Review*, 2017, pp. 74 ss.

<sup>197</sup> Non a caso, la celeberrima sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *Obergefell v. Hodges* del 26 giugno 2015 nella lettura del matrimonio come libertà essenziale che va garantita alle coppie dello stesso sesso in virtù della clausola di uguaglianza, effettua un parallelo con il superamento degli impedimenti matrimoniali di matrice razziale a mezzo del noto precedente *Loving c. Virginia* del 1967; US Supreme Court, *Obergefell v. Hodges*, 2015, p. 2.

<sup>198</sup> LOLLINI A., *Orientamento sessuale e identità di genere*, in (a cura di) MANZINI P., LOLLINI A., *Diritti fondamentali in Europa*, il Mulino, 2015, p. 151.

<sup>199</sup> Si veda con riferimento alla criminalizzazione delle condotte sessuali tra persone dello stesso sesso la sentenza *Lawrence v. Texas* della US Supreme Court del 2003, ma anche per il continente europeo il caso *Dudgeon v. United Kingdom*, deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel 1981.

<sup>200</sup> Volendo dare una profilazione della discriminazione, come ad essa si darà riferimento nel corso di questo studio, essa si verifica quando le persone vengono trattate in maniera differenziata in virtù di caratteristiche che non possono cambiare o che possono cambiare solo incidendo sulla loro dignità; MELEHI N., *The Right to Family Life Free from Discrimination on the Basis of Sexual Orientation: The European and Inter-American Perspectives*, in *Am. U. International Law Review*, 2014, p. 949.

<sup>201</sup> Spesso in via ermeneutica a mezzo delle pronunce delle Corti Costituzionali nazionali e delle Corti Sovranazionali, non essendo spesso l'orientamento sessuale contenuto nelle caratteristiche espressamente individuate dai costituenti al momento della redazione delle norme attinenti al principio di uguaglianza, cfr. *infra* le analisi effettuate con riguardo ai singoli ordinamenti nonché le considerazioni invece attinenti al sistema dell'Unione Europea.

Seppur con diversi gradi di sviluppo, tutti i sistemi internazionali e regionali di tutela sono oggi interessati da specifici standard di tutela in relazione all'orientamento sessuale, spesso emergenti in particolare dalla giurisprudenza delle Corti.

A titolo esemplificativo, per la Corte europea dei diritti dell'uomo l'orientamento sessuale rientra nel novero della *"intimate and vulnerable sphere of an individual's private life"*<sup>202</sup>, mentre, per la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, è pacifico che esso costituisca rispetto all'essere umano *"una caratteristica così fondamentale per la sua identità che essa non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi"*<sup>203</sup>.

Preme effettuare in questa sede due rapide considerazioni di ordine generale, essendo il tema trattato anche in riferimento ai due sistemi di diritto internazionale che interessano l'Europa e cioè quello dell'Unione europea e quello facente capo al Consiglio d'Europa. La prima attiene al carattere del principio di non discriminazione, il quale può essere complementare o accessorio. In questo caso, esso rileva solo in connessione a determinati diritti garantiti come fondamentali, sicché il profilo della non discriminazione interagisce con il diritto sostanziale in questione. Il sistema di protezione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo afferisce a questo modello<sup>204</sup>. In alcuni ordinamenti nazionali, invece - nonché in determinati sistemi internazionali - il principio di uguaglianza può venire in rilievo anche in sé, in virtù dell'affermazione di un divieto generale di discriminazione. Rientra in questo secondo tipo di schema di protezione il diritto dell'Unione europea<sup>205</sup>. La seconda riflessione ha a che vedere con l'intersezione tra orientamento sessuale e vita familiare e dunque con l'impatto che esso assume in relazione alle due dimensioni della famiglia: quella dei diritti relazionali e del rispetto della vita di coppia e quella dei diritti genitoriali, anche in relazione al già citato preminente interesse del minore.

Entrambi i profili saranno oggetto di particolareggiate analisi nel prosieguo, ma risentono in maniera preponderante della costruzione data all'orientamento sessuale, la quale determina la configurabilità di restrizioni alla discrezionalità statale.

La teorizzazione dell'orientamento sessuale quale aspetto immutabile, nonché vulnerabile, della natura umana lo lega in maniera indissolubile innanzitutto alla vita

---

<sup>202</sup> Corte Edu, 2 marzo 2003, Kozak c. Polonia, para. 92.

<sup>203</sup> CGUE, 7 novembre 2013, X e Y e Z, cause riunite C-199/12, C-200/12, C-201/12.

<sup>204</sup> DANISI C., *Tutela dei diritti umani non discriminazione e orientamento sessuale*, ESI, 2015, p. 82.

<sup>205</sup> DANISI C., *Tutela dei diritti umani non discriminazione e orientamento sessuale*, ESI, 2015, p. 171.

privata individuale<sup>206</sup>. In sé, la qualificazione dell'orientamento sessuale in termini di uno "status" *sensu latu*, sulla base del quale le distinzioni effettuate possono avere carattere discriminatorio, non si lega necessariamente ed immediatamente ad obblighi positivi a carico dello Stato. La maggior parte degli strumenti di tutela dei diritti umani riconosce come legittima la limitazione dei diritti garantiti qualora la normativa interna persegua determinati obiettivi e scopi, ritenuti necessari alle società democratiche, circostanza intorno alla quale – lo si vedrà nel prosieguo – gli Stati nazionali conservano tuttora un certo margine di apprezzamento<sup>207</sup>.

In secondo luogo, esiste un pericolo strettamente connesso alla qualifica dell'orientamento sessuale quale aspetto della natura umana che può essere fatto rientrare nella nozione di "status" *sensu latu*, che diviene evidente in relazione alla prevalenza, in un'eventuale bilanciamento, di interessi di carattere opposto.

Tale evenienza emerge proprio in relazione alla materia familiare e si tratta di un aspetto ben chiarificato dalla giurisprudenza costituzionale statunitense. Nella sentenza *Obergefell*<sup>208</sup>, estensiva del diritto al matrimonio alle coppie dello stesso sesso, la Corte Suprema Statunitense esplicita l'omosessualità come "*both a normal expression of human sexuality and immutable*", anche sulla base dei rapporti psicologici forniti dall'American Psychological Association<sup>209</sup>. Una volta qualificato il matrimonio come uno dei diritti

---

<sup>206</sup> Negli anni '70 i movimenti di attivisti gay statunitensi avevano tentato di sviluppare una retorica di linguaggio della sessualità che si sviluppasse intorno al concetto di "preferenza" piuttosto che a quello di orientamento, convinti che il riferimento ad una "*affectional or sexual preference*" portasse in evidenza la dimensione non solo sessuale, ma anche affettiva, di relazioni così socialmente osteggiate. Tale scelta semantica viene abbandonata quasi subito, già alla fine degli anni '70, quando divengono evidenti i rischi della categorizzazione dell'omosessualità in termini tali da poterla ricondurre ad una scelta "sbagliata", piuttosto che ad una caratteristica immutabile; v. v. ZIEGLER M., What is sexual orientation, in *Kentucky Law Review*, 2017, pp. 94-99.

<sup>207</sup> DANISI C., *Tutela dei diritti umani non discriminazione e orientamento sessuale*, ESI, 2015, p. 82.

<sup>208</sup> Nella sentenza *Obergefell v. Hodges* del 2015 la Corte Suprema degli Stati Uniti riconosce alle coppie dello stesso sesso la possibilità di contrarre matrimonio in tutto il territorio federale. Essa muove dalla natura fondamentale del diritto al matrimonio, il quale viene ricostruito come scelta individuale centrale nella definizione dell'identità della persona e della sua dignità. Il fondamento del diritto al matrimonio è rinvenuto nel XIV Emendamento della Costituzione, il quale contiene la c.d. *due process clause*, una clausola generale in grado di limitare l'ingerenza statale nei diritti fondamentali dell'individuo. Esso dunque va riconosciuto a prescindere da qualsiasi caratteristica personale degli sposi, compreso l'orientamento sessuale. In conseguenza, la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale la disposizione del *Defense of Marriage Act 1996 (DOMA)* che consentiva ad alcuni Stati di negare alle coppie dello stesso sesso l'accesso al matrimonio o il riconoscimento dei matrimoni celebrati in altri Stati dell'Unione; *Obergefell v. Hodges, Syllabus*, p. 2.

<sup>209</sup> Il rapporto descrive l'orientamento sessuale come "normale", "generalmente non scelto" e "particolarmente resistente al cambiamento"; *Brief for the American Psychological Association as Amici Curiae supporting Petitioners in Obergefell v. Hodges (2015)*.

fondamentali garantiti dalla Costituzione americana - ed in quanto tale sottoposto alle garanzie di uguaglianza che si estendono a quelle scelte personali di rilevanza centrale per la dignità individuale - l'orientamento sessuale rientra tra quelle caratteristiche "intime" che definiscono l'identità personale ed in base alle quali una limitazione dell'autonomia individuale risulta discriminatoria<sup>210</sup>.

Nel 2016 la Suprema Corte Federale degli Stati Uniti ammette il *certiorari*, in relazione all'esistenza dell'esercizio della libertà di espressione con riguardo al rifiuto di un pasticciere del Colorado di confezionare la torta nuziale per il matrimonio di una coppia dello stesso sesso (*Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*). A seguito della doglianza portata dalla coppia innanzi alla *Civil Rights Commission* del Colorado, viene infatti ordinato all'esercente di fornire la sua attività senza discriminazioni di sorta attinenti all'orientamento sessuale, ma egli decide di smettere la produzione di torte nuziali piuttosto che uniformarsi alla decisione contraria alle sue convinzioni personali. La causa intentata dal pasticciere ruota intorno alla distinzione tra *status* e condotta, sostenendo che il suo rifiuto non era motivato dall'orientamento sessuale in sé, ma da un'opposizione alla condotta dei futuri coniugi – cioè all'intenzione della coppia di sposarsi – ed al valore celebrativo di tale intento, connesso alla preparazione di una torta nuziale per la coppia, lesivo del suo personale pensiero<sup>211</sup>. In altre parole, l'obbligo di confezionare torte nuziali per le coppie dello stesso sesso violerebbe la Costituzione, poiché l'ordine statale di utilizzare la propria attività artistica per esprimere un messaggio non conforme al proprio pensiero violerebbe la libertà di espressione, nonché la libertà religiosa su cui le sue convinzioni fondano. La decisione della Corte Suprema Federale interviene nel giugno del 2018 ed accoglie il ricorso dell'imprenditore del Colorado. L'opinione della Corte è redatta dallo stesso giudice estensore della sentenza *Obergefell* ed è presa con una maggioranza molto ampia (sette giudici contro due), una circostanza indubbiamente in grado di evidenziare la complessità in ordine alla qualificazione di condotte che abbiano il risultato finale di attuare in concreto una distinzione pesante – ed ipoteticamente discriminante - in base all'orientamento sessuale, nell'ambito di legittime espressioni di azione e di pensiero, anche giustificate dal convincimento religioso<sup>212</sup>. Si legge nell'opinione della Corte che nonostante lo Stato possa e debba

---

<sup>210</sup> *Obergefell v. Hodges, Syllabus, p. 2.*

<sup>211</sup> ZIEGLER M., *What is sexual orientation*, in *Kentucky Law Review*, 2017, p. 107.

<sup>212</sup> Quanto è interessante è che il risultato cui arriva la Corte si pone in contrasto non solo con l'emergente consenso intorno al matrimonio tra persone dello stesso sesso negli Stati Uniti, ma



garantire l'esercizio dei diritti civili alle persone gay, le obiezioni ideologiche e religiose al matrimonio tra persone dello stesso sesso rappresentano forme di espressione ugualmente protette dalla Costituzione<sup>213</sup>.

Come si vedrà, dunque, sebbene il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale risulti acquisito alla maggior parte degli ordinamenti occidentali, gli effettivi confini applicativi dello stesso, nonché la stessa qualificazione di condotte e trattamenti come discriminatori, possono variare notevolmente, rivelando, anche in questo caso modalità di pensiero strettamente culturali – qual è la forte valorizzazione del sentimento religioso e della libertà di espressione, tipica dell'identità nazionale americana – in grado di influenzare notevolmente l'evoluzione familiare.

## **2.4 La comparazione e l'influenza del diritto straniero nella formazione della regola giuridica.**

La c.d. tradizione giuridica occidentale sembra fondarsi su di una serie di valori comuni. A titolo esemplificativo, la fondazione dell'Unione Europea, si ispira alle “eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto<sup>214</sup>”. Ancora, all'art. 2 del Trattato sull'Unione Europea si legge che l'Unione “si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze”, valori che sono comuni agli Stati membri.

---

anche con il crescente rigetto da parte della popolazione proprio in relazione ai fatti di causa, cioè alla circostanza che sia legittimo opporre credenze religiose a giustificazione di atteggiamenti discriminatori, così come risulta dai dati pubblicati a inizio 2018 dal *Public Religion Research Institute*. Il report è disponibile al sito ufficiale: <https://www.pri.org/research/emerging-consensus-on-lgbt-issues-findings-from-the-2017-american-values-atlas/> (ultimo accesso: 10.8.2018).

<sup>213</sup> La Corte ritiene che la Commissione del Colorado abbia violato i diritti dell'esercente commerciale, trattando il suo credo e le ideologie a giustificazione della sua opposizione come deplorabili e meramente retoriche - anche attraverso il paragone esplicito ad all'apologia del nazismo - creando un assetto statale estremamente ostile alle sue convinzioni religiose, che rappresentano invece una libertà equamente protetta a livello costituzionale: *“The laws and the Constitution can, and in some instances must, protect gay persons and gay couples in the exercise of their civil rights, but religious and philosophical objections to gay marriage are protected views and in some instances protected forms of expression”*; *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 4 giugno 2018, p. 2.

<sup>214</sup> Preambolo del Trattato sull'Unione Europea.



Le decisioni delle Corti internazionali e nazionali fanno dunque riferimento ad una comunanza di valori, in quanto è lo stesso legislatore a creare l'illusione di una comune eredità culturale<sup>215</sup>. Il sovrapporsi di interventi di organi giurisdizionali nazionali e sovranazionali - fra loro diversamente relazionati - diviene all'ordine del giorno<sup>216</sup>.

Diversi sono gli effetti della globalizzazione e della circolazione dei modelli giuridici sul diritto privato degli ordinamenti occidentali (e poi sui loro diritti di famiglia). Essi richiamano concetti connessi, ma non interamente sovrapponibili. Per esempio, parlare di influenza non significa parlare di imitazione, ma neppure necessariamente di interazione. L'influenza ha a che fare con una dimensione esclusivamente unidirezionale, ed è un fenomeno storicamente risalente<sup>217</sup>, che può coincidere con l'utilizzo del diritto straniero<sup>218</sup> da parte degli operatori istituzionali di un determinato ordinamento, ai fini dell'argomentazione della scelta di politica legislativa effettuata o della decisione presa nel caso concreto, per la valenza autorevole che lo stesso pare assumere agli occhi di chi decide di farne utilizzo.

In ogni caso, va ovviamente esclusa ogni valenza precettiva del ricorso a "fonti" – in senso improprio – esterne, dovendo essere evidente che i materiali extra-statali vengono acquisiti quali meri dati fattuali<sup>219</sup> presi in considerazione ai fini di effettuare la scelta. Tali informazioni giuridiche sono infatti impiegate in qualità di "inferenze a carattere extra-sistemicò"<sup>220</sup>, ovvero come dati attinti da un ordinamento giuridicamente estraneo e

---

<sup>215</sup> MARKESINIS B., FEDTKE J., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, 2009, p. 84.

<sup>216</sup> DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, 2010, p. 36.

<sup>217</sup> Con riguardo ai rapporti tra organi giurisdizionali supremi, per esempio, vi sono casi piuttosto risalenti, quale quello della Corte Suprema argentina, che in diverse occasioni ha fatto uso dei precedenti della Corte Suprema statunitense (ed in particolare della celeberrima *Madison v. Marbury*, di cui già si è accennato), già negli ultimi decenni del diciannovesimo secolo; DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, 2010, p. 17.

<sup>218</sup> Nell'espressione "uso del diritto straniero" sono indistintamente contenuti il riferimento a diversi formanti di un ordinamento straniero, sicché, sebbene con maggiore frequenza si tratti del richiamo a precedenti giurisprudenziali o al limite a norme costituzionali, il richiamo può anche riguardare tanto la dottrina straniera, tanto le soluzioni legislative ordinarie adottate in altri Stati. Quest'ultima situazione si verifica con maggiore frequenza quando si abbia a che fare con questioni altamente tecniche, che non coinvolgono problemi valoriali, quali ad esempio la normativa edilizia; MARKESINIS B., FEDTKE J., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, 2009, p. 38.p. 195.

<sup>219</sup> DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, 2010, p. 139.

<sup>220</sup> DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, 2010, p. 139.

trasposti nel ragionamento giuridico, onde accreditare una serie di ulteriori passaggi argomentativi.

E' opportuno dunque effettuare due specificazioni, la prima relativa alla natura dei materiali impiegati e all'apparenza dell'inferenza, la seconda relativa ai soggetti ordinamentali che sono interessati da tale forma di influenza.

*In primis*, il giurista non può credere che l'uso del diritto straniero sia sempre evidente o meglio che la circolazione di materiali giuridici avvenga solo in quei casi in cui un formante nazionale ne fa esplicita menzione.

All'uso aperto del diritto straniero possono infatti ostare almeno due circostanze, relative o alla natura del formante richiamato o alle caratteristiche strutturali dell'ordinamento che si serve del richiamo. Tale affermazione diventa più nitida qualora si considerino rispettivamente l'esempio italiano e quello francese.

Come noto, l'art. 118 co. 3 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile italiano fa espresso divieto per il giudice di motivare la sentenza tramite la citazione di autori giuridici. Tale circostanza, se continua a rendere improbabile l'espressa menzione di giuristi autorevoli, come noto, non esclude affatto nella prassi la menzione di indirizzi dottrinali - anche stranieri - che invece sempre più spesso fanno il loro ingresso nelle argomentazioni giurisdizionali, ed anche in virtù del riferimento ai ragionamenti svolti in precedenti di Corti a cui un tale accesso non è precluso<sup>221</sup>.

A elidere l'evidenza dell'utilizzo del diritto straniero possono invece contribuire caratteristiche strutturali dello Stato che ne fa uso. Per esempio, in Francia la Corte di Cassazione e le altre corti sono costrette dallo stile tradizionale di scrittura delle sentenze a non riferirsi espressamente al diritto straniero nel corpo della sentenza, in quanto la citazione a spiegazione interpretativa potrebbe fungere da motivo di ricorso<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> Sul punto, allo stato attuale tale limitazione sembra apparire più come una rigidità di un retaggio passato, che trova un contraltare nella sempre più auto-evidente diffusione del pensiero accademico nelle argomentazioni delle Corti. A titolo esemplificativo, per citare un esempio piuttosto recente si segua la estesa argomentazione che anima l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sulla liceità del riconoscimento nell'ordinamento italiano dei c.d. *punitive damages*, la quale cita non solo l'evoluzione della giurisprudenza interna in termini di evoluzione dell'ordine pubblico (cfr. Cass., ord. 16 maggio 2016, n. 9978, p. 11), ma anche il pensiero alla base dei riconoscimenti in ordinamenti stranieri, quale quello tedesco e spagnolo (*ibid.*, p. 16); v. anche GRONDONA M., *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, Anno III, Numero III, luglio/settembre 2016.

<sup>222</sup> MARKESINIS B., FEDTKE J., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, 2009, p. 38.p. 103.

Vi sono invece Stati ove il ricorso al diritto straniero è aperto e frequente<sup>223</sup>. In particolare, la Corte Suprema Canadese è nota per utilizzare da tempi risalenti frequenti richiami al diritto straniero, nonché per aver per prima apertamente fatto riferimento a parametri anche di sistemi internazionali di cui l'ordinamento canadese non è parte<sup>224</sup>. Ciò è in special modo vero per quanto attiene all'interpretazione dei diritti fondamentali, così come garantiti dalla *Canadian Charter of Rights and Freedom*, che hanno portato la Corte nel 2001<sup>225</sup> ad effettuare una comparazione non solo con prescrizioni costituzionali europee e precedenti della Corte Suprema Federale degli Stati Uniti, ma anche a tenere in considerazione la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>226</sup>. Le decisioni della Corte EDU sono alla base anche delle giustificazioni addotte dalla Corte Suprema Federale degli Stati Uniti nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del reato di sodomia, nel celeberrimo caso *Lawrence v. Texas* del 2003, che ha suscitato enorme risonanza per essere stato il primo caso in cui la *US Supreme Court* ha fatto espresso riferimento al diritto costituzionale straniero nella motivazione dell'*overruling* di un proprio precedente<sup>227</sup>.

Il caso statunitense è anche quello che ha maggiormente catalizzato le ostilità dei detrattori della legittimità nell'utilizzo di materiali stranieri, uso che minerebbe il presupposto di autosufficienza degli ordinamenti giuridici nazionali, introducendo elementi arbitrari. L'uso del diritto straniero si porrebbe infatti come “nebulosa<sup>228</sup>” fonte di informazioni persuasive e significative al fine di una conferma di argomentazioni che, in quanto promananti da una corte che è già in sé “suprema” non avrebbe di certo bisogno di legittimazioni esterne, tanto più provenienti da fonti normative locate al di fuori dei confini del territorio nazionale<sup>229</sup>.

---

<sup>223</sup> Ciò avviene con frequenza soprattutto negli ordinamenti di *common law* (la giurisprudenza inglese cita apertamente interi ragionamenti di Corti estere), ma anche in Germania; MARKESINIS B., FEDTKE J., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, 2009, p. 38.p. 105.

<sup>224</sup> Cfr. anche para. 4.3.

<sup>225</sup> *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*

<sup>226</sup> LOLLINI A., *Confronting comparative methods: approaches to using extra-systemic parameters by the Canadian Supreme Court and the South African Constitutional Court*, in (ed. by) MULLER A.S., LOTH M.A., *Highest Courts and the Internationalisation of Law. Challenges and Changes*, Hague Academic Press, 2009, pp. 172 ss.

<sup>227</sup> ESKRIDGE W.N.JR., *United States: Lawrence v. Texas and the imperative of comparative constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, July 2004, p. 555.

<sup>228</sup> LEGRAND P., *Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 65 (2017), p. 6.

<sup>229</sup> Sul punto si veda anche la *dissenting opinion* del giudice Sandra O'Connor in una successiva decisione nel caso *Roper v. Simmons* del 2005.

Questa pur breve panoramica ha comunque evidenziato come la considerazione del diritto straniero si rinvenga dunque soprattutto come uso da parte dei giudici nazionali di materiali giuridici derivanti da omologhe Corti straniere, fenomeno che accade con maggiore frequenza nelle decisioni delle Corte Supreme. A questo punto tuttavia va fatta una seconda importante precisazione. Tale circostanza, infatti, non esclude in alcun modo che la comparazione abbia un ruolo anche con riguardo al formante legislativo, essendo tutto fuori che infrequente che il diritto straniero venga citato nell'ambito dei lavori parlamentari<sup>230</sup> o nelle relazioni introduttive al disegno di legge. Esempi di questo tipo sono riscontrabili anche con riferimento all'ordinamento italiano. Si prenderanno in considerazione i lavori del Parlamento relativi ad una proposta modifica del diritto di famiglia ormai temporalmente distante, il disegno di legge relativo ai diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi e conosciuto con l'acronimo DICO, destinato ad innovare una materia che, come noto, è stata solo recentemente regolamentata dalla legge 20 maggio del 2016, n. 76. Nella relazione di apertura del DDL n. 1339 della XV Legislatura si fa espresso riferimento alla normativa straniera – in particolare considerata quella francese del Pacs, della quale l'istituto che si voleva introdurre nel 2007 si considerava estremamente derivativo - onde attuare una sorta di *distinguishing*, cioè atto a portare in evidenza gli elementi di differenziazione rispetto ai modelli già esistenti in altri ordinamenti<sup>231</sup>.

Nell'ambito giurisdizionale si ritiene che il fenomeno assuma una dimensione di interazione, al punto di parlare del c.d. “dialogo tra Corti”: un'espressione carica dell'idea positiva che attraverso l'azione delle Corti, nazionali, sovranazionali e globali i diversi

---

<sup>230</sup> Un esempio recente, relativo al diritto di famiglia italiano, è dato dalla proposta di legge avanzata alla Camera il 23 marzo 2018 dalla deputata Morani e relativa alla materia degli accordi prematrimoniali, in cui si trovano generici riferimenti alla diffusione nel contesto europeo di tali forme di autonomia privata ed in particolare alla finalità dei modelli di *common law*; PDL n. 244 della XVIII Legislatura reperibile nei documenti dei lavori della Camera dei Deputati (<http://documenti.camera.it/dati/leg18/lavori/stampati/pdf/18PDL0003030.pdf>; ultimo accesso: 26.7.2018).

<sup>231</sup> “La chiarezza con cui il disegno di legge sottolinea che presupposto della rilevanza giuridica (e cioè della titolarità dei diritti, dei doveri e delle facoltà) è la situazione di fatto, e non un patto tra i conviventi o altro elemento consensuale, vale anche a differenziare nettamente il modello prescelto da soluzioni presenti in altri ordinamenti”; Senato della Repubblica, XV Legislatura, DDL N. 1339/2007, p. 3 (<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00253559.pdf>; ultimo accesso: 7.7.2018). In termini comparatistici, dunque, si può ritenere che il legislatore italiano, nel considerare gli istituti comparabili di diritto straniero, abbia comunque voluto negare l'imitazione del modello - e di conseguenza l'esistenza di un trapianto - rivendicando gli elementi di innovatività rispetto ad un modello influente; cfr. *infra*, para 5.5.

ordini giuridici possano essere coordinati in un rapporto che ricompone “almeno in parte la frammentazione del diritto globale<sup>232</sup>”.

L'interazione può assumere due direzioni.

Si parla di interazione verticale quando essa interviene tra Corti nazionali e Corti internazionali o sovranazionali ed essa è particolarmente frequente nel campo dei diritti umani<sup>233</sup>, in cui deriva spesso da esigenze di convergenza tra ordinamento interno e diritto internazionale: in questi casi si parla anche di interazione necessitata. A tale necessità di coordinamento dell'operare delle giurisdizioni spesso risponde la predisposizione di alcuni strumenti specifici da parte delle stesse convenzioni che prevedono una Corte sovraordinata a quelle sovrane nazionali. Ad esempio, rientrano tra questi meccanismi il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TUE per quanto attiene alla Corte di Giustizia dell'Unione europea o il vincolo di adeguamento di cui all'art. 46 CEDU con riferimento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>234</sup>.

Nei casi di interazione necessitata peraltro, l'uso del metodo comparativo non risiede nella discrezionalità del giudice, come invece avviene per i casi in cui l'interazione tra corti è volontaria o facoltativa e dunque l'utilizzo di materiali stranieri può farsi risalire alle ragioni più disparate che hanno condotto la Corte a ravvisare l'opportunità di effettuare una comparazione<sup>235</sup>. Ad esempio, con riferimento alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, il ricorso al metodo comparativo è caldeggiato dall'art. 6.3 del Trattato sull'Unione Europea che prevede che “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”. Sulla CGUE grava dunque l'onere di interpretare tali diritti fondamentali in armonia con le tradizioni costituzionali comuni degli stati membri (così si evince anche dall'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), con la conseguenza che la coerenza del sistema europeo – e non solo dei diritti fondamentali, applicandosi il principio anche all'interpretazione delle fonti secondarie - fonda sulla

---

<sup>232</sup> CAPONI R., *Dialogo tra Corti: alcune ragioni di un successo*, in BARSOTTI V., VARANO V., *Il nuovo ruolo delle Corti Supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, ESI, 2012, p. 123.

<sup>233</sup> Cfr. *infra*, para 3.2., 3.3.

<sup>234</sup> DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, 2010, p. 56.

<sup>235</sup> Per un'analisi dettagliata delle possibili ragioni alla base del “dialogo” si veda il capitolo terzo di MARKESINIS B., FEDTKE J., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, 2009, pp. 159 ss.

comparazione delle tradizioni costituzionali degli Stati membri<sup>236</sup>. L'utilizzo del metodo comparativo in ragione dell'individuazione di valori comuni caratterizza anche l'attività della Corte europea dei diritti dell'uomo e innesca un'importante equilibrio tra due poli, spiegati dalla c.d. dottrina del margine di apprezzamento, che vedremo dettagliatamente nel prosieguo, direttamente in sede di rilevanza della giurisprudenza della Corte Edu sul diritto di famiglia.

Qualora invece avvenga tra Corti pari-ordinate - o meglio che godono di posizioni analoghe in distinti sistemi giuridici – si parla di interazione orizzontale, ed essa è non necessitata o facoltativa e quindi rimessa ampiamente alla discrezionalità del giudice quanto ad opportunità, modalità ed ampiezza. Lo stesso scopo dell'utilizzo del metodo comparativo muta radicalmente non essendo evidentemente votato ad alcuna esigenza di coordinamento e quindi perdendo anche la natura in senso stretto di “dialogo”<sup>237</sup>.

L'interazione orizzontale può assumere due diversi caratteri.

Le informazioni giuridiche straniere possono entrare nel processo di decisione come *exempla*, cioè come possibili soluzioni interpretative od applicative, concretamente adottate in sistemi stranieri. L'interazione viene definita “debole” perché in questo caso il giudice non cerca nel diritto straniero un modello da applicare, ma utilizza le soluzioni straniere per mettere maggiormente a fuoco i caratteri e le peculiarità del sistema nazionale, attuando così un processo ermeneutico di differenziazione, equiparabile a quello del *distinguishing*<sup>238</sup>.

Si parla invece di interazione “forte” quando l'uso di materiali giuridici stranieri acquisisce nel ragionamento argomentativo un valore accreditativo, confermativo, validativo o probatorio<sup>239</sup>. Nel modello forte, dunque, le informazioni giuridiche extra-sistemiche hanno una rilevanza che influenza gli esiti decisivi, o perché vengono assunti come indicatori di una tendenza cosmopolita desunta dall'osservazione di un certo numero di esperienze o perché si ritiene che il caso nazionale soggiaccia alla stessa *ratio decidendi* di

---

<sup>236</sup> LENAERTS K., *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, in *European Review of Private Law*, 2017, pp. 299 e ss.

<sup>237</sup> DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, 2010, p. 97.

<sup>238</sup> LOLLINI A., *Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi “forte” e “debole” a confronto*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2012, p. 975.

<sup>239</sup> LOLLINI A., *Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi “forte” e “debole” a confronto*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2012, p. 974.

un caso emblematico straniero<sup>240</sup>. Entrambe le ipotesi suscitano diverse perplessità sugli interpreti, principalmente per lo scarso controllo sul metodo comparativo, sia quanto ai criteri di scelta e alla giustificazione di casi ritenuti emblematici una volta decontestualizzati rispetto all'ordinamento di appartenenza, sia con riferimento alla quantità e qualità di casi che formano il paniere in cui ravvisare una tendenza e a criteri di delimitazione degli stessi che spesso dall'interprete non sono chiariti, ma nemmeno sente l'esigenza di dare spiegazione del perché si sia riferito ad una situazione piuttosto che ad un'altra o abbia escluso dall'analisi determinati ordinamenti<sup>241</sup>.

Dal punto di vista del diritto comparato, dunque, l'interazione c.d. forte tra Corti, potrebbe ritenersi dotata dei caratteri tali da modificare e innovare l'ordinamento e non solo di fornire maggiore autorevolezza all'autonoma decisione presa da chi è chiamato a dettare la legge o ad applicare il diritto nel caso concreto. Essa rappresenta dunque uno dei maggiori e più prolifici bacini in cui nel diritto contemporaneo può aver luogo alla circolazione di un modello, per mezzo di un trapianto legale.

All'opposto, essa potrebbe comunque essere il terreno fertile per la formazione di una regola giuridica innovativa da parte di un formante non predominante, a seconda della visione che si abbia – e lo vedremo a breve – del legame tra il diritto e la sua cultura giuridica di afferenza.

In ogni caso, quanto si può dedurre è che esiste un processo di diffusione, esistito storicamente con varia intensità negli ordinamenti e consistente nel “disseminarsi di principi e regole che si presentano oggettivamente come modelli da tenersi presente e imitarsi<sup>242</sup>”.

L'uso del diritto straniero e l'utilizzo del metodo comparatistico - come si crede di aver esaurientemente inquadrato all'esito di questi pur brevi cenni - facilitano la diffusione di modelli e l'avvicinamento dei sistemi occidentali almeno quanto l'affermazione sul piano

---

<sup>240</sup> LOLLINI A., *Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi “forte” e “debole” a confronto*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2012, p. 975.

<sup>241</sup> Cfr. le analisi svolte da MARKESINIS B., FEDTKE J., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, 2009, pp. 231 e ss. Queste sono per la verità solo le più evidenti di tutta una serie di problematiche connesse all'utilizzo di materiali stranieri, le quali risultano acute quando si esca dal formante dottrinale. Se infatti vi sono aspetti critici del metodo comparatistico che interessano i formanti in maniera trasversale, quali ad esempio l'aggiornamento delle informazioni, quando il diritto straniero viene usato dai giudici le profondità delle analisi rischiano di non coniugarsi con lo i tempi e le forme del processo, che sono quelli di un ragionevole tempo di decisione, nonché di una non esorbitanza del percorso argomentativo.

<sup>242</sup> DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, 2010, p. 20.



internazionale di un ruolo di spicco dei diritti fondamentali positivizzati e dell'interpretazione che degli stessi è data dalle Corti, al punto che diventerà indispensabile trattare anche le teorie alla base della c.d. convergenza degli ordinamenti nonché le teoriche atte a negarla e tenerne vivo il carattere divergente.

## **2.5. Famiglia ed identità nazionale: convergenza dei diritti di famiglia in Occidente o resistenze culturali all'armonizzazione?**

Nelle pagine che precedono si sono introdotti una serie di fattori ritenuti d'incidenza nell'evoluzione della famiglia, come realtà sociale e giuridica che risponde ad una società globalizzata e pluralista. Si è cercato anche di tratteggiare come i singoli elementi assumano un ruolo saliente all'interno di un'attività di indagine della modalità evolutive dei diritti di famiglia occidentali. Tali riflessioni vengono contestualizzate nel momento in cui si considerino le teoriche relative all'ipotesi di una possibile – e, per taluni, auspicabile – uniformità nello sviluppo dei diritti di famiglia occidentali.

Guardare ai diritti di famiglia in Occidente come oggetto di uno studio comparatistico significa infatti riconoscere e tenere in considerazione tanto la sostanziale comunanza delle rivoluzioni e movimenti sociali che hanno storicamente influito sui mutamenti delle forme familiari<sup>243</sup>, quanto acquisire il peso del processo di internazionalizzazione e costituzionalizzazione dei diritti umani sulla nozione di vita familiare e sullo sviluppo della normativa nazionale.

In apertura al primo capitolo si riportava il motto dell'Unione europea “uniti nella diversità”, come cardine di un discorso volto ad attraversare la storia di una cultura giuridica occidentale per certi aspetti unitaria, nonostante l'esistenza, accanto alle somiglianze, di evidenti ed ineliminabili peculiarità. Se si intendesse tale declamazione in termini assoluti, è tuttavia evidente che ci si troverebbe davanti ad una proposizione impossibile, in quanto l'unitarietà assoluta esclude l'esistenza di qualsiasi differenza nazionale<sup>244</sup>. Inoltre, si finirebbe per negare la stessa funzionalità dell'Unione europea, posto che l'attività di armonizzazione è ontologicamente connessa alla necessità di

---

<sup>243</sup> Cfr. *supra*, para 1.2.

<sup>244</sup> LENAERTS K., *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, in *European Review of Private Law*, 2017, p. 298.

utilizzare il diritto come strumento di risoluzione delle ipotetiche conflittualità tra i diritti nazionali<sup>245</sup>.

Alla base delle diverse convinzioni sull'ipotizzabilità di una naturale convergenza degli ordinamenti o dell'accettabilità di una attività di armonizzazione, vi sono impostazioni teoriche opposte che affondano le radici sul ruolo che riveste la cultura giuridica e sulla frammentarietà o tutto sommato consonanza ed unitarietà della stessa.

Innanzitutto, una precisazione di ordine terminologico.

Con l'espressione "armonizzazione" si fa riferimento a qualsiasi processo che risulti in un aumento del grado di uniformità del diritto<sup>246</sup>. L'uniformità può essere raggiunta in maniera deliberata<sup>247</sup>, perché imposta da un'autorità posta in posizione sovraordinata (in maniera "top-down") oppure verificarsi in maniera spontanea ("bottom-up")<sup>248</sup>. In questo secondo caso si parla anche di convergenza.

Le discussioni sul tema della possibile convergenza dei diritti privati nazionali sono particolarmente estese con riferimento al territorio europeo e si sono acuite una quindicina di anni fa quando è stata ventilata l'opportunità di unificare il diritto privato europeo, ed in particolare quello contrattuale, a mezzo di un codice civile europeo. Un progetto, come noto, destinato a fallire<sup>249</sup>.

---

<sup>245</sup> KÄHLER L., *Conflict and Compromise in the Harmonization of European Law*, in (ed. by) WILHELMSSON T., PAUNIO E., POHJOLAINEN A., *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Kluwer Law International, 2007, p. 126.

<sup>246</sup> ANTOKOLSKAIA M., *Harmonisation of substantive family law in Europe: myths and reality*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2010, p. 400.

<sup>247</sup> L'unificazione del diritto comporta la produzione e applicazione di regole uniche nei diversi ordinamenti giuridici. Tale risultato richiede evidentemente un legislatore ed un sistema di corti sovra-statali. La forma più radicale di unificazione sarebbe data dall'assunzione di una codificazione; MEULDERS-KLEIN M. T., *Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means*, in AA.VV., *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law*, a cura di BOELE-WOELKI K., Intersentia, 2003, cit., p. 106.

<sup>248</sup> ANTOKOLSKAIA M., *Harmonisation of substantive family law in Europe: myths and reality*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2010, p. 400.

<sup>249</sup> Il mancato avvento di un unico codice civile europeo è il frutto di una valutazione effettuata dalle istituzioni europee, ed in particolare dalla Commissione, in termini di inopportunità legata momento storico più che ad un'effettiva realizzabilità. L'idea è che occorra prima predisporre un quadro comune dei principi di riferimento in campo contrattuale e dunque – lo si vedrà a breve – un *common core*. Scrive Sirena, evocando la storia del diritto dell'Ottocento europeo: "In effetti, l'eventuale creazione di un codice civile europeo, quando anche fosse limitato al diritto dei contratti (di vendita), introdurrebbe una regolazione tendenzialmente completa e uniforme del mercato al livello dell'Unione, realizzando così un'impresa titanica che non ha davvero precedenti nella storia. Un codice civile unico, sebbene settoriale, per ventotto Stati nazionali e per più di cinquecento milioni di cittadini, sarebbe qualcosa che forse realizzerebbe uno dei sogni di Napoleone a Sant'Elena [...]"; SIRENA P., *Il discorso di Portalis ed il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 652.

Fino a tempi non risalenti, il diritto di famiglia si è tenuto ai margini degli studi di diritto comparato<sup>250</sup>, per la convinzione radicata che lo stesso rispondesse ad un insieme preciso di valori morali ed identitari organici altamente localizzati, al punto da renderlo un fenomeno strettamente legato alla dimensione culturale locale e, *per saltum*, nazionale. In altre parole, esso è a lungo stato ritenuto intriso di una dimensione valoriale ed etica strettamente connessa alle identità nazionali dei singoli ordinamenti. Si è così parlato di “*cultural constraints*”<sup>251</sup> in riferimento alla valorizzazione di tali diversità culturali e storiche come patrimonio unico di una Nazione. In quanto tali, essere sarebbero in grado di opporre un insormontabile ostacolo alle attività di armonizzazione, nonché resistenze a possibilità di convergenza che non siano il riflesso di un cambiamento interno della sensibilità sociale.

L'estesa riluttanza dei comparatisti ad intraprendere studi che coinvolgano progetti di armonizzazione dei diritti di famiglia occidentali – prodotto di un'ideologia storicamente molto influente che considereremo a breve – si spezza con l'affermarsi nella seconda metà del Novecento di un interesse dei trattati internazionali nei confronti dei diritti dei minori, delle donne, della parità di genere e del rispetto della vita familiare<sup>252</sup>.

Anche gli osservatori statunitensi portano infatti in evidenza le evoluzioni similari dei diritti dell'Occidente legati all'inesorabile avanzamento degli ideali di uguaglianza e dell'autonomia individuale<sup>253</sup>, che hanno portato il linguaggio dei diritti ad essere

---

<sup>250</sup> La visione che il diritto di famiglia presenti forti ostacoli alla comparazione è radicata anche in tempi recenti. Ancora alla fine degli anni Ottanta del Novecento la giurista statunitense Glendon, alle prese con un'analisi delle diverse politiche e normative in tema di aborto, nel tenere una lezione in Irlanda si chiede se un diritto comparato della famiglia possa esistere; BRADLEY D., *Convergence in Family Law: Mirrors, Transplants and Political Economy*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1999, p. 128.

<sup>251</sup> Antokolskaia riassume i caratteri dell'argomentazione della dimensione culturale nazionale del diritto in un'opera dedicata ad un'analisi dell'evoluzione dei diritti di famiglia permeata dall'idea dell'auspicabilità dell'attività di armonizzazione così: “*The assumptions constituting the cultural constraints argument can be summarised as follows. Firstly, it is suggested that laws are ingrained in the culture of the countries in which they operate. Secondly, it is assumed that each country has its own particular national culture that influences the respective law. Thirdly, it is presupposed that each of these national cultures is unique to the country concerned and that these national cultures are not moving any closer to one another. The final reckoning is that due to their embedment in the unique national cultures, laws are not converging spontaneously and cannot be harmonised deliberately*”; ANTOKOLSKAIA M., *Family law and national culture. Arguing against the cultural constraints argument*, in *Utrecht Law Review*, vol. 4, 2008, p.

<sup>252</sup> Trattati internazionali come la Convenzione dei diritti del fanciullo o sistemi regionali quali la Convenzione europea dei diritti dell'uomo incoraggiano la comunanza di principi in materia familiare che superi i confini nazionali; NICOLA F.G., *Family Law Exceptionalism in Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 780.

<sup>253</sup> GLENDON M.A., *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, 1989, p. 88.

dominante anche all'interno dei diritti di famiglia, che negli ultimi cinquant'anni hanno complessivamente fatto del riconoscimento e protezione dei diritti individuali il loro fulcro<sup>254</sup>. Con riguardo al diritto di famiglia si guarda oltreoceano dunque soprattutto al fenomeno come ad una tendenza globale alla “costituzionalizzazione” del diritto di famiglia<sup>255</sup>.

L'origine di un presunto “eccezionalismo<sup>256</sup>” del diritto di famiglia sarebbe connessa alla storia della sua ascensione a branca autonoma del diritto, che lo pone all'interno di una dicotomia con il diritto commerciale e dei contratti. Essa è connessa alla scuola storica del diritto di matrice tedesca e, in particolare, al pensiero di Friedrich Carl von Savigny<sup>257</sup>. Nella ricostruzione savigniana il diritto di famiglia e quello dei contratti sono agli antipodi: il primo caratterizzato da un forte interventismo statale, il secondo monopolio della volontà delle parti. Savigny riconosce tuttavia ad entrambi i diritti un contemporaneo carattere di universalità e di particolarità. Il diritto di famiglia è universale - nel senso di

---

<sup>254</sup> KATZ S., *Individual Rights and Family Relationships*, in (ed. by) KATZ S., *Cross Currents: Family Law and Policy in the United States and England*, 2000, p. 621.

<sup>255</sup> MEYER D., *The Constitutionalization of Family Law*, in *Family Law Quarterly*, 2008, p. 530.

<sup>256</sup> Negli ultimi anni diversi studiosi si sono occupati di teorizzare una decostruzione di quella che è alternativamente indicata come “eccezionalità” o “unicità” del diritto di famiglia, onde superare gli ostacoli frapposti all'analisi comparatistica nonché ai tentativi di letture uniformanti delle evoluzioni dei diritti di famiglia contemporanei. Si segnalano due diversi animi che attraversano questo tipo di riflessioni. Una, che considereremo più ampiamente anche nel prosieguo attiene alla critica alla concezione della cultura come fenomeno unicamente nazionale, evidenziandone piuttosto la dimensione trasversale; per tutti, v. ANTOKOLSKAIA M., *Development of Family Law in Western and Eastern Europe: Common Origins, Common Driving Forces, Common Tendencies*, in *Journal of Family History*, vol. 28, 2003; ANTOKOLSKAIA M., *The Harmonisation of Family Law: Old and New Dilemmas*, in *European Review of Private Law*, 2003; ANTOKOLSKAIA M., *The better law approach and the harmonisation of family law*, in *European Journal of Law Reform*, 2004; BOELE-WOELKI K., *Zwischen Konvergenz und Divergenz: Die CEFL-Prinzipien zum europäischen Familienrecht*, in *RabelsZ*, 2009. Un altro filone di studi cerca invece, anche attraverso un'analisi storica ed etimologica, di sanare la frattura tra diritto di famiglia e diritto commerciale. In questo secondo caso non ci si confronta con il concetto di cultura ma con il tentativo di riportare il nucleo domestico a una connotazione economica e, così facendo, ai principi che dominano il mercato nell'era liberale e il diritto dei contratti. L'analisi di questa corrente di pensiero è particolarmente interessante, indipendentemente dall'adesione all'idea di fondo che tale anomalia vada contrastata, perché di aiuto all'individuazione dei caratteri che hanno reso storicamente autonomo il diritto di famiglia; per tutti, questa impostazione è invece portata avanti in maniera tenace da: HALLEY J., *What is Family Law?: A Genealogy Part I*, in *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2011, p. 1 ss. e HALLEY J., *After Gender: Tools for Progressives in a Shift from Sexual Domination to the Economic Family*, in *Pace Law Review*, 2011, p. 887 ss.; HALLEY J., RITTICH K., *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2010.

<sup>257</sup> HALLEY J., RITTICH K., *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2010 cit., p. 757.

fondamentale ovunque - ma particolare e, ancora più specificamente, nazionale: esso si configura come espressione dello spirito del popolo<sup>258</sup>. Il diritto dei contratti deve invece la sua particolarità all'unicità di ogni singolo contratto, ma la diffusione con caratteri simili nei vari territori nazionali ne determina l'universalità, legata principalmente ai traffici commerciali che hanno per lo più carattere transnazionale<sup>259</sup>.

Tale dicotomia si cristallizza nel cuore degli ordinamenti occidentali come contrapposizione di un diritto spinto dal principio di solidarietà ad uno guidato da pulsioni egoistiche, destinati a svilupparsi su strade non tangenti.

Alla fine dell'Ottocento essa si lega all'idea di modernità nel pensiero del giurista vittoriano Sir Henry Sumner Maine<sup>260</sup>. Egli guarda alla famiglia patriarcale in declino come ad un istituto antiquato ed arretrato, poiché strutturato in maniera gerarchica e basato sul concetto di *status*, al quale sono riconnessi - dal necessario intervento statale - una serie di obblighi e doveri non riconducibili alla nozione di obbligazione. Al contrario, le società, caratterizzate dall'uguaglianza formale delle parti, che regolano, modificano ed estinguono i loro rapporti patrimoniali su base volontaria per mezzo di contratti, si ergono a monumento della modernità<sup>261</sup>.

Se gli effetti della concezione emergente dalla pandettistica e della ritenuta eccezionalità del diritto di famiglia sono già evidenti nella scelta del legislatore tedesco di collocare il diritto di famiglia in un libro separato all'interno del codice civile tedesco (BGB) nel 1900<sup>262</sup>, la dimensione strettamente nazionale dello stesso è stata riaffermata in tempi recenti dalle controversie che hanno riguardato l'introduzione di un codice civile in Giappone<sup>263</sup>.

---

<sup>258</sup> La rispondenza del diritto di famiglia alla cultura locale - e addirittura legate agli assetti climatici - è ben rappresentata dalle descrizioni dell'età di matrimonio delle donne fatte da Montesquieu nel Libro XVI de *Lo spirito delle leggi* intitolato "In che modo le leggi sulla schiavitù domestica sono in rapporto con la natura del clima"; MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi, Libro XVI*, p. 1, traduzione italiana tratta dal volume a cura di FELICE D., *Montesquieu. Opere complete (1721-1754)*, Bompiani, 2013.

<sup>259</sup> KENNEDY D., *Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 811.

<sup>260</sup> NICOLA F.G., *Family Law Exceptionalism in Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 789.

<sup>261</sup> Il pensiero di Maine rinforza l'idea che la modernità del diritto sia connessa alla capacità di fungere da espressione dell'individualismo e che dunque la famiglia non meriti l'attenzione della scienza giuridica fintanto che preserva i caratteri estranei alla negozialità; HALLEY J., *What is Family Law?: A Genealogy Part I*, in *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2011, p. \*.

<sup>262</sup> MÜLLER-FREIENFELS W., *The Emergence of Droit De Famille and Familienrecht in Continental Europe and the Introduction of Family Law in England*, in *Journal of Family History*, 2003, p. 34.

<sup>263</sup> Nel 1873 viene incaricato il giurista francese Gustave Boissonade di redigere un progetto codificatorio per il Giappone, ma non gli viene data delega per quanto attiene al diritto di famiglia.

Negli anni successivi, il diritto di famiglia ha attratto gli studi comparatistici nella misura in cui è diventato il campo per eccellenza per la ricostruzione delle strette connessioni tra norme giuridiche e valori culturali, cioè il luogo degli studi del pluralismo. Secondo Max Rheinstein, infatti, il diritto di famiglia, più di ogni altra branca del giuridico, è inerentemente instabile e in un continuo flusso di cambiamento, per la sua sensibilità ai mutamenti sociali e politici e per il suo oggetto che esiste in maniera pre-giuridica e necessitata<sup>264</sup>.

Anche l'immenso lavoro di categorizzazione dei sistemi giuridici svolto da René David ha contribuito al rafforzamento dell'idea di eccezionalità del diritto di famiglia. La sua opera complessiva come giurista riproduce infatti la dicotomia tra contrattualità e famiglia: da un lato, il suo impegno nell'armonizzazione del diritto è testimoniato dalla partecipazione ai progetti di unificazione del diritto privato dell'UNIDROIT; dall'altro, il suo lavoro per la redazione di un codice civile per l'Etiopia precipita l'idea della resistenza del diritto di famiglia alla codificazione occidentale e a principi quali quelli della laicità del matrimonio civile, per la convinzione che si tratti di un aspetto altamente localizzato e culturalmente orientato<sup>265</sup>.

Come si è accennato, la questione di una possibile armonizzazione dei diritti di famiglia occidentali rientra tra i *focus* della dottrina comparatistica<sup>266</sup> in seguito alla positivizzazione a livello costituzionale e internazionale dei diritti individuali e di gruppo inerenti la

---

Ciononostante anche le disposizioni generali contenute nella bozza proposta vengono accolte con grande ostilità, per la circostanza di rivestire i membri della famiglia di troppi diritti individuali, incompatibili con il sistema familiare gerarchico di devozione degli inferiori ed il progetto viene rigettato. La nuova bozza di codice – maggiormente affine al diritto tedesco - viene redatta a distanza di un ventennio e nel diritto di famiglia riflette un compromesso tra il diritto occidentale moderno ed il sistema tradizionale giapponese; NICOLA F.G., *Family Law Exceptionalism in Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 790.

<sup>264</sup> NICOLA F.G., *Family Law Exceptionalism in Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 798.

<sup>265</sup> NICOLA F.G., *Family Law Exceptionalism in Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 799.

<sup>266</sup> Tra i maggiori sostenitori della desiderabilità dell'armonizzazione o unificazione del diritto di famiglia in Europa, BOELE-WOELKI K., *The Road Towards a European Family Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 1997; ANTOKOLSKAIA M., *The Harmonisation of Family Law: Old and New Dilemmas*, in *European Review of Private Law*, 2003; MARTINY D., *Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?*, in AA.VV., *Towards a European Civil Code*, a cura di HARTKAMP A. S., HONDIUS E. H., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2004. Si ricordano già da ora invece tra gli oppositori all'armonizzazione del diritto di famiglia degli Stati europei ed in generale alla convergenza dei diritti privati: G. R. DE GROOT, *Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2001; P. LEGRAND, *European Legal Systems Are Not Converging*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1996.



famiglia<sup>267</sup>. Essa si accentua nel territorio europeo con la nascita della *CEFL* (*Commission on European Family Law*) e l'aspirazione alla creazione di un "diritto di famiglia europeo", evoluzione del processo di integrazione europea<sup>268</sup>.

La *Commission on European Family Law* (*CEFL*) viene istituita a Utrecht il 1° settembre 2001, al fine di favorire l'armonizzazione del diritto di famiglia. Si tratta di una commissione di studiosi di 22 Stati europei<sup>269</sup>, presieduta da Katharina Boele-Woelki della *Bucerius Law School* di Amburgo, il cui scopo principale è quello di proporre riflessioni pratico-teoriche ed il cui risultato sono stati dei lavori finora pubblicati sotto forma di "Principi di diritto europeo della famiglia"<sup>270</sup>.

Organizzazione, strumenti e obiettivi della Commissione non sono argomento che si può approfondire in questa sede<sup>271</sup>, ma ci si soffermerà un attimo sugli aspetti ideologici sottostanti alla tesi della convergenza dei sistemi giuridici europei, nonché sulla metodologia di lavoro adottata dalla stessa. Nelle parole di Boele-Woelki<sup>272</sup>, si può parlare di convergenza quando diversi sviluppi portano ad uno scopo o ad un risultato comune, mentre invece si deve parlare di divergenza di fronte a sviluppi che conducono a direzioni opposte, cosicché i risultati rimangono differenziati. Ad esempio, un numero sempre maggiore di ordinamenti ha, nell'ultimo decennio, introdotto un istituto per la formalizzazione delle coppie dello stesso sesso, dimostrando l'esistenza di una tendenza legislativa in Europa volta a dare valenza giuridica a determinate relazioni, indipendentemente dal sesso dei soggetti coinvolti<sup>273</sup>.

---

<sup>267</sup> Nelle parole di una delle maggiori sostenitrici dell'armonizzazione dei sistemi familiari europei, i diritti di famiglia starebbero convergendo seguendo tre sentieri: libertà, uguaglianza e laicità; MARELLA M. R., *Critical Family Law*, in *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, 2011, p. 79.

<sup>268</sup> W. PINTENS, *Europeanisation of Family Law*, in AA.VV., *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law*, a cura di K. BOELE-WOELKI, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003, p. 3 ss.

<sup>269</sup> Austria, Belgio, Bulgaria, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Norvegia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Russia, Svezia, Svizzera, Spagna, Ungheria.

<sup>270</sup> CUBEDDU M. G., *I contributi al diritto europeo della famiglia*, in AA.VV., *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, a cura di PATTI S., CUBEDDU M. G., Giuffrè, Milano, 2008, p. 14. Allo stato attuale i principi elaborati riguardano divorzio e mantenimento, regime patrimoniale dei coniugi e responsabilità genitoriale, nonostante siano già stati acquisiti anche i report dei singoli ordinamenti attinenti al trattamento delle convivenze di fatto.

<sup>271</sup> Per un approfondimento confronta: ANTOKOLSKAIA M., *The Harmonisation of Family Law: Old and New Dilemmas*, in *European Review of Private Law*, 2003, cit., p. 28-32.

<sup>272</sup> BOELE-WOELKI K., *Zwischen Konvergenz und Divergenz: Die CEFL-Prinzipien zum europäischen Familienrecht*, in *RebelsZ*, 2009, p. 244.

<sup>273</sup> Nella maggior parte degli ordinamenti giuridici europei il problema è diventato non tanto "se" dare riconoscimento alle coppie dello stesso sesso, ma "come" farlo, cioè a mezzo di quale



Chiaramente, convergenza non significa omogeneità: le soluzioni dei singoli ordinamenti restano “singolari”, essendo difficile sostenere che le legislazioni statali europee, preso in considerazione un singolo istituto, siano effettivamente sovrapponibili. Ciò significa che l'individuazione di un *trend* non comporta l'eliminazione di anche grosse differenze tra le singole soluzioni prospettate. Così, sarebbe possibile notare in quasi tutti gli ordinamenti europei la propensione alla riduzione della durata minima del periodo di separazione dei coniugi, prima che possa essere domandato il divorzio, ma i lassi di tempo richiesti rimangono sostanzialmente (anche molto) differenti: sei mesi, un anno, due anni, tre anni, cinque anni<sup>274</sup>.

Ciò che risulta ancora più interessante è la metodologia di comparazione adottata dalla CEFL nell'elaborazione dei principi europei di diritto di famiglia, che pone il *focus* su due concetti: *common core* e *better law* (o *better rule*)<sup>275</sup>.

L'indagine si basa su una formula funzionalista; il diritto di famiglia è approcciato in maniera analitica e scientifica, alla ricerca del “miglior regime di diritto di famiglia”<sup>276</sup> all'interno dei modelli occidentali. Tale ricerca muove da un approccio che è per l'appunto funzionale, in quanto la soluzione ad un problema viene indagata dall'interprete tenendo presente che esso può essere affrontato attraverso differenti istituti che sono funzionalmente equivalenti fra loro<sup>277</sup>.

---

istituto; SCHERPE J. M., *The legal recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights*, in *The Equal Rights Review*, 2013, p. 83 ss.

<sup>274</sup> BOELE-WOELKI K., *Zwischen Konvergenz und Divergenz: Die CEFL-Prinzipien zum europäischen Familienrecht*, in *RabelsZ*, 2009, cit., p. 245.

<sup>275</sup> BOELE-WOELKI K., *The Working Method of the Commission on European Family Law*, in AA.VV., *Common Core and Better Law in European Family Law*, a cura di BOELE-WOELKI K., Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2005, p. 31 ss.

<sup>276</sup> NICOLA F.G., *Family Law Exceptionalism in Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 804.

<sup>277</sup> Si può prendere come esempio la questione della divisione dei contributi pensionistici tra marito e moglie in sede di divorzio. Il primo ordinamento ad introdurre una disposizione apposita in materia è stato quello tedesco, con la riforma dell'art. 1587 del BGB. Si è così presa in considerazione la situazione che può nascere all'interno di una famiglia in cui la moglie rinunci ad un'occupazione lavorativa esterna (anche solo a tempo pieno) per dedicarsi alla cura dei figli e al lavoro domestico, accumulando perciò diritti pensionistici inferiori a quelli del marito, che ha lavorato a tempo pieno con un salario più elevato. Una disposizione di questo tipo è stata poi introdotta nei Paesi Bassi nel 1995 e in Inghilterra e Svizzera nel 2000. Tuttavia, se ci si concentrasse solo su regole che esplicitamente stabiliscono la divisione della pensione tra gli ex-coniugi in caso di divorzio, si avrebbe una visione parziale di quella che è la situazione europea. Una comprensione di come gli ordinamenti giuridici europei risolvono le “ingiustizie” relative ai contributi pensionistici può essere raggiunta solo considerando tutte le conseguenze economiche del divorzio: regole esplicite in tema di divisione della pensione, le regole dettate in materia di regime patrimoniale dei coniugi e quelle relative al mantenimento. Questo perché può accadere che i diritti pensionistici accumulati durante il matrimonio vengano considerati dalla legislazione

I primi passi metodologici sono “canonici” rispetto alla normale strutturazione del metodo comparatistico. Presi ad oggetto due – o più - ordinamenti per la comparazione, si determinano somiglianze e differenze e, ricercatene le ragioni, si valutano le soluzioni proposte. A questo punto, la valutazione fatta dal gruppo di comparatisti che si occupano della redazione dei lavori della CEFL si spinge oltre.

Qualora una soluzione specifica si riscontri in tutti o nella maggior parte degli ordinamenti giuridici indagati, quanto emerge è un *common core*<sup>278</sup>, cioè uno standard risolutivo comune o diffuso. Nelle valutazioni effettuate dagli studiosi non esiste tuttavia un’equivalenza tra la maggiore diffusione di una soluzione e la sua rispondenza all’opzione preferibile, ed anzi il rapporto di biunivocità tra i due termini viene considerato semplicistico<sup>279</sup>. Sicché, nell’elaborazione dei proposti principi di diritto di famiglia, al *common core* è affiancato il metodo della c.d. *better law* o *better solution* che poggia sulla scelta di una norma, tra quelle presentate dalle distinte legislazioni, che pur non rispondendo ad un principio comune agli ordinamenti considerati, viene ritenuta “migliore”<sup>280</sup>. La preferenza ad una regola non condivisa, scelta come “soluzione

---

statale come proventi che cadono in comunione e siano quindi comunque divisi in sede di divorzio. Così, ad esempio, in Svezia; SCHWENZER I., *Methodological Aspects of the Harmonisation of Family Law*, in *European Journal of Law Reform*, 2004, p. 148.

<sup>278</sup> BOELE-WOELKI K., *Zwischen Konvergenz und Divergenz: Die CEFL-Prinzipien zum europäischen Familienrecht*, in *RebelsZ*, 2009, cit., p. 246.

<sup>279</sup> Scrive Antokolskaia che fare riferimento a una soluzione comune a più ordinamenti sembra più semplice, perché riduce drasticamente la necessità di giustificazione della scelta: è sufficiente addurre che rappresenta la soluzione adottata nella maggior parte degli ordinamenti. Rifarsi esclusivamente al *common core*, tuttavia, non solo frustrerebbe l’attività di armonizzazione, che risulterebbe superflua, ma a volte si collocherebbe “*al di sotto dello standard di qualità e modernità che i redattori si auspicano*”; ANTOKOLSKAIA M., *The better law approach and the harmonisation of family law*, in *European Journal of Law Reform*, 2004, p. 161.

<sup>280</sup> Le situazioni che possono verificarsi nell’elaborazione dei principi di diritto di famiglia europeo da parte della CEFL sono dunque le seguenti: che si individui un *common core* e sia scelto come soluzione migliore; che si individui un *common core* ma venga scelta un’altra soluzione migliore; che non si individui alcun *common core* e venga scelta la soluzione migliore; che la soluzione sia ritenuta da lasciare alla discrezionalità del diritto nazionale, indipendentemente dall’esistenza di una convergenza solutoria o meno; BOELE-WOELKI K., *The working method of the Commission on European Family Law*, in (ed. by) BOELE-WOELKI K., *Common Core and Better Law in Family Law*, Intersentia, 2005, p. 32. L’utilizzo della *better law* dunque può essere piuttosto frequente, con evidenti problemi di giustificazione delle regole scelte. Le problematiche derivanti sono note anche agli studiosi della Commissione. Nell’introduzione data ai principi elaborati dalla Commissione in materia di divorzio e mantenimento tra ex coniugi, si afferma infatti che, sebbene valutare le diverse soluzioni e sceglierne una sopra le altre non sia un risultato ottenibile senza un certo grado di soggettività, l’attenzione agli sviluppi storici e agli aspetti sociologici, da un lato, e l’estesa discussione intervenuta all’interno della Commissione sulle scelte, dall’altro, dovrebbero garantirne una sufficiente legittimità per la comunità scientifica; BOELE-WOELKI K., FERRAND F., GONZÁLEZ BEILFUSS C., JÄNTERÄ-JAREBORG M., LOWE N.,

migliore”, ricade, anche se motivata, nella sfera delle valutazioni discrezionali, tanto più se la tendenza è a ragionare in termini di una percepita maggiore “modernità”<sup>281</sup>, un nozione tanto ambigua quanto carica di preconcetto. Questa tensione verso la modernità riportata nella metodologia di lavoro della Commissione è infatti l’espressione di una specifica visione della cultura giuridica europea, studiata sul superare la storica visione del diritto di famiglia come riflesso di una dimensione di valori nazionali. La stessa cultura nazionale, infatti non sarebbe mai unitaria, ma frazionata in una serie di subculture che si muovono sui binari di ideologie oppostive. A partire dall’Illuminismo in Europa, cioè, all’interno delle subculture giuridiche sarebbe possibile riscontrare un campo “progressista” (che mira alla modernizzazione del diritto di famiglia) ed uno “conservatore” (che si oppone all’evoluzione in nome dei valori della famiglia tradizionale)<sup>282</sup>. Dunque, se tali subculture si presentano in maniera differente in ogni Nazione e possono essere prevalenti o meno, quello che si può riscontrare è che, da un lato, è disgregata anche la stessa cultura nazionale, dall’altro, esiste un’uniformità trasversale nelle culture nazionali, data dal carattere pan-europeo della dicotomia tra subculture progressiste e sub-culture conservatrici in materia di diritto di famiglia. Sicché la somiglianza a livello di ideologie e morali all’interno dell’Europa sarebbe invece profonda<sup>283</sup>.

La Commissione ha però poi dimostrato di prediligere, come esempio di modernità, in genere le soluzioni fornite dai Paesi scandinavi. Tale scelta suscita delle perplessità non solo perché nella stessa area scandinava le soluzioni di dettaglio sono spesso lontane tra loro – e quindi mancherebbe proprio un *common core*<sup>284</sup> –, ma soprattutto perché tali soluzioni “pionieristiche”, scollate dal modello di *welfare* in cui sono nate, non hanno alcuna speranza di trovare il consenso necessario ad essere implementate, sia a livello

---

MARTINY D., PINTENS W., *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004, p. 2.

<sup>281</sup> Le odierne differenze nei diritti di famiglia degli Stati europei sarebbero collegate ad una differente tempistica nella “modernizzazione” degli stessi; M. ANTOKOLSKAIA, *The Harmonisation of Family Law: Old and New Dilemmas*, cit., p. 40-41.

<sup>282</sup> ANTOKOLSKAIA M., *Family law and National Culture: Arguing against the Cultural Constraints Argument*, in *Utrecht Law Review*, 2008, p. 29.

<sup>283</sup> ANTOKOLSKAIA M., *Family law and National Culture: Arguing against the Cultural Constraints Argument*, in *Utrecht Law Review*, 2008, p. 32.

<sup>284</sup> Un’analisi dettagliata delle differenze rinvenibili in materia di matrimonio e divorzio in Svezia, Norvegia, Danimarca e Finlandia e della mancata uniformità di soluzioni è avanzata da D. Bradley in BRADLEY D., *A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, in BOELE-WOELKI K., *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, cit., p. 82 ss.

politico che sociale<sup>285</sup>. In sostanza, quindi, il difetto dell'impostazione alla base del lavoro della Commissione si tradurrebbe in un difetto di consenso, e dunque in un difetto di legittimazione<sup>286</sup>. La Commissione, presupponendo erroneamente che in ciascun ordinamento le scelte di politica del diritto corrispondano ai medesimi obiettivi, trascura che medesime scelte possono essere dettate da istanze diverse e varie, a cui sottostanno i valori che costituiscono sempre componenti del patrimonio culturale di un Paese<sup>287</sup> e che rappresentano il background condiviso perché determinate politiche possano essere implementate.

La tesi della convergenza dei sistemi familiari europei e della loro auspicabile armonizzazione non è dunque esente da critiche.

In via generale, la tensione tra convergenza e divergenza è in realtà al cuore della riflessione comparatistica da oltre mezzo secolo, cioè sin dall'avvento del metodo funzionale nel diritto comparato. Non è questa la sede per spiegarne origine, diffusione, evoluzione e maggiori esponenti<sup>288</sup>: basterà enunciare che esso - in ossequio alla stessa scelta terminologica - nelle sue diverse sfaccettature si caratterizza comunque per la tendenza a dare importanza alla funzione più che alla struttura di ciò che considera. In conseguenza, il ruolo del comparatista sarebbe quello di far emergere le risposte prodotte nei diversi sistemi giuridici in relazione ad un medesimo problema: *“tale impostazione si basa innanzitutto su una esperienza basilare per ogni comparatista e cioè che ogni società affida al proprio diritto la soluzione di problemi analoghi, ma che i diversi sistemi risolvono in modo differente, anche se, a volte i risultati sono gli stessi”*<sup>289</sup>.

Il funzionalismo classico si caratterizza dunque per la ricerca di somiglianze e convergenze, approcciandosi alla risoluzione di uno specifico problema in ordinamenti diversi e giungendo alla formulazione di equivalenze. In altre parole, si tratta di impostazioni che portano alla creazione di modelli teorici astratti di riferimento imperniati sulle somiglianze, sebbene nulla impedisca al comparatista di analizzare la

---

<sup>285</sup> PERA A., *Il diritto di famiglia in Europa. Plurimi e simili o plurimi e diversi*, cit., p. 110.

<sup>286</sup> BRADLEY D., *A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, in BOELE-WOELKI K., *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003, cit., p. 89.

<sup>287</sup> BRADLEY D., *A Note on Comparative Family Law: Problems, Perspectives, Issues and Politics*, in *Oxford University Comparative Law Forum*, alla pagina web <http://ouclf.iuscomp.org/articles/bradley2.shtml>, 2005.

<sup>288</sup> Per una trattazione concisa e chiara, ma esaustiva, su tutti si veda SAMUEL G., *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart Publishing, 2014, pp. 65 ss.

<sup>289</sup> ZWEIGERT. K., KOETZ H., *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, Giuffrè, 1998, p. 32.

presenza di divergenze nei singoli ordinamenti<sup>290</sup>.

Le maggiori criticità sono perciò connesse al suo muoversi intorno ad una “*praesumptio similitudinis*<sup>291</sup>”, con il rischio di cadere nell’assoluta decontestualizzazione delle soluzioni giuridiche dal sostrato sociale, attraverso un processo di “*similarizzazione*<sup>292</sup>” che appiattisce la rilevanza del contesto storico, politico, sociale, linguistico, economico etc., comportando un impoverimento culturale. Il problema verrebbe dunque affrontato esclusivamente da una prospettiva giuridica, senza prestare vera attenzione alle ideologie sottostanti o alla sopravvivenza di differenze culturali, anche eventualmente accentuate, pur in presenza di una convergenza delle norme giuridiche<sup>293</sup>. Ciò che si teme è perciò la ricaduta in una mentalità di stampo positivista – o razionalista, che dir si voglia<sup>294</sup> - in grado di riportare in auge l’essenza teoretica del diritto naturale, per cui l’individuazione della regola si riduce nello schema della relazione tra una premessa ed una conclusione. Impostazioni teoriche di questo tipo, dunque, nella loro versione più forte affondano sulla supposta irrilevanza delle culture divergenti come forza di resistenza all’imposizione o importazione di un assetto giuridico unitario<sup>295</sup>. Con questa consapevolezza, diviene dunque possibile riguardare anche alle teorie sulla circolazione dei modelli giuridici, ove riconoscere che alla base delle ricostruzioni del trapianto legale fatte da Watson vi è la convinzione che siano esportabili testi che sono privi di nessi con il contesto sociale in cui sono impiantati<sup>296</sup>.

Rivivono all’interno delle concezioni funzionaliste le teorie sociologiche di stampo evolucionista: le soluzioni riscontrate nei singoli ordinamenti sono filtrate attraverso scopi considerati “neutrali ed oggettivi”, in grado di portare all’individuazione della soluzione “migliore” al problema<sup>297</sup>. È evidente come si appoggino a questo tipo di

---

<sup>290</sup> SCARCIGLIA R., *Metodi e comparazione giuridica*, CEDAM Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 64.

<sup>291</sup> LEGRAND P., *Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 65 (2017), p. 39.

<sup>292</sup> LEGRAND P., *Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 65 (2017), p. 40.

<sup>293</sup> NICOLA F.G., *Family Law Exceptionalism in Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 806.

<sup>294</sup> GORDLEY J., *Comparison, Law and Culture: A Response to Pierre Legrand*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 65, 2017, p. 162.

<sup>295</sup> SMITS J. M., *Legal Culture as Mental Software: How to Overcome National Legal Culture?*, in (ed. by) WILHELMSSON T., PAUNIO E., POHJOLAINEN A., *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Kluwer Law International, 2007, p. 145.

<sup>296</sup> SOMMA A., *Tanto per cambiare... Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in *Politica del diritto*, 2005, p. 117.

<sup>297</sup> NICOLA F.G., *Family Law Exceptionalism in Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 793.

teoriche i lavori della CEFL nell'individuazione di soluzioni caldeggiabili per il loro grado di "modernità". In generale, vi affondano tutte le teorizzazioni che, all'esito della comparazione effettuata, individuino modelli evolutivi che guardino alle risposte date dai singoli ordinamenti alla risoluzione dei medesimi problemi in chiave del raggiungimento di gradini diversi su una scala volta alla "modernizzazione"<sup>298</sup> e dunque implicino una supposta arretratezza di alcuni ordinamenti rispetto ad un'ideale auspicabile.

All'estremo opposto si pongono le posizioni che enfatizzano le diverse sensibilità culturali come ostacolo insormontabile al riconoscimento di civiltà universali che trascendano i confini delle diverse mentalità giuridiche - strettamente connesse ai profili culturali - negando l'ipotesi di convergenza. Verrebbe così tracciata una netta linea di demarcazione all'interno dell'Occidente "data dagli Oceani"<sup>299</sup>, per cui le sensibilità dell'Europa e quelle di altri ordinamenti occidentali - quali, ad esempio, quello Statunitense - accentuerebbero canoni valoriali così diversi che difficilmente potrebbero portare ad una ricostruzione unitaria del diritto. Rimarrebbe, soprattutto, una differenza ontologica insormontabile anche solo all'interno dei confini europei, dovendosi far risalire gli ordinamenti rispettivamente di *civil law* e di *common law* a mentalità giuridiche ontologicamente e volontariamente diverse<sup>300</sup>.

In una visione del giuridico in cui il nesso tra diritto e società è così forte, la circolazione di modelli giuridici andrebbe dunque ristretta agli ordinamenti che siano assimilabili dal punto di vista culturale, incidendo la mentalità extra-giuridica in maniera profonda sul "tasso di trapiantabilità"<sup>301</sup> del modello.

---

<sup>298</sup> Cfr. *supra*, ANTOKOLSKAIA M., *The better law approach and the harmonisation of family law*, in *European Journal of Law Reform*, 2004.

<sup>299</sup> Così Whitman in un interessante studio dedicato alle differenti normative in tema di c.d. *privacy*, per il quale "the emphases and sensibilities of the law on either side of the Atlantic remain stubbornly different"; WHITMAN J., *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, in *Yale Law Journal*, 2004, p. 1155.

<sup>300</sup> Così ancora Legrand, il quale ritiene che culturalmente il *common law* si basi sul volontario rifiuto della sistematizzazione del diritto e invece preferisca connettere la propria base evolutiva ad una sempre più dettagliata considerazione casistica. Per tale motivo non solo sarebbe improprio parlare di convergenza per la sola esistenza di un nucleo di norme comuni, riconducibili al diritto dell'Unione europea, ma che la stessa integrazione europea si scontra con l'esigenza di creare modelli nuovi che siano la sintesi delle due mentalità, correndo diversamente il rischio di rendere una dichiarazione di "superiorità" di una delle due mentalità rispetto all'altra (e la realizzazione di un codice effettuerebbe esattamente questo tipo di soppressione di uno dei due modi di vivere il diritto); LEGRAND P., *Uniformità, tradizioni giuridiche e limiti del diritto*, in *Politica del diritto*, 1997, pp. 17 ss.

<sup>301</sup> SOMMA A., *Tanto per cambiare... Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in *Politica del diritto*, 2005, p. 120.



Dimostrazioni in tal senso si ricaverebbero proprio da quei settori fortemente interessati da opzioni valoriali, al punto da appartenere alla “linfa vitale<sup>302</sup>” della cultura nazionale, quali il diritto delle successioni ed il diritto di famiglia.

Tra le ipotesi conciliative di visioni così ontologicamente distanti<sup>303</sup>, anche ai fini delle considerazioni finali che svolgeremo nel prosieguo in tema di famiglia, se ne riporta una. Essa lima il funzionalismo dai suoi aspetti maggiormente critici ed accosta l'impostazione teleologica ad un'attenzione al fenomeno culturale in grado di scomporlo in più dimensioni. Ciò consente al contempo di superare le obiezioni di cecità rispetto al contesto sociale mosse alla metodologia funzionalista e di evitare la ricaduta in tendenze granitiche di stampo nazionalista, rischio sotteso alle teoriche di più spinta valorizzazione del fenomeno culturale identitario, quali quelle di Legrand. Nel quadro di una concezione di quest'ultimo stampo, infatti, potrebbe per inverso divenire complicato anche spiegare l'esistenza di somiglianze in assenza di contesti storici e culturali identici<sup>304</sup>. L'estremizzazione di questo tipo è peraltro già di per sé negata dalla realtà storica della diffusione del diritto romano<sup>305</sup>, e dunque dal fatto che i sistemi giuridici dell'Occidente ruotino in larga parte intorno a concetti di derivazione romanistica, diffusisi per il fatto di avere astratto fatti degni di considerazione giuridica dalla vita ordinaria, indipendentemente dalle differenze sociali<sup>306</sup>.

Se la cultura è dunque un fenomeno complesso, ciò non significa che essa non possa essere sezionata in una serie di componenti, solo alcune delle quali funzionalmente rilevanti nella caratterizzazione della stessa, cioè per i fini, scopi e risultati il cui raggiungimento quella società si propone<sup>307</sup>. In altri termini, alcune caratteristiche

---

<sup>302</sup> ZIMMERMAN R., *Challenges for the European Law Institute*, in *The Edinburgh Law Review* 16 (2012), p. 15.

<sup>303</sup> Si segnala tuttavia che viene avanzata, - partendo dal diritto commerciale - la possibilità di risolvere la tensione tra ragioni universali e culture nazionali in termini di valorizzazione dell'autonomia privata in tutte le branche del diritto privato, cioè consentendo ai soggetti di dissociarsi dalla propria cultura per scelta, aderendo volontariamente ad un regime legale che non li rappresenta; v. SMITS J. M., *Legal Culture as Mental Software: How to Overcome National Legal Culture?*, in (ed. by) WILHELMSSON T., PAUNIO E., POHJOLAINEN A., *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Kluwer Law International, 2007, p. 148.

<sup>304</sup> GORDLEY J., *Comparison, Law and Culture: A Response to Pierre Legrand*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 65 (2017), p. 159.

<sup>305</sup> Cfr. *supra*, WATSON.

<sup>306</sup> GORDLEY J., *Comparison, Law and Culture: A Response to Pierre Legrand*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 65 (2017), p. 176.

<sup>307</sup> GORDLEY J., *Comparison, Law and Culture: A Response to Pierre Legrand*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 65 (2017), p. 142.



culturali possono appartenervi non in virtù di un rapporto necessitato con lo scopo che ci si persegue di ottenere, ma per “accidente, abitudine o associazione”<sup>308</sup>.

Riconoscere che società differenti possono essere attraversate da scopi simili (cioè dalla risoluzione di medesimi problemi) non scredita in maniera automatica l'esistenza di differenze, ma alimenta una differenziazione che fornisca una limitazione delle caratteristiche strettamente identitarie dei sistemi coinvolti in grado di consentire la circolazione dei modelli<sup>309</sup>.

Tornando a concentrare l'attenzione sul diritto di famiglia, anche in relazione ai lavori posti in essere dalla *CEFL* e alle tendenze dimostrate della dottrina comparatistica internazionale, è innegabile l'avvicinamento tra le legislazioni riscontratosi negli ultimi anni a seguito dei cambiamenti sociali, economici e istituzionali comuni, dell'emersione dei diritti umani, dei principi costituzionali e della giurisprudenza delle corti sovranazionali<sup>310</sup>.

Non sembra invece così scontato da un lato che si possa davvero parlare di una comunanza di soluzioni tra gli ordinamenti e cioè di un *common core*<sup>311</sup>, dall'altro che si possa guardare ai modelli diffusi senza considerare come l'interazione tra formanti che ha portato alla loro formazione influisca in maniera fondante sulla natura degli stessi.

Quest'ultima circostanza è quella che ci premureremo di evidenziare all'esito di

---

<sup>308</sup> GORDLEY J., *Comparison, Law and Culture: A Response to Pierre Legrand*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 65 (2017), p. 142.

<sup>309</sup> A questo tipo di visione si arriva anche attraverso una considerazione del diritto contemporaneo nel mondo globalizzato che prende in prestito i canoni dell'analisi economica e guarda ai modelli ordinamentali come un mercato globale, valorizzando la concorrenza tra ordinamenti. L'eccessivo radicamento all'identità nazionale si configurerebbe dunque come un ostacolo nella via per l'efficienza e la competitività; MATTEI U., *Comparative Law and Economics*, University of Michigan Press, 1998, p. 141.

<sup>310</sup> Come si è delineato nei paragrafi precedenti (cfr. *supra*, para 2.3), i principi statuiti nelle carte sovranazionali, dalla Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché la giurisprudenza delle Corti chiamate ad applicarli, sono andati a formare una sorta di “diritto costituzionale europeo della famiglia”, non in grado comunque di impedire che discrepanze tra i singoli diritti nazionali esistano; MARTINY D., *Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?*, in AA.VV., *Towards a European Civil Code*, a cura di HARTKAMP A. S., HONDIUS E. H., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2004, cit., p. 5.

<sup>311</sup> Se sono sicuramente comuni le declamazioni di principi generali, la tutela dei diritti umani viene declinata nelle varie esperienze giuridiche attraverso soluzioni di dettaglio comunque distanti tra loro, persino nella stagione degli anni '70, in cui qualcuno ha visto un periodo di “legislazione per contagio”. L'espressione si trova in STANZIONE P., *Rapporti personali nella famiglia: l'esperienza europea*, in *Famiglia*, 2001, p. 1099. Il riferimento è alla stagione legislativa che in quasi tutti i Paesi europei ha visto il diritto di famiglia riformato, con l'introduzione del divorzio, la parificazione dei coniugi e l'uguaglianza tra figli legittimi e naturali.

quest'analisi, considerando le modalità evolutive ed il contesto sociale e giuridico in cui le estensioni della nozione familiare si verificano in una prospettiva unitaria e svincolata dal trattamento delle soluzioni dei singoli ordinamenti che le raffronti ad una linea di progressione unitaria che separa conservatorismo e modernità.

## 2.6. Indagine comparatistica e ordinamenti presi in considerazione

L'indagine comparatistica effettuata è orientata a delineare un quadro degli istituti familiari negli ordinamenti occidentali che risulti in grado di dare una maggiore profondità all'analisi svolta sulla nozione di famiglia nell'ordinamento italiano e a restituirne l'estensione. Allo stesso tempo, si intende costruire una panoramica sufficientemente estesa delle evoluzioni dei diritti di famiglia in Occidente.

Preso atto della diffusa abdicazione dei singoli ordinamenti a fornire in via legislativa una definizione di famiglia<sup>312</sup>, è stato necessario individuare in maniera precisa quali siano le aree di interesse ai fini della ricostruzione della nozione familiare in senso giuridico.

L'attenzione alle modalità evolutive comporta, innanzitutto, che lo schema metodologico elaborato consideri tanto l'analisi della normativa, quanto l'apporto di dottrina e giurisprudenza nella formazione della regola in materia familiare. Vengono inoltre sottolineate le eventuali influenze esercitate da modelli stranieri e dalla loro diffusione, nonché portata in evidenza l'attività di comparazione svolta da legislatori e giudici nazionali nell'adozione delle soluzioni proposte all'interno dei singoli ordinamenti.

Le materie e gli istituti analizzati consentono, nella loro dimensione di interazione, di identificare le relazioni a cui i singoli ordinamenti attribuiscono carattere familiare, nonché di abbozzare la struttura che la famiglia può assumere negli stessi.

Con riferimento ai rapporti di coppia ed ai relativi *status* familiari, rilevano il matrimonio, la presenza di istituti che consentano una formalizzazione di coppia alternativa (quali le c.d. convivenze registrate), nonché l'eventuale riconduzione di diritti e doveri a unioni di fatto caratterizzate dalla c.d. *affectio maritalis*. Ai fini dell'estensione della nozione familiare, assumono evidente peso i soggetti interessati dai requisiti di accesso agli istituti

---

<sup>312</sup> In alcuni ordinamenti, pur assente una comprensiva definizione di cosa costituisca famiglia, appare tuttavia una connessione esplicita tra famiglia ed istituto matrimoniale. Sul valore da darsi al presupposto matrimoniale nella determinazione della nozione giuridica familiare nei singoli ordinamenti, cfr. *infra*, para. 3.4.;4.2.3; 5.1.

considerati ed il carattere familiare che l'ordinamento interno riconosca o meno agli stessi.

Per quanto attiene al profilo del rapporto tra genitori e figli l'indagine analizza, *in primis*, la materia dello *status* dei figli e le regole attributive della genitorialità. Si considerano la procreazione naturale, l'adozione e la regolamentazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Segue una considerazione delle regole che i singoli ordinamenti apprestano onde attribuire le responsabilità di cura del minore – generalmente, ma non esclusivamente - riconducibili alla nozione di responsabilità genitoriale.

Vengono infine svolte alcune riflessioni sulla surrogazione di maternità. In particolare, per gli ordinamenti in cui la materia non è regolamentata o ammessa – o addirittura è proibita – si considera la problematica di diritto internazionale privato connessa alla circolazione degli *status familiae*. L'indagine si interessa, in altre parole, del destino degli *status* familiari – attribuiti dall'atto di nascita o accertati da un provvedimento giudiziale straniero - qualora si siano validamente formati in seguito all'utilizzo di contratti di surrogazione di maternità in ordinamenti in cui tale opzione è consentita e quando - e se – tale circostanza comporti l'ingresso nei confini nazionali di forme familiari che presentano una struttura non prevista dal diritto nazionale.

L'indagine comparatistica si presenta strutturata secondo due diverse modalità.

Le aree di interesse sono esaminate per il tramite di considerazioni di ordine generale, con l'individuazione di similarità e modelli diffusi in riferimento ad alcuni ordinamenti dell'Europa continentale.

Sono scelti, *in primis*, alcuni ordinamenti del Nord Europa. Nello specifico, tra gli ordinamenti dei Paesi scandinavi<sup>313</sup> lo studio analizza gli ordinamenti di Danimarca, Svezia, Finlandia e Norvegia. Ad essi sono affiancate le analisi dell'ordinamento belga e di quello olandese. La selezione è dettata dalla circostanza che, storicamente, gli

---

<sup>313</sup> Gli ordinamenti dei Paesi Scandinavi vengono generalmente fatti risalire ad una tipologia ibrida ed a sé stante rispetto alla tradizionale distinzione tra *civil* e *common law*, di tal che per taluni costituirebbero una propria distinta famiglia legale; LANDO O., *Nordic Countries. A Legal Family?, A diagnosis and Prognosis*, in *Global Jurist Advances*, 2001, p. 10. Essi presentano infatti un fattore differenziale nei confronti di entrambe le classificazioni degli ordinamenti occidentali. Con riguardo al *civil law*, la netta distinzione è data dall'assenza di codificazioni estensive e complessivamente organiche, sicché il diritto positivo risulta da una legislazione puntuale e concreta, maggiormente affine agli *statutes* di *common law*. La somiglianza con il *common law* non si spinge tuttavia a vedere il ruolo delle Corti rivestito della stessa importanza, in quanto nei sistemi giuridici scandinavi, da escludersi la vincolatività del precedente, il ruolo della decisione giurisprudenziale è piuttosto debole; HUSA J., *Nordic Constitutionalism and European Human Rights*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2015, p. 105.

ordinamenti del Nord Europa sono ritenuti fulcro di una legislazione d'avanguardia nell'ambito del diritto di famiglia<sup>314</sup>. La circostanza sarebbe confermata anche dalle riflessioni che si sono svolte sui lavori della *Commission on European Family Law*<sup>315</sup>, che evidenziano la tendenza a ritenere le soluzioni adottate in tali ordinamenti un parametro evolutivo del diritto di famiglia europeo, e, dunque, “migliori” in virtù della loro modernità.

Sempre con riferimento all'Europa, l'analisi esamina due ordinamenti storicamente ritenuti fondanti nell'evoluzione del diritto occidentale, in quanto matrici della tradizione di *civil law*: Francia e Germania<sup>316</sup>.

Infine, si è scelto di inserire anche un ordinamento dell'Europa mediterranea, che si presentasse come storicamente vicino all'Italia anche a livello culturale, sia per la vicinanza linguistica nonché con riguardo al fenomeno religioso. Ciò anche in ragione delle numerose considerazioni svolte in relazione alla sentita stretta dipendenza tra valori culturali nazionali e diritto di famiglia. Per tale ragione, si è approfondito l'ordinamento portoghese, preferendolo a quello spagnolo in virtù del frazionamento di competenza tra Stato e comunità autonome in materia familiare<sup>317</sup>.

La comparazione è invece svolta in maniera diversificata rispetto alla trattazione “per punti” riservata all'Europa continentale per alcuni ordinamenti di matrice di *common law*: Inghilterra, Irlanda e Canada.

Tale scelta è dettata dalla volontà di dedicare un più ampio spazio ed offrire un'analisi maggiormente compiuta di alcuni ordinamenti per i quali fossero emerse, nel corso degli studi, delle peculiarità nei caratteri degli istituti e nell'evoluzione familiare in grado di meglio specificare, per raffronto, gli stessi caratteri di alcuni istituti del diritto italiano, nonché l'attuale estensione della nozione familiare nel nostro ordinamento.

Si fa riferimento a tre circostanze in grado di fornire degli importanti spunti di riflessione per l'ipotesi di ricerca.

---

<sup>314</sup> Cfr. *infra*, para 3.5. Vedi anche, SCHERPE J.M., *The Nordic Countries in the Vanguard of European Family Law*, in *Scandinavian Studies of Law*, 2007.

<sup>315</sup> Cfr. *supra*, para. 2.5.

<sup>316</sup> La famiglia di *civil law* o romano-germanica viene infatti, come noto, ricondotta alle influenze del modello francese e del modello tedesco; GUARNERI A., *Lineamenti di diritto comparato*, CEDAM – Wolters Kluwer, 2016, pp. 124 ss.

<sup>317</sup> LAMARCA MARQUÉS A., *The changing concept of “family” and challenges for family law in Spain and Catalonia*, in SCHERPE J.M., *European Family Law. Volume II*, Edward Elgar, 2016, p. 291.

*In primis*, la riscontrata dissociazione tra il piano dell'accertamento della genitorialità e quello dell'attribuzione della responsabilità genitoriale, nonché la frazionabilità dei diritti e doveri a quest'ultima connessi in capo a più soggetti. Tale distinzione è diffusa - con caratteri più o meno estesi - negli ordinamenti che derivano dal diritto inglese.

In secondo luogo, si è voluto guardare all'Irlanda per l'atipicità del recente allargamento familiare. A fronte di un diritto di famiglia costituzionalizzato in maniera pervasiva, le maggiori innovazioni del diritto di famiglia irlandese passano per gli istituti di democrazia diretta e l'Irlanda è infatti la prima Nazione ad effettuare l'estensione referendaria del matrimonio alle coppie dello stesso sesso<sup>318</sup>.

L'indagine estesa agli ordinamenti di *common law* non prende invece in considerazione gli Stati Uniti<sup>319</sup>. Tale scelta metodologica è dettata principalmente dalle complicazioni connesse alla ripartizione di competenze tra ordinamento federale statunitense e singoli ordinamenti statali<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> Un'evoluzione simile ma non comunque analoga è costituita dal percorso che ha condotto all'apertura al *same-sex marriage* in un altro ordinamento di *common law*: l'Australia. L'intervento legislativo federale che ha condotto all'introduzione della possibilità per le coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio approvato nel dicembre del 2017 – *Bill no. 129, 2017 - The Marriage Amendment (Definition and Religious Freedoms) Act 2017* (<https://www.legislation.gov.au/Details/C2017A00129>) - ha infatti fatto seguito ad una consultazione popolare ad adesione volontaria e dai risultati non vincolanti, intervenuta a mezzo di sondaggio postale inviato all'elettorato attivo. All'esito della consultazione, che ha visto una massiva partecipazione del 79,5% degli elettori, il 61,6% dei votanti ha richiesto al Parlamento di intervenire sul *Marriage Act 1961* per ridefinire la nozione di matrimonio in modo da ricomprendervi le coppie dello stesso sesso (<https://www.bbc.com/news/world-australia-41992344>).

<sup>319</sup> L'esperienza degli Stati Uniti è comunque riportata a titolo particolare in alcuni passaggi introduttivi della ricerca, in quanto si presenta come esemplare e significativa in relazione alla c.d. costituzionalizzazione del diritto di famiglia statunitense, nonché con riferimento alla portata del principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale; cfr. *supra*, para 2.3.; 2.3.2.

<sup>320</sup> Secondo taluni interpreti interni, la situazione del diritto di famiglia statunitense sarebbe alquanto "caotica", a fronte del diverso apporto di fonti statali, amministrative e principi federali. Le legislazioni statali troverebbero comunque dei punti di incontro per la pervasività nella società statunitense di alcuni principi, afferenti alternativamente a mentalità di stampo religioso o ai principi dell'individualismo liberale, che incidono in particolare sulla materia coniugale e su quella delle responsabilità nei confronti dei figli; HAMILTON V.E., *Principles of U.S. Family Law*, in *Fordham Law Review*, 2006, p. 33 ss. Va comunque sottolineata la crescente influenza esercitata dalla legislazione federale in materia familiare, nelle aree in cui la famiglia interseca le politiche sociali. Incisivi sono infatti gli interventi effettuati per quanto attiene alla protezione ed al benessere di soggetti deboli, quali donne e minori: a titolo esemplificativo, si fa riferimento alla legislazione sulla prevenzione di abusi e maltrattamenti, sulla sottrazione di minori, nonché alla normativa federale sull'esecuzione degli obblighi di mantenimento; AMERICAN BAR ASSOCIATION, *The Federalization of Family Law*, in *Human Rights Magazine*, 2009 (Vol. 36), disponibile online al sito dell'associazione: [https://www.americanbar.org/publications/human\\_rights\\_magazine\\_home/human\\_rights\\_vol\\_136\\_2009/summer2009/the\\_federalization\\_of\\_family\\_law/](https://www.americanbar.org/publications/human_rights_magazine_home/human_rights_vol_136_2009/summer2009/the_federalization_of_family_law/).

Vero è che il sistema giudiziario federale – in particolare, la giurisprudenza della *U.S. Supreme Court* - esercita un peso importante nei diritti statali - in relazione alla tendenza ad una c.d. costituzionalizzazione del diritto di famiglia<sup>321</sup> - limitando la discrezionalità legislativa statale sulla strutturazione della famiglia, in ragione del riscontro di diritti fondamentali<sup>322</sup>. In tal senso, è significativa la recente qualifica del matrimonio come diritto fondamentale<sup>323</sup>, a cui consegue il necessitato ampliamento generalizzato negli Stati federati dell'accesso al matrimonio per le coppie dello stesso sesso, da ricondursi alla giurisprudenza della Corte Suprema nel caso *Obergefell*<sup>324</sup>.

Ciononostante, la materia familiare si presenta storicamente, pressoché nella sua totalità, di competenza statale (*domestic law*) e quasi esclusivamente regolata dal formante legislativo (*statutory law*)<sup>325</sup>.

La ricostruzione della nozione familiare nell'ordinamento statunitense avrebbe dunque richiesto di considerare il diritto nazionale dei singoli Stati federati, con conseguenti difficoltà derivanti dal numero e dall'estensione dell'indagine, ritenendosi di difficile giustificazione la scelta discrezionale di solo alcuni di essi.

Onde ampliare e riscontrare quanto di peculiare emerso dall'indagine del *common law* inglese, si è dunque preferito rivolgere l'attenzione alla Federazione Canadese. In essa, infatti, l'ingerenza del diritto federale in materia familiare è più estesa, in virtù della competenza esclusiva federale sulla definizione della nozione di matrimonio. Inoltre, a fronte dell'influenza esercitata dalle Carte costituzionali e della giurisprudenza della Suprema Corte federale, è stato possibile effettuare alcune considerazioni di ordine generale sul piano della tutela di coppia, ma anche con riguardo ai principi alla base del diritto della filiazione, per poi focalizzare l'analisi su alcuni ordinamenti che hanno evidenziato notevoli evoluzioni strutturali della famiglia.

La situazione canadese si presenta, infatti, come stimolante sotto plurimi aspetti. Dal punto di vista del diritto della filiazione, due delle Province della Federazione canadese,

---

<sup>321</sup> Cfr. anche *supra*, para. 2.3.

<sup>322</sup> VIGLIONE F., *We the Family: il significato della tradizione nel disegno giurisprudenziale della famiglia americana*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, p. 1215.

<sup>323</sup> GARRISON M., *Let's Get Married? American Perspectives on Matrimony in the 21st Century*, in (ed. by) EEKELAR J., *Family Law in Britain and America in the New Century*, Brill - Nijhoff, 2016, p. 3.

<sup>324</sup> Cfr. *supra*, para. 2.3.2.

<sup>325</sup> E' la legislazione statale a definire cosa costituisca famiglia e a stabilire le regole in materia di matrimonio e divorzio, filiazione e genitorialità, adozione ed i diritti patrimoniali che originano nella famiglia (dalle obbligazioni di mantenimento nei confronti dei figli alle regole sulla divisione del patrimonio tra coniugi in seguito alla separazione); per tutti, KATZ S., *Family Law in America*, OUP, 2014, p. xxxi ss.

la British Columbia e l'Ontario, conoscono il maggiore allargamento strutturale della famiglia finora riscontrato in Occidente con le c.d. *multiple parents families*, cioè consentono l'attribuzione della genitorialità a più di due soggetti sin dalla nascita. In via più generale, tanto l'estensione della tutela di coppia, quanto della dimensione c.d. verticale della famiglia, sono connesse ad una mentalità funzionale, che, ai fini della tutela riconosciuta dal diritto, fa prevalere l'effettività della natura familiare del nucleo sociale.



## CAPITOLO 3

### L'EVOLUZIONE DELLA FAMIGLIA IN SENSO GIURIDICO IN EUROPA

**SOMMARIO:** *3.1 Istituzioni europee e diritto dei singoli ordinamenti europei: la famiglia ed il diritto dell'Unione Europea. 3.2 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamenti nazionali: l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. 3.3 I c.d. piani "orizzontale" e "verticale" dei rapporti familiari. 3.4 Il rapporto tra famiglia e testi costituzionali: principi ordinamentali fondamentali e tutela del nucleo familiare. 3.5 Il c.d. "piano orizzontale" della famiglia: la tutela delle relazioni di coppia tra adulti. 3.6 Il c.d. "piano verticale" della famiglia: lo status dei figli e le regole di attribuzione della genitorialità. 3.7 Le responsabilità di cura del minore: la responsabilità genitoriale e gli istituti equivalenti. 3.8 La gestazione per altri e la circolazione degli status familiari formati all'estero.*

#### **3.1 Istituzioni europee e diritto dei singoli ordinamenti europei: la famiglia ed il diritto dell'Unione Europea**

Tracciare un quadro completo del rapporto tra diritto di famiglia e fonti internazionali in Europa è un compito che richiederebbe a sé una trattazione estremamente complessa per essere esaustiva. L'Europa è interessata - come si è avuto modo di accennare - da numerose convenzioni internazionali che contengono rilevanti disposizioni in materia di famiglia (su tutte, la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo e la Convenzione dell'Aja sull'adozione internazionale). Il territorio europeo, soprattutto, è interessato da due sistemi regionali estremamente permeanti, sia per il diritto positivo posto, che per l'interpretazione che di esso è data dalla Corti che garantiscono l'applicazione uniforme dello stesso: l'Unione europea, da un lato, ed il Consiglio d'Europa, a mezzo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dall'altro.

Per tentare di fornire una visione di insieme del problema, ci soffermeremo sui principi fondamentali contenuti in entrambi i sistemi in materia familiare, nonché sulle dimensioni applicative che assume la loro tutela.

Nonostante la materia familiare sia espressamente esclusa dalle competenze dell'Unione europea per rientrare in quelle esclusive degli Stati membri, considereremo, inoltre, gli effetti dell'attività interpretativa del diritto secondario posta in essere dalla Corte di

Giustizia dell'Unione europea con riguardo ad alcuni profili attinenti allo stato civile, ed alla qualificazione di “familiare” da essa emergente.

Con riguardo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, invece, l'analisi si focalizzerà sulla nozione di vita familiare e sui principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento al combinato disposto degli artt. 8 e 14 della CEDU, contenenti, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita familiare ed il principio di non discriminazione.

L'ordinamento europeo costituisce, nonostante sia in atto da ormai più di cinquant'anni, un sistema di diritto in continua evoluzione, anche nei suoi caratteri fondamentali.

Fin dalla sua nascita, si è imposto come un sistema atipico nell'ambito di quanto già acquisito ai sistemi convenzionali del diritto internazionale: innovativo per l'ambivalenza del diritto posto dall'Unione, che non solo si pone al di sopra del diritto nazionale degli Stati Membri per la circostanza di prevalere su di esso, ma anche – ed è qui che si colloca la situazione di straordinarietà rispetto al diritto internazionale – si impone per la sua capacità di “permeare” il diritto interno degli Stati membri, divenendo parte integrante dello stesso<sup>326</sup>.

In virtù dell'atipicità dell'ordinamento di cui si pone come istituzione giudiziaria, anche la Corte di giustizia dell'Unione Europea esercita un ruolo non assimilabile a quello dei tribunali internazionali, e molto più vicino a quello dei giudici nazionali<sup>327</sup>. Fin dall'inizio, ad essa è infatti affidata la specifica missione di assicurare “il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione” dei Trattati (l'attuale art. 19 TUE traspone l'originario art. 164 del Trattato CEE)<sup>328</sup>. Con il potenziamento del sistema di tutela dei diritti umani all'interno dell'Unione europea voluto dal Trattato di Lisbona, inoltre, si ritiene che la Corte debba sempre più assumere un ruolo assimilabile a quello delle Corti costituzionali interne e delle Corti dei diritti umani internazionali, come Corte di ultima istanza nella protezione di diritti e libertà fondamentali<sup>329</sup>.

---

<sup>326</sup> VRANKEN M., *Western Legal Traditions. A Comparison of Civil Law & Common Law*, The Federation Press, 2015, p. 121.

<sup>327</sup> TIZZANO A., Il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione Europea, in BARSOTTI V., VARANO V., *Il nuovo ruolo delle Corti Supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, ESI, 2012, p. 41.

<sup>328</sup> TIZZANO A., *Il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in BARSOTTI V., VARANO V., *Il nuovo ruolo delle Corti Supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, ESI, 2012, p. 43.

<sup>329</sup> WEISS W., *Is the CJEU Turning into a Human Rights Court?*, in MORANO-FOADI S., VICKERS L., *Fundamental Rights in the EU. A matter for two courts*, Bloomsbury, 2015, p. 88. Non è questa la sede per approfondire il tema, ma si segnala che, all'atto pratico, l'estensione del

Come noto, l'Unione Europea non estende le sue competenze al diritto di famiglia sostanziale, sicché esso rimane di esclusivo appannaggio dei legislatori nazionali<sup>330</sup>. Tuttavia, attraverso strumenti diversi rispetto all'armonizzazione, l'influenza del diritto dell'Unione europea sul diritto di famiglia nazionale è incisiva, poiché una serie di nozioni di diritto di famiglia sono presenti in altri atti dell'Unione, in particolare in materia di libertà di circolazione e di previdenza sociale<sup>331</sup>.

Già il diritto primario dell'Unione europea contiene l'enunciazione di una serie di principi che interessano direttamente la famiglia, in particolare all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (da ora in poi, anche *CDFUE*).

Il livello di protezione dei diritti umani garantito dall'Unione europea e dalla sua Corte di Giustizia è conforme innanzitutto alle c.d. "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri"<sup>332</sup> - e non pregiudica la diversa e maggiore tutela che possa attuarsi all'interno

---

sindacato della Corte di Giustizia in tema di diritti umani agli atti nazionali – prima attuativi poi anche derogativi del diritto comunitario - ha seguito un processo graduale, a partire dalla sentenza *Wachauf* del 1989, il quale ricorda la c.d. dottrina della *incorporation* della Suprema Corte statunitense. Sul punto, v. MICHELI F., *Diritti fondamentali e incorporation: i diversi percorsi di Stati Uniti e Unione Europea*, in *Rivista AIC*, Fasc. 1, 2017, p. 11.

<sup>330</sup>Tra i settori che risultano devoluti alla competenza delle istituzioni dell'Unione Europea non figura, anche a seguito delle modifiche apportate dalla riforma di Lisbona (Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità Europea, in vigore dal 1° dicembre 2009), il diritto di famiglia, che, pertanto, rimane soggetto alla sovranità degli Stati. La ragione di tale riserva nazionale deve ricercarsi nell'originario disinteresse della Comunità europea per rapporti di matrice non economica, i quali, non a caso, sono rimasti, almeno fino agli anni '90, essenzialmente estranei all'azione comunitaria. Con l'ampliamento delle competenze e degli obiettivi comunitari, sono però apparse evidenti e non più trascurabili le interferenze tra la realizzazione del mercato unico e la disciplina dello *status* delle persone e dei rapporti di famiglia. A tal fine, il Parlamento Europeo ha iniziato negli anni 2000 ad emanare una serie di atti non vincolanti "di indirizzo", quali le numerose risoluzioni in materia di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui. Ad esempio, ai sensi della Risoluzione del Parlamento Europeo sul rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea del 16 marzo 2000, si chiede agli Stati membri di garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali; CARBONE S.M., TUO C., *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 301 ss.

<sup>331</sup> ROSSOLILLO G., *Rapporti di famiglia e diritto dell'Unione europea: profili problematici del rapporto tra dimensione nazionale e dimensione transnazionale della famiglia*, in *Famiglia e Diritto*, 2010, p. 734.

<sup>332</sup> Fin dagli anni Settanta – e dunque ben prima dell'entrata in vigore della Carta di Nizza - sulla base delle c.d. «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», la Corte di giustizia aveva affermato e tutelato a livello europeo i diritti fondamentali dell'uomo, il cui rispetto si riteneva potesse essere riguardato alla stregua di un principio generale di diritto comunitario; SIRENA P., *Il discorso di Portalis ed il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 652. Si consideri che, con il parere reso il 28.3.1996, la Corte di giustizia, rispondendo al quesito proposto dal Consiglio della Comunità in ordine alla necessità di un emendamento del Trattato per un'eventuale adesione da parte della Comunità alla Convenzione europea sui diritti umani

di uno Stato membro<sup>333</sup>. Inoltre, accoglie al suo interno la tutela riconosciuta dai trattati internazionali che vincolano gli Stati membri e segnatamente dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nonché dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>334</sup>.

Con il Trattato di Lisbona fa ingresso tra i valori comuni agli Stati membri su cui si basa l'Unione, un generale principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale<sup>335</sup>; non solo in virtù dei Trattati, ma anche e soprattutto in considerazione delle disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla quale, come noto, è conferito pari valore giuridico.

Innanzitutto, l'art. 2 TUE definisce i valori alla base dell'azione antidiscriminatoria dell'Unione europea, inserendo esplicitamente tra i fondamenti su cui si basa l'Unione – in virtù della comunanza degli stessi agli Stati membri – da un lato, il rispetto dell'uguaglianza e della dignità umana, dall'altro, l'osservanza dello Stato di diritto e dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze<sup>336</sup>. Tale intento trova le sue specifiche attuative negli artt. 10 e 157 del TFUE. Il primo richiede all'Unione di garantire che ogni misura adottata dalle sue istituzioni non comporti alcuna discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale e che al contempo essa, tramite le sue politiche, promuova l'eguaglianza dei gruppi minoritari interessati; il secondo fa più genericamente espresso divieto di ogni trattamento differenziato in base al sesso.

---

esplicitava che il rispetto dei diritti umani costituisce un requisito di legittimità degli atti della Comunità; ALPA G., *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, p. 20108.

<sup>333</sup> Art. 53 CDFUE.

<sup>334</sup> Si veda il preambolo della CDFUE, ma soprattutto l'art. 6(2) del TUE che getta il fondamento per l'accesso dell'Unione Europea alla CEDU in un'ottica di "chiusura del cerchio" (*"closing the gap"*) del sistema di garanzia dei diritti umani in Unione europea; v. RABA K., *Accession of the Eu to the ECHR*, in MORANO-FOADI S., VICKERS L., *Fundamental Rights in the EU. A matter for two courts*, Bloomsbury, 2015, p. 23. Non è questa la sede per la trattazione dell'argomento, che dopo un'iniziale entusiasmo nella redazione di un progetto di adesione ha subito un arresto importante in virtù della posizione assunta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nel parere 2/13. Sul tema, si v. per tutti: PELLEGRINI D., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU oltre il parere 2/13 CGUE*, in *federalismi.it*, n. 17, 2016.

<sup>335</sup> Con il Trattato di Amsterdam l'orientamento sessuale era stato incluso all'art. 13 TCE tra i possibili fattori per cui è affidato all'Unione il compito di adottare provvedimenti che contrastino discriminazioni su essi fondati in relazione alla cittadinanza. Tale competenza è stata trasposta nell'attuale art. 19 TFUE; DANISI C., *Tutela dei diritti umani non discriminazione e orientamento sessuale*, ESI, 2015, p. 168.

<sup>336</sup> Trattato sull'Unione europea, Art. 2.

Con la Carta di Nizza, il divieto di discriminazione “diventa visibile come diritto fondamentale<sup>337</sup>”. Inserito nel terzo capo, all’art. 21, come precipitato dell’uguaglianza, esplicita tra i fattori discriminativi – al contrario di altre Carte dei diritti più risalenti, lo si vedrà per la CEDU - l’orientamento sessuale<sup>338</sup>.

La Corte di Giustizia dell’Unione europea ha poi specificato come il principio di non discriminazione attenga esclusivamente all’operato dell’Unione europea in relazione alle competenze conferite dai Trattati: la sindacabilità delle normative degli Stati membri è quindi possibile solo nel momento in cui esse attuino il diritto dell’Unione, senza che il principio di non discriminazione rappresenti un divieto assoluto in settori d’intervento che sono demandati a questi ultimi<sup>339</sup>.

Con riguardo specificamente alla vita familiare a venire in rilievo sono in particolare tre articoli della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea; gli artt. 7, 9 e 24.

L’art. 7 della Carta contiene il diritto al rispetto della vita familiare, da leggersi dunque non solo in combinato disposto con l’art. 8 CEDU – dallo stesso contenuto precettivo – ma anche con quanto disposto dall’art. 24 della stessa CDFUE con riguardo ai diritti del bambino.

Tre sono i portati essenziali dell’art. 24 della Carta di Nizza.

Innanzitutto, si riconosce ai bambini il diritto alla “protezione e alle cure necessarie” al loro benessere<sup>340</sup>, assunta a principio ordinatore in tutti gli atti compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private relativi al minore la preminente considerazione del suo superiore interesse<sup>341</sup>. Infine, si afferma il diritto alle relazioni personali e contatti diretti con i due genitori<sup>342</sup>, salvo qualora ciò sia contrario all’interesse del bambino.

---

<sup>337</sup> Anche in considerazione della scelta della Carta di aprire il catalogo dei diritti con la dignità, che diviene chiave di lettura dell’intera Carta; DANISI C., *Tutela dei diritti umani non discriminazione e orientamento sessuale*, ESI, 2015, p. 171.

<sup>338</sup> L’art. 21(1) della Carta di Nizza recita infatti: “E’ 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, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali”.

<sup>339</sup> Si veda la pronuncia della Corte in relazione al principio di non discriminazione in base all’età; CGUE (grande sezione), 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, punto 23.

<sup>340</sup> Art. 24(1) CDFUE.

<sup>341</sup> Art. 24(2) CDFUE.

<sup>342</sup> Art. 24(3) CDFUE.

Il legislatore europeo non dettaglia ulteriormente il benessere del bambino, che si qualifica come “specifica dimensione, per la minore età, del riconoscimento della dignità umana quale sfondo su cui si colloca l’insieme dei diritti fondamentali”<sup>343</sup>.

Di particolare significanza è l’espressa previsione del diritto del bambino al mantenimento dei rapporti con entrambi i genitori<sup>344</sup>, rapporti che devono avvenire su base regolare, consentire lo sviluppo di una relazione affettiva personale stretta e avere la forma del contatto diretto<sup>345</sup>.

Infine, l’art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea prevede che il diritto di sposarsi e costituire una famiglia siano garantiti e disciplinati dalle singole legislazioni nazionali<sup>346</sup>. Esso rappresenterebbe la consacrazione del principio di “pari dignità” delle diverse forme di convivenza a cui gli ordinamenti decidano di dare rilevanza giuridica. Infatti, se anche non si volesse ravvisare un principio di reciproco riconoscimento e libera portabilità all’interno dell’Unione degli *status* familiari nazionali, il dato sembra poter essere interpretato per lo meno nel senso di una dovuta astensione da interventi “che possano tradursi in un pregiudizio delle posizioni giuridiche familiari e dei corrispondenti *status* acquisiti da cittadini comunitari sulla base delle rispettive legislazioni nazionali di appartenenza”<sup>347</sup>.

Al quadro generale così delineato, si aggiunga che l’art. 81 TFUE prevede la cooperazione giudiziaria nelle materie di diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali. Tra gli strumenti adottati nel campo della cooperazione giudiziaria che concernono il diritto di famiglia ne ricorderemo due: il Regolamento (CE) n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di

---

<sup>343</sup> FLICK G.M., *Il bambino, oggi: il diritto di avere diritti; la speranza di avere un futuro*, in Rivista AIC, no. 2/2015 del 12.6.2015, p. 3.

<sup>344</sup> Nel sistema CEDU esso viene invece ritenuto implicito al diritto al rispetto della vita familiare di cui all’art. 8; cfr. *infra*, para 3.2.

<sup>345</sup> Ciò è rilevante anche in relazione all’applicazione di regolamenti che ricadono nell’ambito delle competenze dell’UE ed in particolare del c.d. Bruxelles II bis; cfr. *infra* para. 3.1; European Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European Law relating to the rights of the child*, 2015, p. 79.

<sup>346</sup> Alcuni interpreti hanno criticato l’assenza, come contraltare del diritto di sposarsi, del diritto al divorzio, considerato anche l’intervento della Carta in tempi recenti, ben dopo che nel territorio degli Stati membri si potesse dire formato un *common core* a riguardo; ANTOKOLSKAIA M., *Objectives and values of Substantive Family law*, in (eds.) MEEUSEN J., PERTEGÁS M., STRAETMANS G., SWENNEN F., *International Family Law For The European Union*, Intersentia, 2007, p. 64.

<sup>347</sup> SCALISI V., “Famiglia” e “famiglie” in Europa, in [www.comparazioneditto.civile.it](http://www.comparazioneditto.civile.it), 2012, p.3.



responsabilità genitoriale<sup>348</sup> (c.d. Bruxelles II *bis*) ed il Regolamento (UE) n. 1259/2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale<sup>349</sup> (c.d. Roma III).

Entrambi si premurano di specificare come le questioni di diritto di famiglia sostanziale siano escluse dagli scopi che si prefiggono tali misure, da qualificarsi esclusivamente come strumenti di diritto privato internazionale. Non vi è dubbio, tuttavia, che essi rivestano un'influenza nell'armonizzazione di alcune nozioni all'interno dell'Unione europea, quale ad esempio la concezione che debba farsi risalire al concetto di responsabilità genitoriale<sup>350</sup>.

Tralasciando le competenze esterne dell'Unione<sup>351</sup>, la maggiore influenza dell'Unione europea nel campo familiare è data dalla risoluzione di questioni pregiudiziali portate innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nelle quali quest'ultima sia chiamata a pronunciarsi in via incidentale sull'interpretazione di termini che attengono al campo del diritto di famiglia<sup>352</sup>. Sebbene ciò possa accadere in relazione a diverse aree in cui

---

<sup>348</sup> Tra i vari strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione europea, esso rappresenta l'atto normativo più specificamente incidente sul minore e che persegue in modo effettivo il principio per cui il suo superiore interesse deve essere considerato preminente. Innanzitutto, infatti, esso si applica a tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, indipendentemente dall'esistenza di una relazione formalizzata per il diritto dei genitori. In secondo luogo, le norme in materia di giurisdizione sono dettate allo scopo del perseguimento dell'interesse del minore, con il luogo di sua residenza abituale come criterio principale. Infine, il regolamento si premura di assicurare che i desideri del minore vengano ascoltati nelle decisioni che lo concernono; PEGNA O. L., *L'interesse superiore del minore nel regolamento n. 2201/2003*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2013, p. 359.

<sup>349</sup> Il regolamento (UE) n. 1259/2010 rappresenta il frutto della prima cooperazione rafforzata nella storia dell'Unione, volta all'adozione di una normativa uniforme sulla legge applicabile nel contesto del diritto di famiglia; DI NAPOLI E., *A Place Called Home: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno*, cit., p. 903.

<sup>350</sup> DE BAERE G., GUTMAN K., *The impact of the European Union and the European Court of Justice on European Family Law*, in (ed. by) SCHERPE J.M., *European Family Law*, Vol. I, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 5.

<sup>351</sup> Si fa riferimento alla circostanza che, nel quadro delle proprie competenze, l'Unione può concludere accordi di diritto internazionale che sono vincolanti tanto per le istituzioni quanto per gli stati membri, ai sensi dell'art. 216(1) del TFUE. Ciò è accaduto, per esempio, con la Decisione del Consiglio, del 30 novembre 2009 (2009/941/CE), relativa alla conclusione da parte della Comunità europea del protocollo dell'Aia, del 23 novembre 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari; v. FIORINI A., *Which Legal Basis for Family Law? The Way Forward*, *European Parliament Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' rights and constitutional affairs*, 2012, p. 5. Si sottolinea peraltro che Danimarca, Irlanda e Regno Unito non partecipano in via generalizzata agli strumenti del diritto dell'UE che attengono al settore del diritto di famiglia.

<sup>352</sup> DE BAERE G., GUTMAN K., *The impact of the European Union and the European Court of Justice on European Family Law*, in (ed. by) SCHERPE J. M., *European Family Law*, Vol. I, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 33.



l'Unione europea adotta proprie misure<sup>353</sup>, la materia cardine è costituita dalla libertà di circolazione, in grado - anche in considerazione degli arresti più recenti - di illustrare al meglio l'impatto della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea sui diritti di famiglia nazionali.

In particolare, il carattere indiretto ma trasversale dell'influenza della giurisprudenza nel diritto delle persone e della famiglia avrebbe a che vedere principalmente con l'acquisizione e la conservazione di *status familiae*.

L'attività pretoria della Corte di Lussemburgo sembrerebbe, infatti, modellarsi lentamente verso l'affermazione di un principio secondo il quale lo *status* legittimamente acquisito in uno Stato dell'Unione europea debba essere riconosciuto in tutti gli altri Stati membri, nonostante le norme di diritto internazionale privato del foro si impongano per l'applicazione di una legge che porta un risultato differente<sup>354</sup>.

Per comprendere la portata di tale statuizione e la sua effettività, considereremo la giurisprudenza della CGUE con riguardo a due distinte situazioni: la registrazione allo stato civile del cognome di un minore e la nozione di coniuge ai fini dell'esercizio delle libertà di circolazione (ad esempio, rilascio del permesso di soggiorno in uno degli Stati membri o ricongiungimento familiare).

Con riguardo al profilo della trasmissione del cognome, il *leading case* è costituito dalla sentenza *Garcia Avello*, pronunciata su domanda di questione pregiudiziale avanzata dal Consiglio di Stato belga e sollevata in virtù del combinato disposto degli artt. 17 e 18 TCE, relativi alla libertà di circolazione dei cittadini europei. La vicenda concerne due minori in possesso di doppia cittadinanza belga e spagnola, per cui i genitori chiedevano che, sulla base della normativa spagnola, i bambini venissero registrati all'anagrafe belga con il primo cognome di entrambi i genitori. A tale richiesta, l'ufficiale di stato civile opponeva – posto che lo stato civile rientra tra le competenze nazionali degli Stati membri e che la cittadinanza belga dovesse ritenersi prevalente<sup>355</sup> - le disposizioni in materia di stato civile belga – che prevedono la sola trasmissione del cognome paterno – si qualificano quali norme di applicazione necessaria. Secondo la Corte, i due minori devono potersi avvalere del diritto di non subire alcuna discriminazione, in ragione della propria

---

<sup>353</sup> Ad esempio anche la cittadinanza, nonché il settore previdenziale.

<sup>354</sup> ROSSOLILLO G., *Rapporti di famiglia e diritto dell'Unione europea: profili problematici del rapporto tra dimensione nazionale e dimensione transnazionale della famiglia*, in *Famiglia e Diritto*, 2010, p. 736.

<sup>355</sup> CGUE, *Carlos Garcia Avello contro Stato belga*, 2 ottobre 2003, C-148/02, punto 8.

cittadinanza, con riferimento alle norme che disciplinano il loro cognome<sup>356</sup>. Perciò, sebbene le norme che disciplinano lo stato civile rientrino nella competenza degli Stati membri, esse devono comunque rispettare le libertà garantite dal Trattato ed in particolare quella di circolazione<sup>357</sup>. L'attribuzione di cognomi differenti tra il territorio spagnolo e quello belga avrebbe potuto infatti costituire un ostacolo alla libera circolazione dei minori ed essere loro estremamente pregiudizievole<sup>358</sup>, sicché viene accolta la domanda dei ricorrenti<sup>359</sup>. Si tratta del primo esempio di deroga al diritto applicabile sulla base delle norme di conflitto imposto dalla CGUE in materia di stato civile, quale precipitato della fondamentale libertà di circolazione dei cittadini UE all'interno dell'Unione.

Prima di trattare l'aspetto della libertà di circolazione sotto la prospettiva del diritto al rispetto della vita familiare, va sottolineato che, nei numerosi casi in cui la Corte si è trovata a richiamare i principi di diritto contenuti nella sentenza *Garcia Avello*<sup>360</sup>, essa ha voluto esplicitare come per la *ratio* sottesa alla decisione rilevasse la circostanza che per i cittadini interessati potessero derivare seri inconvenienti alla libertà di circolazione. La misura nazionale avrebbe, cioè, privato i cittadini del godimento effettivo del nucleo essenziale di diritti conferiti dallo *status* di cittadini dell'UE con riferimento alla loro libertà di circolare e soggiornare negli Stati membri<sup>361</sup>.

---

<sup>356</sup> “A tale conclusione non si può obiettare che gli interessati hanno anche la cittadinanza dello Stato membro in cui soggiornano dalla nascita e che, secondo le autorità di tale Stato, sarebbe pertanto l'unica cittadinanza ad essere riconosciuta da quest'ultimo. Infatti, lo Stato membro non è legittimato a limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza ai fini dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato”; CGUE, Carlos Garcia Avello contro Stato belga, 2 ottobre 2003, C-148/02, punto 28.

<sup>357</sup> CGUE, Carlos Garcia Avello contro Stato belga, 2 ottobre 2003, C-148/02, punto 25.

<sup>358</sup> Si legge: “[...] è pacifico che una simile situazione di diversità di cognomi è tale da generare per gli interessati seri inconvenienti di ordine tanto professionale quanto privato, derivanti, in particolare, dalle difficoltà di fruire, in uno Stato membro di cui hanno la cittadinanza, degli effetti giuridici di atti o di documenti redatti con il cognome riconosciuto nell'altro Stato membro del quale possiedono la cittadinanza”; CGUE, Carlos Garcia Avello contro Stato belga, 2 ottobre 2003, C-148/02, punto 36.

<sup>359</sup> “Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre risolvere la questione pregiudiziale dichiarando che gli artt. 12 CE e 17 CE devono essere interpretati nel senso che ostano al fatto che, in circostanze come quelle della causa principale, l'autorità amministrativa di uno Stato membro respinga una domanda di cambiamento del cognome per figli minorenni residenti in questo Stato e in possesso della doppia cittadinanza, dello stesso Stato e di un altro Stato membro, allorché la domanda è volta a far sì che i detti figli possano portare il cognome di cui sarebbero titolari in forza del diritto e della tradizione del secondo Stato membro”; CGUE, Carlos Garcia Avello contro Stato belga, 2 ottobre 2003, C-148/02, punto 45.

<sup>360</sup> CGUE, Grunkin e Paul, C-353/06; Ruiz Zambrano, C-34/09; McCarthy, C-434/09.

<sup>361</sup> CGUE, McCarthy, C-434/09, punti 52-53; v. anche BERNERI C., *Le pronunce Zambrano e McCarthy: gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulle unioni familiari tra cittadini comunitari ed extracomunitari*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2011, p. 696.

Con riguardo al riconoscimento dei rapporti affettivi di coppia, ai fini del godimento di una serie di diritti connessi alla natura di “familiare” - anche, in particolare, con riguardo ad unioni di carattere omo-affettivo<sup>362</sup> - la giurisprudenza dell’Unione ha subito un’importante evoluzione di recente.

Sebbene nessun atto dell’Unione preveda una definizione di matrimonio, lo *status* di “coniuge” è rilevante al fine del godimento di tutta una serie di diritti contenuti nel diritto secondario, non sempre riconosciuti con medesimo grado di estensione ad altri soggetti che vengano qualificati come “familiari”.

L’assenza di una definizione espressa non ha impedito alla Corte di Giustizia di elaborare nella sua giurisprudenza dei principi che ne delimitino la nozione, i quali rappresenterebbero un caso esemplare di quella a cui taluni autori hanno fatto riferimento come *federal common law* europea<sup>363</sup>. Il termine andrebbe ad indicare quei concetti, principi e regole di diritto dell’Unione europea elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che non risultano *prima facie* dal testo dalle norme di diritto primario o secondario<sup>364</sup>.

La prima interpretazione del termine “coniuge” è data dalla CGUE nel caso *Reed*, deciso nel 1986 e riguardante l’interpretazione del Regolamento (CE) n. 1612/1968 sulla libertà di movimento dei lavoratori dell’Unione<sup>365</sup>. Nella sentenza resa, la Corte esclude l’equiparabilità del convivente *more uxorio* - anche di lunga durata - al coniuge, considerando che al tempo non poteva ritenersi formato un *consensus* tra gli Stati membri che consentisse un’interpretazione estensiva della lettera del Regolamento. I giudici accolgono, infatti, la ricostruzione fornita dal governo olandese, secondo la cui ogni interpretazione dei termini del diritto dell’Unione adeguatrice dei mutamenti sociali

---

<sup>362</sup> Anche per esigenze di brevità, si tratteranno approfonditamente in questa sede esclusivamente le situazioni connesse all’interpretazione della nozione di coniuge, principalmente con riguardo alle norme di diritto secondario attinenti alla libertà di circolazione. Si segnalano tuttavia per completezza anche gli arresti della Corte in materia previdenziale con riguardo al trattamento non discriminatorio di unioni stabili di carattere omo-affettivo ed in particolare ai casi *Maruko* e *Roemer*, attinenti l’interpretazione della direttiva 2000/78.

<sup>363</sup> LENAERTS K., GUTMAN K., “*Federal Common Law*” in *the European Union: A Comparative Perspective from the United States*, in *American Journal of Comparative Law*, 2016, p. 1 ss.

<sup>364</sup> DE BAERE G., GUTMAN K., *The impact of the European Union and the European Court of Justice on European Family Law*, in (ed. by) SCHERPE J. M., *European Family Law*, Vol. I, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 42.

<sup>365</sup> L’azione era stata intentata da una cittadina britannica contro il governo olandese a seguito del diniego della sua domanda di permesso di soggiorno. La signora Reed chiedeva di essere trattata come “*spouse*” ai sensi del Reg. (CE) 1612/68, riconosciuto il diritto di seguire il compagno con conviveva da più di cinque anni, ed impiegato in Olanda.

andrebbe fatta con considerazione dell'evoluzione dell'intera Unione e non di qualcuno degli Stati membri<sup>366</sup>. Sicché, in assenza di indicazioni contrarie, il termine “coniuge” può ritenersi riferito esclusivamente all'esistenza di un matrimonio tra le parti<sup>367</sup>.

All'inizio degli anni Duemila, la Corte di Giustizia dell'Unione europea torna a pronunciarsi sulla nozione di coniuge, onde escludere l'inclusione delle unioni tra persone dello stesso sesso, anche qualora esse risultino formalizzate a mezzo di convivenze registrate che nello Stato membro fungano da equivalente funzionale del matrimonio.

Il caso di specie (*D and Sweden v. Council*) è un giudizio di appello sull'impugnazione dello Statuto del personale delle Comunità europee, il quale riconosceva determinati benefici – tra cui l'assegno familiare - al coniuge del dipendente istituzionale. I ricorrenti vengono sostenuti di fronte alla CGUE dai governi di Danimarca e Olanda, i quali, facendo leva sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di stato civile, richiedono l'applicazione del medesimo trattamento a matrimonio e convivenza registrata in sede comunitaria, sulla base dell'equivalenza funzionale tra i due tipi di unione affettiva effettuata dagli ordinamenti nazionali<sup>368</sup>.

Anche in questo caso, tuttavia, la Corte fa ricorso, piuttosto che alla valorizzazione del diritto nazionale dello Stato membro interessato dalla materia di competenza esclusiva, alla presenza di un *consensus* all'interno degli Stati membri. Nonostante la presa d'atto che alcuni ordinamenti stiano andando nella direzione di predisporre strumenti di formalizzazione della vita di coppia tra persone di diverso o del medesimo sesso alternativi al matrimonio<sup>369</sup> - i quali, pur distinguendosi, presentano analogie con lo stesso – essa conclude che sia “*pacifico che il termine «matrimonio», secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, designa una unione tra due persone di sesso diverso*”<sup>370</sup>. In una simile situazione, dunque, la Corte non potrebbe interpretare lo Statuto in modo da equiparare

---

<sup>366</sup> CGUE, Reed, 59/85, punto 13.

<sup>367</sup> LENAERTS K., *The European Court of Justice and the Comparative Method*, in *European Review of Private Law*, 2017, p. 301.

<sup>368</sup> CGUE, *D and Kingdom of Sweden v Council of the European Union*, 2001, C-122/99, para. 29.

<sup>369</sup> “*E' altresì vero che dal 1989 un numero sempre maggiore di Stati membri ha istituito, a fianco del matrimonio, regimi legali che accordano un riconoscimento giuridico a forme diverse di unione tra conviventi dello stesso sesso o di sesso diverso, attribuendo a tali unioni taluni effetti identici o paragonabili a quelli del matrimonio, tanto fra i conviventi quanto nei confronti dei terzi. E' chiaro tuttavia che, a parte la loro estrema eterogeneità, i suddetti regimi di registrazione di relazioni di coppia fino ad allora non riconosciute dalla legge sono, negli Stati membri interessati, distinti dal matrimonio*”; CGUE, *D and Kingdom of Sweden v Council of the European Union*, 2001, C-122/99, para. 35-36.

<sup>370</sup> CGUE, *D and Kingdom of Sweden v Council of the European Union*, 2001, C-122/99, para. 34.

situazioni giuridiche che sono distinte, fatta salva la possibilità per il legislatore comunitario di modificare lo Statuto stesso qualora lo ritenga opportuno<sup>371</sup>.

In conseguenza del giudizio della CGUE, lo Statuto viene effettivamente emendato<sup>372</sup>, riconoscendo determinati benefici anche al convivente in un'unione registrata con il dipendente<sup>373</sup>.

Emblematico dello sviluppo della giurisprudenza comunitaria in maniera armoniosa con l'evolversi dell'attitudine sociale – e del conseguente mutamento del quadro normativo – in un numero crescente di Stati membri è, tuttavia, il più recente arresto della Grande Sezione in materia di libertà di circolazione dei cittadini UE e dei loro familiari. La pronuncia interviene nel giugno del 2018 e riguarda un rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte Costituzionale della Romania (*Relu Adrian Coman e a. contro Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne*, 5 giugno 2018).

Sebbene venga sollevata dal rimettente nazionale come questione interpretativa della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio - relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri - la Grande Sezione effettua un diverso inquadramento della fattispecie nell'ambito dell'art. 21 para. 1 TFUE e pronuncia un principio di diritto avente una valenza piuttosto estensiva.

Per tali motivi, nonché per la portata della sentenza, risulta opportuno premettere alcune nozioni sulla normativa in questione e sullo svolgimento dei fatti di causa.

Ai giudici di Lussemburgo è rimessa l'interpretazione del termine “coniuge” ai sensi dell'art. 2, punto 2, lettera a) della direttiva 2004/38, in conformità al rispetto dei principi della Carta dei diritti fondamentali ed, in particolare, dell'art. 21 contenente il principio di non discriminazione, e richiamato dallo stesso preambolo della direttiva, nonché degli artt. 7 e 9 concernenti il diritto al rispetto della vita familiare ed il diritto a sposarsi e costituire una famiglia. A tale *status* di diritto civile è infatti connessa l'agevolazione del

---

<sup>371</sup> CGUE, *D and Kingdom of Sweden v Council of the European Union*, 2001, C-122/99, para. 37-38.

<sup>372</sup> Regolamento (CE, Euratom) n. 723/2004 del Consiglio, del 22 marzo 2004, che modifica lo statuto dei funzionari delle Comunità europee e il regime applicabile agli altri agenti di dette Comunità.

<sup>373</sup> Dovendosi interpretativamente riconoscere gli stessi benefici ai soggetti che stiano in un'unione non maritale stabile e, indipendentemente dall'orientamento sessuale, abbiano tra loro concluso un contratto di convivenza; DE BAERE G., GUTMAN K., *The impact of the European Union and the European Court of Justice on European Family Law*, in (ed. by) SCHERPE J. M., *European Family Law*, Vol. I, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 42.

rilascio di un permesso di soggiorno di durata superiore a tre mesi ai sensi dell'art. 7 della direttiva stessa, qualora il coniuge raggiunga od accompagni il cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza.

Il ricorso riguarda la situazione di due coniugi dello stesso sesso, il sig. Coman, in possesso della doppia cittadinanza rumena e statunitense, ed il sig. Hamilton, statunitense, che avevano contratto matrimonio in Belgio nel 2010, essendo il sig. Coman dipendente del Parlamento europeo. A seguito della decisione della coppia di trasferirsi nello Stato d'origine del sig. Coman, nel 2013, l'Ispettorato della Romania nega la possibilità di proroga del diritto di soggiorno temporaneo di tre mesi al sig. Hamilton a titolo di ricongiungimento familiare, giacché, trattandosi di persone dello stesso sesso, il matrimonio non poteva essere riconosciuto in conformità al codice civile rumeno<sup>374</sup>.

La Corte di Giustizia, innanzitutto, riqualifica la questione<sup>375</sup>, non potendosi il diritto di soggiorno derivato del sig. Hamilton fondarsi sulla direttiva 2004/38, la quale disciplina unicamente le condizioni di ingresso e di soggiorno di un cittadino UE in Stati membri diversi da quello di cui egli ha la cittadinanza. Tale diritto derivato dovrebbe invece ricavarsi sulla base dell'art. 21, para. 1, TFUE<sup>376</sup>, il quale, nel garantire la libertà di circolazione ai cittadini, impone che la vita familiare che il cittadino abbia condotto in uno Stato membro possa proseguire al suo ritorno nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza. Questo grazie alla concessione di un diritto di soggiorno derivato al familiare cittadino di uno Stato terzo, a condizioni non più rigorose di quelle previste dalla menzionata direttiva. Premessa, dunque, la centralità del diritto dei cittadini degli Stati membri a condurre una normale vita familiare e a beneficiare della presenza al loro fianco

---

<sup>374</sup> "L'articolo 277 [...] del codice civile è così formulato: «1. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è vietato. 2. I matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti o conclusi all'estero sia da cittadini rumeni sia da cittadini stranieri non vengono riconosciuti in Romania»; CGUE, *Coman e a.*, C-673/16, punto 8.

<sup>375</sup> "Ciò posto, come la Corte ha in più occasioni dichiarato, benché formalmente il giudice del rinvio abbia limitato le proprie questioni all'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2004/38, tale circostanza non osta a che la Corte gli fornisca tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione che possano risultare utili per definire la controversia sottoposta al suo esame, a prescindere dal fatto che detto giudice vi abbia fatto riferimento o meno nel formulare le proprie questioni (v., in tal senso, sentenze del 10 maggio 2017, *Chavez-Vilchez e a.*, C-133/15, EU:C:2017:354, punto 48, nonché del 14 novembre 2017, *Lounes*, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 28 e giurisprudenza ivi citata); CGUE, *Coman e a.*, C-673/16, punto 22.

<sup>376</sup> La Corte fa utilizzo espresso di questo espediente per garantire il rispetto della vita familiare per la prima volta l'anno precedente; CGUE, 14 novembre 2017, *Lounes*, C-165/16, punto 46; v. anche DI MAIO C., *Libera circolazione e diritti derivati dalla (doppia) cittadinanza UE: la vita familiare al vaglio della CGUE nel caso Lounes*, 27.11.2017, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it) (ultimo accesso: 13.8.2018).



dei familiari<sup>377</sup>, la Corte rileva che la direttiva 2004/38 menziona espressamente il coniuge come familiare. A questo punto, la Corte richiama i propri precedenti con riguardo all'interpretazione del termine come volto a designare “una persona unita ad altra da un vincolo matrimoniale<sup>378</sup>”, ma fa un passo in più, sottolineando come la nozione di coniuge sia “neutra dal punto di vista del genere” e possa “comprendere quindi il coniuge dello stesso sesso del cittadino dell'Unione interessato<sup>379</sup>”.

Quanto preme evidenziare è la circostanza che l'argomentazione portata dalla Corte sia slegata da riferimenti alla formazione di un *consensus* tra gli Stati membri, che appare come singolare se si guardi ai precedenti finora considerati. *A contrario*, viene invece portato un argomento rafforzativo della neutralità della nozione di “coniuge” nel diritto dell'Unione e dell'indipendenza della stessa dall'interpretazione che di esso è data negli stati membri: la circostanza che la direttiva contenga un rinvio alla legislazione dello Stato membro in cui il cittadino intende recarsi solo per quanto attiene alla qualificazione come “familiare” del partner in un'unione registrata.

Ed anzi, la volontà della Corte di dissociare la nozione di coniuge nel diritto dell'Unione dai caratteri assunti dal matrimonio nella disciplina sostanziale degli ordinamenti nazionali - onde assicurare la preminenza dei diritti fondamentali garantiti dal diritto comunitario ed in particolare il rispetto della vita familiare<sup>380</sup> e la libertà di circolazione - sembra emergere dalle puntuali considerazioni fatte con riferimento all'intangibilità dell'adozione negli Stati membri di una nozione di matrimonio che meglio risponda alla sentita identità nazionale, nonché alle considerazioni dedicate all'ordine pubblico.

La Corte considera, infatti, che nell'esercizio delle competenze esclusive - qual è lo stato civile - la limitazione alle libertà fondamentali riconosciute dai Trattati è giustificata solo se persegue fini di interesse generale e risulta proporzionale allo scopo legittimamente perseguito. La nozione di “ordine pubblico” può essere invocata, dunque, solo in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad un interesse fondamentale della società. In proposito, la Corte ritiene che l'obbligo di riconoscimento di un matrimonio tra persone dello stesso sesso ai soli fini della concessione del diritto di soggiorno al cittadino dello

---

<sup>377</sup> CGUE, *Coman e a.*, C-673/16, punto 32.

<sup>378</sup> Cfr. *supra*, *Reed*; CGUE, *Coman e a.*, C-673/16, punto 33.

<sup>379</sup> CGUE, *Coman e a.*, C-673/16, punto 35.

<sup>380</sup> La Corte esplicita che la nozione è da interpretarsi ai sensi della giurisprudenza delle Corte Edu, come comprendente parimenti la relazione tra persone dello stesso sesso e di sesso opposto che si trovino in una stessa situazione e a tal proposito cita la sentenza *Vallianatos e a c. Grecia*; CGUE, *Coman e a.*, C-673/16, punto 50. Cfr. para 3.2.



Stato terzo non attenti l'identità nazionale dello Stato membro, né ne minacci l'ordine pubblico. Esso, infatti, non pregiudica l'istituto del matrimonio nello Stato membro, il quale resta definito con i caratteri ad esso ricondotti dalla disciplina nazionale, eventualmente anche di rango costituzionale, sentiti come rispondenti all'identità nazionale<sup>381</sup>. Ma nemmeno comporta l'obbligo, per lo Stato membro, di prevedere nel proprio diritto di famiglia l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso, richiedendosi esclusivamente il riconoscimento di siffatti matrimoni, legittimamente contratti in altro Stato membro, unicamente ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti ai cittadini dal diritto dell'Unione<sup>382</sup>.

Ne consegue che *“l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a che le autorità competenti dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza rifiutino di concedere un diritto di soggiorno sul territorio di detto Stato membro al suddetto cittadino di uno Stato terzo, per il fatto che l'ordinamento di tale Stato membro non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso”*<sup>383</sup>.

In virtù della risonanza del principio contenuto nella sentenza, la Corte ha anche rilasciato un comunicato stampa, dal contenuto estremamente esplicativo. Si legge, infatti, nel comunicato stampa n. 80/18 della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 5 giugno 2018 che: *“La nozione di «coniuge», ai sensi delle disposizioni del diritto dell'Unione sulla libertà di soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari, comprende i coniugi dello stesso sesso”*. In conseguenza: *“Anche se gli Stati membri sono liberi di autorizzare o meno il matrimonio omosessuale, essi non possono ostacolare la libertà di soggiorno di un cittadino dell'Unione rifiutando di concedere al suo coniuge dello stesso sesso, cittadino di un Paese non UE, un diritto di soggiorno derivato sul loro territorio”*<sup>384</sup>.

La sentenza ha un'evidente rilevanza con riguardo alla nozione di famiglia in Occidente. Se sinora, infatti, ogniqualevolta un atto comunitario facesse riferimento a un istituto del diritto di famiglia, occorre fare ricorso alle nozioni statali<sup>385</sup>, nel caso *Coman* la Corte di

---

<sup>381</sup> CGUE, *Coman e a.*, C-673/16, punto 50. Cfr. punti 42-43.

<sup>382</sup> CGUE, *Coman e a.*, C-673/16, punto 45.

<sup>383</sup> CGUE, *Coman e a.*, C-673/16, punto 51.

<sup>384</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, COMUNICATO STAMPA n. 80/18, Lussemburgo, 5 giugno 2018, Sentenza nella causa C-673/16, in <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-06/cp180080it.pdf>.

<sup>385</sup> CAMPIGLIO C., *Il diritto dell'Unione europea si confronta con la maternità su commissione*, in *Nuova Giur. Civ.* 2014, p. 10750. Si noti che l'articolo citato analizza le posizioni stringenti prese dalla CGUE, con rimando alla legislazione nazionale per quanto attiene all'interpretazione di maternità nella direttiva n. 78/2000 CE, in situazioni che attengono alla concessione del congedo di maternità in caso di gestazione per altri ed all'interpretazione.

Giustizia, nella sua attività interpretativa dei Trattati, enuclea una “nozione di coniuge nel diritto dell’Unione europea” la quale, sebbene di certo non si imponga come direttiva uniformante del diritto sostanziale degli Stati membri, sembra caratterizzarsi per l’esserne indipendente, avvalorando l’ipotesi della tendenziale progressione verso un *common law federale* europeo nella materia dello stato civile nell’ambito del diritto di famiglia<sup>386</sup>.

### **3.2 Convenzione europea dei diritti dell’uomo e ordinamenti nazionali: l’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo**

La Convenzione europea dei diritti dell’uomo, adottata il 4 novembre 1950, influisce nella tutela dei diritti fondamentali – anche in materia familiare – in 47 Stati Contraenti, che fanno parte del Consiglio d’Europa ed afferiscono al territorio europeo *sensu latu*<sup>387</sup>. Sempre nel 1950 viene istituita la Corte europea dei diritti dell’uomo, con sede a Strasburgo, alla quale spetta il ruolo di ultima istanza di controllo dell’attuazione, da parte degli Stati contraenti, delle garanzie contenute nella Convenzione e nei successivi protocolli<sup>388</sup>.

A fare riferimento ai rapporti familiari nel sistema di tutela della Convenzione sono gli artt. 8, 12 e 14 del primo Protocollo CEDU e 5 del settimo Protocollo CEDU.

Dall’esame di tali disposizioni non appare una chiara ed esplicita definizione di famiglia. Per la verità, ad interessare esplicitamente la Carta non è mai la tutela della famiglia in sé, quanto l’esigenza di garantire il rispetto della vita familiare, a sua volta non espressamente definita, se non nel carattere di “deferenza” che l’autorità pubblica deve mantenere nei suoi confronti, limitando le interferenze a quanto necessario e ragionevole.

A colmare una norma “apparentemente in bianco” è la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, in realtà, utilizza indifferentemente le nozioni di famiglia, relazione familiare e vita familiare. L’interpretazione giurisprudenziale di tale strumento di tutela dei diritti umani, è vivace ed incessante. Da un lato, la Convenzione rappresenta un

---

<sup>386</sup> LENAERTS K., *The European Court of Justice and the Comparative Method*, in *European Review of Private Law*, 2017, p. 303.

<sup>387</sup> Ne fanno parte, ad esempio, anche la Turchia, uno dei fondatori dell’organizzazione, nonché la Russia e l’Islanda.

<sup>388</sup> La Grande Camera ha di recente ribadito come la propria competenza sia limitata a verificare il rispetto degli obblighi giuridici gravanti sugli Stati parti in virtù dell’adesione alla Convenzione e non si estenda invece ad errori sul fatto o sul diritto interno; Corte EDU, 23 maggio 2016, Avotins c. Lettonie, para. 99.

importante esempio dell'efficacia "diretta"<sup>389</sup> dei diritti umani sugli ordinamenti interni e del loro ruolo nella diffusione di modelli simili negli ordinamenti occidentali. L'attività della Corte di Strasburgo, inoltre, è testimonianza del ruolo crescente della giurisprudenza nell'individuazione della regola in materia familiare, sicché il formante giurisprudenziale contribuisce alla formazione di quest'ultima - per lo meno negli ordinamenti europei - anche a livello internazionale, in virtù dell'interpretazione della Convenzione.

Al fine di sottolineare tali aspetti, risulta opportuno precisare alcune nozioni relative alla natura della convenzione stessa, al ruolo della Corte EDU ed agli obblighi (positivi e negativi) che il rispetto dei diritti umani tutelati dal sistema convenzionale pongono a carico degli Stati contraenti.

L'approccio della Corte è improntato ad una modalità estensiva, che sussume nel concetto di vita familiare le famiglie *de iure* e *de facto*, presupponendo che "*il presupposto necessario sia l'esistenza di una relazione affettiva stretta ed autentica, anziché un rapporto di forma*"<sup>390</sup>. In altre parole, sebbene spesso anche nei discorsi della Corte non manchino i riferimenti al modello di famiglia tradizionale, fondato sul matrimonio, sono fatte ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 8 tutte quelle relazioni che rivelano dei genuini legami familiari di fatto.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), per stessa definizione della Corte di Strasburgo, chiamata a vegliare sull'osservanza dei diritti in essa garantiti, è uno strumento attivo e vivente, da interpretare alla luce delle contemporanee condizioni di vita<sup>391</sup>. La Convenzione dunque si evolve, o, meglio, è sottoposta ad un'incessante opera di attività ermeneutica da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, attrice non solo della salvaguardia dei diritti in essa stabiliti, ma del loro sviluppo in un contesto sociale, politico e culturale in continua evoluzione<sup>392</sup>.

---

<sup>389</sup> Cfr. *supra*, para 2.3.

<sup>390</sup> TEDESCHI A. C., *La "famiglia" e il "matrimonio" nella Convenzione EDU*, in (a cura di) GIANNITI P., *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Zanichelli, 2015, p. 1232.

<sup>391</sup> La necessità di interpretazione dinamica della Carta e dei diritti in essa stabiliti è esplicitata dalla Corte per la prima volta in un procedimento penale, nella sentenza *Tyrer c. Regno Unito*. Nel caso di specie, la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla presunta violazione dell'art. 3 CEDU, che proibisce tortura e trattamenti inumani e degradanti. Nel corso dell'argomentazione, i giudici si esprimono in questi termini: "*The Court must also recall that the Convention is a living instrument which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions.*"; Corte eur. dir. uomo, *Tyrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978.

<sup>392</sup> COLCELLI V., *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, Iseg Gioacchino Scaduto, Perugia, 2010, p. 19 ss.

La dottrina dello “strumento vivente” è uno dei principi maggiormente conosciuti della giurisprudenza della Corte e l'interpretazione evolutiva ha trovato frequentemente espressione con riferimento all'art. 8 CEDU<sup>393</sup>, titolato al rispetto della vita privata e familiare.

Per comprendere la portata degli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo sugli ordinamenti nazionali bisogna muovere da due parametri convenzionali: gli artt. 32 e 46 CEDU. L'art. 32 attribuisce espressamente alla Corte EDU il ruolo di interpretare ed applicare Convenzione e Protocolli, l'art. 46 impone allo Stato che si sia visto addebitare la violazione di una norma convenzionale di adottare le misure – di ordine particolare e generale – idonee ad eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

Le sentenze della Corte EDU, dunque, hanno negli ordinamenti interni sia la c.d. efficacia di cosa giudicata, sia la “autorità di cosa interpretata<sup>394</sup>”, cioè producono effetti sul piano ermeneutico anche per i giudici nazionali che non siano stati direttamente investiti dalla questione oggetto del ricorso presentato alla Corte di quarta istanza<sup>395</sup>.

La giurisprudenza della Corte ha effettuato successive estensioni del significato della nozione di vita familiare, fino a ricomprendervi gradualmente categorie diverse dal nucleo familiare tradizionalmente inteso: la portata dell'obbligo al rispetto della stessa gravante sugli Stati contraenti rappresentano uno dei settori di maggiore espressione dell'influsso dell'appartenenza a un organismo internazionale nell'avvicinamento dei diritti di famiglia interni. Poche sentenze hanno infatti esercitato un'influenza tanto radicale nel campo dei diritti privati degli ordinamenti europei quanto la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Marckx c. Belgio*<sup>396</sup>.

---

<sup>393</sup> Si riporta il testo dell'art. 8 CEDU, per ogni eventuale successivo riferimento allo stesso: “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

<sup>394</sup> CONTI R., *Gli effetti delle sentenze della Corte dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno. Alcuni “seguiti” nella giurisprudenza nazionale*, in A.A.V.V., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, ESI, 2016, p. 42.

<sup>395</sup> Sulle conseguenze in termini di competenza ed intensità dell'accertamento che è svolto dalla Corte in relazione alla sua funzione di esame della questione in seguito all'esaurimento dei rimedi interni si veda, per tutti, CHENAL R., *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e la nozione di “quarta istanza”*, in A.A.V.V., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, ESI, 2016, pp. 15 ss.

<sup>396</sup> Corte eur. dir. uomo, *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979.

La sentenza interessa lo *status* dei figli nati al di fuori del matrimonio<sup>397</sup> e statuisce che il legame tra un genitore single ed il proprio figlio concepito al di fuori del matrimonio costituisce una forma di vita familiare tutelata dall'art. 8 della Convenzione.

L'importanza della sentenza va, invero, ben oltre i confini del *thema decidendum*.

La Corte evidenzia che il testo dell'art. 8 CEDU non implica alcuna equivalenza tra vita familiare e "famiglia coniugale", sicché non distingue espressamente quest'ultima dalla famiglia costituita al di fuori del vincolo di matrimonio, essendo piuttosto il rispetto della vita familiare un diritto soggettivo garantito, come recita il testo della Convenzione, ad "ogni persona"<sup>398</sup>. I giudici si interrogano, a questo punto, sulla portata dell'obbligo al rispetto della vita familiare e svolgono un'attività ermeneutica che svela l'ampiezza dell'ambito potenziale di interessi protetti dall'articolo, nonché la duplice natura degli obblighi derivanti per gli Stati contraenti dall'adesione alla Convenzione. La protezione assicurata dall'art. 8 CEDU non si spinge, infatti, esclusivamente ad un dovere negativo, gravante sugli Stati contraenti, a non interferire con la vita privata del cittadino, ma

---

<sup>397</sup> Il 16 ottobre 1973 Paula Marckx, una giornalista non sposata di nazionalità belga, partorisce la figlia Alexandra. Il diritto belga prevede, per i figli nati fuori dal matrimonio, l'obbligo per l'ufficiale di stato civile di informare il tribunale dell'avvenuta nascita, affinché il genitore venga informato da quest'ultimo della posizione giuridica del bambino. Il 29 ottobre 1973, Paula effettua il riconoscimento della figlia. Quest'ultimo, tuttavia, ai sensi della normativa vigente, ha effetti limitati a chi lo effettua e non si estende alla famiglia di questi. In conseguenza, Alexandra non solo non è parente degli ascendenti della madre, ma nemmeno vanta nei loro confronti il diritto agli alimenti, qualora sussistenti i requisiti dello stato di bisogno. Ma soprattutto, lo status di figlio naturale incide sui diritti successori nei confronti dello stesso genitore naturale: il figlio naturale non è considerato legittimario ma solo erede legittimo, con la conseguenza che, in caso di esistenza di legittimari alla morte della madre al figlio naturale spetta una quota estremamente limitata rispetto a quella che potrebbe vantare un figlio legittimo (circa un terzo). Nella successione testamentaria, si attua una discriminazione ancora più penetrante, in quanto gli è riconosciuta una posizione peggiore di quella di terzi chiamati alla successione, che potrebbero ricevere per testamento anche l'intera eredità. Per migliorare la posizione della figlia, nell'ottobre del 1974, Paula adotta Alexandra, che acquisisce così gli stessi diritti successori di un figlio nato all'interno del matrimonio, ferme le restrizioni sulla propagazione del vincolo di parentela. La totale parificazione del figlio naturale od adottivo a quello legittimo sarebbe tuttavia possibile solo a mezzo della legittimazione, il cui presupposto è ovviamente la contrazione del matrimonio. Per tali motivi, nel marzo del 1974, Paula Marckx instaura un giudizio contro il Belgio di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo. La sentenza che conclude il giudizio stabilisce che il trattamento differenziato riservato dal diritto belga al figlio naturale viola gli artt. 8 e 14 della CEDU; PINTENS W., SCHERPE J. M., *Die Marckx Entscheidung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshof als eine Keimzelle eines europäischen Familien- und Erbrechts*, in AA.VV., *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 127 ss.

<sup>398</sup> Così si legge al paragrafo 31: "By guaranteeing the right to respect for family life, Article 8 presupposes the existence of a family. [...] Article 8 makes no distinction between the "legitimate" and the "illegitimate" family. Such a distinction would not be consonant with the word "everyone", and this is confirmed by Article 14 with its prohibition, in the enjoyment of the rights and freedoms enshrined in the Convention, of discrimination grounded on "birth"; Corte eur. dir. uomo, *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979.

stabilisce anche un obbligo positivo: gli Stati contraenti, nel determinare il regime giuridico applicabile ad una determinata situazione, devono agire in maniera da assicurare che i soggetti coinvolti possano condurre una “normale vita familiare”<sup>399</sup>. Nel caso di specie, ciò significa che la legislazione statale in tema di filiazione naturale dovrà strutturarsi in modo tale che il figlio, fin dal momento della nascita, sia pienamente integrato nella famiglia<sup>400</sup>. La lettura dell'art. 8 CEDU va dunque effettuata in combinato disposto con l'art. 14 CEDU<sup>401</sup>.

Risulta dunque indispensabile spendere una serie di pur brevi riflessioni sull'art. 14 CEDU, il quale svolge un ruolo fondante nel graduale avanzamento verso un trattamento paritario delle diverse forme familiari esistenti nel panorama europeo.

Innanzitutto, il divieto di discriminazione sancito nella CEDU riguarda il godimento delle libertà e dei diritti in essa riconosciuti, sicché esso non è idoneo a concretare in sé un diritto sostanziale, ma ha carattere di accessorietà<sup>402</sup>. Il divieto risulta violato solo quando, alla lamentata disparità tra due situazioni comparabili<sup>403</sup>, corrisponda un trattamento differenziato da ritenersi discriminatorio, in quanto privo di una giustificazione obiettiva e ragionevole. Il giudizio sull'assenza di giustificazione è connesso al mancato

---

<sup>399</sup> PINTENS W., SCHERPE J. M., *Die Marckx Entscheidung des Europäischen Menschenrechts Hof als eine Keimzelle eines europäischen Familien- und Erbrechts*, in AA.VV., *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, cit., p. 131. La capacità dell'art. 8 di porre in capo allo Stato obblighi positivi al fine di garantire il rispetto dei diritti tutelati, che possono comportare anche un intervento di adozione di misure destinate a regolare diversamente la sfera dei rapporti di diritto di famiglia è più volte ribadita dalla Corte ed ha un impatto importante in particolare con riguardo alla dimensione dei rapporti di coppia extramatrimoniali. Si veda, in particolare il caso Oliari e altri c. Italia; RINOLDI D., *Il diritto vivente alla prova del rispetto della vita privata*, in (ed.) RUGGERI A., RINOLDI D., PETRALIA V., *Vecchie e nuove “famiglie” nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*. Atti del convegno Catania 29 maggio 2014, ESI, 2016, p. 71.

<sup>400</sup> Corte eur. dir. uomo, *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, para. 31.

<sup>401</sup> L'art. 14 CEDU contiene il divieto di discriminazione. Il testo recita: “*Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.*”.

<sup>402</sup> La sua complementarità non ne inficia comunque il carattere autonomo, ma il divieto non “opera da solo”, ma può essere applicato solo in combinato con un altro degli articoli della Convenzione o dei suoi Protocolli. È dunque come se formasse parte integrante di ogni altra previsione della Carta; RAINEY B., WICKS E., OVEY C., *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 546 ss.

<sup>403</sup> Si deve trattare di situazioni che siano analoghe o sostanzialmente simili e nelle valutazioni della Corte può spesso influire il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati contraenti; DANISI C., *Tutela dei diritti umani non discriminazione e orientamento sessuale*, ESI, 2015, p. 93.



perseguimento di uno “scopo legittimo”<sup>404</sup> o qualora non vi sia “una ragionevole relazione di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo che si mira a raggiungere”<sup>405</sup>. Con riferimento al caso *Marckx c. Belgio*, la Corte riscontra dunque una violazione del diritto al rispetto della vita familiare garantito dagli artt. 8 e 14 CEDU sia per quanto attiene alla sfera giuridica della figlia<sup>406</sup>, la quale subisce una discriminazione in ragione della nascita al di fuori del matrimonio, sia con riguardo alla posizione della madre<sup>407</sup>.

La sentenza ha evidentemente esercitato un peso sulle successive riforme delle legislazioni degli Stati contraenti in materia di abolizione delle discriminazioni tra figli. Tuttavia, come si è già rilevato, l'impatto della stessa va ben oltre.

Con questa pronuncia, infatti, la Corte EDU esplicita la natura elastica dell'art. 8 CEDU, il cui rispetto - oltre all'obbligo negativo di astensione da ogni interferenza arbitraria negli interessi protetti - comporta un'obbligazione positiva, a carico degli Stati contraenti, di assicurare l'effettivo rispetto di quegli interessi. A partire dalla sentenza *Marckx*, si potrebbe dunque parlare, secondo alcuni, della nascita di un “embrione”<sup>408</sup> di diritto di famiglia europeo.

Esiste, ovviamente, un limite dell'attività ermeneutica della Corte di Strasburgo all'interno del sistema CEDU<sup>409</sup>.

---

<sup>404</sup> Nell'interpretazione del divieto di discriminazione fatta propria dalla Corte Edu - analoga a quella che si vedrà anche per alcune Corti costituzionali, cfr., in particolare, il Canada, para 4.3.2 - lo scopo legittimo coincide con l'idea che il fine persegua i principi che “normalmente prevalgono in una società democratica”; DANISI C., *Tutela dei diritti umani non discriminazione e orientamento sessuale*, ESI, 2015, p. 97.

<sup>405</sup> Corte eur. dir. uomo, *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, para. 32.

<sup>406</sup> Una prima violazione del diritto al rispetto della vita familiare della bambina è configurata dalla Corte nel periodo che intercorre tra la nascita ed il riconoscimento, che deve intervenire davanti al Tribunale su convocazione. Una seconda violazione deriva dal trattamento differenziato dei figli nati fuori dal matrimonio nei confronti dei parenti materni, estendendosi per la Corte, senza ombra di dubbio, la vita familiare necessariamente anche al riconoscimento del vincolo di parentela con gli ascendenti. La Corte, infine, riscontra l'illegittimità della legislazione belga in relazione alla posizione successoria dei figli non riconosciuti; PINTENS W., SCHERPE J. M., *Die Marckx Entscheidung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshof als eine Keimzelle eines europäischen Familien- und Erbrechts*, in AA.VV., *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, cit., p. 134.

<sup>407</sup> Configurandosi la necessità di ricorrere all'adozione, al solo fine di migliorare la posizione successoria del figlio, come irragionevole; PINTENS W., SCHERPE J. M., *Die Marckx Entscheidung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshof als eine Keimzelle eines europäischen Familien- und Erbrechts*, in AA.VV., *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, cit., p. 134.

<sup>408</sup> SCHERPE J. M., *The Gametes of a European Family Law*, in *International Family Law*, 2008, p. 98.

<sup>409</sup> L'interpretazione evolutiva costituisce uno dei caratteri fondamentali del sistema CEDU. In questa sede, si accenneranno brevemente le tematiche del margine di apprezzamento e del consenso fra gli Stati parti, indispensabili per comprendere la *ratio* decisoria della Corte in molte delle sentenze a venire. Per tutti, confronta: DZEHTSIAROU K., *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention of Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, p.



Nel parametrare la rispondenza di misure statali limitative delle libertà garantite dalla Convenzione comportanti trattamenti differenziali di situazione omogenee a scopi legittimi, ovvero nel valutarne la proporzionalità, assume notevole importanza il c.d. “criterio del consenso fra gli Stati contraenti”, utilizzato per delimitare i confini del margine di apprezzamento concesso agli Stati parti<sup>410</sup>. La Corte riconosce dunque alle autorità nazionali una certa discrezionalità nella valutazione del bilanciamento da compiersi tra esigenze di tutela dei pubblici interessi e protezione dei diritti individuali. In mancanza di un *consensus* – cioè in assenza di un *common ground* nelle soluzioni adottate dagli ordinamenti giuridici degli Stati contraenti con riferimento alla regolamentazione della materia esaminata - agli Stati parti viene riconosciuto un ampio margine di apprezzamento. Viceversa, la presenza di un consenso normativo a livello europeo, determina una riduzione del margine di apprezzamento concesso alle autorità statali e rende incompatibile con i dettami convenzionali l'adozione di soluzioni differenziali. Nel prosieguo, si vedrà l'importanza assunta da queste dottrine nelle *rationes decidendi* delle sentenze che hanno ampliato l'estensione del concetto di famiglia ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Compresa la portata positiva dell'obbligo al rispetto della vita familiare, diviene dunque possibile considerare quali siano le singole situazioni che si fanno risalire nell'ambito del diritto al rispetto della vita familiare.

Innanzitutto, va precisato che il co. 2 dell'art. 8 CEDU specifica che non tutte le ingerenze dell'autorità pubblica nella vita familiare concretano necessariamente una

---

1730 ss.; ANRO' I., *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche, Torino, 9-10 ottobre 2009*, ESI, Napoli, 2010, p. 7 ss.

<sup>410</sup> Il margine di apprezzamento può essere descritto come la misura della discrezionalità consentita agli Stati contraenti nella concretizzazione degli standard dettati dalla Convenzione, in considerazione di particolari circostanze e caratteri dell'ordinamento nazionale; ARAI-TAKAHASHI Y., *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, pp. 1162 ss. L'attribuzione da parte della Corte di Strasburgo di un certo margine di discrezionalità alle autorità statali in relazione alle possibili limitazioni all'esercizio di diritti fondamentali è dunque espressione di una valorizzazione delle diversità socio-culturale all'interno degli Stati contraenti; TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 149 ss. La dottrina del consenso è “inversamente proporzionale” al margine di apprezzamento: man mano che la Corte riscontra un *consensus* tra gli ordinamenti europei con riguardo al trattamento di una determinata situazione lascia un minore margine di apprezzamento alle autorità nazionali; ANRO' I., *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 12.

violazione, ma il *vulnus* sussiste qualora essa non sia “prevista dalla legge” o sia sproporzionata rispetto agli obiettivi di interesse generale o particolare pur legittimamente perseguiti<sup>411</sup>.

Con riguardo alla relazione di coppia, rileva anche l'art. 12 CEDU il quale tutela il diritto al matrimonio.

Innanzitutto, la Corte ha evidenziato, in tempi ormai risalenti, che la nozione di “vita familiare” ai sensi dell'art. 8 CEDU non è confinata alla coppia coniugale, ma si estende alle coppie di conviventi *more uxorio*. In tali casi, la rilevanza è attribuita ad indici fattuali che rivelino l'esistenza di legami familiari effettivi, quali la coabitazione e la sua durata<sup>412</sup>. L'art. 8 CEDU non impone, tuttavia, agli Stati contraenti l'obbligo di prevedere per le coppie non sposate uno statuto giuridico analogo a quello delle coppie coniugate<sup>413</sup>. Quest'idea è esplicitata nella sentenza *Van Der Heijden c. Paesi Bassi*, in cui la Grande Camera spiega come l'assunzione di responsabilità reciproche, dichiarata pubblicamente, renda la natura della relazione formalizzata differente dalla convivenza di lunga durata, giustificando la previsione di un diverso regime legale che non può ritenersi discriminatorio<sup>414</sup>.

Con riferimento alle coppie dello stesso sesso, risulta utile ricordare che l'art. 14 CEDU, in tema di divieto di discriminazione, non comprende esplicitamente l'orientamento sessuale. Solo nel 1981 la Corte stabilisce che la sessualità rappresenta una parte essenziale della vita privata di una persona e che devono esistere ragioni particolarmente serie per giustificare trattamenti differenziati basati sull'orientamento sessuale da parte dello Stato<sup>415</sup>. Le prime pronunce della Corte con riguardo alle relazioni affettive tra persone

---

<sup>411</sup> Gli obiettivi individuati come legittimamente perseguibili dalla norma convenzionale sono ricompresi nella formula “costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

<sup>412</sup> Corte eur. dir. uomo, *Kroon e altri c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1994. Cfr anche: Corte eur. dir. uomo, *Al-Nashif c. Bulgaria*, 20 giugno 2002 e Corte eur. dir. uomo, *Emonet e altri c. Svizzera*, 13 dicembre 2007.

<sup>413</sup> Così, in passato, la Corte ha considerato giustificate determinate disparità di trattamento, ad esempio quella in materia di diritto all'abitazione della casa familiare dopo la rottura del rapporto di coppia (Corte eur. dir. uomo, *Saucedo Gómez c. Spagna*, 26 gennaio 1999). Di recente, la Corte ha ribadito che gli Stati parti della CEDU conservano un margine di apprezzamento nelle scelte dei diritti da riconoscere alle coppie di fatto non coniugate (Corte eur. dir. uomo, *Vallianatos c. Grecia*, 7 novembre 2013).

<sup>414</sup> Corte eur. dir. uomo, *Van Der Heijden c. Paesi Bassi*, 3 aprile 2012, para. 69.

<sup>415</sup> Corte eur. dir. uomo, *Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981. Cfr anche: Corte eur. dir. uomo, *K.A. e A.D. c. Belgio*, 17 febbraio 2005.

dello stesso sesso riscontrano dunque una violazione dei diritti garantiti dall'art. 8 CEDU non tanto in relazione al rispetto della vita familiare<sup>416</sup>, quanto con riguardo al profilo del rispetto della vita privata<sup>417</sup> e del domicilio<sup>418</sup>. La non configurabilità di una violazione del diritto al rispetto della vita familiare è stata per anni argomentata dalla Corte sulla base del mancato consenso nelle legislazioni degli Stati contraenti circa il riconoscimento delle coppie dello stesso sesso ed al derivato margine di apprezzamento lasciato agli stessi nelle scelte di regolamentazione<sup>419</sup>. Il mutamento di prospettiva va di pari passo con la diffusione, in territorio europeo, dell'istituto della convivenza registrata.

In un primo momento, la Corte pone sullo stesso piano matrimonio e unioni civili, esplicitando che il matrimonio tra persone di sesso diverso e l'unione civile tra persone dello stesso sesso rappresentano due diverse incarnazioni dello stesso tipo di relazione<sup>420</sup>. Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di unioni omosessuali ad assumere un ruolo cardine sono in particolare due decisioni, una intervenuta nel 2010 con riferimento all'ordinamento austriaco (*Schalk e Kopf c. Austria*) e

---

<sup>416</sup> Dai lavori preparatori della Convenzione EDU emerge che l'art.8 CEDU è originariamente evidentemente pensato sulla famiglia tradizionale fondata sul matrimonio, tanto che in essi si scrive che tra i diritti e libertà garantiti dalla vita familiare vi è, tra gli altri, quello di sposarsi e dar vita ad una famiglia; *Travaux préparatoires on Article 8 of the European Convention of Human Rights (1967)*, disponibili online ([http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTraveaux-ART8-DH\(56\)12-EN1674980.pdf](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTraveaux-ART8-DH(56)12-EN1674980.pdf)),

<sup>417</sup> Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si evince l'impossibilità e superfluità di tentare una definizione esaustiva della nozione di "vita privata". In quanto diritto di vivere secondo i propri desideri, essa deve comunque in qualche modo ricomprendere anche il diritto di stabilire e sviluppare le relazioni emotive con altri esseri umani dalle quali dipenda il pieno sviluppo della personalità (Corte eur. dir. uomo, *Niemietz c. Germania*, 16 dicembre 1992, para. 29); JOHNSON P., "An Essentially Private Manifestation of Human Personality": *Constructions of Homosexuality in the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2010, p. 79.

<sup>418</sup> Nel caso *Karner c. Austria* (Corte eur. dir. uomo, *Karner c. Austria*, 24 luglio 2003) la Corte riscontra la violazione del diritto al rispetto del domicilio nel diniego di subentro nel contratto di locazione al partner dello stesso sesso. Paradossalmente, i giudici, pur non riconoscendo l'esistenza di una vita familiare in caso di coppie dello stesso sesso, ne tutelano il rispetto del domicilio, più volte definito come lo spazio privato essenziale a quelle attività che costituiscono la vita familiare; S. COOPER L., *Marriage, Family, Discrimination & Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights*, in *German Law Journal*, 2011, p. 1758.

<sup>419</sup> Corte eur. dir. uomo, *Mata Estevez c. Spagna*, 10 maggio 2001.

<sup>420</sup> Corte eur. dir. uomo, *Courten c. Regno Unito*, 4 novembre 2008). Osserva la dottrina che, se si consideri che la relazione a cui dà vita il matrimonio è senza ombra di dubbio di natura familiare, equiparare le due situazioni avrebbe dovuto avere come effetto immediato l'elezione a natura familiare del rapporto formalizzato tra i partner dello stesso sesso, ma la Corte non arriva ad affermarlo espressamente in nessuna delle due sentenze; SCHERPE J. M., *The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights*, cit., p. 89.

la seconda, del 2015, riguardante l'Italia (*Oliari e altri c. Italia*). La sentenza del 2010<sup>421</sup> rappresenta anche il primo caso in cui la Corte di Strasburgo è chiamata a pronunciarsi su se il diritto al matrimonio, garantito dall'art. 12 CEDU - tradizionalmente inteso come diritto che interessa persone di sesso opposto<sup>422</sup> - alla luce dei cambiamenti sociali intervenuti, si debba intendere come produttivo di un obbligo, a carico degli Stati contraenti, di estendere l'istituto alle coppie dello stesso sesso. La Corte ritiene che, nonostante il diritto al matrimonio non si possa ritenere riservato in maniera esclusiva alle coppie dello stesso sesso<sup>423</sup> - sicché un numero crescente di legislazioni nazionali hanno reso l'istituto *gender-neutral* - gli Stati Contraenti godano di un margine di apprezzamento circa l'apertura del matrimonio alle persone dello stesso sesso, non potendosi ritenere formato un sufficiente *consensus* a riguardo<sup>424</sup>.

Esclusa la violazione dell'art. 12 CEDU, la Corte si occupa della qualifica familiare della relazione duratura tra una coppia di fatto composta da persone dello stesso sesso. Denota, a tale proposito, che un numero considerevole di Stati Contraenti riconosce effetti legali a questo tipo di unioni, in aderenza all'evoluzione sociale<sup>425</sup>. La Corte si convince della "artificialità"<sup>426</sup> di una visione che neghi l'esistenza di una vita familiare nella relazione tra persone dello stesso sesso, che si ponga come situazione analoga a quella in cui la relazione tra persone di sesso diverso risulta tutelata<sup>427</sup>.

Sulla medesima strada si colloca anche la successiva sentenza nel caso *Vallianatos c. Grecia*<sup>428</sup>, nella quale è censurata la legislazione greca sulle unioni civili, aperta

---

<sup>421</sup> I due cittadini austriaci adiscono la Corte europea dei diritti dell'uomo, allegando che il rifiuto del governo austriaco di consentire ad una coppia dello stesso sesso di contrarre matrimonio rappresenta una discriminazione ingiustificata ed una violazione del loro diritto di sposarsi (garantito dall'art. 12 CEDU) e di quello al rispetto della vita familiare (ai sensi dell'art. 8 CEDU). Quando la Corte di Strasburgo giudica il caso è nel frattempo entrata in vigore la legge sulle unioni solidali austriache del 2009 e la coppia ha dunque un istituto con cui formalizzare la propria unione affettiva; HODSON L., *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v. Austria*, in *Human Rights Law Review*, 2011, p. 171.

<sup>422</sup> L'apparente rigidità della consolidata giurisprudenza in materia (cfr. Corte eur. dir. uomo., *Rees c. Regno Unito*, 17 ottobre 1986, para. 49-50) è in parte limata dal riconoscimento del diritto di una persona transessuale di sposarsi con una persona dell'altro sesso, che fa venire meno la connessione tra il diritto di sposarsi e la capacità di procreare un figlio all'interno della coppia (Corte eur. dir. uomo, *Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002).

<sup>423</sup> Corte eur. dir. uomo, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, para. 61.

<sup>424</sup> Corte eur. dir. uomo, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, para. 58. E ancora, Corte eur. dir. uomo, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, para. 62.

<sup>425</sup> Corte eur. dir. uomo, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, para. 93.

<sup>426</sup> Corte eur. dir. uomo, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, para. 94.

<sup>427</sup> SCHERPE J. M., *The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights*, cit., p. 91.

<sup>428</sup> Corte eur. dir. uomo, *Vallianatos c. Grecia*, 7 novembre 2013.

esclusivamente alle coppie di sesso opposto<sup>429</sup>. In essa, la Corte EDU afferma che, qualora gli Stati parti scelgano di introdurre un'unione civile registrata alternativa al matrimonio, escluderne l'applicazione alle coppie dello stesso sesso rappresenta una violazione del diritto al rispetto della vita familiare in virtù di una discriminazione effettuata sulla base dell'orientamento sessuale<sup>430</sup>.

Infine, nel caso *Oliari c. Italia*<sup>431</sup> la Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene che il vuoto legislativo italiano di un istituto che consenta alle coppie dello stesso sesso di vedere il loro legame affettivo tutelato dal diritto a mezzo di apposito istituto concreti una violazione dell'art. 8 CEDU, in quanto impedisce in concreto lo svolgimento di vita familiare<sup>432</sup>.

Per quanto attiene al piano della filiazione e della genitorialità, si è visto come, a partire dalla sentenza *Marckx c. Belgio*, si statuisca che si può senz'altro parlare di vita familiare con riguardo alla relazione tra il figlio ed il genitore, fin dal momento della nascita<sup>433</sup>. Il

---

<sup>429</sup> Si segnala che di recente la Corte di Strasburgo ha deciso un caso apparentemente speculare a quello risolto nella sentenza *Vallianatos*. In una decisione resa il 26 ottobre 2017 (*Ratzénboeck e Seydl c. Austria*), la Corte esclude che si possa configurare una violazione degli artt. 8 e 14 CEDU nella preclusione per le coppie di sesso opposto a concludere una convivenza registrata in luogo del matrimonio, in virtù della circostanza che coppie eteroaffettive e coppie omoaffettive “subiscono” nell'ordinamento austriaco preclusioni speculari l'una all'altra; VENUTI M. C., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la non discriminazione tra coppie etero e omoaffettive*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, p. 351.

<sup>430</sup> RUDAN D., *Unioni civili registrate e discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: il caso Vallianatos*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 236.

<sup>431</sup> Corte eur. dir. uomo, *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015.

<sup>432</sup> Diversi sono i commenti dottrinali di analisi della sentenza effettuati nell'immediato ed in aderenza alla successiva discussione parlamentare italiana sull'istituzione delle unioni civili. Si rimanda per alcune più approfondite considerazioni direttamente alle riflessioni sull'ordinamento italiano. Su tutti, meritano una menzione qui, PALADINI C., *Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia. L'inerzia del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo*, in *DPCE online*, 2015; SAVARESE E., *In margine al caso Oliari: ovvero di come il limbo italiano delle coppie omosessuali abbia violato gli obblighi positivi dell'art. 8 CEDU*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, pp. 655 ss.

<sup>433</sup> La Corte precisa che, dal momento e per il fatto stesso della nascita, a prescindere dalla coabitazione, tra il figlio legittimo (o meglio, nato nel matrimonio) ed il genitore si viene a creare un legame che rientra nel concetto di “vita familiare” (Corte eur. dir. uomo, *Berrehab c. Paesi Bassi*, 21 giugno 1988, para. 21). A una conclusione non del tutto coincidente giunge invece quando chiamata a pronunciarsi sulla filiazione naturale. Allo stato attuale della giurisprudenza, non vi è dubbio sulla natura familiare della convivenza “di fatto” di genitori e figlio al di fuori del matrimonio (Corte eur. dir. uomo, *Keegan c. Irlanda*, 26 maggio 1994). Tuttavia, la coabitazione o l'esistenza di altri fattori che dimostrino la natura costante del legame tra figlio e genitore (Corte eur. dir. uomo, *Kroon e altri c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1994) sembrano costituire prerequisito per il riconoscimento di una “*de facto family*”, in quanto la mera parentela biologica, non accompagnata da elementi legali o fattuali volti a far ritenere l'esistenza di una relazione personale tra figlio e padre, è stata giudicata insufficiente ai fini del riconoscimento al rapporto della protezione offerta dall'art. 8 CEDU (Corte eur. dir. uomo, *Lebbink c. Paesi Bassi*, 1 giugno 2004, para. 37). Una

diritto al rispetto della vita familiare nella dimensione del rapporto tra genitore e figlio si concreta anche nel diritto al godimento della reciproca compagnia<sup>434</sup>. La Corte censura le legislazioni di diversi ordinamenti europei, nelle parti in cui, intaccando alternativamente i diritti del figlio, della madre o del padre, vanno a determinare un regime irragionevolmente impari per i soggetti membri di una famiglia di fatto<sup>435</sup>.

Non vi sono poi dubbi che anche la filiazione adottiva<sup>436</sup>, sia equiparata a quella biologica nel godimento di vita familiare. Nel 2002, la Corte di Strasburgo rende la prima decisione a proposito dell'adozione da parte di una persona omosessuale<sup>437</sup>. La Corte ritiene allora che la differenza di trattamento tra una persona omosessuale e una persona eterosessuale ai fini dell'adozione da single, sia motivata da uno scopo legittimo: la protezione della salute e dei diritti del minore<sup>438</sup>. In un successivo giudizio contro il governo francese<sup>439</sup>, si determina invece in maniera opposta, enunciando che la distinzione di accesso all'adozione come persona singola sulla base dell'orientamento sessuale è da ritenersi discriminatoria<sup>440</sup>.

Anche in materia di adozione del figlio biologico o adottivo del partner la Corte arriva a risultati opposti nel corso di un lasso di tempo piuttosto ristretto. Rigettata la richiesta

---

posizione più simpatetica nei confronti del padre biologico ha assunto la Corte in un caso in cui i genitori esercenti la responsabilità genitoriale gli negavano il contatto con i figli (Corte eur. dir. uomo, *Anayo c. Germania*, 21 dicembre 2010, para. 60). I giudici hanno ritenuto che il fatto che non vi sia una relazione tra i figli e il padre biologico non possa valere a sfavore di quest'ultimo, se egli ha comunque manifestato l'interesse a instaurarla sin dalla nascita (*intended family ties*).

<sup>434</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, *Guida all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Consiglio d'Europa, 2018, p. 48 in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) (ultimo accesso 8.9.2018).

<sup>435</sup> Così, rappresenta una violazione dell'art. 8 CEDU il diniego della legittimazione attiva della madre all'azione di disconoscimento della paternità (Corte eur. dir. uomo, *Kroon e altri c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1994) o l'impossibilità di riconoscere il figlio posta in capo all'incapace legale (Corte eur. dir. uomo, *Krušković c. Croazia*, 21 settembre 2011.). Nel 2009, la Corte riscontra una violazione dell'art. 8 nella legislazione tedesca, che non consente al padre naturale di ottenere la responsabilità genitoriale senza il consenso della madre, conferendo così a quest'ultima un vero potere di veto (Corte eur. dir. uomo, *Zaunegger c. Germania*, 3 dicembre 2009).

<sup>436</sup> Corte eur. dir. uomo, *Pini e altri c. Romania*, 22 giugno 2004; Corte eur. dir. uomo, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, 28 giugno 2007.

<sup>437</sup> Corte eur. dir. uomo, *Fretté c. Francia*, 26 febbraio 2002. Si evidenzia nel 1999 la Corte di Strasburgo riconosce che la negazione dell'affidamento del figlio, fondata sull'orientamento sessuale del genitore, concreta una violazione del diritto al rispetto della vita familiare (Corte eur. dir. uomo, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portogallo*, 21 dicembre 1999).

<sup>438</sup> Corte eur. dir. uomo, *Fretté c. Francia*, 26 febbraio 2002, para. 42.

<sup>439</sup> Corte eur. dir. uomo, *E.B. c. Francia*, 22 gennaio 2008.

<sup>440</sup> È interessante rilevare che, nel prendere questa decisione, la Corte non fa menzione del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati contraenti; VITUCCI M. C., *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 486.



delle ricorrenti nel caso *Gas e Dubois c. Francia*<sup>441</sup>, nella sentenza *X e altri c. Austria*<sup>442</sup> del 2013, la Grande Camera ritiene invece discriminatoria la circostanza che i giudici statali non abbiano la possibilità di verificare se l'adozione richiesta sia nell'interesse del minore e siano dunque tenuti a rigettare la domanda, senza andare nel merito, per il semplice fatto dell'orientamento sessuale della coppia in questione<sup>443</sup>.

Infine, le ultime riflessioni attengono alla posizione presa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo alla configurabilità di vita familiare nel caso in cui gli status familiari nascano a seguito del ricorso all'estero di una pratica vietata dall'ordinamento nazionale dei cittadini che hanno adito la Corte per la violazione. Si fa riferimento, in altre parole, alle sentenze rese in tema di maternità surrogata.

Le prime due pronunce della Corte di Strasburgo in materia intervengono nel 2014, su due casi dai presupposti fattuali pressoché identici promossi contro il governo francese<sup>444</sup>. Per la Corte, l'interesse del minore alla protezione dell'identità familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU<sup>445</sup> deve considerarsi prevalente sulla pur legittima *intentio* del legislatore nazionale

---

<sup>441</sup> Corte eur. dir. uomo, *Gas e Dubois c. Francia*, 15 marzo 2012. La causa riguarda due donne che hanno concluso un *PACS*. Una delle due ricorrenti è madre di un bambino concepito con la procreazione medicalmente assistita, del quale risulta unico genitore. Nel diritto francese, solo al coniuge è concesso adottare il figlio del compagno, senza che avvenga un trasferimento della responsabilità genitoriale dal genitore originale a colui che adotta. Osservando che l'adozione co-parentale non è concessa nemmeno alle coppie eterosessuali non sposate - o che, come le ricorrenti, abbiano concluso un *PACS* - e che gli Stati contraenti non sono tenuti ad aprire il matrimonio alle coppie omosessuali (matrimonio che legittimamente attribuisce uno *status* peculiare a coloro che lo contraggono), il collegio giudicante ritiene che le ricorrenti non si trovino in una situazione giuridica assimilabile a quella delle coppie sposate e conclude per l'assenza di una disparità di trattamento.

<sup>442</sup> Corte eur. dir. uomo, *X e altri c. Austria*, 19 febbraio 2013.

<sup>443</sup> La legislazione austriaca consente infatti l'adozione co-parentale alle coppie eterosessuali non sposate, ponendo in essere un trattamento differenziato ingiustificato e basato esclusivamente sull'orientamento sessuale. Inoltre, come osserva la Corte, il diritto austriaco sembra mancare di coerenza, in quanto ammette che un minore possa crescere in una famiglia basata su una coppia omosessuale (autorizzando l'adozione da parte di una sola persona, anche omosessuale, e prevedendo che, se questa vive con il partner in una convivenza registrata, sia necessario il suo consenso), ma, allo stesso tempo, vieta esplicitamente che un minore possa avere due madri o due padri; Corte eur. dir. uomo, *X e altri c. Austria*, 19 febbraio 2013, para. 144.

<sup>444</sup> Corte eur. dir. uomo, *Menesson c. Francia*, 26 giugno 2014 e Corte eur. dir. uomo, *Labasse c. Francia*, 26 giugno 2014. Cfr. anche *infra*, para 3.8.

<sup>445</sup> In particolare, ad essere lesi, qualora almeno uno dei due genitori sia anche genitore genetico, mentre l'altro sia solo "genitore sociale" sarebbero tre aspetti rilevanti nella determinazione dell'identità del minore: il diritto alla cittadinanza; il diritto di successione e quello a stabilire un legame familiare con il genitore biologico. Qualora, invece, l'embrione sia formato con materiale genetico che non appartiene ai genitori d'intenzione, l'eventuale mancato riconoscimento del documento attestante la genitorialità di questi ultimi non pregiudica l'interesse del bambino a conoscere la propria identità familiare; v. M. GIUNGI M., *Menesson c. Francia e Labasse c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 953 ss.



di scoraggiare una pratica ritenuta incompatibile con i principi fondamentali ordinamentali e risulta dunque illegittima una legislazione che impedisca sempre e comunque la trascrizione dell'atto di nascita. Le due sentenze più note in materia sono invece rese nei confronti dell'ordinamento italiano e – pur arrivando ad esiti opposti – delineano in maniera chiara quale sia l'impostazione seguita dalla Corte in materia. Il 27 gennaio 2015, la Sezione seconda della Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU nel caso *Paradiso e Campanelli*<sup>446</sup>. In essa, la Corte configura nel rifiuto delle autorità italiane di riconoscere l'atto di nascita un minore nato da gestazione per altri in Russia e nel successivo allontanamento dalla coppia di genitori intenzionali italiani - con conseguente dichiarazione di adottabilità - una “rottura” dei rapporti familiari instauratisi, con conseguente violazione dell'art. 8 CEDU<sup>447</sup>. Su appello del governo italiano, la questione viene riproposta alla Grande Camera, la quale, a distanza di due anni, nella c.d. *Paradiso e Campanelli bis*<sup>448</sup>, ribalta l'esito del giudizio nei confronti dell'Italia, chiarendo alcuni importanti presupposti che impediscono di riscontrare una violazione dell'art. 8 CEDU, in virtù delle specificità del caso in questione. In particolare, la Corte ritiene che non si sia formata un vita familiare tutelabile tra i genitori intenzionali ed il minore in ragione della brevità del periodo che il minore ha passato con gli stessi, dando dunque rilevanza all'elemento temporale per il riscontro di legami familiari effettivi<sup>449</sup>. Inoltre, le circostanze della nascita, avvenuta in spregio tanto della normativa in cui si è svolta la surrogazione di maternità, quanto della normativa nazionale dei cittadini italiani, inducono la Corte a ritenere adeguata l'azione delle autorità italiane e che l'effettuata limitazione della vita privata risponda ad uno scopo legittimo.

### 3.3 I c.d. piani “orizzontale” e “verticale” dei rapporti familiari

Nelle analisi sociologiche e giuridiche condotte sulla famiglia in Occidente in apertura si è visto come, fino a tempi non risalenti, apparisse ben chiara l'esistenza di un piano di sovrapposizione tra nozione di famiglia in senso giuridico e fondamento matrimoniale.

---

<sup>446</sup> Corte eur. dir. uomo, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015.

<sup>447</sup> GIULIMONDI G., *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Sezione Seconda). Sentenza 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia. “Maternità surrogata” fra giurisprudenza della Corte di Strasburgo e diritto statale*, in *DPCE online*, 2015.

<sup>448</sup> Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017.

<sup>449</sup> FALETTI E., *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*, in *Fam. E Dir.*, 2017, p. 730.

E' un concetto che riassume in maniera molto chiara il giurista di origine tedesca ma di formazione anglosassone Jens Scherpe, in apertura alla sua recente opera in quattro volumi, *European Family Law*<sup>450</sup>: “*Family was marriage and marriage was family. [...] Family law was not just marriage-centric – family law for the most part was concerned only with marriage*<sup>451</sup>”. Dalla sussistenza del vincolo coniugale, come si è ampiamente visto, dipendeva la sorte della filiazione, sicché per l'individuazione di una famiglia nel diritto ha svolto per lungo tempo una rilevanza esclusiva la dimensione del rapporto di coppia, formalizzato nella forma prevista. Il piano c.d. orizzontale della famiglia, impersonato da un unico modello, quello matrimoniale, investiva di rilevanza il c.d. piano verticale della famiglia, il quale in sé e per sé non era idoneo a tacciarsi del carattere familiare. Ed anzi, la filiazione extra-matrimoniale era destinataria di uno stigma sociale e vista come un fenomeno “disgregativo” della stessa famiglia: il “ripudio<sup>452</sup>” da parte del diritto a lungo coincide con il concetto di illegittimità.

Come si è già avuto modo di trattare ampiamente, la nozione di famiglia in senso giuridico è divenuta “astrattamente” estensibile in seguito ad una serie di fenomeni collocatisi principalmente a partire dalla seconda metà del Novecento<sup>453</sup>.

Quanto si è verificato è dunque uno “scollamento” sul versante assiologico del c.d. piano orizzontale della famiglia, attinente al rapporto di coppia dal c.d. piano verticale della filiazione, elementi che ora possono coesistere ma anche presentarsi in maniera separata. Si è parlato dunque di nuove forme familiari o di famiglie in luogo di famiglia.

---

<sup>450</sup>L'opera si propone come un trattato del diritto di famiglia in Europa, non allo solo scopo di fornire una fotografia della realtà attuale, ma con l'intento di porre accanto all'individuazione di trend nello sviluppo dei diritti di famiglia europei una possibile enucleazione delle sfide future. L'intera opera, che è ricca di contributi di giuristi europei che fanno parte della *Commission on European Family Law*, sembra mossa dall'esigenza di fornire una serie di contributi in grado di rispondere – in maniera parrebbe affermativa – a se si possa ritenere esistente un diritto di famiglia europeo, organico, pur in assenza di una nozione di famiglia unitaria all'interno del Continente.

<sup>451</sup> In lingua italiana l'affermazione suona in questi termini: “La famiglia era il matrimonio ed il matrimonio era la famiglia. Il diritto di famiglia non solo si presentava come “matrimonio-centrico”: il diritto di famiglia era costituito per la gran parte della regolamentazione del matrimonio”; SCHERPE J. M., *The present and future of European family law*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 42.

<sup>452</sup> Fino alla seconda metà del Novecento, le società occidentali conoscono un diritto della filiazione caratterizzato da una struttura in cui sui figli ricadono “le colpe dei padri”. Lo stesso immaginario della narrativa destinata ai minori riporta questa distinzione, sicché, osserva Carbone, nel romanzo di Collodi, Pinocchio, figlio naturale, ha le sembianze di un burattino e lo stesso Walt Disney, figlio illegittimo, evita che la sua più famosa creazione, Topolino, abbia figli dalla compagna Topolina; CARBONE V., *Le riforme generazionali del diritto di famiglia: luci ed ombre*, in *Fam. E Dir.*, 2015, p. 972.

<sup>453</sup> Cfr. *supra*, para 1.2.

Con piano c.d. orizzontale della nozione di famiglia in senso giuridico si fa dunque riferimento alla dimensione della relazione tra adulti<sup>454</sup>. Esso si presenta come quello in cui maggiormente si esplica la dimensione del “nuovo”, inteso come “investimento” da parte del diritto di realtà prima esterne o addirittura impensate dallo stesso. Due sono le dimensioni sociali che hanno gradualmente assunto rilievo familiare per il diritto con riferimento al rapporto di coppia: la convivenza *more uxorio* e le relazioni tra persone dello stesso sesso.

Il piano c.d. verticale della nozione di famiglia in senso giuridico attiene al rapporto tra adulti e minori: l’attribuzione di genitorialità (anche in caso di tecniche di procreazione medicalmente assistita), la responsabilità genitoriale o comunque l’attribuzione di responsabilità di cura del minore e l’adozione<sup>455</sup>.

L’interazione tra i due piani è dunque quanto dovrebbe astrattamente rilevare nella ricostruzione della dimensione familiare per il diritto.

Va da subito svolta un’importante precisazione.

Al riconoscimento di dignità di forme di convivenza sociale non fondate sul matrimonio non corrisponde necessariamente, da un lato, l’esigenza di un trattamento omogeneo, dall’altro, che le stesse si possano ascrivere alla dimensione familiare.

La stessa introduzione di un nuovo istituto di diritto di famiglia non risulta in sé e per sé idonea all’ascrizione del nucleo sociale così individuato automaticamente a famiglia. Si tratta di una conclusione spesso data per scontata e - *a contrario* - non necessariamente veritiera.

L’affermazione risulterà più chiara tramite la proposizione di un esempio.

L’introduzione di una convivenza registrata come forma di tutela giuridica specifica e “speciale” dell’unione tra persone dello stesso sesso induce generalmente la dottrina comparatistica a presumere che ci si trovi effettivamente davanti ad un modello familiare, in virtù della sua rispondenza ad una evoluzione percorsa da altri ordinamenti in precedenza ed in presenza di caratteri ritenuti simili<sup>456</sup>. Tuttavia, elementi del diritto interno, possono mettere in dubbio tale presunzione ed un’analisi più approfondita dell’ordinamento può addirittura portare ad escludere in maniera espressa od implicita che di famiglia in senso giuridico si possa parlare.

---

<sup>454</sup> SCHERPE J. M., *European Family Law*. Volume II., Edward Elgar Publishing, 2016, p. 1.

<sup>455</sup> SCHERPE J. M., *European Family Law*. Volume II., Edward Elgar Publishing, 2016, p. 2.

<sup>456</sup> NALDINI M., LONG J., *Geographies of Families in The European Union: A Legal and Social Policy Analysis*, in *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2017, p. 98.

Una preclusione di questo tipo si verifica con maggiore frequenza quando la famiglia in senso giuridico riceva una considerazione specifica a livello costituzionale e la legge fondamentale non solo rivesta di una tutela sovraordinata il nucleo familiare, ma si proponga anche di circoscriverne la nozione. Si tratta di un fenomeno che si verifica con più elevata frequenza negli ordinamenti dell'Europa Orientale, ma che – come vedremo – non è questione di immediata soluzione anche in alcuni ordinamenti specificamente considerati, su tutti, Italia, Germania o Irlanda.

A titolo esemplificativo, si prenderà il caso ungherese. In Ungheria, una forma di convivenza registrata è prevista per le coppie dello stesso dall'aprile del 2009, dopo che un precedente atto legislativo del 2007, aperto a coppie di ambi gli orientamenti, era stato dichiarato costituzionalmente illegittimo per la sua natura, ritenuta “duplicativa” dell'istituto matrimoniale<sup>457</sup>. Alla costituzione della convivenza registrata – che condivide la forma dell'istituto matrimoniale per quanto ne attiene alla celebrazione - è riconnessa la nascita di uno *status* civile, e viene applicata in via analogica la disciplina del “*Family Law Book 2014*” relativa al matrimonio. Non esiste, tuttavia, alcun modo per le coppie dello stesso sesso di diventare “legalmente” genitori, essendo le stesse escluse dall'adozione (anche dalla c.d. *stepchild adoption*), nonché dall'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita<sup>458</sup>. Si potrebbe comunque pensare che il piano di coppia e la natura “sostanzialmente familiare” dello stesso – che sarebbe testimoniata anche dal rimando all'applicazione analogica alle norme contenute in un codice titolato alla stessa – basti comunque a qualificare perlomeno la dimensione di coppia come tale. La legge fondamentale dell'ordinamento ungherese, tuttavia, contiene una norma deliberatamente restrittiva della nozione di famiglia in senso giuridico. L'articolo L del testo costituzionale ungherese fornisce una tutela espressa al matrimonio, come unione coniugale di un uomo e di una donna e alla famiglia, come cellula fondamentale del sociale e specifica che “a fondamento della famiglia sono posti il matrimonio e la relazione tra genitore e figlio<sup>459</sup>”. Si riscontra dunque una nozione che non consente di qualificare nell'ordinamento interno la realtà dell'unione omosessuale, pur tutelata in piena “dignità” dal diritto, quale nucleo familiare.

---

<sup>457</sup> SZEIBERT O., *The changing concept of “family” and challenges for family law in Hungary*, in (ed.) SCHERPE J. M., *European Family Law*. Volume II., Edward Elgar Publishing, 2016, p. 115.

<sup>458</sup> SZEIBERT O., *The changing concept of “family” and challenges for family law in Hungary*, in (ed.) SCHERPE J. M., *European Family Law*. Volume II., Edward Elgar Publishing, 2016, p. 116.

<sup>459</sup> SZEIBERT O., *The changing concept of “family” and challenges for family law in Hungary*, in (ed.) SCHERPE J. M., *European Family Law*. Volume II., Edward Elgar Publishing, 2016, p. 110.

Ancora, potrebbe essere che l'ordinamento, pur riconoscendo il valore della dimensione affettiva della relazione tra adulti, assicuri una tutela particolare alla famiglia, riconnettendola esclusivamente al c.d. piano verticale, cioè all'esistenza di rapporti tra genitore-figlio. Sicché la conformazione e l'estensione della nozione familiare si porrebbe in maniera estremamente diversa dal caso prima considerato, richiedendosi principalmente di avere contezza di quali soggetti possono "accedere" naturalmente o artificialmente alla filiazione. Come vedremo, secondo la dottrina nazionale si collocherebbe su questo piano, ad esempio, l'ordinamento tedesco, nel quale l'art. 6 della *Grundgesetz* (Legge Fondamentale) considera la famiglia nella dimensione della filiazione e per il quale vanno comunque considerate in parallelo le specifiche statuizioni relative anche alla tutela di coppia (e dunque alla dimensione c.d. orizzontale)<sup>460</sup>.

La previsione di una nozione di famiglia a livello costituzionale, dunque, potrebbe a primo impatto indurre ad escludere che, con riferimento all'introduzione di alcuni istituti, di estensione della famiglia si possa effettivamente parlare e che piuttosto si debba prendere atto solo di una estensione del diritto di famiglia.

In assenza di una delimitazione normativa – soprattutto di carattere gerarchico sovraordinato – la ricostruzione della nozione di famiglia in senso giuridico può presentare problematiche diametralmente opposte e richiede di tenere in considerazione indici differenziati. La natura familiare dell'istituto può desumersi di volta in volta da fattori diversi, che possono presentarsi come disgiuntamente idonei in sé a far "entrare" il nucleo sociale nella "famiglia di diritto" oppure portare a tale risultato una volta combinati tra loro.

Gli elementi a cui fare riferimento per ricostruire la nozione ordinamentale di famiglia possono essere numerosi.

L'*intentio* di ascrivere un nuovo istituto all'ambito familiare può in primo luogo risultare in maniera espressa dall'atto introduttivo. Lo stesso preambolo o il titolo della legge possono contenere un riferimento alla famiglia. La legge può utilizzare termini che ne enucleino la fondamentale funzione familiare riconosciutagli nell'ordinamento considerato. Possono essere effettuati riferimenti a norme di diritto interno o internazionali che vengano generalmente e diffusamente considerate come tutelanti una situazione di carattere familiare (si pensi, ad esempio, alla situazione in cui un istituto

---

<sup>460</sup> Comunque prevedendo in parallelo anche specifiche statuizioni relative anche alla tutela di coppia; cfr. *infra*, para 3.4.

venga introdotto in virtù di una riscontrata violazione dell'art. 8 CEDU o con espreso riferimento allo stesso). Ancora, può rilevare la collocazione sistematica dell'istituto, l'interpretazione storica volta a sondare la motivazione dell'introduzione dello stesso, nonché quella teleologica volta a ricostruire la *ratio* dell'estensione.

La disciplina dell'istituto, inoltre, contribuisce a suo modo a restituire all'interprete l'idea che il diritto riconosca, con il nuovo istituto, un nuovo nucleo di carattere familiare. Si può considerare, con riguardo alla dimensione di coppia, se essa valga a costituire uno *status* tra gli adulti coinvolti, tradizionale dominio del diritto di famiglia. Rileva, soprattutto, se venga introdotto un trattamento omogeneo con situazioni tradizionalmente considerate tali, anche per il tramite di ampi rinvii o applicazioni analogiche, nonché per il riconosciuto accesso a medesimi benefici in altre branche del diritto (ad esempio con riferimento alla previdenza sociale o al diritto tributario). Nemmeno un trattamento differenziale è poi di per sé idoneo ad escluderne la natura familiare, in virtù della combinazione dei tanti altri elementi che si sono – pur non esaustivamente - esemplificati.

Cristallizzata tale imprescindibile premessa, risulta opportuno delineare un quadro dei trend evolutivi riscontrati dalla dottrina comparatistica in Europa e dei modelli astrattamente riproponibili, che darebbero luogo a variegata ma identificabili strutture della famiglia in senso giuridico. Ciò anche in virtù delle considerazioni svolte in tema di circolazione dei modelli giuridici.

#### **3.4. Il rapporto tra famiglia e testi costituzionali: principi ordinamentali fondamentali e tutela del nucleo familiare**

Nel ricostruire cosa costituisca famiglia in senso giuridico all'interno di un ordinamento, il primo impulso coincide con il cercare se si riscontri una definizione esplicita o implicita nell'ordinamento stesso.

Il collegamento della famiglia a determinati presupposti giuridici comporta, infatti, che il *focus* si concentri nella riconduzione delle effettività sociali presenti nell'ordinamento a tali presupposti. In altre parole, l'estensione della nozione di famiglia in senso giuridico risulterebbe dalle diverse ipotesi fattuali rispondenti alla struttura determinata dal diritto, la quale può essere “rigidamente” specificata o avere una parvenza di maggiore “elasticità”.

*In primis*, gli stessi obblighi internazionali, ed, in particolare, quelli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non sono attuati dagli Stati europei con modalità uniformi. Ad esempio, negli ordinamenti di Belgio, Francia e Paesi Bassi la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è direttamente applicabile dalle Corti nazionali ed ha una forza maggiore rispetto alla legislazione ordinaria, anche se speciale o successiva<sup>461</sup>. L'ordinamento tedesco contiene all'art. 25 della Legge Fondamentale (*Grundgesetz*) una norma che comporta l'incorporazione del diritto internazionale consuetudinario e dei trattati nel diritto interno<sup>462</sup>. Al contrario, nei Paesi scandinavi, i trattati internazionali vengono generalmente recepiti dalla legislazione ordinaria e non godono dunque di uno *status* particolarmente forte, potendo il legislatore interno intervenire con una maggioranza semplice a limitarli<sup>463</sup>.

---

<sup>461</sup> Nell'ordinamento belga e in quello olandese essa prevale addirittura sulla stessa Costituzione; GERARDS J.H., FLEUREN J.W.A., *Implementation of the ECHR and the case-law of the European Court of Human Rights in national case-law. A comparative study*, Intersentia, 2016, p. 2.

<sup>462</sup> KLEIN E., Germany, in GERARDS J.H., FLEUREN J.W.A., *Implementation of the ECHR and the case-law of the European Court of Human Rights in national case-law. A comparative study*, Intersentia, 2016, p. 189.

<sup>463</sup> NERGELIUS J., *The Nordic States and the European Convention of Human Rights*, in (ed.) RAINER A., *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe*, Springer, 2016, p. 87. Le stesse soluzioni interne ai Paesi Scandinavi differiscono notevolmente. In Svezia, sono le leggi costituzionali (art. 19 IG) a rendere vincolante nell'ordinamento svedese il contenuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Convenzione è comunque recepita per intero con legge ordinaria; SVERIGES RIKSDAG, *The Constitution of Sweden. The fundamental Laws and the Riksdag Act*, Stockholm, 2016, p. 32. In Danimarca, le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono state incorporate nel diritto interno con legge ordinaria nel 1992. Il controllo di costituzionalità e conformità delle leggi agli obblighi internazionali è diffuso, esercitato dalle singole corti – votate ad un atteggiamento prudentiale - in assenza di una Corte Costituzionale; NERGELIUS J., *The Nordic States and the European Convention of Human Rights*, in (ed.) RAINER A., *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe*, Springer, 2016, p. 89. In Finlandia, gli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – ratificata nel 1989 – sono stati incorporati nella legislazione ordinaria l'anno successivo. La Commissione legislativa che ha redatto l'atto ha voluto mettere estremamente in chiaro che la posizione di tale diritto convenzionale nella gerarchia delle fonti era da ritenersi la stessa della legislazione ordinaria, con la conseguenza che le regole di interpretazione ordinaria sono applicabili in eventuali conflitti di norme tra diritto nazionale e convenzionale. Vi è comunque la raccomandazione alle autorità statali e alle Corti di dirigere la loro azione ad un'interpretazione orientata al rispetto dei diritti umani ("*human rights friendly*"); LAVAPURO J., OJANEN T., SCHEININ M., *Right-based constitutionalism in Finland and the development of pluralist constitutional review*, in *I.Con*, 2011, Vol. 9 No. 2, p. 513. Nell'ordinamento norvegese, nel 2014 si costituzionalizza all'art. 92 *Grunnloven* l'obbligo di tutela dei diritti umani così come risultanti dai trattati in materia di cui la Norvegia fa parte. La Corte Suprema Norvegese, ha tuttavia ritenuto di interpretare il nuovo articolo nel senso che i diritti umani contenuti nei trattati e costituzionalizzati "solo per rinvio" rimangano di peso inferiore, nei giudizi di bilanciamento, rispetto a quelli espressamente previsti dal testo costituzionale, confermando una natura comunque non forte degli stessi. Si segnala inoltre la tendenza della Suprema Corte norvegese a opporre forte desistenza al suo ruolo di interprete ultimo della legge. Sicché, con riferimento agli



Ad un primo sguardo, appare una generalizzata rinuncia negli ordinamenti considerati ad adottare una definizione espressa di famiglia. Tuttavia, quanto può accadere è che la o le leggi fondamentali dello Stato contengano una menzione espressa dell'istituto<sup>464</sup>.

Fondamentali “direttive” nell’evoluzione del diritto di famiglia quali il principio di non discriminazione e quello del superiore interesse del minore possono infatti derivare esclusivamente dagli obblighi internazionali o trovarsi positivizzati nel diritto costituzionale interno. Con riferimento ai diritti civili, le Costituzioni di quasi tutti gli

---

obblighi derivanti dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, l’applicazione ed interpretazione del diritto interno alla luce della Convenzione spetta solo alla Corte Suprema, mentre le Corti di grado inferiore devono attenersi esclusivamente ai precedenti della Corte Suprema Norvegese. Inoltre, la Corte ha sviluppato la c.d. dottrina della chiarezza (*kelabhetskrav*) per cui il rispetto degli obblighi della Convenzione richiede che il loro contenuto sia “ragionevolmente chiaro”; HUSA J., *Nordic Constitutionalism and European Human Rights*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2015, p. 110.

<sup>464</sup> Considerare il quadro costituzionale degli ordinamenti indagati consente di individuare se vi possano essere dei vincoli all’estensione familiare, dati dall’ancoramento della famiglia a presupposti individuati dalla legge o se piuttosto il diritto privato si trovi in una posizione piuttosto libera nell’individuazione degli istituti familiari e nell’ampiezza della tutela riconosciuta agli stessi.

ordinamenti considerati, contengono il principio di uguaglianza formale, posto a fondamento del libero sviluppo della personalità<sup>465</sup>. Fa eccezione la Danimarca<sup>466</sup>.

I rapporti tra Costituzione e famiglia, negli ordinamenti considerati, si collocano su piani differenziati e variabili.

La prima opzione che può verificarsi è che l'ordinamento preso in considerazione non contenga a livello costituzionale nessun tipo di norma destinata alla tutela della famiglia nella sua complessità, ma, piuttosto, esclusivamente un catalogo – in alcuni casi “minimo” - di diritti. Si tratta di una soluzione piuttosto comune nei Paesi del Nord Europa, nei

---

<sup>465</sup> CECCHERINI E., *Diritto costituzionale dei Paesi dell'Unione Europea*, CEDAM, 2007, p. 220. Nell'ordinamento svedese l'art. 12 IG – inserito nel 1995 - contiene il principio generale di non discriminazione ed esplicita tra i parametri l'orientamento sessuale. Si tratta di una clausola generale che ha portata su tutta l'attività statale; SVERIGES RIKSDAG, *The Constitution of Sweden. The fundamental Laws and the Riksdag Act, Stockholm*, 2016, p. 32. Una formulazione peculiare assume il principio di uguaglianza nell'ordinamento norvegese (art. 98 della Costituzione): essa parla di divieto di “trattamento differenziato ingiusto e sproporzionato” (“*unfair and disproportionate differential treatment*”) e non contiene alcun parametro espresso; BARDBSEN A., *Interpreting the Norwegian Bill of Rights, Annual Seminar on Comparative Constitutionalism*, 21-22 novembre 2016, presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Oslo, p. 1. Nell'ordinamento finlandese, alla Sezione 6 della Costituzione, che contiene il principio di uguaglianza, vi è un paragrafo interamente dedicato ad assicurare l'uguaglianza del minore; KOULO S., *Towards a Negotiatory Ideal?, Contractualization of Family Law in Finland*, in SWENNEN F., *Contractualisation of Family Law*, Springer, 2015, p. 195. La Costituzione olandese apre con il principio di uguaglianza; BOVEND'EERT P., KORTMANN C. A.J.M., *Constitutional Law in the Netherlands*, Wolters Kluwer, 2012, p. 140. Il principio di uguaglianza riveste poi un ruolo primario nell'ordinamento costituzionale francese, fondato su una cultura di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali; BOYRON S., *The Constitution of France*, Hart Publishing, 2013, p. 200. Nell'ordinamento belga il principio di uguaglianza ed il divieto generale di discriminazione risultano dall'art. 10, il quale rappresenta un parametro costituzionale azionabile in proprio; LAVRYSSEN L., THEUNIS J., GOOSENS J., CANNOOT P., MEERSCHAERT V., *Developments in Belgian Constitutional law. The year 2016 in Review*, in I-CON, 2017, Vol. 15 no. 3, p. 775. Il generale principio di uguaglianza è contenuto all'art. 3 della Legge Fondamentale tedesca. Si considera peraltro sua specificazione l'art. 6 co. 5 della stessa Legge Fondamentale, che sancisce il principio dell'uguaglianza tra figli; HEUN W., *The Constitution of Germany*, Hart Publishing, 2011, p. 209. L'ordinamento portoghese emenda la Costituzione nel 2004, inserendo una formulazione “forte” del principio di non discriminazione, comprensiva della considerazione dell'orientamento sessuale. L'art. 13(2) prevede infatti che nessuno possa essere privilegiato, favorito, pregiudicato o deprivato di qualsiasi diritto o esentato da qualsiasi dovere in ragione del suo orientamento sessuale; PALICI DI SUNI E., *Diritto costituzionale dei Paesi dell'Unione europea*, CEDAM, 2011, p. 283.

<sup>466</sup> Quella che la Costituzione danese del 1953 definisce quale clausola generale di uguaglianza è dettata all'art. 70 all'interno della parte VII, che si occupa della libertà religiosa. La clausola di uguaglianza riguarda l'esplicito divieto di privare l'uomo dei suoi diritti civili o politici in ragione del suo credo o della sua nascita e non ha dunque a che vedere con il generale principio di non discriminazione contenuto nelle altre Costituzioni europee; NERGELIUS J., *The Nordic States and the European Convention of Human Rights*, in (ed.) RAINER A., *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe*, Springer, 2016, p. 89.

quali il contenuto dei testi costituzionali è generalmente circoscritto all'ordinamento dello Stato e all'esposizione di diritti e libertà fondamentali<sup>467</sup>.

La Costituzione svedese, per esempio, è strutturata su quattro leggi fondamentali di carattere costituzionale<sup>468</sup>. Tra queste, è il Capitolo 2 del *The Instrument of Government* (abbreviato in *IG*), l'atto che regola in via principale la forma di governo a contenere l'intera normativa costituzionale in materia di diritti fondamentali – con l'eccezione di quanto attiene alla libertà di espressione, che trova regolamentazione, nelle sue diverse estrinsecazioni, in due distinti atti separati<sup>469</sup>.

Anche la Costituzione olandese non contiene riferimenti alla famiglia o alla protezione del minore, ma apre con il generale principio di non discriminazione, il quale esplicita il divieto in base al sesso ma non all'orientamento sessuale<sup>470</sup>.

Rientra nel raggruppamento di ordinamenti che non contengono una menzione della famiglia nel testo costituzionale anche la Danimarca. In conseguenza, l'istituto familiare non è fornito di alcuna tutela costituzionale specifica, sicché si reputa che il potere legislativo sia piuttosto libero nella regolamentazione della stessa<sup>471</sup>. Tuttavia, una peculiarità dell'ordinamento danese con riferimento al diritto di famiglia è che esso si collocherebbe, secondo la dottrina, “a metà strada” tra il diritto privato ed il diritto pubblico<sup>472</sup>.

---

<sup>467</sup> Nei Paesi Scandinavi, una generale tendenza di riscrittura dei testi costituzionali si innesta nell'ultimo decennio del Novecento; NERGELIUS J., *The Nordic States and the European Convention of Human Rights*, in (ed.) RAINER A., *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe*, Springer, 2016, p. 87.

<sup>468</sup> Curiosamente, sebbene non si riscontri un catalogo molto ampio di diritti fondamentali, due delle leggi fondamentali sono dedicate alla libertà di espressione ed in particolare alla libertà di stampa (la *Fundamental Law on Freedom of Expression* e il *Freedom of the Press Act*), la cui positivizzazione venne sentita come primaria dopo l'avvento della Seconda Guerra mondiale; SVERIGES RIKSDAG, *The Constitution of Sweden. The fundamental Laws and the Riksdag Act*, Stockholm, 2016, p. 22.

<sup>469</sup> SVERIGES RIKSDAG, *The Constitution of Sweden. The fundamental Laws and the Riksdag Act*, Stockholm, 2016, p. 23.

<sup>470</sup> Art. 1 della Costituzione del Regno di Olanda. Nell'ordinamento olandese si assiste a lungo ad una tendenza a configurare i diritti fondamentali (contenuti ai primi 23 articoli del Capitolo 1 della Costituzione) come libertà individuali le quali richiedono un approccio di astensione da parte dello Stato. Solo di recente e con l'avvento delle Carte internazionali, si guarda ai diritti fondamentali come in grado di porre obblighi positivi in capo allo Stato, con una graduale assimilazione ai c.d. diritti sociali; BOVEND'EERT P., KORTMANN C. A.J.M., *Constitutional Law in the Netherlands*, Wolters Kluwer, 2012, p. 147.

<sup>471</sup> LUND-ANDERSEN I., *Contracts in Danish Family Law – In the Cross Field Between Civil Law and Public Law*, in SWENNEN F., *Contractualisation of Family Law*, Springer, 2015, p. 148.

<sup>472</sup> Tale affermazione deriva dalla circostanza che nei processi in materia di diritto di famiglia non vige il principio dispositivo su cui si incardina generalmente il processo civile. I poteri d'ufficio della Corte sono permeanti ed il ruolo del giudice ricorda maggiormente quello del giudice penale

La peculiarità della Costituzione francese, è costituita dal rimandare nel suo Preambolo, per la tutela dei diritti umani, alla Dichiarazione Universale dei diritti dell’Uomo del 1789, la quale è parte integrante ed immodificabile<sup>473</sup> delle leggi costituzionali dell’ordinamento. Non vi sono comunque menzioni alla famiglia o al minore, mentre il principio di uguaglianza assume – come noto – nella tradizione francese un ruolo fondamentale: elevato nella triade fondamentale di diritti che costituiscono la massima della Repubblica dall’articolo 2, esso apre anche l’intero testo costituzionale, definendosi la Francia quale Repubblica che assicura l’uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, senza distinzioni di nascita, razza o religione.

Un secondo raggruppamento di ordinamenti è costituito dagli Stati in cui si riscontrino nella Costituzione principi attinenti *latu senso* alla tutela del nucleo familiare, nella dimensione del rispetto della vita familiare o del superiore interesse del minore.

Nella Costituzione norvegese (*Grunnloven*)<sup>474</sup>, una riscrittura del linguaggio della Carta avviene in occasione del suo bicentenario nel 2014, con l’inserimento della Parte E, costituita da una ventina di articoli dedicati ai diritti umani. Vengono costituzionalizzati alcuni principi cardine derivanti in parte dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, in parte dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo<sup>475</sup>. Tra questi, per quanto attiene al diritto di famiglia, l’articolo 102 costituzionalizza il rispetto alla vita familiare, mentre all’art. 104 si inserisce il principio del *best interest of the child*.

Nel *Constitution Act 2000 (Act no. 731/1999)* dell’ordinamento finlandese, il Capitolo 2 contiene un catalogo estensivo di “*Basic Rights and Liberties*”. Tra questi, la famiglia viene menzionata esplicitamente con riguardo ad uno dei diritti la cui azionabilità viene ritenuta maggiormente dubbia all’interno della dottrina<sup>476</sup>, il diritto di accesso alle prestazioni di

---

in tutti i casi in cui sia coinvolto un minore, ed in particolare, con riferimento alle controversie di separazione dei coniugi, dichiarazione giudiziale di paternità e qualora sia in discussione l’affidamento e l’attribuzione della responsabilità genitoriale; LUND-ANDERSEN I., *Contracts in Danish Family Law – In the Cross Field Between Civil Law and Public Law*, in SWENNEN F., *Contractualisation of Family Law*, Springer, 2015, p. 149.

<sup>473</sup> La Dichiarazione, già nella volontà dei rivoluzionari all’atto di approvazione della prima Costituzione acquisisce un “*caractère religieux*”; GROSSO E., *Francia*, il Mulino, 2006, p. 133.

<sup>474</sup> Risalente al 1814, la seconda più antica al mondo.

<sup>475</sup> BARDBSEN A., *Interpreting the Norwegian Bill of Rights*, *Annual Seminar on Comparative Constitutionalism*, 21-22 novembre 2016, presso la Scuola di Giurisprudenza dell’Università di Oslo, p. 1.

<sup>476</sup> Nonostante non manchino casi in cui tale diritto viene effettivamente azionato di fronte alle Corti, la sua capacità di efficacia diretta è messa in dubbio, stante che non vi sono stati finora riscontri di successo; NERGELIUS J., *The Nordic States and the European Convention of Human Rights*, in (ed.) RAINER A., *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe*, Springer, 2016, p. 87.

previdenza sociale erogate dal sistema di *social security* statale, di cui alla Sezione 19. La famiglia è destinataria primaria di un dovere di tutela statale in virtù del suo ruolo nella crescita del minore (e sono infatti equiparati in tale diritto tutti gli altri soggetti “responsabili della crescita dei bambini, perché possano assicurare il benessere e lo sviluppo personale dei minori”)<sup>477</sup>. Infine, si segnala che la Corte Suprema Finlandese ha ritenuto che nel diritto al rispetto della vita privata contenuto alla Sezione 10 vada ricondotta anche la nozione di vita familiare<sup>478</sup>.

Se il diritto francese rappresenta la fonte primaria della disciplina privatistica belga<sup>479</sup> - il Belgio si è invece dotato di una propria Costituzione – lunga, di oltre 200 articoli - nel 1831<sup>480</sup>. Si precisa ora che, sebbene il Belgio sia una Federazione, la ripartizione di competenze tra Parlamento federale, Regioni, Province e Comunità non si pone come problematica con riguardo alla disciplina del diritto di famiglia, la quale risulta su tutto il territorio vigente nella stessa formulazione poiché contenuta nell’unitario codice civile e nelle sue successive modificazioni. Al titolo II della Costituzione belga, che enuclea i diritti fondamentali, si trova da un lato la menzione alla vita familiare (art. 22) - il cui rispetto è richiesto alla legislazione federale e federata - dall’altro, una configurazione del

---

<sup>477</sup> E’ per la verità illuminante di una tendenza, attinente ai sistemi scandinavi, per cui l’equiparazione delle forme familiari risulta spesso in concreto dal loro trattamento paritario innanzi alle prestazioni sociali fornite dallo Stato. Sebbene il diritto amministrativo e la previdenza sociale siano campi del diritto distinti e distanti dal diritto di famiglia in senso stretto, infatti, essi hanno avuto una rilevanza non indifferente nell’individuazione di formazioni sociali di carattere familiare e nel dettato di regole che sistemano i loro rapporti. A titolo esemplificativo, il diritto di famiglia non pone a carico dei conviventi *more uxorio* alcuna obbligazione di carattere solidaristico nei confronti dell’ex partner, né tantomeno prevede il dovere di mantenimento del figlio nato fuori dal matrimonio. E’ il diritto della previdenza sociale a prevedere tale dovere, in quanto la redistribuzione delle risorse tra i componenti della coppia evita lo “spreco” nell’erogazione delle prestazioni statali; KOULO S., *Towards a Negotiatory Ideal?, Contractualization of Family Law in Finland*, in SWENNEN F., *Contractualisation of Family Law*, Springer, 2015, p. 195.

<sup>478</sup> KOULO S., *Towards a Negotiatory Ideal?, Contractualization of Family Law in Finland*, in SWENNEN F., *Contractualisation of Family Law*, Springer, 2015, p. 195.

<sup>479</sup> Essendo la legislazione napoleonica entrata in vigore a partire dal 1804, in virtù dell’annessione del Belgio alla Francia nel 1795 e non essendo da allora mai intervenuto un intervento codificatorio nazionale sostitutivo; HEIRBAUT D., STORME M.E., *The Belgian Legal Tradition: From a Long Quest for Legal Independence to a Longing for Dependence?*, in *European Review of Private Law*, 2006, pp. 645 ss.

<sup>480</sup> Al tempo della sua introduzione, essa fu guardata come una Costituzione pionieristica al punto da spingere i giuristi belga a fregiarsi dell’innovatività del documento. Studi comparatistici hanno piuttosto dimostrato che appena un decimo del documento è costituito da norme innovative, essendo una buona parte derivativa dai testi costituzionali francesi (circa un 45%) e altra parte tratta in abbondanza dalle norme costituzionali olandesi e britanniche; HEIRBAUT D., STORME M.E., *The Belgian Legal Tradition: From a Long Quest for Legal Independence to a Longing for Dependence?*, in *European Review of Private Law*, 2006, pp. 645 ss.

bambino come soggetto debole, da tutelarsi nella sua integrità morale, fisica, mentale e sessuale (art. 22bis). La Costituzione contiene, all'art. 21.2 una previsione sulla necessità di contrarre matrimonio civile prima di quello (eventuale) religioso, la quale, lo si vedrà nel prosieguo è stata inutilmente invocata per sostenere l'illegittimità del matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>481</sup>. Peraltro, si sottolinea che nell'ordinamento belga vige la presunzione che i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione vadano necessariamente interpretati in conformità ai trattati internazionali sui diritti umani di cui lo Stato faccia parte che abbiano efficacia diretta<sup>482</sup>.

Un terzo raggruppamento di ordinamenti riserva una tutela specifica all'interno della Costituzione al nucleo sociale famiglia. Nel nostro studio, rientrano tra questi ordinamenti quelli di Portogallo e Germania.

Con riguardo all'ordinamento tedesco, la norma di cui all'art. 6 GG, stabilisce che il “matrimonio e la famiglia sono oggetto di particolare tutela da parte dell'ordinamento statale”<sup>483</sup>. Per parte della dottrina l'aggettivo “*besonder*”, particolare, renderebbe la norma utopica<sup>484</sup>, in quanto principio astratto di difficile concretizzazione. Per gli interpreti, in ogni caso, il testo utilizza la congiunzione “e” che intercorre tra matrimonio e famiglia in senso “disgiuntivo”: il *Grundgesetz* tutela l'istituto del matrimonio e l'istituto della famiglia, come due realtà distinte unite solo dalla speciale considerazione loro riservata dal costituente.

Si tratterebbe dunque di una *Institutsgarantie*<sup>485</sup>, una garanzia del riconoscimento giuridico dell'istituto – tanto del matrimonio quanto della famiglia quali realtà distinte – che concretizza una protezione della sfera degli affetti dall'intervento statale<sup>486</sup>. Peraltro, nel periodo di persistenza della considerazione del matrimonio come unione tra un uomo e

---

<sup>481</sup> Cfr. *infra*, para 3.5.

<sup>482</sup> Così sia la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che quella della Corte di Giustizia dell'Unione europea hanno un'influenza considerevole sull'attività della Corte costituzionale, stante la necessaria conformità dell'ordinamento a tali principi; LAVRYSEN L., THEUNIS J., GOOSENS J., CANNOOT P., MEERSCHAERT V., *Developments in Belgian Constitutional law. The year 2016 in Review*, in *I-CON*, 2017, Vol. 15 no. 3, p. 775.

<sup>483</sup> “*Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung*”; art. 6 co. 1 GG. La traduzione è tratta da CERRINA FERONI G., FROSINI T.E., TORRE A., *Codice delle costituzioni*, Vol. 1, Giappichelli, 2009, p. 125.

<sup>484</sup> La locuzione legislativa è infatti talmente vaga da risultare poco più di una *Utopie*, una promessa i cui estremi sono di difficile integrazione; così: DIEDERICHSEN U., *Der besondere Schutz von Ehe und Familie – eine deutsche Utopie*, in *Familie Partnerschaft Recht*, 2007, p. 222.

<sup>485</sup> SCHERPE J. M., *Germany*, in *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2011, p. 153.

<sup>486</sup> Il concetto, lo si vedrà, torna anche in riferimento ad altri ordinamenti che conoscono una tutela costituzionale di famiglia e matrimonio quale quello portoghese; cfr. *infra*, para 3.5.



una donna – si vedrà che la Germania ha da ultimo introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso – la Corte Costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) aveva comunque negato che la protezione offerta al matrimonio si esplicasse in un *Abstandsgebot* - e dunque in un obbligo di discriminazione delle forme di convivenza alternative al matrimonio - ma nella sua antitesi, il *Differenzierungsverbot*<sup>487</sup> (il divieto di differenziazione). Si passa dunque dall'escludere che la protezione costituzionale del matrimonio si concretizzi in un obbligo di differenziazione a riconoscere un vero e proprio divieto di discriminazione di tutte e *andere Lebensgemeinschaften* (altre forme di convivenza familiare). Si tratta di un'evoluzione frutto di due importanti sentenze prese dalla Corte con riguardo al trattamento differenziale delle coppie dello stesso sesso<sup>488</sup> - per le quali dal 2001 era possibile la formalizzazione del vincolo di coppia per tramite di una forma di convivenza registrata sotto il nome di *Eingetragener Lebenspartnerschaft* – in cui la Corte esplicita che la particolare protezione assicurata dalla legge al matrimonio non basta da sola come fondamento di una normativa svantaggiosa per altre forme di comunità di vita, distinzioni che possono trovare fondamento solo ed esclusivamente nei limiti di ragionevolezza di cui al principio di uguaglianza (art. 3 GG)<sup>489</sup>. Per quanto attiene poi alla protezione garantita alla *Familie*, la dottrina tedesca ritiene che essa vada interpretata sistematicamente con il co. 2 dello stesso art. 6 GG, che tutela il diritto alla genitorialità. Nell'ordinamento tedesco, dunque la famiglia “costituzionalmente tutelata” si configura sin da subito come correlata alla crescita di un figlio e quindi al rapporto educativo<sup>490</sup>. Ad essere tutelato, in altre parole, è sia il rapporto di filiazione, sia il rapporto di coppia, situazioni che hanno tuttavia anche valore a se stante.

La Costituzione portoghese, introdotta nel 1976, contiene un articolo che assomma in sé la dimensione familiare: l'art. 36, titolato a “Famiglia, matrimonio e filiazione”. Esso recita, innanzitutto, che tutti hanno il diritto di formare una famiglia e contrarre matrimonio in condizione di piena eguaglianza, salvo poi rimandare alla legge ordinaria l'intera regolamentazione della disciplina matrimoniale. Che la formulazione dell'art. 36 sia tale da far ritenere una connessione tra la nozione di famiglia ed il matrimonio<sup>491</sup>, cioè

---

<sup>487</sup> KRINGS G., *Vom Differenzierungsgebot zum Differenzierungsverbot – Hinterbliebenerversorgung eingetragener Lebenspartner*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2011, p. 26 ss.

<sup>488</sup> La prima in tema di imposte di successione, la seconda relativa alla c.d. *stepchild adoption*; *BVerfG*, 21.07.2010, in *NJW*, 2010, p. 2783 ss; *BVerfG*, 1 BvL 1/11 vom 19.2.2013, Nr. 73.

<sup>489</sup> *BVerfG*, 21.07.2010, cit., Nr. 91.

<sup>490</sup> DRIER H., *Grundgesetz Kommentar*, 1986., p. 894.

<sup>491</sup> TORINO R., *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali*, Giappichelli, 2012, p. 47.



che quest'ultimo valga a fondare una famiglia lo si ricava anche dalla sentenza n. 121/2010 del *Tribunal Constitucional* che ha confermato la conformità costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>492</sup>. Essa si interroga se il cambiamento sia conforme alla nozione costituzionale di matrimonio e, “di riflesso”, a quella di famiglia. Si rimanderanno tuttavia al prosieguo più ampie considerazioni sulla valenza familiare di altre formazioni sociali<sup>493</sup>. Lo stesso articolo 36, al comma 4 contiene il divieto di discriminazione tra figli nati all'interno e fuori dal matrimonio<sup>494</sup>. Infine, alcuni ordinamenti che si considereranno nel prosieguo<sup>495</sup> pongono in risalto una tutela costituzionale specifica – anche se non necessariamente esclusiva - in dipendenza da un riconoscimento di diritto, generalmente e tradizionalmente individuato nel vincolo matrimoniale. E' questo il caso di Irlanda ed Italia.

### **3.5. Il c.d. “piano orizzontale” della famiglia: la tutela delle relazioni di coppia tra adulti**

La c.d. dimensione orizzontale della famiglia in senso giuridico in Europa si presenta, ad un primo sguardo, come la più complessa ed articolata, apparentemente meno propensa ad un tentativo di sintesi. Essa è il risultato dell'interazione di diversi piani di rilevanza della relazione tra adulti, la quale può dare adito a configurazioni affatto diverse dell'assetto familiare nell'ordinamento, ma anche a situazioni che, pur presentando strutture analoghe, si rivelano sostanzialmente molto diverse<sup>496</sup>.

Una prima prospettiva con cui guardare alla dimensione relazionale affettiva di coppia è la circostanza che essa risulti formalizzata per il diritto o che si risolva esclusivamente sul piano fattuale. Il rivestimento di natura familiare alle c.d. “coppie di fatto” è oggetto di

---

<sup>492</sup> Essa si interroga se il cambiamento sia conforme alla nozione costituzionale di matrimonio e, “di riflesso”, a quella di famiglia; Decisione n. 121/2010 del *Tribunal Constitucional*, al punto 20. Cfr. anche *infra*, para 3.5.

<sup>493</sup> Cfr. *infra*, para 4.3.3.

<sup>494</sup> Sul quale, lo si vedrà si baserà la riforma del codice civile, il quale era precedente alla Costituzione; cfr. *infra*, para 3.6.

<sup>495</sup> Cfr., *infra*, Cap. 4-5.

<sup>496</sup> Cfr. ad esempio, *infra*, le diverse nature della convivenza registrata in Belgio, Olanda, e Francia.

tortuose evoluzioni<sup>497</sup>, che risentono della tensione tra il principio dell'autonomia privata ed il principio solidaristico<sup>498</sup>.

Sulla dimensione del rapporto non formalizzato tra adulti (c.d. *informal cohabitation*) non si soffermeranno in maniera approfondita gli studi. Si tratta, infatti, di una forma relazionale che, anche quando veda il riconoscimento di taluni precisi diritti<sup>499</sup> – il cui calco è studiato su quello dei coniugi – presenta una configurazione familiare “debole” nella gran parte degli ordinamenti dell'Europa occidentale<sup>500</sup>.

---

<sup>497</sup> Per un'analisi storica completa degli atteggiamenti assunti dalla legge nei confronti dei conviventi, per tutti: PROBERT R., *The Changing Legal Regulation of Cohabitation. From Fornicators to Family. 1600-2010*; Cambridge University Press, 2012.

<sup>498</sup> La gran parte degli ordinamenti europei sente dunque l'esigenza di non infiltrare il diritto nello scelte personali così a fondo da eliminare *in toto* l'autonomia delle parti a non aderire ad un modello familiare e di conseguenza a non “vedersi riconosciuti” come formazione di tale natura; MILES J., *Unmarried Cohabitation in a European Perspective*, in SCHERPE J. M., *European Family Law. Vol. III*, Elgar Edward Publishing, 2016, p. 93. A fondamento della contrarietà ad una regolamentazione della convivenza informale è posta la convinzione che essa riconnetta effetti giuridici ad un mero comportamento, senza che sia intervenuta una dichiarazione di volontà dei soggetti coinvolti, o, addirittura, contro il loro stesso volere; BALESTRA L., *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, in AULETTA T. (a cura di), *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 71. Nella convivenza *more uxorio*, ai fini dell'attribuzione di uno statuto giuridico unitario familiare, mancherebbe infatti un evento “a cui ricollegare un segnale reciproco di un'aspettativa di comportamento”. Il comportamento “atteso” andrebbe raffrontato a quanto connota l'unione matrimoniale: la mutuale aspettativa di condivisione (*sharing*); GARRISON M., *The changing face of marriage*, in EEKELAAR J., GEORGE R., *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Routledge, 2014, pp. 6-7. La tesi contraria poggia sulla circostanza che nel comportamento dei soggetti coinvolti possa riconoscersi non solo una volontà negativa - quella di entrambi o di almeno uno di non sposarsi – ma anche una volontà positiva (quella di convivere). La convivenza dovrebbe dunque avere delle conseguenze, in quanto rappresenta l'assunzione di una determinata responsabilità e non vi sarebbe ragione per cui la scelta negativa dovrebbe essere considerata preminente su quella positiva. Ciò anche considerato che l'autonomia delle parti può essere salvaguardata consentendo agli stessi di escludere le conseguenze legali della coabitazione (c.d. *opt-out*); SCHERPE J. M., *The Legal Status of Cohabitants – Requirements for Legal Recognition*, in (ed.) BOELE-WOELKI K., *Common Core and Better Law in European Family Law*, 2005, p. 289; BRADLEY D., *Regulation Of Unmarried Cohabitation In West-European Jurisdictions – Determinants Of Legal Policy*, in *International Journal Of Law, Policy and the Family*, 2001, p. 22. La tensione tra rispetto dell'autonomia privata e principio solidaristico è perfettamente esemplificata dalle vicende che attengono all'ordinamento federale canadese, per cui si rimanda all'ampia trattazione svolta in tale sede; cfr. *infra*, para. 4.3.3.

<sup>499</sup> Per tutti, SCHERPE J. M., YASSARI N., *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005; BRUNETTA D'USSEAUX F., *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, CEDAM, 2005, p.611.

<sup>500</sup> Tale affermazione va ridimensionata con riferimento alla situazione dei Paesi dell'ex-Jugoslavia, dove la convivenza *more uxorio* può arrivare a godere della pienezza dei diritti e doveri dei coniugi, dando adito ad una formazione di carattere familiare. L'ordinamento croato riconosce infatti ai conviventi *more-uxorio* eterosessuali gli stessi diritti patrimoniali, personali, ed ereditari dei coniugi già a partire dal 1978. Analogamente, dal 2003, le coppie di fatto dello stesso sesso godono dei diritti riconosciuti ai conviventi registrati. Un quadro di tutela similare, con la stessa ampiezza di diritti e la distinzione circa i diritti da estendersi alle coppie di fatto in virtù del

Negli ordinamenti considerati dall'indagine, infatti, la riconduzione di una natura familiare alla relazione di coppia extra-matrimoniale è, come si vedrà, principalmente ispirata ad ipotesi di c.d. “*opt-in*”<sup>501</sup>, cioè connessa all'adesione ad istituti previsti dalla legislazione statale che riconnettono ad un atto giuridico – sia esso una dichiarazione, un contratto o un istituto costitutivo di *status* – determinati effetti nei rapporti patrimoniali di coppia e talvolta personali. La stessa estensione dei diritti e la natura familiare degli istituti varia considerevolmente<sup>502</sup>.

Storicamente, nei diritti degli ordinamenti occidentali la comparsa di un istituto di coppia che si affianchi al matrimonio è riconducibile a due possibili ipotesi, in quanto può rispondere ad esigenze di tipo diverso. La prima è che esso assolva alla funzione esclusiva di fornire un'alternativa per le coppie dello stesso sesso al matrimonio e sia dunque a questo “sostitutivo”. La seconda è che esso rappresenti un'alternativa effettiva al matrimonio per tutti quei soggetti che non vogliono accedervi.

La “richiesta” di tutela giuridica da parte delle realtà affettive non matrimoniali muove dunque per la verità su due fronti, che in alcuni ordinamenti possono talvolta porsi come sovrapposti.

La spinta all'ampliamento della tutela della coppia extra-matrimoniale arriva dalla legislazione dei Paesi Scandinavi, individuandosi in particolare il modello cardine nella convivenza registrata introdotta dall'ordinamento danese.

Va sottolineato sin d'ora che la dottrina ritiene che in generale i Paesi Scandinavi si caratterizzino per un approccio piuttosto dinamico alla definizione di famiglia<sup>503</sup>, in cui, sebbene il matrimonio si presenti comunque come via preferenziale di riconoscimento

---

loro sesso si riscontra nell'ordinamento sloveno; MOL C., *Reasons for Regulating Informal Relationships: A comparison of nine European Jurisdictions*, in *Utrecht Law Review*, 2016, p. 101-102.

<sup>501</sup> MILES J., *Unmarried Cohabitation in a European Perspective*, in SCHERPE J. M., *European Family Law. Vol. III*, Elgar Edward Publishing, 2016, p. 102. Fa eccezione il Portogallo. Della natura delle c.d. unioni di fatto portoghesi si discuterà in maniera maggiormente approfondita nel prosieguo.

<sup>502</sup> La tutela della convivenza – nelle sue sfaccettature che passano dalla regolamentazione, per lo più parziale all'ignoramento da parte della legge - rappresenterebbe il campo dove si apprende con concretezza come “l'apparente uniformità delle normative familiari dell'Occidente si frantuma”; DONATI PANFORTI M., *Affinità e discordanze del diritto di famiglia in Europa*, in BRUNETTA D'USSEAU F., *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, CEDAM, 2005, p.611.

<sup>503</sup> FRIØRIKSDÓTTIR H., *The Nordic Model: Same-Sex Families in Love and Law*, in GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-Sex Couples before National. Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014, p. 164.

del rapporto di coppia, la convivenza di fatto è configurata quale distinta scelta di vita familiare<sup>504</sup>.

Un atto legislativo del 1989 (*Lov om registreret partnerskab*) inserisce nell'ordinamento danese un istituto alternativo al matrimonio per le persone dello stesso sesso. L'intenzione è fornire un equivalente funzionale all'istituto matrimoniale, portando le coppie dello stesso sesso nel mondo della famiglia in senso giuridico. Tale finalità è esplicita nelle ragioni che conducono alla sua adozione, nel trattamento omogeneo della disciplina dei due tipi di relazione per quanto attiene alla dimensione dei diritti e doveri di coppia e nella stessa tecnica legislativa adottata dal Parlamento danese<sup>505</sup>. L'alternativa della convivenza registrata è infatti vissuta come un'opzione che non solo avrebbe ottenuto minori resistenze esterne, ma avrebbe evitato anche forze di opposizione interne, considerato che il matrimonio era anche sentito dalle coppie omosessuali come stigma storico di discriminazione<sup>506</sup>. La tecnica legislativa dell'atto è da parte della dottrina definita "elegante<sup>507</sup>": invece di provvedere a dettare un autonomo statuto giuridico delle convivenze registrate si compone di soli cinque articoli, che si limitano a rimandare alla disciplina del matrimonio, salvo determinare le eccezioni, comunque svanite nel corso del tempo<sup>508</sup>. Tale approccio non ha solamente il pregio della semplicità, ma contiene l'implicita affermazione che la convivenza registrata rappresenti l'equivalente funzionale del matrimonio<sup>509</sup>, in tutti suoi aspetti.

---

<sup>504</sup> Nel 1973 la Commissione affari giuridici del Parlamento svedese dichiara che "dal punto di vista sociale, la convivenza tra persone dello stesso sesso è una forma perfettamente accettabile di vita familiare"; SCHERPE J.M., *The Nordic Countries in the Vanguard of European Family Law*, in *Scandinavian Studies of Law*, 2007, p. 266.

<sup>505</sup> La scelta di tale modello fu estremamente voluta e ponderata dai proponenti della legge, in virtù delle riflessioni svolte in materia dall'Associazione a tutela dei diritti di gay e lesbiche danese, la quale ritenne che il riconoscimento di pari dignità della relazione affettiva tra persone dello stesso – e dunque l'eliminazione delle discriminazioni nel campo del diritto di famiglia – fungesse da enorme spinta verso il mutamento dell'attitudine sociale nei confronti dell'omosessualità; LUND-ANDERSEN I., *Registered Partnership in Denmark*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 26.

<sup>506</sup> LUND-ANDERSEN I., *Registered Partnership in Denmark*, in (ed.) SCHERPE J., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 27.

<sup>507</sup> SCHERPE J.M., *The Nordic Countries in the Vanguard of European Family Law*, in *Scandinavian Studies of Law*, 2007, p. 269.

<sup>508</sup> SCHERPE J.M., *The Nordic Countries in the Vanguard of European Family Law*, in *Scandinavian Studies of Law*, 2007, p. 269.

<sup>509</sup> La convivenza registrata è il matrimonio, ma con un nome diverso ("registered partnership is marriage in everything but name"); SCHERPE J.M., *The Nordic Countries in the Vanguard of European Family Law*, in *Scandinavian Studies of Law*, 2007, p. 269.

Il c.d. “modello nordico”<sup>510</sup> offre dunque una modalità di regolamentazione dell’unione omosessuale che proietta la dimensione affettiva di coppia nel novero della famiglia in senso giuridico. Negli anni successivi, convivenze registrate dai caratteri analoghi vengono introdotte in Norvegia nel 1993, in Svezia nel 1994 e solo nel 2001 in Finlandia<sup>511</sup>. E’ di quest’ultimo anno anche la normativa tedesca sulle *Eingetragener Partnerschaft*, sulla cui natura familiare, peraltro, si rimanda alle considerazioni effettuate in tema di Costituzione tedesca<sup>512</sup>.

Non ci si soffermerà ulteriormente sulla valenza di tali forme di convivenza registrata, in quanto previste in ordinamenti che - come vedremo nel prosieguo - le hanno abolite al momento dell’introduzione del matrimonio *same-sex*. Quanto preme sottolineare è che esse, sin dal momento della loro istituzione e per tutta la loro vigenza, vengono considerate dai diritti interni come fondative di una relazione di coppia analoga al matrimonio. La relazione di coppia tra persone che abbiano formalizzato questo tipo di vincolo, dunque, rientra nella nozione di famiglia in senso giuridico, alle stesse condizioni in cui vi rientra il matrimonio<sup>513</sup>.

Il legislatore può tuttavia indirizzarsi anche verso un diverso modello, adottando un istituto alternativo al matrimonio ed aperto a tutte le coppie, indipendentemente dal loro orientamento sessuale. Anche in tal caso, la dimensione familiare potrà risultare comunque da una serie di circostanze (dall’eventuale creazione di uno *status* civile, alla relazione tra l’istituto adottato e la filiazione, alla collocazione sistematica).

In questo secondo tipo di trend si collocano l’ordinamento olandese e l’ordinamento francese.

Nell’affrontare modelli familiari diversi dal matrimonio ci si può trovare di fronte a modelli “forti” o a modelli “deboli”<sup>514</sup>. Questi ultimi si differenzerebbero da istituti che, nonostante la differenza nominalistica, non presentano disparità di trattamento con il

---

<sup>510</sup> V. anche, FRIØRIKSDÓTTIR H., *The Nordic Model: Same-Sex Families in Love and Law*, in GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014, p. 161 ss.

<sup>511</sup> SCHERPE J. M., *The Nordic Countries in the Vanguard of European Family Law*, in *Scandinavian Studies of Law*, 2007, p. 270.

<sup>512</sup> Cfr. *supra*, para. 3.4.

<sup>513</sup> Tale considerazione vale peraltro anche a sottolineare la natura familiare delle coppie che ancora si trovino in tale situazione, non avendo volontariamente proceduto alla conversione in matrimonio.

<sup>514</sup> BARBA V., *La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso*, in *GenIus*, n. 1, 2018, p. 72.

matrimonio, per una disciplina più flessibile sotto il profilo dello scioglimento ed una diversa ingerenza (al limite anche l'assenza) nel riconoscimento di diritti successori<sup>515</sup>.

La legislazione francese rientra pienamente in questo secondo modello. Essa accosta a modalità di costituzione agevolate effetti più limitati sotto diversi profili di rilevanza dello *status* familiare, da quello relativo alla parentela a quello dei diritti successori - assenti in mancanza di testamento. La situazione olandese si presenta – anche in virtù della sua evoluzione - in un certo senso come un vero “duplicato” dell’istituto matrimoniale, ma svuotato dalla solennità che il termine porta storicamente con sé.

Il *pacs* (*pacte civil de solidarité*) è introdotto agli artt. 515-1 e ss. del *Code Civil* con la *Loi n°99-944 du 15 novembre 1999*, la quale costituisce un nuovo titolo, il XII, che va a chiudere il Libro I dedicato alle persone. Sebbene le discussioni alla base dell’introduzione della legge siano principalmente riconnesse all’esigenza di fornire una tutela alle unioni omosessuali<sup>516</sup>, il *pacs* può essere concluso da due persone di diverso o del medesimo sesso onde organizzare insieme la loro vita comune. La natura familiare dell’istituto - e non di semplice strumento di autonomia privata - sarebbe testimoniata non tanto dall’esigenza di una formalità di registrazione per la sua validità, ma dalla circostanza che il *pacs* non si limita ad una regolamentazione degli aspetti patrimoniali della relazione affettiva tra due persone, ma crea uno *status*<sup>517</sup>. Al di fuori degli aspetti inerenti alla sua formazione e dissoluzione, che lo rendono maggiormente flessibile rispetto all’istituto matrimoniale, le maggiori differenze con il matrimonio sono dettate dalla circostanza che il *pacs* lega esclusivamente i due individui, non comportando la propagazione di vincoli di parentela<sup>518</sup>.

Il modello di convivenza registrata introdotto nel 1997 nell’ordinamento olandese è invece anomalo, in quanto si presenta allo stato attuale come un equivalente del matrimonio sotto diverso nome. La volontà legislativa di rivestire l’istituto del carattere familiare emerge da una serie di circostanze – alcune idonee di per sé - ma

---

<sup>515</sup> BARBA V., *La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso*, in *GenIus*, n. 1, 2018, p. 72.

<sup>516</sup> FRANCOZ TERMINAL L., *Registered Partnerships in France*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 155.

<sup>517</sup> FRANCOZ TERMINAL L., *Registered Partnerships in France*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 158.

<sup>518</sup> FRANCOZ TERMINAL L., *Registered Partnerships in France*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 169.



complessivamente pregnanti. La convivenza registrata segue il matrimonio nel codice civile olandese, al neo-introdotta titolo 5A del Libro I dedicato alle persone. Essa conferisce uno stato civile, con conseguente impedimento ad una diversa formalizzazione, e ricalca la disciplina del matrimonio, sia con riferimento ai profili di coppia che per quanto attiene all'accesso alla filiazione<sup>519</sup>. Le maggiori differenze riguardano dunque la formazione del vincolo e il suo scioglimento<sup>520</sup>.

Nonostante nasca in relazione alle rivendicazioni delle coppie dello stesso sesso<sup>521</sup>, la peculiarità della *cobabitation légale*, introdotta nell'ordinamento belga con la legge n. 35 del 23 novembre 1998 ed in vigore dal 1 gennaio 2000 è quella di rivolgersi non solo indiscriminatamente alle coppie di sesso opposto o uguale, ma di non richiedere per la sua conclusione un legame affettivo *more uxorio*, sicché la stessa può essere conclusa sulla base di legami di amicizia o anche tra parenti stretti<sup>522</sup>.

La qualificazione della stessa in termini di costitutiva di *status* familiari può dunque dare adito a qualche perplessità, soprattutto ove si considerino le norme sulla capacità delle parti e l'applicazione alla stessa degli istituti che consentono di accedere alla filiazione. In generale, parrebbe opportuno ritenere che all'interno di uno stesso istituto di legge siano riconducibili due statuti giuridici largamente divergenti, uno modellato sullo stampo coniugale "*conjugal*" (coniugale) e l'altro "*intrafamilial*"<sup>523</sup> (intrafamiliare), di natura solidaristica tra membri facenti già parte di uno stesso nucleo familiare. In tal senso si spiegherebbero anche una serie di interventi legislativi nel campo del diritto di famiglia e successorio, tesi a differenziare le possibili situazioni astrattamente riconducibili alla *cobabitation légale*. Su tutti, basti evidenziare che - a seguito di riforma intervenuta con la *loi du 24 avril 2003* - l'adozione congiunta ai sensi dell'art. 343 del codice civile belga è

---

<sup>519</sup> SUMNER I., *Registered Partnership in the Netherlands*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 123.

<sup>520</sup> La legge riconosce tra l'altro la possibilità di convertire l'unione in ambo i versi; sicché per è possibile per una coppia trasformare la convivenza registrata in matrimonio, ma anche l'opposto; SUMNER I., *Registered Partnership in the Netherlands*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 149.

<sup>521</sup> Rivendicazioni a cui la dottrina ritiene che il legislatore abbia dato una risposta "formale ed ipocrita", adottando un regime minimalista e comprensivo di tutta una varietà di situazioni che non hanno a che vedere con il carattere di affettività familiare che gli attivisti LGBT richiedevano di tutelarsi; VAN GYSEL A.C., *La cobabitation légale: quo vadis?*, in *Revue trimestrielle de droit familial*, n. 1, 2015, p. 16.

<sup>522</sup> WILLEMS G., *Registered Partnerships in Belgium*, (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 386.

<sup>523</sup> VAN GYSEL A.C., *La cobabitation légale: quo vadis?*, in *Revue trimestrielle de droit familial*, n. 1, 2015, p. 30.



concessa solo a determinati tipi di conviventi - registrati o anche di fatto - i quali abbiano una relazione di stampo coniugale e non presentino tra di loro un rapporto di parentela in linea retta che costituisca impedimento al matrimonio<sup>524</sup>. In ogni caso, la qualificazione familiare della dimensione di coppia parrebbe piuttosto debole. Ai sensi dell'art. 1475 del *code civil* la *cohabitation légale* è costituita a mezzo di formalità molto semplici: una specifica dichiarazione scritta consegnata all'ufficiale di stato civile. Essa è tuttavia caratterizzata dall'esclusività sotto due profili: può intervenire solo tra due persone<sup>525</sup>; esse non devono aver formalizzato alcun altro vincolo costitutivo di uno *status* civile per il diritto, sia esso un'altra "convivenza registrata" o un matrimonio<sup>526</sup>. La convivenza registrata belga non ha però effetti sullo *status* civile della parte e non comporta legami di affinità<sup>527</sup>. Si tratta di una modalità di regolamentazione della vita comune che incide esclusivamente sugli aspetti patrimoniali - dando vita dal 2007 anche a limitati diritti successori - ma non impone obblighi di carattere personale (quali gli obblighi di coabitazione, fedeltà, assistenza)<sup>528</sup>.

Il Portogallo si presenta come l'unico ordinamento considerato che non ha provveduto ad introdurre un'istituto specifico alternativo al matrimonio, preferendo ricondurre al mero fatto della convivenza determinate conseguenze di legge.

Con la legge n. 7 dell'11 maggio 2001, infatti, il Parlamento portoghese ha riconosciuto alcuni effetti giuridici alla relazione tra persone di sesso diverso o uguale che da almeno due anni vivano in un rapporto di convivenza stabile che presenti caratteri analoghi all'unione matrimoniale<sup>529</sup>.

---

<sup>524</sup> Si veda, per le distinzioni, anche in materia successoria, VAN GYSEL A.C., *La cohabitation légale: quo vadis?*, in *Revue trimestrielle de droit familial*, n. 1, 2015, pp. 30 ss.

<sup>525</sup> Tale profilo è ritenuto discriminativo con riguardo al regime che si è definito "intrafamiliare", per la circostanza che esso può ad esempio intervenire tra genitori e figli, costringendo il primo a preferire uno degli stessi, non essendogli consentito di concludere una convivenza registrata con più di una persona; WILLEMS G., *Registered Partnerships in Belgium*, (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 387.

<sup>526</sup> WILLEMS G., *Registered Partnerships in Belgium*, (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 387.

<sup>527</sup> Nonostante la libertà di stato e l'assenza di una previa convivenza registrata sia indispensabile per concludere una convivenza registrata, il matrimonio resta l'unico istituto nel diritto belga a cui sia riconducibile uno status familiare, cioè una modifica dello status civile delle persone coinvolte; SOSSON J., *Recent Evolutions (Or Revolutions) in Belgian Family Law*, in *International Survey of Family Law*, 2010, p. 52.

<sup>528</sup> WILLEMS G., *Registered Partnerships in Belgium*, (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 392.

<sup>529</sup> Così l'art. 1 della legge n. 7/2001.

Alle *união de facto* non è riconnesso uno *status* civile, né al riscontro dei requisiti fattuali che vi danno luogo sono riconnessi diritti e doveri analoghi a quelli tra coniugi, ma solo i limitati effetti previsti dalla legge<sup>530</sup>. L'effetto di maggior rilievo nel campo familiare è la circostanza che alle coppie che si trovino in una unione *de facto* è data la possibilità di accedere all'adozione congiunta, come fossero coniugi, se soddisfino i requisiti previsti per quest'ultima<sup>531</sup>.

La formalizzazione del rapporto di coppia per eccellenza è data in tutti gli ordinamenti, come noto, dal matrimonio.

L'attuale situazione europea con riferimento al matrimonio è quella di una netta linea di separazione - idealmente anche geografica<sup>532</sup>. Da un lato, vi sono ordinamenti che ancorano il matrimonio al requisito dell'eterosessualità<sup>533</sup> ed eventualmente, ma non necessariamente predispongono formalizzazioni di diverso tipo per le coppie dello stesso sesso. Dall'altro, ordinamenti - in numero crescente<sup>534</sup> - che, a seguito del riconoscimento del matrimonio c.d. *same-sex*, hanno introdotto una nozione *gender neutral* di matrimonio. La maggior parte degli ordinamenti considerati - con eccezione dell'Italia - rientra in questo secondo raggruppamento di ordinamenti, ma, come si vedrà, le modalità

---

<sup>530</sup> MARTINS R., *Same-sex Partnerships in Portugal – From de facto to de jure*, in *Utrecht Law Review*, 2008, p. 200.

<sup>531</sup> A lungo, come si vedrà nel prosieguo, comunque preclusa alle coppie dello stesso sesso.

<sup>532</sup> Il *limes* divide l'Europa Nord-Occidentale dall'Europa Sud-Orientale, secondo una direttiva diagonale che dai Paesi Scandinavi scende attraverso la Germania e si ferma prima dello Stato italiano, con alcune isole separate (ad esempio, Malta); DE THLOFF N., *Familienrecht in Europa – Quo vadis?* In *NJW*, 2018, p. 23.

<sup>533</sup> In alcuni di questi ordinamenti, ad esempio Polonia, Lituania e Lettonia, la definizione del matrimonio come unione di una donna e di un uomo è contenuta nelle rispettive costituzioni; FICHERA M., *Same-sex Marriage and the Role of Transnational Law: Changes in the European Landscape*, in *German Law Journal*, 2016, p. 387.

<sup>534</sup> Allo stato attuale: Olanda, Belgio, Spagna, Svezia, Portogallo, Norvegia, Islanda, Danimarca, Francia, Inghilterra e Galles, Scozia, Lussemburgo, Irlanda, Finlandia, Germania, Malta, Isola di Man. Si segnala peraltro che la Corte Costituzionale Austriaca, con decisione del 4 dicembre 2017 ha imposto al legislatore di provvedere all'apertura del matrimonio alle persone dello stesso sesso entro il 31 dicembre 2018, dichiarando l'esistenza di due distinti istituti, unioni civili e matrimonio, in virtù dell'orientamento sessuale della coppia contraria al principio di uguaglianza. Secondo la Corte, poiché nella legislazione interna le situazioni sono quasi totalmente parificate negli effetti, la sola esistenza di due diversi istituti sarebbe indicativa di una disuguaglianza. Il profilo di lesività di tale distinzione si rivelerebbe poi nella circostanza che, in virtù dell'utilizzo di termini diversi per designare lo *status* della persona in una relazione formalizzata, le persone dello stesso sesso sono tenute a rendere pubblico il loro orientamento sessuale anche in situazioni in cui esso non dovrebbe avere alcuna rilevanza, esponendosi al rischio storicamente fondato di subire discriminazioni. Si veda il comunicato stampa rilasciato dalla Corte: *Verfassungsgerichtshof Oesterreich, Presseinformation vom 5. Dezember 2017. G 258-259/2017* ua ([https://www.vfgh.gv.at/medien/Ehe\\_fuer\\_gleichgeschlechtliche\\_Paare.en.php](https://www.vfgh.gv.at/medien/Ehe_fuer_gleichgeschlechtliche_Paare.en.php), ultimo accesso: 31.8.2018).

dell'intervenuta estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso possono essere molto diverse.

Vanno comunque esplicitate in apertura due circostanze. Innanzitutto, l'apertura alle coppie dello stesso sesso dell'istituto matrimoniale non necessariamente va di pari passo con la possibilità per la coppia di assumere congiuntamente la qualifica di genitori per il diritto, a mezzo dell'istituto dell'adozione o dell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. In secondo luogo, nei singoli ordinamenti considerati, l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso avviene generalmente in via legislativa. Tuttavia, essa può rispondere ad un atto di indirizzo politico - e risiedere dunque totalmente nella discrezionalità del legislatore - oppure essere "caldeggiata" dalla ritenuta portata discriminatoria del requisito dell'eterosessualità, ad opera delle Corti preposte al controllo di costituzionalità delle leggi.

Con riguardo ai profili dell'interazione tra legge e giurisprudenza nell'estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, le Corti possono svolgere ruoli diversi. Vi sono casi in cui l'introduzione per via legislativa del matrimonio è "richiesta" al legislatore dalla giurisprudenza, in virtù di un riscontrato trattamento discriminatorio irragionevole e perciò contrario all'assetto costituzionale. E' il caso già citato di quanto accaduto in Austria, ma anche – lo si vedrà nel prosieguo – della Federazione Canadese<sup>535</sup>.

A contrario, in alcuni ordinamenti è il legislatore ad intervenire nonostante il giudice delle leggi abbia escluso che la Costituzione richieda l'estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Un esempio di questo tipo è esemplificato dal percorso di introduzione del matrimonio *same-sex* seguito dall'ordinamento portoghese.

Vi sono, infine, casi in cui la Corte Costituzionale è stata invocata a pronunciarsi su supposti profili di incostituzionalità dell'introduzione del matrimonio dello stesso sesso, in virtù del collegamento dell'istituto a fondamento della famiglia così tradizionalmente intesa<sup>536</sup>. Si tratta di una situazione verificatasi, a titolo esemplificativo, nell'ordinamento belga ed in quello francese.

In Belgio, l'apertura del matrimonio alle persone dello stesso sesso avviene con la *Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil* del 13 febbraio 2003, la quale modifica l'art. 143 del *Code Civil* belga, prevedendo che possano contrarre matrimonio due persone di sesso diverso o del medesimo sesso e si pone come

---

<sup>535</sup> Cfr. *infra*, para 4.3.2.

<sup>536</sup> COESTER WALTJEN D., *Die einfuehrung der gleichgeschlechtigen Ehe in Augewaelhten Rechtsordnungen*, in *ZEup*, 2018, p.350.

attuativa del principio di non discriminazione contenuto agli artt. 10 e 11 della Costituzione belga<sup>537</sup>. Subito dopo l'introduzione, la legge viene impugnata innanzi alla Corte Costituzionale (*Cour d'arbitrage*) da un comitato di coniugi eterosessuali<sup>538</sup>. La Corte ritiene che lo scopo primario del matrimonio sia quello di fornire protezione ad una relazione affettiva duratura tra due persone e che non sia ragionevole, dunque, escludere che esse possano essere dello stesso sesso<sup>539</sup>.

L'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso in Francia avviene con la legge n. 2013-404 del 17.5.2013 (*Loi du 17 mai 2013 sur le mariage pour tous*). Essa contiene diverse modificazioni del *Code Civil* – *in primis*, una modifica dell'art. 143 analoga nel testo a quella che si rinviene al co. 1 del medesimo articolo nell'ordinamento belga -, alcune delle quali atte a garantire anche, fin dalla sua entrata in vigore, l'adozione alle coppie del medesimo sesso<sup>540</sup>. La questione della costituzionalità della legge viene portata innanzi al *Conseil Constitutionnel* prima della sua promulgazione, su ricorso di 60 Parlamentari contrari all'approvazione della stessa in seconda lettura il 23 aprile 2013<sup>541</sup>. La Corte rigetta *in toto* le obiezioni sollevate, dichiarando la legge conforme a Costituzione nella comprensività dei suoi contenuti<sup>542</sup>.

Ad aprire la strada del riconoscimento del matrimonio *gender neutral* è in realtà l'Olanda nel 2001. Il riconoscimento di una serie di diritti di natura familiare alle coppie dello stesso sesso nei Paesi Bassi si sviluppa quasi interamente, in una sorta di escalation, in pochissimo tempo: poco più di un biennio. Nel 1998 entrano in vigore le convivenze

---

<sup>537</sup> Si rileva che l'art. 3 della legge prevede anche che all'art. 143 del codice civile venga aggiunto un secondo comma, teso ad escludere l'applicazione della normativa sull'adozione e dunque che in un primo momento l'ordinamento belga mantiene il fondamento della genitorialità adottiva connesso alla diversità di sesso. L'adozione viene aperta alle coppie dello stesso sesso tre anni dopo, con la legge del 18 maggio 2006; SOSSON J., *Recent Evolutions (Or revolutions) in Belgian Family Law*, in (ed by.) ATKIN B., *International Survey of Family Law*, 2010, p. 55.

<sup>538</sup> E' richiesta una pronuncia di incostituzionalità sulla base dell'art. 21.2. della Costituzione, il quale ha invece – come esplicitato dalla Corte – il solo ruolo, al momento della sua introduzione nel lontano 1831, di incentivare il mettere fine alla pratica dei matrimoni solo religiosi, senza alcuna valenza di subordinare la nozione statale di matrimonio a quella religiosa; cfr. *supra*, para 3.4.

<sup>539</sup> *Cour d'arbitrage*, 20.10.2004 – 159/2004 in *Moniteur belge*, 29.10.2004 (v. anche [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be)).

<sup>540</sup> Centre for Family Law at Jean Moulin University Lion, *A Chronicle of French Family Law*, in *International Survey of Family Law*, 2014, p. 196.

<sup>541</sup> COESTER WALTJEN D., *Die einfuehrung der gleichgeschlechtigen Ehe in Augewaelhten Rechtsordnungen*, in *ZEuP*, 2018, p.341.

<sup>542</sup> *Conseil Constitutionnel*, *Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013*, in [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr). Si segnala in particolare che al punto 46 la Corte, considerando la legittimità dell'estensione dell'adozione piena alle coppie dello stesso sesso ritiene che essa risponda al diritto del minore di crescere in famiglia e dunque ne concreti il suo superiore interesse ai sensi delle Convenzioni internazionali.

registrate<sup>543</sup>. Nel corso dell'anno 2000 vengono portati avanti in parallelo due progetti di legge destinati ad ampliare la tutela delle coppie dello stesso sesso: da un lato, l'ampliamento del matrimonio, all'altro, l'apertura dell'adozione alle coppie dello stesso sesso<sup>544</sup>.

La modifica all'art. 30 sul matrimonio (*huwelijck*) del *Burgerlijk Wetboek* – intervenuta nel 2001 - introduce per la prima volta al mondo una ridefinizione di matrimonio come istituto a cui possono accedere sia le persone di sesso diverso che le persone dello stesso sesso. Nei Paesi Bassi l'equiparazione tra coppie dello stesso sesso e coppie di diverso sesso ai fini dell'adozione - sebbene avviata in parallelo all'introduzione del matrimonio - si perfeziona nel 2005, con una modifica che consente alle coppie dello stesso sesso sia l'adozione interna che internazionale<sup>545</sup>.

La possibilità per le coppie dello stesso sesso di sposarsi è stata gradualmente introdotta in via legislativa in tutti i Paesi Scandinavi<sup>546</sup>. La prima legislazione ad essere adottata è quella dell'ordinamento norvegese, approvata dal Parlamento nel 2008 ed in vigore dal primo gennaio 2009<sup>547</sup>. Il progetto di legge si rifà anche apertamente alle modifiche adottate in Svezia – che aprirà al matrimonio tra persone dello stesso sesso l'anno successivo con la legge n. 253:2009 – per abolire tutte le distinzioni tra coppie dello stesso sesso e coppie di sesso diverso con riguardo alla filiazione, consentendo dunque tanto l'adozione quanto l'accesso alle tecniche di riproduzione medicalmente assistita per le

---

<sup>543</sup> Va comunque considerato che, nell'ordinamento olandese, una serie di diritti vengono riconosciuti ai conviventi *more uxorio*, senza alcuna distinzione in virtù dell'orientamento sessuale già a partire dal 1979; WAALDJK K., *Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands*, in WINTERMUTE R., ANDENAES M., *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, 2001, p. 441.

<sup>544</sup> WAALDJK K., *Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands*, in WINTERMUTE R., ANDENAES M., *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, 2001, p. 438.

<sup>545</sup> Quest'ultima era prima preclusa, mentre era prevista l'adozione interna; SAEZ M., *Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families around the World: Why Same is So Different*, in *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2011, p. 3.

<sup>546</sup> COESTER WALTJEN D., *Die Einfuehrung der gleichgeschlechtigen Ehe in Augewaelhten Rechtsordnungen*, in *ZEuP*, 2018, p. 337.

<sup>547</sup> *Ot. prp. No. 33 (2007–2008) [Bill for changes to the law on marriage, law on children, law on adoption, law on reproductive technologies (one marriage law for heterosexual and homosexual partners)]*.

coppie di donne<sup>548</sup>. Tanto la Svezia quanto la Norvegia nell'introdurre il matrimonio *gender neutral* aboliscono il previgente istituto delle convivenze registrate<sup>549</sup>.

Nonostante si caratterizzi per essere il primo ordinamento a fornire una possibilità di formalizzazione del rapporto di coppia alle persone dello stesso sesso, l'introduzione con legge del matrimonio tra persone dello stesso sesso in Danimarca interviene nel 2012<sup>550</sup>, anche in questo caso con contestuale abolizione della convivenza registrata. Quanto preme sottolineare con riferimento all'ordinamento danese, tuttavia, è che l'obiettivo primario non appare eliminare le residue disparità di trattamento nell'ambito del diritto privato<sup>551</sup>, quanto il garantire l'accesso alla cerimonia religiosa e non solo civile<sup>552</sup>.

Chiudendo le considerazioni sui Paesi Scandinavi, la legislazione finlandese presenta una interessante peculiarità nella sua formazione. L'emendamento del *Marriage Act* è infatti la prima proposta di legge di iniziativa popolare della storia dell'ordinamento finlandese, un potere riconosciuto ai cittadini a seguito di un emendamento costituzionale intervenuto nel 2012<sup>553</sup>. La proposta di iniziativa popolare (*Equal Marriage Act*) viene approvata dal Parlamento nel 2014, ma entra in vigore solamente il 1 marzo 2017, dopo che la Commissione Affari Costituzionali del Parlamento rigetta una seconda contro-iniziativa popolare (nota come "*genuine marriage*")<sup>554</sup>. Contestuale è il divieto di costituire nuove convivenze registrate, istituto la cui legge fondativa resta in vigore ai soli fini di dettare lo statuto giuridico delle unioni già costituite, stante l'assenza di previsione di un obbligo di conversione delle convivenze registrate in matrimonio.

---

548 FRIØRIKSDÓTTIR H., *The Nordic Model: Same-Sex Families in Love and Law*, in GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-Sex Couples before National. Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014, p. 170.

549 FRIØRIKSDÓTTIR H., *The Nordic Model: Same-Sex Families in Love and Law*, in GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-Sex Couples before National. Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014, p. 170.

550 *Law No. 532/2012 on changes to the law on marriage, law on marital consequences, law on procedure and the abolishment of the law on registered partnership*.

551 Le quali lo si vedrà, anche con riferimento al profilo della filiazione, risultavano già colmate da precedenti interventi legislativi. Cfr. infra, para 3.6.

552 FRIØRIKSDÓTTIR H., *The Nordic Model: Same-Sex Families in Love and Law*, in GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-Sex Couples before National. Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014, p. 168.

553 La modifica costituzionale introdotta obbliga il Parlamento a prendere posizione sulla proposta di legge di iniziativa popolare, ma non ad assecondarla, potendosi rigettare o richiedere modifiche del progetto; SORMUNEN M., KIRVESNIEMI L., OJANEN T., *Finland*, in 2017 *Global Review of Constitutional Law*, 2017, p. 89.

554 La modifica costituzionale introdotta obbliga il Parlamento a prendere posizione sulla proposta di legge di iniziativa popolare, ma non ad assecondarla, potendosi rigettare o richiedere modifiche del progetto; SORMUNEN M., KIRVESNIEMI L., OJANEN T., *Finland*, in 2017 *Global Review of Constitutional Law*, 2017, p. 89.



Per quanto attiene all'ordinamento portoghese, una considerazione che appare interessante è che – come per quanto successo in Italia con la sentenza della Corte Costituzionale n. 138 del 2010, che vedremo ampiamente nel prosieguo<sup>555</sup> - ci si trova di fronte ad una giurisdizione in cui la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla illegittimità dell'esclusione delle coppie dello stesso sesso dal matrimonio e sull'esistenza di profili di trattamento discriminatorio, esclude di intervenire, ritenendo il tema rientrante nella discrezionalità – e responsabilità - legislativa<sup>556</sup>. Il codice civile portoghese apre il Libro IV dedicato al diritto di famiglia proprio con l'art. 1577, che contiene la nozione di matrimonio (*Noção de casamento*). Nella versione originale, promulgata nel 1966, il matrimonio è definito come il contratto tra due persone di sesso diverso che intendono dar vita ad una famiglia attraverso una piena comunione di vita, nel rispetto delle previsioni codicistiche. Nel 2009 la Corte Costituzionale portoghese rigetta la questione di costituzionalità dell'art. 1577 c.c. (sentenza n. 359/2009)<sup>557</sup>. La Corte esegue una copiosa analisi dei precedenti giurisprudenziali fino ad allora intervenuti in Occidente sul matrimonio dello stesso sesso, analisi che spazia dalle Province del Canada alla giurisprudenza dei singoli Stati della Federazione Statunitense alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, una comparazione che occupa due terzi della decisione<sup>558</sup>. Essa arriva – anche a mezzo della giurisprudenza straniera dunque – ad escludere che esista un obbligo costituzionale di introdurre il matrimonio dello stesso sesso. Il mutamento della nozione di matrimonio è visto come un mutamento radicalmente innovativo dell'ordinamento giuridico, ed, in quanto tale, è ritenuto di competenza del potere che esprime la sovranità popolare<sup>559</sup>. L'anno successivo l'art. 2

---

<sup>555</sup> Cfr. *infra*, para 5.5.

<sup>556</sup> DE FREITAS T. F., TEGA D., *Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples*, in GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-Sex Couples before National. Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014, p. 288.

<sup>557</sup> *Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 359/2009*, in *Diário da República*, 2.<sup>a</sup> série - N.º 214 - 4 de Novembro de 2009.

<sup>558</sup> DE FREITAS T. F., TEGA D., *Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples*, in GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-Sex Couples before National. Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014, p. 306.

<sup>559</sup> DE FREITAS T. F., TEGA D., *Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples*, in GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-Sex Couples before National. Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014, p. 307.



della Lei n° 9/2010 del 31 maggio 2010<sup>560</sup> modifica l'art. 1577 del *Código Civil* portoghese, eliminando il riferimento alla necessaria diversità di sesso delle due persone che intendono unirsi in matrimonio. E' il Presidente della Repubblica, immediatamente dopo l'approvazione della legge a chiedere una nuova pronuncia alla Corte, questa volta rimettendo alla stessa – un anno dopo l'intervenuta pronuncia che escludeva la mancata esistenza di un obbligo di introduzione - la conformità della stessa a Costituzione<sup>561</sup>, la quale viene confermata con la decisione n. 121/2010<sup>562</sup>.

Da ultimo, l'ordinamento federale tedesco ha introdotto il matrimonio dello stesso sesso per via legislativa nell'estate del 2017 (*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017*). Sebbene, come si è visto, la Corte Costituzionale Federale tedesca avesse eliminato gradualmente una serie di distinzioni di trattamento tra i due istituti essa non si era comunque mai spinta a demandare l'apertura del matrimonio, invece attuando – come si è visto – un'equiparazione dei due istituti a livello di tutela costituzionale. La legge approvata nel luglio del 2017 consta di soli tre articoli, i quali tuttavia sono sufficienti a consentire che tutta la normativa tedesca sul matrimonio si applichi anche alle coppie omosessuali, compresa l'adozione congiunta, unica frontiera familiare che era rimasta fino ad allora preclusa<sup>563</sup>. Il primo articolo

---

<sup>560</sup> L'art. 1 della legge specifica l'obiettivo della stessa, cioè permettere il matrimonio tra persone dello stesso sesso (“*A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo*”).

<sup>561</sup> Vengono rimessi alla Corte tutti gli articoli della legge tranne l'art. 3, che escludeva le coppie dello stesso sesso dall'adozione, presumibilmente per il timore da parte del capo di stato conservatore che la Corte ravvisasse proprio tale profilo come discriminatorio; DE FREITAS T. F., TEGA D., *Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples*, in GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014, p. 309. L'apertura dell'adozione alle coppie dello stesso sesso in Portogallo avrà un percorso travagliato che considereremo nel prosieguo; cfr. *infra*, para 3.6.

<sup>562</sup> Anche in questo caso la Corte esegue una rinnovata rassegna comparatistica, a partire dalle risoluzioni dell'Unione europea (punto 8) e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo (punto 9) ed effettuando anche un'analisi delle legislazioni fino ad allora adottate distinguendo tra ordinamenti con convivenze registrate (punto 13.1.) e ordinamenti con il matrimonio tra persone dello stesso sesso (punto 13.2.). La Corte ritiene, in risposta alle possibili critiche sull'apertura al matrimonio omosessuale come in grado di attaccare il nucleo fondante del matrimonio, così come tutelato dalla Costituzione, che la garanzia di tutela costituzionale sia piuttosto da intendersi come un'impossibilità per il legislatore di sopprimere l'istituto, ritenuto una libertà fondamentale e non un obbligo di mantenerne la struttura storicamente consolidata (punti 19 ss.); Tribunal Constitucional, Acórdão 121/2010 in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html> (ultimo accesso: 18.6.2018).

<sup>563</sup> Ciò anche dopo la già citata sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 19 febbraio 2013, con la quale la Corte mandava al legislatore di formulare la disciplina per l'adozione del figlio del convivente registrato, ottemperata con il *Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner* del 20 giugno 2014; VARANESE

modifica la definizione di matrimonio contenuta al §1353 BGB, il quale recita ora che il matrimonio è un'unione per la vita tra due persone di diverso o dello stesso sesso. Il secondo articolo prevede la possibilità di trasformazione delle esistenti convivenze registrate in matrimonio. L'art. 3, norma di chiusura, vieta la stipulazione di nuove unioni, esprimendo con chiarezza la scelta di non voler mantenere la differenziazione tra due unioni, pur nel rispetto dell'eventuale volontà delle parti di non convertire l'unione solidale registrata.

### **3.6. Il c.d. “piano verticale” della famiglia: lo *status* dei figli e le regole di attribuzione della genitorialità**

L'analisi della disciplina del c.d. “piano verticale” del diritto di famiglia muove dalla valutazione di tre aspetti fondamentalmente distinti, ma interconnessi nel determinare la dimensione dei rapporti familiari tra figli e genitori.

*In primis*, è necessario esaminare lo statuto giuridico dei figli. In altre parole, è indispensabile comprendere se la condizione giuridica dei figli sia davvero unitaria o persistano discriminazioni connesse alle circostanze della nascita. Queste ultime, peraltro, anche a seguito del progresso scientifico, non attengono più esclusivamente alla circostanza della nascita all'interno o al di fuori del legame per eccellenza riconosciuto dal diritto - il matrimonio - ma possono avere a che fare con le modalità con cui la procreazione del figlio è avvenuta, e dunque anche con l'accesso a tecniche di riproduzione assistita consentite e non dal singolo ordinamento di volta in volta considerato. La effettiva parità tra i figli risulta tuttavia subordinata nei fatti all'esito dell'esame di due diversi aspetti.

Da un lato, a rilevare sono le regole sull'attribuzione dello stato di figlio e dunque l'esame delle norme che stabiliscono a quali condizioni una relazione di filiazione acquisisca rilevanza giuridica<sup>564</sup>. Dall'altro, le disposizioni che sanciscono il complesso dei diritti e doveri di cui genitori e figli sono reciprocamente titolari.

Non si entrerà, tuttavia, in questa sede con profondità nella regolamentazione attinente ai rapporti di filiazione, ma si cercherà di delineare quegli elementi che consentono di ricostruire la struttura che può assumere nei singoli ordinamenti la realtà familiare - in

---

G., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso nel modello tedesco*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n. 7, 2018, p. 8.

<sup>564</sup> BALESTRA L., BOLONDI E., *La filiazione nel contesto europeo*, in *Fam. E Dir.*, 2008, p. 309.

virtù dell'acquisizione al diritto di un rapporto genitore-figlio - e di considerare se all'attribuzione della genitorialità sia anche connessa una pienezza di diritti e doveri in termini di cura del minore.

Il punto di partenza è la “declamata” posizione dei figli ed il loro statuto giuridico. Da tale punto di vista, se si voglia individuare un vero trend, esso concerne la non necessaria coincidenza tra l'unicità dei diritti e doveri riconnessi allo *status* di figlio dall'ordinamento, l'attribuzione di genitorialità e la responsabilità genitoriale. Volendo anticipare quanto si tratterà ampiamente nel prosieguo, quanto sembra emergere in riferimento all'Europa è che l'intervenuta abolizione della categoria dell'illegittimità e la complessiva e graduale parificazione della posizione dei figli nati all'interno e fuori dal matrimonio non ha come corollario necessario che tutti i figli ricevano lo stesso trattamento.

Ciò è vero sia per quanto attiene al rapporto tra genitori e figli, persistendo in diversi ordinamenti europei – aspetti che si vedranno in particolare in relazione agli ordinamenti di *common law* – una *deminutio* della posizione del secondo genitore, storicamente il padre, per il quale non è automatico il riconoscimento delle responsabilità di cura del minore, ferma invece l'assunzione dei doveri – quali il mantenimento.

Il trattamento differenziato diviene evidente anche per quanto attiene alla posizione dei figli nati con tecniche di procreazione medicalmente assistita – in particolare nati da surrogazione di maternità - che per parte della dottrina costituirebbero i nuovi “figli illegittimi”<sup>565</sup>.

Tali premesse sono di indiscussa importanza per quanto si vedrà poi con riferimento all'ordinamento italiano, nell'analizzare le conseguenze dell'unicità dello *status* di figlio.

Innanzitutto, tutti gli ordinamenti giuridici considerati prevedono l'unitarietà della condizione giuridica dei figli nati all'interno e fuori dal matrimonio. La spinta in tal senso avviene già a partire dalle significative aperture dimostrate nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio nei Paesi Scandinavi. In particolare, nell'ordinamento norvegese il figlio naturale acquisisce diritti successori nei confronti del padre nel 1916<sup>566</sup> e la distinzione tra

---

<sup>565</sup> STORROW R., *The Phantom Children of the Republic: International Surrogacy and the New Illegitimacy*, in *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2012, p. 562 ss. Ma confronta anche ampiamente le considerazioni svolte nell'analisi degli ordinamenti della Federazione canadese ed in particolare il paragrafo 5.3.5.

<sup>566</sup> L'anno successivo la Svezia vieta l'utilizzo del termine “illegittimo” negli atti ufficiali; STORROW R., *The Phantom Children of the Republic: International Surrogacy and the New Illegitimacy*, in *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2012, p. 564.

figli naturali e legittimi viene eliminata l'anno successivo<sup>567</sup>. Dagli anni '60 la situazione dei figli nati fuori dal matrimonio si presenta come maggiormente tutelata nei Paesi Scandinavi ed in alcuni ordinamenti dell'Europa dell'Est rispetto al resto dell'Europa<sup>568</sup>. Nell'ordinamento danese i due diversi regimi giuridici previsti per figli legittimi ed illegittimi<sup>569</sup> vengono eliminati nel 1960, con una legge che ridefinisce lo statuto giuridico dei figli come unitario (*Lov nr. 200 af 18.5.1960 om børns retsstilling*<sup>570</sup>). In Svezia lo stato di figlio viene unificato nel 1976; in Norvegia, le residuali disparità sostanziali rimaste tra figli nati all'interno e fuori dal matrimonio vengono eliminate pienamente nel 1981; in Finlandia nel 1983<sup>571</sup>.

In via generale, un impatto fondante esercita nelle riforme intervenute in materia di filiazione nell'Europa Occidentale, a partire dagli anni '70, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ed, in particolare, la sentenza *Marckx c. Belgio* del 1973<sup>572</sup>. L'adeguamento dell'ordinamento belga agli obblighi positivi imposti dalla riscontrata in violazione dell'art. 8 CEDU interviene solo nel 1987, con due distinte leggi che incidono sulla disciplina della filiazione e sui diritti successori<sup>573</sup>. In conseguenza, l'attuale art. 334 del *Code Civil* belga recita che, indipendentemente dalle modalità di accertamento della filiazione, i figli ed i loro discendenti hanno gli stessi diritti e le stesse obbligazioni nei confronti del padre, della madre, e dei parenti di quest'ultimi e viceversa<sup>574</sup>.

Tra gli ordinamenti dell'Europa Centro-occidentale ad intervenire prima dell'arresto della Corte di Strasburgo è invece l'allora Germania Ovest (Repubblica Federale di Germania). L'introduzione dell'art. 6, para. 5 della Costituzione Tedesca impone infatti al legislatore

---

<sup>567</sup> Sempre nel 1917 si ricordi che si collocano le radicali innovazioni del diritto di famiglia intervenute in Russia; ANTOKOLSKAIA M., *Development of Family Law in Western and Eastern Europe: Common Origins, Common Driving Forces, Common Tendencies*, cit., p. 61. Sul punto, v. anche para. 2.5.

<sup>568</sup> ANTOKOLSKAIA M., *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Intersentia, 2006, p. 448.

<sup>569</sup> Previamente contenuti in due atti del 1937, Illegitimacy Act e Legitimacy Act; Corte europea dei diritti dell'uomo, Rasmussen c. Danimarca, 1984, para. 16.

<sup>570</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, Rasmussen c. Danimarca, 1984, para. 19.

<sup>571</sup> ANTOKOLSKAIA M., *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Intersentia, 2006, p. 448.

<sup>572</sup> Cfr. *supra*, para 3.2.

<sup>573</sup> MEEUSEN J., *Judicial Disapproval of Discrimination against Illegitimate Children: A Comparative Study of Developments in Europe and the United States*, in *American Journal of Comparative Law*, 1995, p. 142.

<sup>574</sup> Si riporta il testo originale francese dell'art. 334 c.c. belga: "*Quel que soit le mode d'établissement de la filiation, les enfants et leurs descendants ont les mêmes droits et les mêmes obligations à l'égard des père et mère et de leurs parents et alliés, et les père et mère et leurs parents et alliés ont les mêmes droits et les mêmes obligations à l'égard des enfants et de leurs descendants.*"

l'obbligo di provvedere affinché i figli illegittimi godano delle stesse opportunità di sviluppo e di una posizione sociale paritaria a quella garantita ai figli legittimi. Tale disposizione è alla base delle riforme intervenute in Germania con riguardo allo stato dei figli, nel 1969, prima, e nel 1997, dopo l'unificazione delle due Germanie<sup>575</sup>. Nell'ordinamento della Germania Ovest, una prima disciplina legislativa unitaria del fenomeno della filiazione naturale risale al 1969, con il *Gesetz über die rechtliche Stellung, der nichtehelichen Kinder*<sup>576</sup>. Quasi trent'anni dopo, nel dicembre del 1997, il Parlamento vota il *Kindschaftsreformgesetz*<sup>577</sup>, che entra in vigore nel luglio dell'anno successivo. Si concretizza l'abbandono di una logica distintiva: non si parificano due stati (quello di figlio *ehelich*, legittimo, e *nichtehelich*, naturale), ma si detta una disciplina unitaria. A seguito di questo intervento, in Germania, non viene dunque introdotta alcuna norma specifica che detti lo statuto giuridico – unico - del figlio: dalla regolamentazione complessiva contenuta all'Abschnitt 2 del *BGB* - dedicato alla parentela (*Verwandtschaft*) - si desume che la legge “conosce solo figli<sup>578</sup>”.

Per quanto attiene all'ordinamento francese – con un percorso “a due tappe”, parzialmente analogo a quello che si vedrà caratterizzare l'evoluzione dell'ordinamento italiano – l'equiparazione dei figli inizia con una legge del 1972, ma si ultima solamente nel 2005 con la *ordonnance du 4 juillet 2005*, che entrerà in vigore l'anno successivo. La legge del 1972, infatti, aveva proclamato l'uguaglianza tra figli, ma mantenuto le distinzioni terminologiche, sicché il modello della famiglia legittima, “*se non più imposto, rimaneva perlomeno proposto*<sup>579</sup>”. Il nuovo art. 310 del *Code Civil*, introdotto con la riforma del 2005, recita che tutti i figli la cui filiazione è stabilita per il diritto hanno gli stessi diritti e doveri nei confronti del padre e della madre ed entrano a far parte della famiglia di ciascun genitore<sup>580</sup>. Le categorie giuridiche di filiazione legittima e illegittima spariscono e con loro gli istituti che le presuppongono, quale la legittimazione<sup>581</sup>.

---

<sup>575</sup> MARTINY D., *National Report: Parental Responsibility – Germany*, *Commission on European Family Law*, 2005, p. 4.

<sup>576</sup> *Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder* del 19.08.1969, in *BGBL. 1969 I*, p. 1243.

<sup>577</sup> *Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (KindRG)* del 16.12.1997, in *BGBL. 1997 I*, p. 2942.

<sup>578</sup> L'espressione è di HENRICH D., *La riforma della filiazione in Germania*, in *Annuario del diritto tedesco*, 1998, p. 33.

<sup>579</sup> FULCHIRON H., *Egalité, Vérité, Stabilité: The new French Filiation Law after the Ordonnance of 4 July 2005*, in *International Survey of Family Law*, 2006, p. 203.

<sup>580</sup> Si riporta il testo francese: “*Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux*”.

<sup>581</sup> FULCHIRON H., *Egalité, Vérité, Stabilité: The new French Filiation Law after the Ordonnance of 4 July 2005*, in *International Survey of Family Law*, 2006, p. 203.

Nell'ordinamento portoghese, la materia della filiazione viene riformata nell'ambito di una revisione complessiva della disciplina codicistica - in particolare del diritto di famiglia e delle successioni - votata ad adeguare l'ordinamento portoghese ai principi contenuti nella Costituzione del 1976<sup>582</sup>. L'art. 36 co. 4 della Costituzione - in combinato disposto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 13 – demanda, infatti, il rimodellamento dei rapporti tra genitori e figli, con l'abolizione delle discriminazioni previste nel diritto privato ed, in particolare, successorio a carico dei *filhos ilegítimos*<sup>583</sup>. Anche in questo caso, l'unicità dello statuto giuridico dei figli si ricava dalla regolamentazione unitaria ad essi riservata, senza che nel codice venga inserito un preambolo: il Titolo III, dedicato alla filiazione, inizia direttamente con le norme che determinano l'attribuzione degli *status* familiari ad essa connessi.

Nel diritto olandese, la materia della filiazione subisce un riassetto sistematico con la legge del 24 ottobre 1997, la quale riscrive la terminologia del codice in materia di filiazione e riforma l'adozione, semplificando le modalità di attribuzione della genitorialità e della responsabilità genitoriale per i figli nati fuori dal matrimonio<sup>584</sup>.

Va sottolineato che queste riforme, nonostante abbiano portato all'uguaglianza tra figli nati all'interno e fuori dal matrimonio non comportano, in sé e per sé, la necessaria assenza di differenziazione tra figli nel regime giuridico complessivo della filiazione<sup>585</sup>. In particolare, l'attribuzione del secondo ruolo genitoriale e della responsabilità genitoriale concretizza - storicamente a lungo - una possibile discriminazione.

Nell'attribuzione della genitorialità, generalmente si riscontra all'interno degli ordinamenti considerati una tripartizione di sistemi di regole, che fanno capo a tre diverse modalità con cui può venire ad originarsi un rapporto di filiazione ed acquisire rilevanza per il diritto. Si fa riferimento alla procreazione naturale, all'utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita e all'adozione.

---

<sup>582</sup> DE OLIVEIRA G., MARTINS R., *National Report: Parental Responsibilities – Portugal*, *Commission on European Family Law*, 2005, p. 4.

<sup>583</sup> MOURA VICENTE D., *The Scope and Structure of the Portuguese Civil Code*, in RIVERA J. C., *The Scope and Structure of Civil Codes*, Springer, 2013, p. 327.

<sup>584</sup> ANTOKOLSKAIA M., BOELE-WOELKI K., *Dutch Family Law in the 21st Century: Trend-setting and Straggling Behind at the Same Time*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2002.

<sup>585</sup> ANTOKOLSKAIA M., *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Intersentia, 2006, p. 449.



In via diffusa, poi, gli ordinamenti giuridici prevedono come modalità di accertamento della genitorialità una serie di presunzioni legali, il riconoscimento volontario e la possibilità di adire le Corti per ottenere una dichiarazione giudiziale.

Non si tratteranno, se non per rari profili di interesse, le azioni volte all'accertamento del ruolo genitoriale, né tantomeno quelle che siano volte ad eliminarlo.

La regola cardine, salvo le eccezioni che si vedranno nel prosieguo, attinenti a Portogallo e Inghilterra, è che la donna che dà alla luce il figlio ne sia anche giuridicamente la madre (la quale corrisponde al noto brocardo *“mater semper certa est”*)<sup>586</sup>.

Tradizionalmente, nella normativa codicistica, il secondo ruolo genitoriale, di sesso maschile, è attribuito all'interno del matrimonio da una presunzione relativa, che pone la paternità in capo al marito<sup>587</sup>.

Al di fuori del matrimonio, tutti gli ordinamenti considerati contengono regole che prevedono almeno due modalità di attribuzione della genitorialità nella procreazione naturale: il riconoscimento ed eventualmente la dichiarazione giudiziale.

Stabiliti questi principi che rappresentano trend di applicazione generale, risulterà di più immediata sistematizzazione considerare le altre regole e peculiarità con riferimento ai singoli ordinamenti.

---

<sup>586</sup> Nello specifico, tale regola viene introdotta nell'ordinamento francese dall'*ordonnance* del 4 luglio 2005 all'art. 311-25 del *Code Civil*, il quale ora prevede che la filiazione nei confronti della madre risulti dall'atto di nascita, generalizzando una presunzione di legge, mentre era prima richiesto, per i figli nati fuori dal matrimonio, il riconoscimento; FULCHIRON H., *Egalité, Vérité, Stabilité: The new French Filiation Law after the Ordonnance of 4 July 2005*, in *International Survey of Family Law*, 2006, p. 205. La regola che madre del figlio sia la donna che l'ha partorito risulta poi dal § 1591 BGB per quanto attiene all'ordinamento tedesco e dall'art. 312 del *Code Civil* belga. La regola che la partoriente sia madre per il diritto, inoltre, si riscontra in tutti i Paesi Scandinavi considerati; SVERDRUP T., *The changing concept of “family” and challenges for family law in the Nordic countries*, in (ed.) SCHERPE J. M., *European Family Law*. Volume II., Edward Elgar Publishing, 2016, p. 199. Leggermente diversa è invece la formulazione del codice civile olandese, il quale esplicitava all'art. 1:198, prima della riforma del 2014, che si vedrà nel prosieguo, che madre è tanto la donna che ha dato alla luce il figlio, quanto la donna che l'ha adottato. La norma è ora articolata in 5 sottosezioni (a-e), con una struttura simile a quella della presunzione di paternità, per le modifiche inserite in relazione alla possibile co-maternità. L'originale principio di attribuzione del primo ruolo genitoriale femminile alla partoriente è comunque rimasto alla lettera a) dell'art. 1:198 *Burgerlijk Wetboek*.

<sup>587</sup> Si riporta la normativa rilevante per i singoli ordinamenti: Olanda (art. 1:199 a-b *BW*); Germania (§ 1592 n. 1 BGB); Danimarca (Danish Children Act 2001, s. 1; Norvegia (Norwegian Children Act 1981, s. 3); Svezia (Swedish Parental Code 1949, ch. 1, s. 1); Finlandia (Finnish Paternity Act s. 2); Francia (art. 312 Code Civil); Belgio (art. 313 c.c.); Portogallo (art. 1796, co. 2 Codigo Civil).



Nei Paesi Bassi l'adozione è aperta alle persone singole e alle coppie, indipendentemente dal sesso e dal vincolo che le lega<sup>588</sup>. L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito sin dall'introduzione della legge sulla PMA nel 2003, tanto alle persone singole che alle coppie di sesso diverso o di donne<sup>589</sup>. L'assunzione del ruolo genitoriale è legata all'intenzionalità del progetto procreativo (eventualmente comune) e, dunque, alla presenza di un valido consenso alla procedura di riproduzione assistita.

Il sistema sull'attribuzione della genitorialità dell'ordinamento olandese prevede, a seguito di due interventi legislativi coordinati approvati nel 2013, ma in vigore dal 1 aprile dell'anno successivo, tanto una presunzione che investe del ruolo genitoriale la co-madre<sup>590</sup> quanto l'estensione delle presunzioni di legge previste per il matrimonio alle coppie che abbiano formalizzato il vincolo tramite convivenza registrata<sup>591</sup>. Sicché, innanzitutto, le presunzioni che consentono l'automatico riconoscimento della genitorialità, senza necessità di formale atto di riconoscimento o di adozione operano tanto per i coniugi quanto per i conviventi registrati.

Per quanto attiene alle coppie di donne, l'acquisto per legge della co-maternità è possibile solo ove la coppia abbia fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita nel territorio olandese<sup>592</sup> ed è subordinato al fatto che l'inseminazione sia intervenuta con donatore anonimo, essendo indispensabile la presentazione della dichiarazione di un ente amministrativo interno che accerti tale circostanza<sup>593</sup>. Ove i requisiti di legge non siano soddisfatti, è comunque possibile per la co-madre effettuare il riconoscimento del figlio – prima possibile solo per il padre – ai sensi dell'art. 1:198 c) del codice civile olandese. La legge del 2013 ha anche introdotto la dichiarazione giudiziale di co-maternità, proponibile dalla madre e dal figlio nei confronti della co-madre che avesse prestato il consenso alla procedura<sup>594</sup>. Si innesta a questo punto una peculiarità dell'ordinamento

---

<sup>588</sup> SWENNEN F., *The Changing concept of "family" and challenges for family law in the Benelux countries*, in (ed) SCHERPE J. M., *European Family Law*. Vol. II, Elgar Edward Publishing, 2016, p. 15.

<sup>589</sup> SWENNEN F., *The Changing concept of "family" and challenges for family law in the Benelux countries*, in (ed) SCHERPE J. M., *European Family Law*. Vol. II, Elgar Edward Publishing, 2016, p. 15.

<sup>590</sup> *Act on Lesbian Parentage* (Wet van 25 november 2013, Stb. 2013/480).

<sup>591</sup> *Act Removing a Number of Differences between Registered Partnership and Marriage* (Wet van 27 November 2013, Stb. 2013/486).

<sup>592</sup> La disposizione non si applica, infatti, se la coppia abbia portato a compimento il comune progetto di genitorialità all'estero; CURRY-SUMNER I., VONK M., *Dutch Co-Motherhood in 2014*, in *International Survey of Family Law*, 2014, p. 363.

<sup>593</sup> CURRY-SUMNER I., VONK M., *Dutch Co-Motherhood in 2014*, in *International Survey of Family Law*, 2014, p. 363.

<sup>594</sup> CURRY-SUMNER I., VONK M., *Dutch Co-Motherhood in 2014*, in *International Survey of Family Law*, 2014, p. 364.

olandese connessa ai soggetti che sono legittimati ad effettuare il riconoscimento, la quale fa sì che nell'ordinamento olandese i soggetti che possono assumere il ruolo di genitore del figlio siano in alcune circostanze potenzialmente tre, ma - stante il mantenimento del paradigma bi-genitoriale - sia consentito nella sostanza a soli due soggetti – pur indipendentemente dal loro sesso – di rivestire tale ruolo per il diritto. Tale evenienza può dunque dar luogo al conflitto tra due principi, quello del *favor veritatis* e quello dell'effettività sociale: un potenziale scontro tra filiazione biologica e filiazione sociale la cui risoluzione, in assenza di una preferenza espressa di legge<sup>595</sup>, è demandata alla valutazione del *best interest* del minore da parte delle Corti.

Tali considerazioni si ricavano dalla formulazione dell'art 1:204 del codice civile olandese, relativo ai soggetti legittimati ad adire la Corte onde ottenere la sentenza che tenga luogo del consenso negato al riconoscimento del figlio. Il riconoscimento del figlio richiede infatti il consenso della madre partoriente, la quale è dunque il soggetto che – in prima istanza – “decide” a chi verrà attribuito il secondo ruolo genitoriale. Al contrario di quanto avviene in molti altri Stati, il diritto olandese non pone una regola generale per cui al donatore del gamete sia impedito divenire genitore del figlio. Il diritto olandese, invece, riconosce due tipi di padre biologico in relazione al figlio<sup>596</sup>. Si parla di “*begetter*”<sup>597</sup> per indicare il padre genetico di un figlio, qualora la contribuzione al patrimonio genetico dello stesso sia avvenuta per il tramite di un rapporto sessuale con la madre. Nell'ipotesi contraria, del padre biologico si potrà parlare anche come “donatore”. I soggetti legittimati ad adire il giudice ricadono dunque in tre categorie: il partner della gestante – indipendentemente dal sesso e dall'esistenza o meno di un legame con la madre – il c.d. “*begetter*”, nonché il donatore noto, qualora quest'ultimo abbia un rapporto di vita familiare “effettivo” con il minore<sup>598</sup>. In altre parole, nel diritto olandese al genitore biologico è riconosciuto un diritto a veder potenzialmente rivestita di giuridicità la sua posizione, che si pone in contrasto con l'egualitario diritto del partner della partoriente.

---

<sup>595</sup> Si ritiene infatti che l'introduzione della nuova normativa del 2013 ponga il dubbio circa l'idea di una sostanziale equità di trattamento tra intenzionalità di assunzione del ruolo genitoriale e verità della filiazione nell'ordinamento olandese; CURRY-SUMNER I., VONK M., *Dutch Co-Motherhood in 2014*, in *International Survey of Family Law*, 2014, p. 366.

<sup>596</sup> VONK M., *Parent-child relationships in dutch family law: do social and legal reality coincide?*, in (ed.) SCHWENZER I., *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, 2007, p. 279.

<sup>597</sup> Si tratta di un termine inglese differenziale rispetto a padre, che tradotto rischia di perdere la sua specificità, non essendo possibile una resa diversa da “padre”, “genitore” o il figurato “ideatore”.

<sup>598</sup> CURRY-SUMNER I., VONK M., *Dutch Co-Motherhood in 2014*, in *International Survey of Family Law*, 2014, p. 364.

Come specificato dalla Suprema Corte olandese in un caso risalente al 2002, alle Corti è dunque demandato di utilizzare gli strumenti di diritto predisposti dal legislatore onde “creare” per il minore il “quadro bigenitoriale” maggiormente rispondente al benessere del minore, facendo prevalere la genitorialità biologica o quella sociale non in virtù degli interessi e aspettative degli adulti coinvolti, ma della realtà affettiva del minore<sup>599</sup>.

Si è visto, nel considerare la dimensione c.d. orizzontale del diritto di famiglia come l'ordinamento tedesco abbia solo di recente aperto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, consentendo alle coppie l'allora precluso accesso all'adozione congiunta. Non è invece intervenuto un riassetto delle norme attributive della genitorialità, non sussistendo nell'ordinamento tedesco per le coppie dello stesso sesso, una possibilità di accedere alla genitorialità diversa dall'adozione. Si specifica che, invero, l'attribuzione della genitorialità a due persone dello stesso sesso era consentita dalla legge da prima del *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts* del 20 luglio 2017. All'entrata in vigore, nel 2001, il *Lebenspartnerschaftsgesetz* non conteneva alcuna disposizione che si occupasse dell'adozione da parte del *Lebenspartner*. Nel 2004 la legislazione subisce una modifica pervasiva con il *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts*. Cambia il contenuto e il titolo del §9 *LPartG*, che diviene *Regelungen in Bezug auf Kinder eines Lebenspartners* (regole in relazione al figlio di uno dei partner) e si introducono una serie di disposizioni in materia di adozione. Il codice civile tedesco consente, infatti, a coloro che non siano sposati (*unverheiratete*) di adottare un figlio solo singolarmente (§1741 II *BGB*), mentre l'adozione congiunta è riservata ai coniugi. A seguito dell'entrata in una *Lebenspartnerschaft* ciascuno dei partner conserva la facoltà di adottare un minore singolarmente - sebbene sia venuta meno la sua libertà di stato - ma necessita del consenso del compagno per farlo (§9 VI *LPartG*). Se uno dei partner ha un figlio biologico, all'altro viene concessa la possibilità di adottarlo (§9 VII *LPartG*). Si apre dunque alla c.d. *Stiefkindadoption*, ma resta preclusa non solo l'adozione congiunta da parte dei *Lebenspartner*, ma anche la *Sukzessivadoption*, cioè l'adozione successiva del figlio

---

<sup>599</sup> In concreto le ipotesi di conflittualità tra genitorialità biologica e sociale che si possono verificare sono diverse, connesse tanto agli istituti dell'autorizzazione giudiziale al riconoscimento, quanto alla relatività della presunzione e alla possibilità di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. Per una trattazione esaustiva, dati i limiti contenutistici della ricerca, si rimanda a CURRY-SUMNER I., VONK M., *Dutch Co-Motherhood in 2014*, in *International Survey of Family Law*, 2014, p. 365 ss.

adottivo del partner<sup>600</sup>. Nove anni dopo, il 19 febbraio 2013, il Tribunale federale costituzionale tedesco rende una sentenza fondamentale, censurando la scelta effettuata dal legislatore e contribuendo alla ridefinizione del concetto di genitori e alla stessa interpretazione costituzionale del concetto di famiglia nell'ordinamento tedesco<sup>601</sup>.

La Corte, innanzitutto, esplicita per la prima volta il *Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung*, cioè il diritto del bambino a che lo Stato gli garantisca di crescere con dei genitori che si occupino di lui<sup>602</sup>. Si tratta di una ricostruzione che ricorda gli obblighi positivi imposti dal rispetto della vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU, che comporta per l'ordinamento nazionale un dovere di assicurare al minore di crescere sotto la custodia dei propri genitori e di tutelare il nucleo familiare che si è così formato<sup>603</sup>. In conformità a tale diritto del minore, vanno individuate le persone a cui è riconosciuto il diritto naturale alla genitorialità (*Elternrecht*) di cui all'art. 6, co. 1, GG. Due persone dello stesso sesso, dunque, qualora il loro rapporto con il figlio sia riconosciuto dalla legge, sono legalmente e “costituzionalmente” genitori<sup>604</sup>. L'affermazione può sembrare banale, ma risulta di fondamentale rilevanza ed è sostenuta da tre argomentazioni forti: in primo luogo, la lettera del dettato costituzionale è genitori (*Eltern*) e non *Mutter und Vater* (madre e padre);<sup>605</sup> in secondo luogo, l'attribuzione della genitorialità può prescindere dal dato fattuale della naturale possibilità di procreazione, circostanza testimoniata dall'intera disciplina dell'adozione<sup>606</sup>; infine, l'argomento storico non può irrigidire la Costituzione al punto di impedirne l'evoluzione aderente al mutamento sostrato sociale<sup>607</sup>. Se i genitori possono essere dello stesso sesso, la tutela costituzionale del loro *Elternrecht* non si spinge tuttavia a tutelare autonomamente coloro

---

<sup>600</sup> PALANDT O., *Bürgerliches Gesetzbuch, Nachtrag zu 64. Auflage*, Verlag C.H. Beck, München, 2005, p. 8.

<sup>601</sup> In questo senso, REIMER P., JESTAEDT M., *Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 13.02.2013*, in *Juristenzeitung*, 2013, p. 468 ss.

<sup>602</sup> Si tratta di un diritto che deriva dal combinato disposto degli artt. 2 e 6, co. 1, del *Grundgesetz* ed, in particolare, dal pieno e libero sviluppo della propria personalità, garantito dalla legge fondamentale. Il minore, per la sua naturale posizione di debolezza, necessita di assistenza ulteriore. A questo supplisce la disposizione contenuta all'art. 6, co. 1, GG, che prevede che questo ruolo sia svolto, in prima linea, dai genitori, che hanno il diritto e dovere di prendersi cura del figlio e crescerlo.

<sup>603</sup> Sulla rilevanza e le applicazioni di tale principio elaborato dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, v. BRITZ G., *Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Juristenzeitung*, 2014, p. 1069 ss.

<sup>604</sup> *Leitsatz* Nr. 2, BVerfG, 1 BvL 1/11 vom 19.02.2013.

<sup>605</sup> BVerfG, 1 BvL 1/11 vom 19.02.2013, §51.

<sup>606</sup> BVerfG, 1 BvL 1/11 vom 19.02.2013, §52-53.

<sup>607</sup> BVerfG, 1 BvL 1/11 vom 19.02.2013, §55-56.

che con il minore abbiano una relazione familiare esclusivamente di tipo sociale. La Corte mette inoltre nero su bianco l'avvenuto allargamento del concetto di famiglia. La coppia omosessuale che viva con il figlio biologico o adottivo di uno solo dei partner dà luogo a una formazione sociale che è famiglia ai sensi dell'art. 6 GG e che, in quanto tale, va tutelata<sup>608</sup>. Considerati tutti tali importanti *obiter dicta* contenuti nella sentenza, la dichiarazione di incostituzionalità è connessa al principio di uguaglianza, contenuto all'art. 3 GG<sup>609</sup>. Nel giugno del 2014, come si è anticipato, il legislatore tedesco ha provveduto a modificare il *Lebenspartnerschaftsgesetz* in conformità alla decisione della Corte costituzionale.

In Germania non esiste tuttora una regolamentazione sistematica dell'attribuzione della genitorialità per i casi di utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita. Le regole applicabili sono il risultato del combinato disposto di quanto consentito dell'*Embryonenschutzgesetz* (da ora in poi, *EmbG*) del 1991 – una legge il cui scopo principale è la tutela dell'embrione e la repressione penale delle condotte violative delle modalità in esso contenuto per lo svolgimento delle tecniche di procreazione medicalmente assistita - e di quanto previsto dalla comune disciplina codicistica sull'attribuzione di maternità e paternità.

L'accesso è consentito alle coppie sposate e alle coppie di fatto eterosessuali, sicché non è ancora dato sapere se l'eterosessualità rimarrà presupposto anche a seguito dell'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso<sup>610</sup>.

---

<sup>608</sup> *Leitsatz* Nr. 3, *BVerfG*, 1 BvL 1/11 vom 19.02.2013.

<sup>609</sup> La violazione del principio di uguaglianza è riscontrata sotto quattro profili. Con riferimento alla posizione del figlio, la legislazione discrimina infatti il figlio adottivo di un *Lebenspartner* rispetto a quello di un coniuge e il figlio adottivo rispetto a quello biologico all'interno della stessa coppia che abbia contratto l'unione solidale registrata. Con riferimento alla figura genitoriale, il *Lebenspartner* è discriminato nella sua facoltà di adozione tanto in relazione a un coniuge che si trovi nella sua stessa posizione quanto in relazione ad un altro *Lebenspartner*, nel caso in cui il figlio del partner sia biologico e non adottivo. Il divieto di adozione successiva non può essere infatti argomentato a partire dal benessere del minore (*Kindeswohl*) che, per inverso, parla proprio a favore di un'apertura legislativa. Non solo, infatti, il diniego dell'adozione successiva influirebbe sul diritto fondamentale del minore "alla genitorialità" e la vita familiare del nucleo considerato (che, come si è visto, è costituzionalmente rilevante) verrebbe ingiustificatamente complicata, ma si rischierebbe anche di dare al bambino l'idea errata che le sue relazioni familiari abbiano minor valore di quelle delle altre *Stiefkindfamilien*. A ciò va aggiunto che la concessione dell'adozione resta sempre legata a un riscontro giudiziale dell'interesse del minore in concreto e dunque, sotto nessun aspetto, si può ritenere che l'adozione successiva da parte del partner del genitore dello stesso sesso sia contraria al benessere del minore; REIMER P., JESTAEDT M., *Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 13.02.2013*, in *Juristenzeitung*, 2013, p. 469.

<sup>610</sup> TRAPPE H., *Assisted Reproductive Technologies in Germany: A Review of the Current Situation*, in KREYENFELD M., KONYETZKA D., *Childlessness in Europe; Contexts, Causes and Consequences*, Demographic Research Monographs, 2017, p. 272. Il principio di *imitatio naturae* era rimasto

La legislazione tedesca consente la fecondazione eterologa esclusivamente con donazione di gamete maschile, ma vieta la donazione di ovociti o embrioni e, in generale, l'utilizzo di qualsiasi metodo che possa determinare una duplicazione della maternità<sup>611</sup>. Si ritiene, inoltre, che l'anonimato del donatore si configuri come contrario all'ordine pubblico<sup>612</sup>, in ragione del diritto del minore a conoscere l'identità del proprio genitore biologico (*Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung*)<sup>613</sup>, proclamato come fondamentale dalla Corte Costituzionale<sup>614</sup>.

Come si è anticipato, non sono dettate norme speciali per l'attribuzione della maternità (*semper certa*) e della paternità. Se la madre è coniugata si applicherà la presunzione di paternità di cui al §1592 Nr. 1, sia che si tratti di fecondazione omologa che eterologa. In questo secondo caso, la discrepanza tra verità biologica e filiazione legale non consente comunque al marito e alla moglie che abbiano dato il loro consenso alla PMA di agire per il disconoscimento della paternità<sup>615</sup>. Qualora la coppia che ricorra alla fecondazione

---

intatto anche dopo l'introduzione della *Lebenspartnerschaft* per le coppie dello stesso sesso. Peraltro, l'accesso a questa procedura, anche per le coppie conviventi non sposate, risulta particolarmente difficile da un punto di vista economico. Il codice di previdenza sociale tedesco (*Sozialgesetzbuch*) al Libro V, §27a I Nr. 3, prevede infatti che i costi della procedura siano coperti dal sistema sanitario (*Krankenkasse*) esclusivamente per le coppie unite in matrimonio; DETHLOFF N., *Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Ein rechtsvergleichender Überblick*, in FUNCKE D., THORN P., *Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern*, Transcript, Bielefeld, 2010, p. 161.

<sup>611</sup> Cfr. §1 I Nr. 1, 2, 6, 7 *EschG*; TRAPPE H., *Assisted Reproductive Technologies in Germany: A Review of the Current Situation*, in KREYENFELD M., KONYETZKA D., *Childlessness in Europe; Contexts, Causes and Consequences*, Demographic Research Monographs, 2017, p. 271.

<sup>612</sup> FROMMEL M., TAUPITZ J., OCHSNER A., GEISTHÖVEL F., *Rechtslage der Reproduktionsmedizin in Deutschland*, in *Journal für Reproduktionsmedizin*, 2010, p. 101.

<sup>613</sup> Cfr. WEYRAUCH V., *Zulässigkeit und abstammungsrechtliche Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung in deutschen und US-amerikanischen Recht*, TENEA, Berlin, 2003, p. 201 ss., dove peraltro si evidenzia come i profili di bilanciamento di questo diritto con la legislazione in tema di PMA siano ancora più problematici con riferimento ad una eventuale apertura alla donazione di ovociti o embrioni. Il diritto tedesco non conosce infatti uno strumento che consenta al figlio di contestare la maternità, con l'obiettivo di vedersi riconosciuta la filiazione nei confronti della madre biologica.

<sup>614</sup> Secondo la giurisprudenza, il diritto del figlio nato con le tecniche di fecondazione eterologa a conoscere le proprie origini biologiche è preminente rispetto a quello del donatore a restare anonimo e ordinato ai medici di fornire le informazioni a loro disposizione. Così si era pronunciata la Corte d'Appello di Hamm nel 2013 (*OLG Hamm*, 06.02.2013 in *NJW*, 2013, p. 1167). Nel gennaio del 2015, il *Bundesgerichtshof*, chiamato a pronunciarsi sulla questione, ha stabilito che il figlio nato da fecondazione eterologa ha diritto di ottenere le informazioni sull'identità del donatore anonimo, senza tra l'altro che esista nemmeno una soglia d'età minima perché il minore possa agire, potendo i genitori agire in sua rappresentanza (purché l'ottenimento dei dati sia fatto allo scopo di informare il figlio); così *BGH*, 28.01.2015.

<sup>615</sup> Ex §1600 V *BGB*. La preclusione opera anche con riferimento al padre biologico, che è inibito all'azione dalla circostanza che la legge riconosce la legittimazione attiva



omologa non sia sposata, per l'attribuzione della paternità varranno le regole di cui al §1591 Nr. 2-3 e dunque essa sarà stabilita mediante riconoscimento, spontaneamente effettuato dal compagno della donna non sposata, o dichiarazione giudiziale.

In Portogallo l'estensione tanto della filiazione adottiva quanto dell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie dello stesso sesso avviene con due successivi atti legislativi del 2016. Nonostante il riconoscimento del matrimonio *same-sex* nel 2010 – come si è anticipato – la legge n. 9/2010 aveva espressamente escluso le coppie dello stesso sesso dall'adozione. Negli anni successivi in Parlamento erano stati votati ben tre diversi progetti di leggi volti ad estendere l'adozione alle coppie dello stesso sesso, tutti respinti, compreso il progetto sulla c.d. *stepchild adoption*<sup>616</sup>.

Nel giro di pochi mesi le distinzioni tra coppie di diverso e dello stesso sesso per quanto attiene alla filiazione spariscono.

La *lei n. 2/2016* del 29 febbraio 2016 – titolata all'eliminazione delle discriminazioni all'accesso all'adozione e ad “ogni relazione familiare<sup>617</sup>” estende l'adozione e l'affidamento familiare alle coppie dello stesso sesso, ma non interviene, nonostante la declamazione del titolo, sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita<sup>618</sup>.

La legge n. 32/2006 in materia di PMA, infatti, risultava votata al principio di sussidiarietà, per il quale l'accesso alle tecniche di riproduzione medicalmente assistita era consentita esclusivamente alle coppie di diverso sesso affette da infertilità e la stessa fecondazione eterologa era consentita solo qualora vi fosse l'impossibilità di generare un figlio con i gameti della coppia interessata<sup>619</sup>.

La *lei n. 17/2016* ha invece eroso il principio di sussidiarietà: ai sensi dell'art. 4, n. 3 della nuova legge, l'accesso alle tecniche è consentito “alla donna”, indipendentemente da una diagnosi di infertilità. Sicché è quest'ultima a divenire “protagonista indiscussa” della

---

esclusivamente al padre biologico che provi di aver convissuto con la madre al tempo del concepimento.

<sup>616</sup> Si veda la pagina del parlamento su quest'ultimo, il Projeto de Lei 278/XII del 2012 (<http://www.parlamento.pt/atividadeparlamentar/paginas/detalheiniciativa.aspx?bid=37202>, ultimo accesso: 3.9.2018).

<sup>617</sup> Si veda l'obiettivo della legge nel testo della stessa nella Gazzetta elettronica (Diario da República Eletrónico): <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/73740375/details/normal?q=lei+2+2016> (ultimo accesso: 3.9.2018).

<sup>618</sup> TEXEIRA PEDRO R., *The Dawn of a Brave New World in Portugal? A critical Overview of the new legal framework applicable to Medically-Assisted Procreation*, in *International Survey of Family Law*, 2017, p. 273.

<sup>619</sup> TEXEIRA PEDRO R., *The Dawn of a Brave New World in Portugal? A critical Overview of the new legal framework applicable to Medically-Assisted Procreation*, in *International Survey of Family Law*, 2017, p. 273.



filiazione c.d. “artificiale”, indipendentemente dal suo *status* civile e dal suo orientamento sessuale<sup>620</sup>. Con tale innovazione, dunque, nell’ordinamento portoghese viene introdotto il principio per cui per diventare genitori è sufficiente “il desiderio di esserlo” ed il valido consenso alle tecniche utilizzate<sup>621</sup>.

Peculiarità dell’ordinamento francese è storicamente l’aver affiancato al riconoscimento come modalità di attribuzione della paternità dei figli nati fuori dal matrimonio il c.d. possesso di stato (*possession d’état*). L’art. 311-1 Code Civil, così come riformato nel 2005, lo rende un criterio di attribuzione generale tanto della maternità quanto della paternità, indipendentemente dalle circostanze della nascita. L’espressione assume un significato diverso da quello che riveste nell’ordinamento italiano - dove funge da prova della filiazione - in quanto rappresenta un dato fattuale- che va ovviamente provato - la cui esistenza è ritenuta come in grado di stabilire in sé il rapporto di filiazione<sup>622</sup>. La nozione ricorre come si è visto in altri ordinamenti di *civil law* di derivazione francese, senza comunque assumere la stessa valenza. Nell’ordinamento belga, ad esempio, la *possession d’état* - contenuta nella sezione dedicata alle azioni relative alla filiazione nell’art. 331-*nonies code civil* - rappresenta una causa di irricevibilità delle azioni volte a rimuovere lo stato di figlio non proposte da quest’ultimo<sup>623</sup>.

Si tenga inoltre a mente che tanto nel sistema francese, quanto in quello belga esistono due forme di adozione, l’*adoption simple* (adozione semplice) e l’*adoption plénière* (adozione piena). La differenza tra le due forme adottive non è data dai requisiti di accesso<sup>624</sup>, ma

---

<sup>620</sup> Così, l’ art. 6, n. 1 della lei n. 17/2016, in Diario da República Elettronico: <http://data.dre.pt/eli/lei/17/2016/06/20/p/dre/pt/html> (ultimo accesso: 3.9.2018).

<sup>621</sup> Un desiderio che rimane “menomato” esclusivamente per le coppie di uomini, considerata anche la natura della neo-introdotta surrogazione di maternità nell’ordinamento portoghese; cfr. *infra*, para 3.8.

<sup>622</sup> Esso è definito come una “combinazione sufficiente di fatti in grado di indicare l’esistenza del legame genitoriale tra il figlio e chi si pretende esserne genitore” e tra tali fatti rilevano ad esempio che il figlio sia stato trattato come tale dai genitori, che essi abbiano provveduto alla sua educazione ed al suo mantenimento, nonché al considerazione sociale come figlio; FULCHIRON H., *Egalité, Vérité, Stabilité: The new French Filiation Law after the Ordonnance of 4 July 2005*, in *International Survey of Family Law*, 2006, p. 209.

<sup>623</sup> Il principio è stato enunciato da una serie di arresti della *Cour Constitutionnelle* belga. Si veda: con riguardo all’azione di disconoscimento di paternità l’ *Arrêt n° 147/2013 du 7 novembre 2013* (dal sito della Corte: <http://www.const-court.be/public/f/2013/2013-147f.pdf>, ultimo accesso: 3.9.2018); con riguardo all’irricevibilità dell’impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità l’*Arrêt n° 35/2015 du 12 mars 2015* (<http://www.const-court.be/public/f/2015/2015-035f.pdf>, ultimo accesso: 3.9.2018).

<sup>624</sup> L’adozione piena tuttavia coincide necessariamente con l’adozione di una persona minore di anni 15, mentre quella semplice è possibile anche nei confronti di un soggetto adulto; MONEGER F., *France: Biological and Social Parentage*, in (ed.) BOELE-WOELKI, DETHLOFF N., GEPHART W., *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, 2014, p. 179.

dagli effetti e tutte le forme adottive - ad es. quella congiunta o la c.d. *stepchild adoption* - sono “disponibili” negli ordinamenti considerati in entrambe le forme. L’effetto principale dell’adozione semplice, infatti, tanto nel sistema francese, quanto in quello belga è quello di mantenere in vita i legami del minore con la famiglia biologica, sicché a seguito dell’adozione semplice si crea una doppia filiazione: quella (nuova) adottiva da un lato, e la (conservata) filiazione biologica dall’altro. Il minore è dunque legalmente inserito in due famiglie<sup>625</sup>. Se da un lato, dunque, il minore acquista una posizione giuridica che comporta l’instaurazione di diritti e doveri nei confronti di due diverse famiglie, si tratta di diritti “depotenziati” alternativamente nei confronti della famiglia di origine o di quella adottiva. Si potrebbe dire che, in ambo i “versi” del suo legame di filiazione – cioè sia nella propagazione degli effetti verso la famiglia d’origine che nei confronti di quella adottiva - il suo *status* di figlio non si esplica nella sua “pienezza”, sicché alcuni degli effetti comunemente legati al riconoscimento del vincolo giuridico di parentela risultano affievoliti. Nell’ordinamento francese ed in quello belga, ad esempio, l’adottato eredita sia dalla famiglia d’origine che dalla famiglia adottiva<sup>626</sup>, ma la sua posizione nei confronti dei parenti dei genitori adottivi non corrisponde a quella del figlio biologico o adottivo pieno, sicché non è erede legittimo degli ascendenti<sup>627</sup>. Allo stesso tempo, si rinviene una deroga agli obblighi alimentari, che sono dovuti nei rapporti reciproci tra adottante ed adottato, ma si affievoliscono nei confronti della famiglia d’origine<sup>628</sup>. In ogni caso, si è di fronte ad adozioni che non sono caratterizzate dalla stabilità degli effetti, essendo, al contrario di quelle piene, revocabili<sup>629</sup>.

Nell’ordinamento francese, l’adozione è consentita o alle coppie sposate o alle persone singole<sup>630</sup>. L’adozione congiunta è possibile esclusivamente per i coniugi, i quali devono

---

<sup>625</sup> Si veda per il Belgio, SWENNEN F., *The Changing concept of “family” and challenges for family law in the Benelux countries*, in (ed) SCHERPE J. M., *European Family Law*. Vol. II, Elgar Edward Publishing, 2016, p. 15; per la Francia FRANCOZ TERMINAL L., *The Changing concept of “family” and challenges for family law in France*, in (ed) SCHERPE J. M., *European Family Law*. Vol. II, Elgar Edward Publishing, 2016, p. 56.

<sup>626</sup> Art. 364 Code Civil.

<sup>627</sup> Art. 368 Code Civil.

<sup>628</sup> Art. 367 Code Civil.

<sup>629</sup> Si veda per il Belgio, SWENNEN F., *The Changing concept of “family” and challenges for family law in the Benelux countries*, in (ed) SCHERPE J. M., *European Family Law*. Vol. II, Elgar Edward Publishing, 2016, p. 15; per la Francia, FRANCOZ TERMINAL L., *The Changing concept of “family” and challenges for family law in France*, in (ed) SCHERPE J. M., *European Family Law*. Vol. II, Elgar Edward Publishing, 2016, p. 56.

<sup>630</sup> Si sottolinea che la questione dell’orientamento sessuale dell’adottante singolo aveva fatto ampiamente discutere le Corti francesi. Ciò fino all’intervenuta pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *E.B. c. Francia* del 22 gennaio 2013, nella quale la Corte di Strasburgo

essere sposati da almeno due anni, avere entrambi più di 28 anni e tra i quali non deve essere intervenuta separazione giudiziale<sup>631</sup>. La c.d. *stepchild adoption* è riconosciuta solo nella forma dell'adozione del figlio di uno dei due coniugi da parte dell'altro<sup>632</sup>. Dal 2013, dunque, anche le coppie dello stesso sesso accedono all'adozione. Restano invece escluse le coppie non sposate<sup>633</sup>, non avendo alcun rilievo nemmeno l'eventuale conclusione di un *pacs* tra le stesse<sup>634</sup>.

Per quanto attiene alle tecniche di riproduzione assistita, regolate da una serie di atti successivi intervenuti tra il 1994 ed il 2011, in Francia esse sono concesse esclusivamente per superare un'infertilità di tipo patologico e non "strutturale"<sup>635</sup>, sicché mirano a specchiare la riproduzione "naturale" e per tale motivo risultano disponibili esclusivamente alle coppie di sesso diverso, sposate, *pacs* o conviventi, in cui la donna non sia in menopausa<sup>636</sup>. La regolamentazione dell'attribuzione della genitorialità è quella

---

dichiara la non conformità all'art. 8 CEDU della legislazione francese nella parte in cui discriminerebbe l'accesso all'adozione di una persona singola in virtù del suo orientamento sessuale; MONEGER F., *France: Biological and Social Parentage*, in (ed.) BOELE-WOELKI, DETHLOFF N., GEPHART W., *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, 2014, p. 180.

<sup>631</sup> Art. 343 *Code Civil*.

<sup>632</sup> L'art. 345-1 del *Code Civil* relativo all'adozione del figlio del coniuge è stato modificato dalla legge del 17 maggio 2013, che ha introdotto nell'ordinamento francese il matrimonio *same-sex*. A seguito dell'innovazione, l'articolo si applica anche qualora il "primo" legame di filiazione sia nato a seguito di adozione da parte di una persona singola. La c.d. *stepchild adoption* non è in ogni caso concessa se vi sia un secondo legame di filiazione già accertato dal diritto, salvo che il secondo genitore sia defunto o decaduto dalla responsabilità genitoriale; MONEGER F., *France: Biological and Social Parentage*, in (ed.) BOELE-WOELKI, DETHLOFF N., GEPHART W., *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, 2014, p. 180.

<sup>633</sup> L'illegittimità della restrizione è esclusa da giurisprudenza consolidata, risalente alla posizione presa dalla Corte di Cassazione nel 2007 e da allora immutata, la quale esclude fermamente che la stessa risponda all'interesse del minore; FRANCOZ TERMINAL L., *The Changing concept of "family" and challenges for family law in France*, in (ed) SCHERPE J. M., *European Family Law*. Vol. II, Elgar Edward Publishing, 2016, p. 57.

<sup>634</sup> FRANCOZ TERMINAL L., *Registered Partnerships in France*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 176.

<sup>635</sup> Tale sarebbe quella delle persone dello stesso sesso o della donna single; FRANCOZ TERMINAL L., *The Changing concept of "family" and challenges for family law in France*, in (ed) SCHERPE J. M., *European Family Law*. Vol. II, Elgar Edward Publishing, 2016, p. 52.

<sup>636</sup> Nel dicembre del 2017 il Primo ministro francese ha chiesto al Consiglio di Stato di effettuare uno studio che conducesse a formulare delle proposte di riforma della legge francese sulla bioetica. Lo studio «*Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain?*» (Revisione della legge sulla bioetica: quali opzioni per il domani?) è stato adottato dall'assemblea generale plenaria del Consiglio di Stato il 28 giugno 2018 e trasmesso al Primo Ministro il 6 luglio 2018. In esso il Consiglio di Stato consiglia al governo di adottare una legge che consenta l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita anche alle donne singole ed alle coppie di donne nonché di creare un regime di regole di attribuzione della genitorialità specifico (un "mode d'établissement de la filiation spécifique"); CONSEIL D'ÉTAT, Dossier de Presse – Mercredi 11 juillet 2018, «*Dignité, liberté, solidarité*» : *le Conseil d'État livre sa lecture du modèle bioéthique français*

prevista dalla disciplina codicistica per la filiazione biologica. All'art. 311-19 del *Code Civil* si esclude espressamente che in caso di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo il donatore possa assumere il ruolo di genitore legale del figlio.

L'ordinamento belga, che si è visto presentare alcuni tratti comuni con l'ordinamento francese in relazione all'istituto dell'adozione, se ne distingue comunque molto per quanto attiene all'attribuzione della genitorialità. Innanzitutto, la domanda di adozione – sia essa piena o semplice – può essere presentata da una persona singola o da una coppia, indipendentemente dall'orientamento sessuale<sup>637</sup> e dalla presenza o meno di un vincolo formale di coppia per il diritto<sup>638</sup>. La legge sulla riproduzione assistita belga viene adottata nel luglio del 2007<sup>639</sup> ed è da subito improntata al pluralismo familiare, consentendo l'accesso alle donne maggiorenni<sup>640</sup>, indipendentemente dal loro *status*. Possono dunque accedere donne singole e coppie sposate, conviventi registrate o di fatto, indipendentemente dall'identità o differenza di sesso. La legge non contiene un regime giuridico specifico per l'attribuzione della genitorialità<sup>641</sup>, sicché si applica la disciplina codicistica<sup>642</sup>.

Infine, anche l'ordinamento belga ha introdotto legislativamente un proprio regime normativo di co-maternità<sup>643</sup>, in vigore dal 1 gennaio 2015<sup>644</sup>. Il nuovo Capitolo II/1 del

---

*Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain?*, p. 5 in <http://www.conseil-etat.fr/content/download/138942/1406921/version/3/file/DP-Bioethique-2018.pdf> (ultimo accesso: 3.9.2018).

<sup>637</sup> Ciò diviene possibile dopo un intervento legislativo del 2006 (*Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe*).

<sup>638</sup> Art. 343 *code civil* belga. La possibilità di adottare congiuntamente per le coppie non sposate è introdotta nel 2003. Persiste una distinzione per le coppie di conviventi di fatto, ai quali la legge richiede il requisito della stabile convivenza da almeno tre anni per avanzare la domanda di adozione, requisito che è invece stato eliminato nel 2004 per le coppie che abbiano reso la dichiarazione di *cobabitation légale*. Il requisito si applica anche ai fini della c.d. *stepchild adoption*, ugualmente ammessa per qualsiasi “tipo” di partner del genitore del figlio biologico o adottivo; WILLEMS G., *Registered Partnerships in Belgium*, (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 400.

<sup>639</sup> *Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes*.

<sup>640</sup> Art.4, l. n. 32 del 6.7.2007. La legge n. 2 del 18.12.2016 ha inoltre abrogato la previsione che escludeva le donne che avessero raggiunto il quarantaseiesimo anno di età.

<sup>641</sup> L'art. 2, lett. i) della legge n. 32/2007 specifica tuttavia che il donatore del gamete non può acquisire il ruolo genitoriale nei confronti del nato da procreazione medicalmente assistita.

<sup>642</sup> WILLEMS G., *Registered Partnerships in Belgium*, (ed.) SCHERPE J., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 400.

<sup>643</sup> Il termine utilizzato in originale è in realtà “*coparentalité*”: il nuovo Capitolo II/1 del codice civile belga è infatti intitolato *De l'établissement de la filiation à l'égard de la coparente*.

<sup>644</sup> Un primo atto legislativo approvato il 5 maggio 2014 è stato emendato lo stesso anno con legge del 18 dicembre; HORSTEN D., SWENNEN F., VERSCHULDEN G., *Novelties in Belgian*

Libro I del codice civile belga, inserito dopo le regole sulla paternità, include la presunzione di co-maternità, l'estensione alla co-madre delle norme sul riconoscimento e la possibilità di dichiarazione giudiziale della stessa, calcando in maniera il più possibile simile le norme sulla paternità, onde evitare questioni di costituzionalità<sup>645</sup>. Stante – come si è ampiamente discusso – la diversa natura della convivenza registrata in Belgio rispetto all'istituto di convivenza registrata previsto dall'ordinamento olandese, la presunzione di co-maternità belga è prevista esclusivamente a favore della coniuge<sup>646</sup>. Anche i presupposti di applicazione sono ben diversi da quelli che si sono visti per l'Olanda, essendo essa basata esclusivamente sull'esistenza del matrimonio tra le due donne – con regole analoghe alla paternità – e venendo la mancanza dell'intenzione di assumere congiuntamente la genitorialità in rilievo solo per la contestazione<sup>647</sup>.

Da ultimo, si segnala che con legge del 22 marzo 2017 il Parlamento belga ha introdotto la possibilità di riconoscimento pre-natale del figlio, riformando l'art. 328 del codice civile. Ovviamente possibile tanto per il padre che per la co-madre, esso richiede la presentazione all'ufficiale di stato civile di un certificato medico attestante la gravidanza della donna madre ed il consenso della stessa al riconoscimento<sup>648</sup>.

Alcune considerazioni finali sull'attribuzione della genitorialità nei Paesi Scandinavi. In particolare, Svezia e Danimarca avevano gradualmente garantito, per via legislativa, alle coppie dello stesso sesso l'equiparazione a quelle di sesso diverso anche con riguardo al profilo c.d. verticale del diritto di famiglia, consentendo l'accesso alla filiazione prima dell'introduzione del matrimonio *same-sex*<sup>649</sup>.

---

*Family Law: Co-Motherhood, Double Surnames and the New Family Courts*, in *International Survey of Family Law*, 2016, p. 42.

<sup>645</sup> HORSTEN D., SWENNEN F., VERSCHELDEN G., *Novelties in Belgian Family Law: Co-Motherhood, Double Surnames and the New Family Courts*, in *International Survey of Family Law*, 2016, p. 42.

<sup>646</sup> Art. 352/2 *Code Civil* belga.

<sup>647</sup> Intenzione che non è basata esclusivamente sul prestato consenso alle tecniche di PMA; HORSTEN D., SWENNEN F., VERSCHELDEN G., *Novelties in Belgian Family Law: Co-Motherhood, Double Surnames and the New Family Courts*, in *International Survey of Family Law*, 2016, p. 43.

<sup>648</sup> PINTENS W., *Entwicklungen im belgischen Personen-, Familien- und Erbrecht 2016-17*, in *FamRz*, 2017, p. 1451.

<sup>649</sup> In Svezia l'adozione congiunta e la c.d. stepchild adoption vengono consentite nel 2003; in Danimarca la c.d. stepchild adoption era riconosciuta già dal 1999, mentre l'adozione congiunta diviene possibile nel 2010. Lo stesso vale per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, che avviene nel 2005 in Svezia e nel 2006 in Danimarca; FRIØRIKSDÓTTIR H., *The Nordic Model: Same-Sex Families in Love and Law*, in GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014, p. 165.



In Norvegia e Finlandia, invece l'apertura all'adozione avviene in corrispondenza dell'introduzione del matrimonio. In particolare, in Finlandia la legislazione sull'adozione è stata riformata nel 2012: l'*Adoption Act 2012* ha lasciato invariata la previsione per cui possono adottare persone singole o coppie, ma l'adozione congiunta è consentita esclusivamente per le coppie sposate<sup>650</sup>. Sicché è con l'entrata in vigore del *Marriage Amendment Act* nel marzo del 2017 che l'adozione congiunta diviene possibile per le coppie dello stesso sesso<sup>651</sup>. Analoghe considerazioni valgono per l'ordinamento norvegese a partire dall'introduzione del matrimonio *same-sex* nel 2009, anno in cui diviene anche possibile accedere alla procreazione medicalmente alle coppie – anche di fatto – dello stesso sesso<sup>652</sup>. La riforma dell'adozione in Norvegia nel 2014<sup>653</sup> ha consentito anche alle coppie di conviventi di fatto, indipendentemente dall'orientamento sessuale, di adottare congiuntamente.

Un'ultima riflessione in riferimento alle tecniche di procreazione medicalmente assistita va effettuata con riguardo alla possibilità della donna di determinarsi nell'avere un figlio in assenza di un *partner* di vita. In tale senso, la legislazione dei Paesi Scandinavi sembra rispondere ad un trend “individualista<sup>654</sup>” della genitorialità. La legislazione danese consente infatti sin dal 2006 l'accesso alla PMA a tutte le donne, indipendentemente dal loro *status* civile e dal loro orientamento sessuale<sup>655</sup>; in Svezia l'inseminazione artificiale

---

<sup>650</sup> *Adoption Act 2012*, s. 9. La c.d. *stepchild adoption* è invece consentita espressamente se l'adottante è coniuge del genitore biologico o adottivo del figlio, ma anche ai sensi della s. 6(2) dell'*Adoption Act 2012* qualora tra l'adottante e l'adottato si sia creata una relazione equiparabile a quella tra genitore e figlio.

<sup>651</sup> Si veda il *Press Release* del Ministero della Giustizia finlandese sull'entrata in vigore del matrimonio *same-sex*: [https://oikeusministerio.fi/en/article/-/asset\\_publisher/avioliittolain-muutoksen-myota-myos-muita-lainmuutoksia](https://oikeusministerio.fi/en/article/-/asset_publisher/avioliittolain-muutoksen-myota-myos-muita-lainmuutoksia) (ultimo accesso: 5.9.2018).

<sup>652</sup> EEG T., *Registered Partnership in Norway*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 64. L'apertura de

<sup>653</sup> Per il dato letterale della legge, restano tecnicamente esclusi i conviventi registrati che non abbiano effettuato la conversione dell'unione in matrimonio; EEG T., *Registered Partnership in Norway*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 64.

<sup>654</sup> SVERDRUP T., *The Changing Concept of “family” and challenges for family law in the Nordic Countries*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 201.

<sup>655</sup> MOHR S., KOCH L., *Transforming social contracts: the social and cultural history of IVF in Denmark*, in *Reproductive Biomedicine and Society Online*, 2016, p. 92.

diviene possibile per le donne single con adozione di apposita legge a partire dall'aprile 2016<sup>656</sup>. L'accesso alle tecniche per le donne single è consentito anche in Finlandia<sup>657</sup>.

Per quanto attiene all'attribuzione della genitorialità, a rilevare è l'intenzionalità dell'assunzione del ruolo così come manifestata con il consenso alla tecnica. Esso è sufficiente per il coniuge (uomo o donna), mentre è comunque richiesto il riconoscimento per il convivente o la convivente di fatto<sup>658</sup>.

### **3.7 Le responsabilità di cura del minore: la responsabilità genitoriale e gli istituti equivalenti**

Il delineato quadro delle regole attributive della genitorialità ha consentito di individuare i soggetti a cui si estende il rapporto genitore-figlio ed evidenziare le modalità degli ampliamenti verificatisi, avvenuti tutti su base di progressivi interventi legislativi.

Restano da svolgere alcune considerazioni conclusive che attengono non più alla "titolarità" dello *status* di genitore, ma al ruolo genitoriale ed all'esercizio dei poteri ad esso connesso.

Si è più volte parlato dell'abolizione della nozione di illegittimità della filiazione come uno dei punti focali dell'evoluzione del diritto di famiglia occidentale, andando ad esaminare come le circostanze della nascita – da intendersi in queste specifica sede di indagine come distinzione tra filiazione all'interno e fuori dal matrimonio - abbiano smesso di avere rilevanza sullo *status* dei figli. Si è tuttavia allora anche anticipato come non necessariamente le stesse circostanze – e dunque l'esistenza o meno di un matrimonio tra i genitori – non abbiano necessariamente smesso di assumere spessore con riferimento stavolta non alla posizione dei figli, ma a quella dei genitori. In altre parole, lo statuto giuridico unitario dei figli non comporta negli ordinamenti occidentali una parallela condizione giuridica unica dei genitori, con riguardo all'attribuzione dei diritti e doveri connessi alla cura del minore.

---

<sup>656</sup> Si veda il report ufficiale del Parlamento svedese sul testo di legge: (<https://data.riksdagen.se/fil/2AE1B1D4-EC9C-4F92-AE93-FC624D719E78>, ultimo accesso: 4.9.2018)

<sup>657</sup> SSVERDRUP T., *The Changing Concept of "family" and challenges for family law in the Nordic Countries*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 201.

<sup>658</sup> SVERDRUP T., *The Changing Concept of "family" and challenges for family law in the Nordic Countries*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 201.



Si intende dunque fornire una panoramica - pur concisa - di come ad un unico *status* di figlio possa - e, nei fatti, tale evenienza si verifichi con una certa frequenza - non coincidere all'interno di un ordinamento anche l'individuazione di un unico *status* di genitore, in relazione alla piena esplicazione dei poteri, diritti e doveri ad esso connessi. Si fa riferimento alla dimensione di equità e parità tra i genitori legali e ciò anche - ed anzi, soprattutto - nella fase fisiologica e non patologica<sup>659</sup> del rapporto di coppia tra gli adulti: in concreto, si analizzano le norme che regolamentano l'attribuzione e l'esercizio della responsabilità genitoriale.

Data la complessità e la vastità dell'argomento<sup>660</sup> - la quale esula dalle possibilità di una trattazione esaustiva con riferimento ad ogni singolo ordinamento - ci si limiterà a svolgere alcune considerazioni generali e a considerare alcuni ordinamenti a titolo esemplificativo.

La nozione di responsabilità genitoriale, i contenuti e la sua estensione - nonché la stessa terminologia utilizzata - variano in maniera considerevole a seconda dell'ordinamento a cui si faccia riferimento.

Prima di svolgere le considerazioni che seguono, dunque, si riporterà il tentativo definitorio svolto dalla *Commission on European Family Law* nei propri principi in materia di *parental responsibilities*. Essa, infatti, indica le responsabilità genitoriali come “*l'insieme di diritti e doveri volti a promuovere e salvaguardare il benessere del minore. Negli stessi si ricomprendono, in particolare: la cura, la protezione e l'educazione; il mantenimento di relazioni personali; la determinazione della residenza; l'amministrazione della proprietà e la rappresentanza legale*”<sup>661</sup>.

Nell'indagare tanto l'estensione quanto le modalità attributive di tali responsabilità, va innanzitutto preso in considerazione se esse vengano riconosciute al genitore come “blocco unitario”, nella loro interezza, o se alcuni doveri possano risultare in concreto slegati dall'esercizio di relativi diritti.

---

<sup>659</sup> La quale esula invece dalla trattazione, che non analizzerà, lo si specifica sin d'ora, le norme in materia di affidamento dei minori all'esito della disgregazione del nucleo familiare.

<sup>660</sup> Onde restituire un'idea della complessità della tematica delle regole sull'attribuzione e l'esercizio della responsabilità genitoriale negli ordinamenti occidentali si segnala che l'ordinamento olandese contiene un sistema di regole a dir poco “machiavellico”, con più di un centinaio di norme su ipotetiche situazioni di esercizio dei poteri, diritti e doveri connessi alla cura del minore, contenuti al Titolo 14 del Libro I del codice civile; SWENNEN F., *The Changing Concept of “family” and challenges for family law in the Benelux countries*, in (ed.) SCHERPE J. M., *European Family Law*. Vol. II, Elgar Edward Publishing, 2016, p. 16.

<sup>661</sup> Commission on European Family Law, Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, Principle 3:1, in <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf> (ultimo accesso: 3.9.2018).

Si fa riferimento in particolare al dovere di mantenimento del minore, il quale nella gran parte degli ordinamenti origina dal mero fatto dell'instaurazione del rapporto giuridico di filiazione. Esso, dunque, non solo non viene ricompreso nella nozione di responsabilità genitoriale, ma risulta a carico del genitore legale indipendentemente dalla circostanza che gli competa o meno anche l'esercizio dei diritti relativi al suo *status* familiare.

Si tratta di una mentalità normativa diffusa, fortemente radicata – come si vedrà nel prosieguo - negli ordinamenti di *common law*<sup>662</sup>, ma presente anche nei Paesi Scandinavi<sup>663</sup>, fatta eccezione per la recente evoluzione legislativa che ha interessato la Norvegia e che si tratterà più ampiamente nel prosieguo.

La seconda riflessione attiene non ai contenuti della responsabilità, ma alle modalità di attribuzione della stessa ai genitori, ed in particolare al fatto che assuma rilievo – prevedendosi regole attributive differenziate – la circostanza che i genitori siano tra loro legati da coniugio o che il figlio nasca al di fuori del matrimonio. All'interno di questo secondo gruppo ordinamentale si può riscontrare anche un'ulteriore distinzione in due ipotesi, a seconda che la coppia non sposata abbia una relazione affettiva stabile di convivenza o non sia legata da una *affectio coniugalis* al momento della nascita del minore. Significativa nell'esplicare la differenza tra le tre possibili opzioni è la recente evoluzione del diritto di famiglia norvegese.

Originariamente, infatti, ai sensi del *The Children Act 1981*, a entrambi i genitori del minore era riconosciuta la responsabilità genitoriale, da esercitarsi in maniera congiunta, solo se gli stessi fossero o fossero stati sposati tra loro<sup>664</sup>. Nel 2008 era intervenuta una prima modifica dell'assetto normativo norvegese, che aveva reso elemento discriminante non più la presenza del matrimonio, ma la circostanza che la relazione tra adulti si esplicasse anche nella convivenza anagrafica. La legge aveva infatti reso possibile il riconoscimento automatico della responsabilità genitoriale in capo ad entrambi i genitori se la coppia risultasse convivente – ai sensi delle dichiarazioni anagrafiche rese all'ufficiale di stato civile - al momento della nascita del figlio. In caso contrario, la regola generale rimaneva l'attribuzione della responsabilità genitoriale esclusivamente alla madre, salvo la

---

<sup>662</sup> Cfr., Capitolo 4.

<sup>663</sup> SVERDRUP T., *The changing concept of "family" and challenges for family law in the Nordic countries*, in (ed.) SCHERPE J. M., *European Family Law. Volume II*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 201.

<sup>664</sup> EEG T., *Recent Development in Law of Persons, Family and Inheritance in Norway*, in *FamRz*, 2017, p. 1467.

possibilità di intervenuti accordi tra i genitori o di provvedimento giurisdizionale<sup>665</sup>. Il 31 marzo 2017 viene adottato un atto legislativo il cui titolo (*Equal Status Parenthood Act*) evoca l'obiettivo a cui mira la legislazione: mettere i genitori tutti nella stessa posizione di fronte alla legge con riguardo alla responsabilità genitoriale, anche qualora non abbiano mai avuto una relazione di convivenza. La regola generale diviene dunque l'attribuzione della responsabilità genitoriale in capo ad entrambi i genitori. Resta tuttavia possibile per i genitori che non abbiano mai convissuto notificare all'ufficiale di stato civile, entro un anno dalla nascita, la volontà che la responsabilità genitoriale resti in capo alla sola madre<sup>666</sup>.

Nell'ordinamento tedesco, la custodia genitoriale (*elterliche Sorge*<sup>667</sup>) coincide con il diritto e dovere di prendersi cura della persona del minore (*Personensorge*), nonché dei suoi beni patrimoniali (*Vermögenssorge*)<sup>668</sup>. Il mantenimento del figlio (*Unterhalt*) non rientra tra i contenuti della custodia genitoriale e ne prescinde, risultando regolato dal legislatore tedesco nell'ambito del più ampio obbligo agli alimenti<sup>669</sup>.

Che entrambi i genitori sposati siano titolari delle responsabilità di cura del minore è regola che si ricava *a contrario* da altre due disposizioni del codice civile tedesco. Da un

---

<sup>665</sup> EEG T., *Recent Development in Law of Persons, Family and Inheritance in Norway*, in *FamRz*, 2017, p. 1467.

<sup>666</sup> EEG T., *Recent Development in Law of Persons, Family and Inheritance in Norway*, in *FamRz*, 2017, p. 1467.

<sup>667</sup> Il termine ha sostituito la precedente nozione di *elterliche Gewalt* (potestà genitoriale), contemplata dal testo originale del *BGB* fin dal 1896, nel 1979, con il *Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge (SorgeRG)* del 18.07.1979. La nomenclatura responsabilità genitoriale (*elterliche Verantwortung*) è utilizzata dalla dottrina, anche a seguito del vasto utilizzo del termine *parental responsibility* nei regolamenti europei e negli strumenti internazionali, ma non si ritrova nella legislazione nazionale; DETHLOFF N., MARTINY D., *National Report: Parental Responsibilities – Germany*, p. 6 in [ceflonline.net](http://ceflonline.net).

<sup>668</sup> Così il §1626a I *BGB*. All'esercizio della custodia genitoriale sono legate la rappresentanza legale e l'amministrazione dei beni del minore (§1629 *BGB*), la determinazione del luogo di residenza del figlio (*Aufenthaltsbestimmungsrecht*) ed in generale le decisioni che riguardano la cura (*Pflege*), la sorveglianza (*Beaufsichtigung*) e l'educazione (*Erziehung*) del minore (*ex.* §1631 I *BGB*).

<sup>669</sup> L'obbligo dei genitori di fornire tutti i mezzi necessari al mantenimento del figlio persiste fino al ventunesimo anno di età (e a patto che il figlio non si sposi), fintanto che il figlio viva con i genitori (o con solo uno di essi) e stia seguendo un percorso di formazione scolastica. Qualora il figlio viva con uno solo dei genitori, il dovere a suo carico si considera soddisfatto dal suo prendersi cura del minore (somministrazione in natura), mentre l'altro genitore è obbligato a fornire un assegno di mantenimento. L'entità dello stesso è stabilita espressamente dalla legge, ed è calcolata sulla base di un parametro normativo aggiornato annualmente. Si tratta delle famose *Düsseldorfer Tabelle* che stabiliscono, tenuto conto dei parametri dettati dal §1612a *BGB* (che contengono un obbligo percentuale decrescente con l'avanzare dell'età del figlio), l'ammontare dell'assegno di mantenimento in proporzione allo stipendio del genitore obbligato. PALANDT O., *Bürgerliches Gesetzbuch, Nachtrag zur 67. Auflage*, C. H. Beck, München, 2008, p. 1 ss.

lato, la regolamentazione che il *BGB* esplicitamente detta, al §1626a, in tema di custodia genitoriale per il caso di genitori non sposati tra loro (*nicht miteinander verheirateter Eltern*), dall'altro la circostanza che essa venga esercitata da entrambi i genitori "naturali" nel caso in cui, successivamente alla nascita, essi si sposino tra di loro<sup>670</sup>.

Nel caso il figlio nasca fuori dal matrimonio, infatti, la regola generale è che l'*elterliche Sorge* spetti innanzitutto esclusivamente (ed automaticamente) alla madre<sup>671</sup>. L'intera disciplina ha subito una modifica incisiva nel 2013, a seguito di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo e della successiva dichiarazione di incostituzionalità da parte della Corte Costituzionale Federale tedesca. Tuttavia, la regola cardine prevista dal §1626a III *BGB* non è stata messa in discussione, in quanto ritenuta idonea a rispondere alla varietà di circostanze in cui il figlio può nascere, non tutte configurabili quali ipotesi in cui la responsabilità in capo ad entrambi i genitori risulta opportuna. Un'assunzione congiunta della custodia genitoriale è ora possibile, oltre che per successivo matrimonio, quando i genitori dichiarino di voler assumere congiuntamente la cura del minore (*Sorgeerklärungen*<sup>672</sup>).

Ai sensi dell'originario §1672 I *BGB*, per l'esercizio congiunto della custodia genitoriale era necessario il consenso (*Zustimmung*) della madre. La madre esercitava dunque una sorta di "diritto di veto", senza che al padre fosse riconosciuto alcuno strumento giuridico per ottenere la *gemeinsame Sorge*<sup>673</sup>. La posizione giuridica del padre del figlio nato fuori dal matrimonio giunge innanzi del *Bundesverfassungsgericht* per la prima volta nel 2003<sup>674</sup>. La Corte non riscontra una violazione: dalla protezione costituzionale della famiglia non discenderebbe infatti che a "tutte le madri e tutti i padri debbano essere garantiti gli stessi diritti nel rapporto con il figlio", ma che il figlio abbia almeno un genitore che si occupi di lui. Nel 2009<sup>675</sup>, i giudici di Strasburgo, riscontrano nel diniego al padre del figlio nato al di fuori del matrimonio della possibilità di vedersi attribuita la responsabilità genitoriale senza il consenso della madre - e nella preclusione di agire in giudizio per l'attribuzione della stessa - una violazione degli artt. 8 e 14 CEDU. L'anno successivo<sup>676</sup>, il

---

<sup>670</sup> SCHERPE J. M., *Nichteheliche Kinder, elterliche Sorge und die Europäische Menschenrechtskonvention*, in *RabelsZ*, 2009, p. 941.

<sup>671</sup> §1626a III *BGB*.

<sup>672</sup> §1626a I Nr.1 *BGB*.

<sup>673</sup> Il padre naturale è dunque "obnmächtig", senza potere; così: HUBER P., in AA.VV., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII*, C. H. Beck, München, 2002, §1626a, Rz. 40-42.

<sup>674</sup> *BVerfG*, 29.01.2003, in *NJW*, 2003, p. 955.

<sup>675</sup> Corte eur. dir. uomo, *Zaunegger v. Germania*, 3 dicembre 2009.

<sup>676</sup> *BVerfG*, 21.07.2010, in *FamRz*, 2010, p. 1403.

*Bundesverfassungsgericht* dichiara l'incostituzionalità dei §1626a I Nr. 1 e §1672 I *BGB* ai sensi dell'art. 6 *GG*, nella parte in cui concretizzano un *Vetorecht* della madre e non consentono al padre di agire in giudizio per provare che l'attribuzione ad entrambi della *Sorge* risponde all'interesse del minore nel caso concreto<sup>677</sup>.

La norma di cui al §1626a *BGB* viene modificata nel 2013<sup>678</sup>, consentendo al padre di ottenere la custodia genitoriale anche contro la volontà della madre. La posizione del padre non sposato è poi rafforzata dalla previsione che, qualora l'altro genitore non presenti alcuna ragionevole motivazione contro l'attribuzione della responsabilità, si presume che l'esercizio congiunto della stessa sia nell'interesse del minore<sup>679</sup>.

Un'ipotesi "mista" è quella adottata dall'ordinamento francese.

L'*autorité parentale* è definita dall'art. 371-1 del Code Civil quale insieme dei diritti e doveri attribuiti nell'interesse del minore<sup>680</sup>.

Essa spetta in via di principio ad entrambi i genitori, i quali la esercitano di regola congiuntamente<sup>681</sup>. La condizione dei genitori non coniugati non è tuttavia perfettamente assimilabile a quella dei genitori sposati. Subito dopo aver enunciato la regola generale, infatti, la normativa francese prevede due importanti eccezioni<sup>682</sup>. Della responsabilità genitoriale non è infatti investito automaticamente il padre del figlio nato fuori dal matrimonio, se egli non abbia riconosciuto il figlio entro un anno dalla nascita. Inoltre, la responsabilità genitoriale resta in mano alla sola madre anche qualora la filiazione nei confronti del padre sia accertata in via giudiziale. L'acquisizione successiva della responsabilità da parte del secondo genitore legale è comunque possibile tanto in virtù di un intervenuto accordo tra i genitori, quanto a seguito di una decisione del giudice<sup>683</sup>.

Anche nell'ordinamento portoghese - nonostante la Costituzione all'art. 36, n. 5 espliciti il diritto e dovere dei genitori di educare e mantenere i figli e l'art. 1882 del *Código Civil*

---

<sup>677</sup> SCHUMANN E., *Das nichteheliche Kindschaftsrecht – Perspektiven und Visionen*, in AA.VV., *Reformbedarf in nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnis*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2012, p. 3.

<sup>678</sup> *Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern*, in *BGBI. I* 2013, p. 795.

<sup>679</sup> §1626a II *BGB*.

<sup>680</sup> La nozione è introdotta dalla legge 2002-305 del 4 marzo 2002, la quale sceglie di non adottare il termine responsabilità genitoriale, insistendo sulla natura di "autorità" che risponde al ruolo educativo dei genitori nei confronti del minore; FERRAND F., *National Report: France – Parental Responsibilities*, *Commission on European Family Law*, 2005, p. 3.

<sup>681</sup> Art. 372-1, co.1 Code Civil.

<sup>682</sup> Entrambe contenute all'art. 372-1, co.2 Code Civil.

<sup>683</sup> Art. 372-1, co.3 Code Civil.

configuri le responsabilità genitoriali (*responsabilidades parentais*<sup>684</sup>) come irrinunciabili - l'attribuzione delle responsabilità genitoriali non segue regole unitarie per i genitori sposati e non sposati. Le responsabilità sono attribuite ad entrambi i genitori ed esercitate congiuntamente se sono sposati tra loro<sup>685</sup>. Lo stesso vale se la filiazione è accertata nei confronti di due genitori che, pur non essendo sposati convivano in una relazione caratterizzata dall'*affectio coniugalis*<sup>686</sup>. Diversamente, se la genitorialità è accertata nei confronti di entrambi i genitori, ma essi non convivevano alla nascita né hanno mai convissuto la responsabilità genitoriale è attribuita al solo genitore affidatario del minore. Resta salva la possibilità per i genitori di dichiarare all'ufficiale di Stato la volontà di esercitare la responsabilità congiuntamente<sup>687</sup>.

Infine, in alcuni ordinamenti è possibile che la responsabilità genitoriale – in parte o nella sua totalità – sia esercitata da soggetti che non siano anche genitori.

Rientrano in questo gruppo l'ordinamento francese e l'ordinamento olandese.

In Francia il trasferimento della responsabilità genitoriale – parziale o totale - a un soggetto terzo prende il nome di *délégation* ed è prevista dall'art. 377 del Code Civil. La delegazione è possibile esclusivamente con apposito ordine del giudice, su domanda di uno o di entrambi i genitori. La richiesta di *délégation* non comporta un necessario divestimento della responsabilità genitoriale in capo al delegante, potendo chiedersi al giudice che il delegante eserciti la responsabilità genitoriale congiuntamente al delegato<sup>688</sup>. Nell'ordinamento olandese, la responsabilità genitoriale può, con apposito provvedimento giudiziale, essere attribuita a soggetti che non siano anche genitori del minore – ad esempio un c.d. *step-parent*. Tuttavia ciò è possibile solo qualora il minore abbia un solo genitore o il secondo genitore non sia investito della responsabilità

---

<sup>684</sup> Il codice portoghese elenca ampiamente il contenuto delle responsabilità genitoriali. Esso contiene disposizioni puntuali sia con riguardo ai profili di questa che attengono persona del figlio (artt. 1885-1887-A) che con riguardo alle responsabilità connesse al patrimonio ed all'amministrazione dei beni (artt. 1888-1900). Si segnala che tra le prime è ricompresa anche una norma che prevede espressamente le scelte di educazione religiosa (art. 1886).

<sup>685</sup> Art. 1901 Codice Civil.

<sup>686</sup> Art. 1911 *Código Civil*.

<sup>687</sup> Mentre è esclusa l'attribuzione giudiziale; DE OLIVEIRA G., MARTINS R., *National Report: Portugal – Parental Responsibilities*, 2005, p. 13.

<sup>688</sup> Lo strumento è dunque di uso comune nelle c.d. *step-families*; FRANCOZ TERMINAL L., *The Changing concept of "family" and challenges for family law in France*, in (ed) SCHERPE J. M., *European Family Law. Vol. II*, Elgar Edward Publishing, 2016, p. 58.



genitoriale<sup>689</sup>, in quanto resta saldo il principio per cui solo un numero massimo di due soggetti può detenere le responsabilità di cura sul minore<sup>690</sup>.

### 3.8. La gestazione per altri e la circolazione degli *status* familiari formatisi all'estero

Un ultimo aspetto che si ritiene meriti alcune considerazioni generali è il trattamento di *status* familiari acquisiti legittimamente all'estero, nel momento in cui un ordinamento sia chiamato a riconoscerne la validità all'interno del proprio territorio.

La circostanza rileva naturalmente tanto per lo *status* degli adulti derivante dalla formalizzazione di un rapporto di coppia, come è per l'appunto quello di coniuge, quanto in riferimento allo *status filiationis*.

Gli ordinamenti europei considerati in queste pagine presentano tutti una nozione di coniuge che non comporta distinzioni sulla base dell'orientamento sessuale. A titolo esemplificativo del riconoscimento di "famiglie" che si formino con una modalità non riconosciute o addirittura nell'ordinamento, si fa riferimento all'istituto della surrogazione di maternità<sup>691</sup>.

Innanzitutto, una precisazione: lo *status filiationis* costituitosi a seguito di un contratto di surrogazione di maternità può richiedere il riconoscimento di due atti di diversa natura, amministrativa e giurisdizionale. La filiazione può risultare infatti accertata da un atto di nascita estero (così, ad esempio, sarebbe per un atto di nascita dell'Ontario), oppure da degli appositi provvedimenti giudiziali (è il caso, ad esempio, dei *parental order* inglese).

---

<sup>689</sup> Nell'ordinamento olandese l'attribuzione della responsabilità genitoriale in capo ad entrambi i genitori si ha sia nel caso in cui essi siano sposati che in quello in cui siano in una convivenza registrata. Qualora i genitori abbiano una relazione non formalizzata o non abbiano una relazione affettiva, tuttavia, il secondo genitore acquista la responsabilità genitoriale solo con il consenso della madre e apposito accordo dichiarato di fronte all'ufficiale di stato civile o per il tramite di un provvedimento giurisdizionale; SWENNEN F., *The Changing concept of "family" and challenges for family law in the Benelux countries*, in (ed) SCHERPE J. M., *European Family Law. Vol. II*, Elgar Edward Publishing, 2016, p. 17.

<sup>690</sup> ANTOKOLSKAIA M., *Parenting in step-parent families: legal status versus de facto roles*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2015, p. 273.

<sup>691</sup> In uno studio del 2015 si evidenzia che il 50% dei 25.000 bambini nati da maternità surrogata in India, dove la tecnica è consentita dalla legge, è nato per volontà di coppie di committenti occidentali; SÖDERSTRÖM-ANTTILA V. et al., *Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families – a systematic review*, in *Human Reproduction Update*, Vol. 22, 2016, p. 262.

Se nelle scelte legislative interne circa l'adozione di un atteggiamento "autorizzativo" o "proibitivo" nei confronti della gestazione per altri svolge un ruolo preponderante principalmente la dignità e l'autodeterminazione della donna, nella riflessione circa l'opportunità del riconoscimento di *status* familiari già creatisi all'estero a seguito della c.d. *cross-border surrogacy* si gioca tutto sul bilanciamento tra due principi: il c.d. *best interest of the child* e la nozione di ordine pubblico.

Nell'indagine comparatistica effettuata, si possono isolare tre diversi tipi di atteggiamento degli ordinamenti giuridici europei nei confronti della gestazione per altri.

Il riscontro di una normativa che espressamente si occupi del contratto di surrogazione di maternità e dell'attribuzione della genitorialità in conseguenza della nascita del figlio è allo stato attuale in Europa estremamente raro.

L'ordinamento inglese - per il quale si faranno più ampie considerazioni nel prosieguo<sup>692</sup> - regola la gestazione per altri, sebbene esclusivamente su base altruistica e dunque con il divieto espresso di surrogazione commerciale<sup>693</sup>.

Da ultimo, una legge sulla gestazione per altri di matrice altruistica è invece intervenuta in Portogallo, ma presenta caratteri molto stringenti.

La possibilità di concludere contratti di surrogazione di maternità validi per il diritto interno è stata introdotta con la legge n. 25/2016 del 22 agosto del 2016, la cui applicazione è stata subordinata all'adozione, il 31 luglio dell'anno successivo del *Decreto Regulamentar n. 6/2017*.

L'accesso alla tecnica di surrogazione di maternità è possibile - oltre che esclusivamente a mezzo di un negozio a titolo gratuito - di fronte all'esistenza di condizioni mediche talmente gravi (quali, ad esempio l'asportazione dell'utero), da precludere alla madre committente in maniera assoluta e definitiva la gravidanza<sup>694</sup>.

Il contratto - da redigersi per iscritto e che deve conformarsi a contenuti<sup>695</sup> e divieti stabiliti dalla legge - può essere concluso solo una volta che sia intervenuta

---

<sup>692</sup> Cfr. *infra*, para 4.1.

<sup>693</sup> FRANCOZ TERMINAL L., *The Changing concept of "family" and challenges for family law in France*, in (ed) SCHERPE J. M., *European Family Law*. Vol. II, Elgar Edward Publishing, 2016, p. 57.

<sup>694</sup> La legge specifica che il negozio è ammesso in ipotesi eccezionali, esemplificate dalla stessa (art. 8, co. 2, Lei n.° 25/2016).

<sup>695</sup> Deve, ad esempio, necessariamente contenere delle clausole inerenti alle procedure da osservarsi qualora il feto presenti malformazioni o malattie, nonché prescrizioni attinenti alla possibile interruzione di gravidanza in conformità alla legislazione in materia. Tra i divieti espressi ve ne è uno che attiene alla posizione delle parti contrattuali, le quali non possono essere tra loro legate da un rapporto di lavoro; TEXEIRA PEDRO R., *The Dawn of a Brave New World in Portugal?*

l'autorizzazione da parte di un organo governativo, il Consiglio Nazionale per la Procreazione Medicalmente Assistita<sup>696</sup>. Inoltre, in caso di surrogazione di maternità, la tecnica di procreazione medicalmente assistita può essere solo parzialmente eterologa, sicché il gamete di almeno uno dei beneficiari deve essere utilizzato ed è fatto anche espresso divieto a che la surrogata sia anche la donatrice dell'ovocita<sup>697</sup>. Per quanto attiene all'attribuzione della genitorialità alla nascita del bambino egli sarà considerato figlio dei beneficiari del contratto<sup>698</sup>.

Almeno due sono tuttavia i punti nodali irrisolti della disciplina. Il primo attiene all'assenza di disposizioni che tengano in considerazione l'ipotesi del mancato adempimento spontaneo dell'accordo<sup>699</sup>. La seconda attiene all'ipotesi di invalidità dell'accordo, in particolare per quanto attiene all'attribuzione della genitorialità sul minore. Non risulta infatti chiaro se debbano applicarsi comunque i principi dettati dal legislatore per le tecniche di procreazione medicalmente assistita - dovendosi dunque guardare all'intenzione - o se tornino a vigere le regole della filiazione biologica, contenute nella disciplina codicistica<sup>700</sup>.

Come denota parte della dottrina, è poi curioso vedere come il “grande assente<sup>701</sup>” della legislazione portoghese in materia di surrogazione di maternità sia l'interesse superiore del minore, una situazione che denoterebbe come il legislatore guardi alla surrogazione esclusivamente sotto il profilo della contrattualità tra adulti e non tanto della possibile conflittualità tra pretese genitoriali.

---

*A critical Overview of the new legal framework applicable to Medically-Assisted Procreation*, in *International Survey of Family Law*, 2017, p. 278.

<sup>696</sup> Nell'autunno del 2017 si è verificato il primo caso di autorizzazione, che riguarda una donna che sostituirà la figlia, alla quale è stato asportato l'utero a causa di un'endometriosi. Dando disposto alle direttive della legge 25/2016, infatti, il decreto attuativo 6/2017 stabilisce che tra il bambino nato e la gestante surrogante debbano essere ridotti al minimo i contatti, salvo il caso in cui la gestante sia una familiare; DAMELE G., *Primo caso di GPA in Portogallo dopo l'approvazione della legge*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 6 ottobre 2017.

<sup>697</sup> Art. 8, co. 3, Lei n.° 25/2016.

<sup>698</sup> Art. 14, co. 7, Lei n.° 25/2016.

<sup>699</sup> TEXEIRA PEDRO R., *The Dawn of a Brave New World in Portugal? A critical Overview of the new legal framework applicable to Medically-Assisted Procreation*, in *International Survey of Family Law*, 2017, p. 278.

<sup>700</sup> TEXEIRA PEDRO R., *The Dawn of a Brave New World in Portugal? A critical Overview of the new legal framework applicable to Medically-Assisted Procreation*, in *International Survey of Family Law*, 2017, p. 278.

<sup>701</sup> RAPOSO V. L., *The new Portuguese law on surrogacy – The Story of how a promising law does not really regulate surrogacy arrangements*, in *Assisted Reproduction*, 2017, p. 237.

La neo-introdotta riforma portoghese della procreazione medicalmente assistita viene portata innanzi alla Corte costituzionale portoghese, la quale si pronuncia il 24 aprile 2018 (*Acórdão n. 225/2018*). Tra le tre questioni sollevate, la prima attiene alla legittimità dell'introduzione dell'istituto della gestazione per altri. La Corte afferma la conformità nel complesso della pratica della gestazione per altri, così come introdotta dal legislatore portoghese, cioè come metodo di procreazione sussidiario ed eccezionale. Subordinata a condizioni molto specifiche, al consenso prestato per spirito solidaristico ed al controllo di un ente amministrativo, non si può ritenere che essa si ponga in violazione della dignità della gestante o del bambino<sup>702</sup>. Allo stesso tempo, la Corte interviene dichiarando l'illegittimità costituzionale di alcune delle previsioni contenute nella legge, in particolare con riguardo alle sfere che intaccano la volontà e l'autonomia della gestante. Innanzitutto, vengono ritenute indeterminate le disposizioni sul contenuto del contratto, per quanto attiene alle possibili restrizioni delle libertà di comportamento della gestante<sup>703</sup>. Il Tribunale censura inoltre l'assenza del diritto al ripensamento, nella sua connessione con il diritto all'interruzione di gravidanza, e la conseguente assenza di disposizioni sulla revoca del consenso dopo l'inizio della procedura<sup>704</sup>. In virtù dell'attenzione all'autodeterminazione della donna viene meno anche l'automatica attribuzione al nato dello *status* di figlio dei genitori intenzionali. L'attenzione all'interesse del minore comporta la censura anche dell'assenza di disposizioni attinenti alla dichiarazione di nullità del contratto, che comporterebbe l'incertezza giuridica dello *status* del nato<sup>705</sup>. L'analisi della restrittiva legislazione portoghese evidenzia come la regolamentazione dell'istituto non ponga comunque un punto sul c.d. turismo procreativo<sup>706</sup> – la normativa,

---

<sup>702</sup> Il Tribunale ritiene infatti che la dignità della donna si conformi alla sua capacità di autodeterminarsi, dando svolgimento alla propria personalità anche attraverso il contributo solidaristico attivo in un altrui progetto procreativo; SCHILLACI A., *Il Tribunale Costituzionale portoghese si pronuncia sulla gestazione per altri*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 25 aprile 2018.

<sup>703</sup> GUERRERO PICO' C., *Corte Costituzionale, Servizio Studi Area di Diritto Comparato, Il Tribunale costituzionale si pronuncia sulla "gestazione per altri"*, 26.4.2018, p. 3 in <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/pubblicazioni/dac/2/5.pdf> (ultimo accesso: 16.8.2018).

<sup>704</sup> SCHILLACI A., *Il Tribunale Costituzionale portoghese si pronuncia sulla gestazione per altri*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 25 aprile 2018.

<sup>705</sup> GUERRERO PICO' C., *Corte Costituzionale, Servizio Studi Area di Diritto Comparato, Il Tribunale costituzionale si pronuncia sulla "gestazione per altri"*, 26.4.2018, p. 3 in <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/pubblicazioni/dac/2/5.pdf> (ultimo accesso: 16.8.2018).

<sup>706</sup> Peralto la legge non pone alcun requisito di connessione con il territorio portoghese (né la cittadinanza, né tantomeno la residenza) per le parti che intendano concludere un accordo di gestazione per altri, sicché l'accesso non parrebbe precluso a coppie di stranieri che presentino i

lo si evidenzia, non contiene alcuna norma o innovazione di diritto internazionale privato - ragione per cui, anche in relazione a tale ordinamento, valgono le considerazioni sulla circolazione di *status* familiari esteri, che sorgano in seguito al ricorso a maternità surrogata da parte di soggetti che non hanno i requisiti per accedere alle tecniche consentite dall'ordinamento nazionale.

Un secondo tipo di attitudine nei confronti della surrogazione è quello della non regolamentazione della stessa. Alcuni ordinamenti semplicemente non prevedono una disciplina della surrogazione di maternità, adottando un approccio a cui non si può direttamente ricondurre una presa di posizione permissiva, ma nemmeno sanzionatoria (è il caso del Belgio). Altri, pur non regolamentando la pratica, contengono disposizioni penalistiche da cui si ricava che essa è sanzionata se conclusa non a titolo gratuito (così, ad esempio, l'ordinamento olandese).

La legislazione belga non contiene disposizioni sulla surrogazione di maternità, sicché si ritiene che essa non la autorizzi, ma nemmeno la proibisca, quanto piuttosto la tolleri<sup>707</sup>. Il Ministero degli Affari Esteri belga è comunque piuttosto chiaro nello sconsigliare ai cittadini il ricorso a maternità surrogata all'estero, evidenziando che non vi è alcuna certezza circa il riconoscimento dei legami genitoriali formatisi all'estero<sup>708</sup>.

La giurisprudenza belga<sup>709</sup>, confrontatasi con il tema con frequenza nel corso degli ultimi dieci anni, ha dapprima assunto un orientamento consolidato, che sebbene non comportasse il riconoscimento automatico degli atti presentava una posizione comunque di favore nei confronti della coppia che avesse fatto ricorso all'estero a gestazione per altri, in presenza di un legame genetico tra il minore ed il padre. L'evoluzione più recente sembra invece orientata verso il riconoscimento – come tale - dell'atto di nascita straniero.

---

requisiti previsti dalla normativa; RAPOSO V. L., *The new Portuguese law on surrogacy – The Story of how a promising law does not really regulate surrogacy arrangements*, in *Assisted Reproduction*, 2017, p. 237.

<sup>707</sup> WILLEMS G., *Registered Partnerships in Belgium*, (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 401.

<sup>708</sup> Così nella pagina del Ministero dedicata alle norme di diritto internazionale privato in tema di riconoscimento della genitorialità: [https://diplomatie.belgium.be/en/services/services\\_abroad/registry/acknowledgement\\_of\\_parentage](https://diplomatie.belgium.be/en/services/services_abroad/registry/acknowledgement_of_parentage) (ultimo accesso: 4.9.2018).

<sup>709</sup> Una breve panoramica delle norme di diritto internazionale privato coinvolte. La giurisdizione delle Corti del Belgio in tema di status filiationis è ampia, poiché sussiste sulla base criteri alternativi che comprendono la nazionalità di chi si pretende genitore e la legge applicabile segue la nazionalità del genitore alla nascita del bambino. Tanto il riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali quanto di atti pubblici (tra cui gli atti di stato civile) stranieri, infine, sono sottoposti all'eccezione di ordine pubblico; WELLS-GRECO M., *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements*, Eleven International Publishing, 2016, p. 118.

In un primo set di decisioni<sup>710</sup>, infatti, - tutte, lo si sottolinea, riguardanti coppie di sesso diverso o medesimo in cui il bambino era geneticamente legato al padre - la giurisprudenza ha ritenuto che l'atto di nascita straniero non potesse essere riconosciuto come tale, in quanto l'attribuzione dello stato di madre a una donna che non sia la partoriente o l'assenza del nominativo della stessa sarebbe contrario all'ordine pubblico poiché violativo del brocardo cardine ordinamentale per cui *mater semper certa est*<sup>711</sup>. Tuttavia, l'atto poteva avere comunque la valenza di atto pubblico da cui risulta validamente il legame di paternità, essendo soddisfatti i requisiti previsti per il riconoscimento volontario dalla normativa codistica belga. Sicché, il legame con il genitore biologico veniva riconosciuto ed il minore acquisiva la cittadinanza belga. Per l'eventuale secondo genitore diveniva dunque possibile vedere accertato il legame genitoriale per il tramite dell'adozione, accolta sulla base dell'interesse superiore del minore a vedersi riconoscere il legame familiare sociale<sup>712</sup>.

Più di recente, la Corte di Bruxelles ha ritenuto di procedere al riconoscimento di due provvedimenti giurisdizionali californiani attributivi della paternità e del relativo atto di nascita indicante i due padri di nazionalità belga. La Corte ha infatti ritenuto di respingere l'eccezione di ordine pubblico, sollevata in virtù del principio c.d. *mater semper certa est*, in ragione di una combinazione di circostanze. Da un lato, il fatto che l'assenza di una regolamentazione di diritto interno non rappresenti una ragione per rifiutare il riconoscimento e non vi sia dubbio che la surrogazione sia avvenuta invece nel rispetto di una procedura legittima nel territorio in cui si è verificata. Dall'altro, lo stesso principio *mater semper certa est* non risultava violato, in quanto la madre era individuata dal diritto straniero ed ha acconsentito ad abdicare alla sua genitorialità a favore dei due genitori intenzionali. Infine, è nell'interesse del minore vedere riconosciuti entrambi i legami genitoriali, anche considerato che il riconoscimento dei provvedimenti stranieri non

---

<sup>710</sup> Le decisioni si riportano con i nomi dei minori "protagonisti": Hanne e Elke (2010), Samuel (2010), Maia e Maureen (2011). Per la trattazione dei casi nel dettaglio, si veda WELLS-GRECO M., *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements*, Eleven International Publishing, 2016, pp. 120 ss.

<sup>711</sup> WELLS-GRECO M., *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements*, Eleven International Publishing, 2016, p. 120.

<sup>712</sup> WELLS-GRECO M., *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements*, Eleven International Publishing, 2016, p. 121.



produce effetti diversi da quelli dell'adozione nei confronti di una coppia di uomini e dunque non produce effetti contrari all'ordine pubblico<sup>713</sup>.

Con riferimento ai Paesi Bassi, la dottrina nazionale ritiene che l'ordinamento tolleri la surrogazione di stampo altruistico conclusa nei confini nazionali, mentre è da ritenersi vietata quella commerciale<sup>714</sup>.

La sorte degli *status filiationis* acquisiti all'estero a seguito di maternità surrogata quando i cittadini olandesi facciano ritorno in patria chiedendone il riconoscimento è varia e dettata dalla complessità e specificità delle norme contenute alla Sezione 10.5.5. del Libro 10 del Codice Civile Olandese, il quale contiene la normativa di diritto privato internazionale.

La prima riflessione da svolgere attiene alla circostanza che l'atto di nascita, formatosi in conformità con la normativa straniera, nel diritto olandese viene preso in considerazione quale documento scritto in cui è contenuta la conferma di un "fatto legale"<sup>715</sup>.

La disciplina olandese, inoltre, contiene all'art. 10:101 del codice civile, una disposizione specifica per la circostanza che un "fatto legale" o un provvedimento giurisdizionale di cui sia chiesto il riconoscimento in Olanda attengano al riconoscimento di un figlio, prevedendo tre ipotesi di divieto di riconoscimento che si aggiungono alla generale – e comunque valevole – eccezione di ordine pubblico. Tra queste, a rilevare maggiormente

---

<sup>713</sup> WELLS-GRECO M., *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements*, Eleven International Publishing, 2016, p. 124.

<sup>714</sup> In ogni caso, nell'ordinamento interno si ritengono non negoziabili gli *status* familiari, per i quali la disciplina dettata dalla legge è di applicazione necessaria, ed è ritenuta sicuramente nulla per contrarietà al buon costume e dunque non suscettibile di esecuzione forzata la clausola contrattuale con cui una donna si obblighi a consegnare il bambino al genitore o ai genitori intenzionali dopo il parto. Qualora venga concluso un accordo non commerciale all'interno del territorio olandese, dunque, la possibilità per i committenti di divenire genitori legali è comunque subordinata all'utilizzo di una serie di strumenti di diritto interno. Per esempio, posto che la gestante acquisisce per legge la maternità sul figlio, se uno dei genitori intenzionali è anche padre biologico del bambino egli potrà procedere al riconoscimento – ammesso che la surrogata non sia sposata, poiché in tal caso sarà necessario contestare la paternità – e chiedere contestualmente alla Corte il trasferimento esclusivo della responsabilità genitoriale alla sua persona. Una volta concesso, la madre intenzionale potrà procedere all'adozione del figlio del partner; CURRY-SUMNER I., VONK M., *Surrogacy in the Netherlands*, in (eds.) TRIMMINGS K., BEAUMONT P., *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Hart Publishing, 2013, p. 4. Il divieto di surrogazione commerciale si deriva, invece, dalle disposizioni penalistiche poste dall'ordinamento olandese a tutela del rispetto della disciplina dell'adozione; CURRY-SUMNER I., VONK M., *Surrogacy in the Netherlands*, in (eds.) TRIMMINGS K., BEAUMONT P., *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Hart Publishing, 2013, p. 13.

<sup>715</sup> CURRY-SUMNER I., VONK M., *Surrogacy in the Netherlands*, in (eds.) TRIMMINGS K., BEAUMONT P., *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Hart Publishing, 2013, p. 11.

nei contesti di gestazione per altri è la regola di cui all'art. 10:101, lett. a), la quale non consente il riconoscimento se il fatto o il provvedimento diano la prova del riconoscimento di un figlio che è avvenuto da parte di una persona, alla quale, sulla base della disciplina di diritto interno, sia vietato il riconoscimento o si sia in presenza di presupposti che rendono quest'ultimo nullo. Il riferimento è in particolare all'art. 1:204, lett. d) del codice civile olandese, il quale vieta il riconoscimento del figlio all'uomo che sia sposato con un'altra persona, ferma la possibilità per la Corte di autorizzare in via preventiva il riconoscimento qualora riscontri che tra l'uomo e la donna che ha partorito vi era una relazione di *affectio coniugalis* o che vi è una relazione personale stretta tra egli e il minore.

L'interpretazione di tale norma trova il suo cardine nella giurisprudenza della Suprema Corte olandese, la quale ritiene che debba prevalere il profilo del rapporto tra il padre che effettua il riconoscimento ed il minore – anche se il riconoscimento avvenuto all'estero non sia stato previamente autorizzato – se emergono fatti e circostanze che evidenziano l'interesse e la devozione dimostrata dal padre nei confronti del figlio sia prima che dopo la nascita<sup>716</sup>. Se dunque tale divieto sembra facilmente bypassabile nei casi di gestazione per altri, le Corti olandesi hanno invece con frequenza negato il riconoscimento degli *status filiationis* nati da accordi di surrogazione intervenuti all'estero sulla base della generale eccezione di ordine pubblico. Le decisioni fanno unanimemente leva sulla circostanza che nell'ordinamento olandese la norma che attribuisce inderogabilmente la maternità alla partoriente – e che peraltro non consente l'anonimato della stessa, in virtù del diritto del minore a conoscere le sue origini – sia da ritenersi un principio fondamentale di ordine pubblico<sup>717</sup>.

Un terzo gruppo di ordinamenti vieta espressamente la gestazione per altri, quale divieto generalmente derivato dalla nozione di ordine pubblico.

---

<sup>716</sup> CURRY-SUMNER I., FORDER C., *The Dutch Family Law Chronicles: Continued Parenthood notwithstanding divorce*, in *International Survey of Family Law*, 2006, p. 264.

<sup>717</sup> Tale circostanza ha comportato il diniego del riconoscimento di un atto di nascita che riportava esclusivamente il nome del padre biologico, nonché di un atto di nascita attributivo della genitorialità a due soggetti di sesso maschile. Infine, le Corti olandesi hanno rigettato anche il richiesto riconoscimento di due provvedimenti giurisdizionali emessi in California; SUMNER CURRY I., VONK M., *Surrogacy in the Netherlands*, in (eds.) TRIMMINGS K., BEAUMONT P., *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Hart Publishing, 2013, p. 15.

Nell'ordinamento francese, la surrogazione di maternità è espressamente vietata dall'art. 16-9 del *Code Civil*, per la circostanza di essere ritenuta contraria all'ordine pubblico<sup>718</sup>.

La *Cour de Cassation* si è confrontata con la questione della riconoscibilità degli atti di nascita formati all'estero a seguito di ricorso a gestazione per altri numerose volte a partire dal 2011. In un primo momento, si consolida una giurisprudenza che effettua una dura presa di posizione nei confronti dei genitori: si ritiene che questi ultimi effettuino una frode alla legge, la quale si ripercuote pesantemente sulla condizione del minore.

Tra il 2011 ed il 2014<sup>719</sup>, la Corte ripetutamente dichiara l'intrascrivibilità degli atti di nascita dei minori nati da madre surrogata nei registri di stato civile. Il rigetto è incondizionato ed indipendente dalla circostanza che in alcuni casi i genitori intenzionali fossero anche biologicamente legati al minore. Per la Corte, infatti, quando la filiazione sia il risultato di un procedimento che comprenda un accordo di gestazione per altri, tale negozio, anche se legittimo nell'ordinamento straniero, è nullo in Francia e la genitorialità che si è creata sulla base dello stesso non può entrare nei registri di stato civile francesi, in quanto frutto di una frode alla legge<sup>720</sup>. In conseguenza, dunque, i figli rimanevano in una sorta di "limbo giuridico", situazione che non appariva tale alla Corte Suprema francese, la quale si premurava nei giudizi di precisare che i minori comunque godevano di un rapporto filiazione per il diritto all'estero<sup>721</sup>.

Nel luglio del 2014, come noto, interviene una coppia di sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *Menesson e Labassee c. Francia*, le quali riscontrano una violazione dell'art. 8 CEDU nel rifiuto assoluto dell'ordinamento francese di riconoscere lo stato di filiazione in caso di ricorso a gestazione per altri, eccedendo il margine di discrezionalità il diniego dell'instaurazione dello *status* in relazione al padre biologico del minore.

A partire dal 2015 la *Cour de Cassation* adotta dunque una posizione antipodica.

---

<sup>718</sup> I principi di ordine pubblico sottesi sarebbero, da un lato il principio di indisponibilità degli *status* familiari, dall'altro il rispetto della dignità umana, in particolare delle donne ed il conseguente divieto di una "mercificazione" dello stesso; BIDAUD-GARON C., *A chronicle of French Family Law*, in *International Survey of Family Law*, 2014, p. 142.

<sup>719</sup> Si fa riferimento a tre decisioni della Cass. Civ. del 6 aprile 2011 (n. 10/19053, n. 09/66486, n. 09/17130), a due del 2013 (Cass. Civ., 13 settembre 2013, n. 12/18.315 e n. 12/30.138) e ad un'ultima decisione del 2014 (Cass. Civ., 19 marzo 2014, n. 13/50.005).

<sup>720</sup> BIDAUD-GARON C., *A chronicle of French Family Law*, in *International Survey of Family Law*, 2014, p. 143.

<sup>721</sup> BIDAUD-GARON C., *A chronicle of French Family Law*, in *International Survey of Family Law*, 2014, p. 142.

In un primo momento<sup>722</sup>, essa si sofferma esclusivamente sull'atto di nascita. La Corte ribadisce la contrarietà all'ordine pubblico della procedura che ha portato alla nascita del figlio, ma precisa che l'ufficiale chiamato alla trascrizione deve guardare alla regolarità del solo atto di nascita. In conseguenza, qualora non vi siano motivi di ritenere che esso sia falso, irregolare o che le dichiarazioni contenute in esso siano false l'atto va riconosciuto. In una serie di decisioni del luglio 2017, la *Cour de Cassation* ha precisato che l'atto di nascita di figli nati da gestazione per altri può essere trascritto con riguardo alla filiazione nei confronti del padre biologico, ma non della madre intenzionale. Per quest'ultima è tuttavia possibile, in presenza dei requisiti di legge, l'adozione, la quale non risulta preclusa dalla circostanza di aver fatto ricorso alla procedura illecita per l'ordinamento francese<sup>723</sup>.

Il divieto espresso di ricorso alla maternità surrogata<sup>724</sup> si trova anche all'interno dell'ordinamento tedesco. Il divieto risulta dal § 1 Abs. 1 Nr. 7 del *Gesetzes zum Schutz von Embryonen (ESchG)*, ma anche ai sensi del § 13 dell'*Adoptionsvermittlungsgesetzes (AdVermiG)*. Ai fini del riconoscimento dello *status filiationis* ulteriore problema è costituito dalla disposizione generale di cui all'art. 6 *EGBGB (Einführungsgesetz zum BGB)*, le disposizioni preliminari al codice civile tedesco che contengono le norme di diritto internazionale privato) che esclude l'applicabilità delle norme straniere qualora il risultato sia contrario all'ordine pubblico<sup>725</sup>. Se l'attribuzione della genitorialità nell'ordinamento straniero avviene non in forza di legge ma a seguito di un provvedimento giurisdizionale il provvedimento straniero potrà essere riconosciuto

---

<sup>722</sup> La Corte conferma la trascrizione di un atto di nascita russo, il quale indicava la surrogata come madre e l'uomo francese come padre; Cass. civ., 3 luglio 2015, n. 619 e 620; in [https://www.courdecassation.fr/informations\\_services\\_6/in\\_six\\_2850/english\\_2851/the\\_transcription\\_7252/ruling\\_no.\\_619\\_32234.html](https://www.courdecassation.fr/informations_services_6/in_six_2850/english_2851/the_transcription_7252/ruling_no._619_32234.html) (ultimo accesso 4.9.2018).

<sup>723</sup> FRANCOZ TERMINAL L., *Registered Partnerships in France*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017, p. 178.

<sup>724</sup> Nell'ordinamento tedesco vi sono scelte terminologiche differenziate a seconda che la madre surrogata si limiti ad accogliere in grembo un embrione che le è geneticamente estraneo o, viceversa, contribuisca alla procreazione dello stesso fornendo i propri gameti. Si distingue dunque surrogazione per sola gestazione (*Leibmutterchaft*) e surrogazione per concepimento e gestazione (*Ersatzmutterchaft*); DIEL A., *Leibmutterchaft und Reproduktionstourismus*, Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 2014, p. 13.

<sup>725</sup> Per un'analisi approfondita delle posizioni giurisprudenziali e dottrinali assunte sul tema, v. MAYER C., *Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leibmutterchaftsfällen*, in *RabelsZ*, 2014, p. 552 ss.

ai sensi del §108 *FamFg*<sup>726</sup> ed anche in questo caso un impedimento al riconoscimento è dato dalla contrarietà all'ordine pubblico, espressamente nominata dal §109 *FamFg*.

Nel 2014, la Corte Federale di Giustizia tedesca si confronta con un caso di maternità surrogata intervenuto in California a favore di due padri tedeschi. Essa ribadisce che le ragioni alla base del divieto di maternità surrogata nell'ordinamento tedesco derivano dal timore della lesione della dignità delle donne interessate. Evidenzia tuttavia che, una volta che il bambino sia nato, occorre considerarlo come titolare di diritti fondamentali, tra cui quello alla sua identità, che include il rispetto dello stato civile riconosciutogli in modo legittimo<sup>727</sup>.

Al termine di questo quadro riassuntivo si sottolineano dunque due circostanze.

La prima attiene al ruolo del principio del c.d. *best interest of the child* in relazione alla surrogazione di maternità, il quale compare o meno negli ordinamenti considerati in maniera piuttosto differenziata. Esso non è ad esempio paradossalmente menzionato dalla legislazione portoghese che regola la conclusione nell'ordinamento nazionale di contratti di gestazione per altri di stampo altruistico.

Il principio del preminente interesse del minore invece un ruolo più incisivo – anche se non necessariamente – con riguardo al riconoscimento di atti di nascita e provvedimenti giurisdizionali esteri attributivi dello *status filiationis* nei casi di c.d. *cross border surrogacy*.

In nessuno degli ordinamenti considerati il riconoscimento di *status filiationis* conseguiti all'estero a seguito di gestazione per altri porta all'inserimento nel novero della famiglia in senso giuridico di strutture familiari che non siano già legislativamente previste

---

<sup>726</sup> *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, legge processuale sui procedimenti familiari e sui procedimenti di giurisdizione volontaria.

<sup>727</sup> Il caso presenta dei profili di interesse e viene con frequenza citato dalla giurisprudenza italiana; cfr. *infra*, para. 5.6.2 La coppia di genitori committenti è formata da due uomini in una unione solidale registrata che, nel 2011, concludono un contratto di maternità surrogata in California. La fecondazione avviene con lo sperma di uno dei partner. Essi ottengono poi, dalla Suprema Corte californiana, un provvedimento giurisdizionale che attesta la genitorialità della coppia. Tornati in Germania, chiedono la trascrizione presso l'ufficio di stato civile del minore come figlio di entrambi, che viene negata. La Suprema Corte tedesca stabilisce che l'atto di nascita del minore nato all'estero a seguito di maternità surrogata, formatosi in conformità del diritto locale e sulla base di una sentenza che accerti (oltre a questi requisiti) la discendenza di uno dei genitori surrogati e la libera volontà della madre di consentire alla gestazione e alla consegna del bambino, non è contrario all'ordine pubblico e va trascritto nei registri di stato civile. Il diniego della trascrizione comporterebbe infatti una dissociazione tutta a scapito dell'interesse del minore: il minore risulterebbe, ai sensi del diritto tedesco, figlio della madre surrogata, che ha espresso chiaramente la volontà di non assumere la responsabilità genitoriale del neonato, quando nello stato di nascita la coppia di uomini risulta, a seguito della dichiarazione giudiziale, senza ombra di dubbio titolare della responsabilità genitoriale; cfr. *Bundesgerichtshof- Pressemitteilung n. 191/2014* in <http://juris.bundesgerichtshof.de/>.

dall'ordinamento interno. La stessa deroga alla regola per cui la maternità è attribuita alla gestante non sembra fondante, qualora si pensi che comunque le tecniche di procreazione medicalmente assistita già consentono una dissociazione tra madre genetica e madre biologica. Ciò rimarrebbe parzialmente falso esclusivamente per l'ordinamento tedesco, dove resta allo stato attuale vietata la donazione di ovociti. L'obiezione è comunque vanificata dai presupposti dell'istituto dell'adozione, vero baluardo di una filiazione legale dissociata dal dato genetico. Ed anzi - proprio come denotano le Corti belghe - il riconoscimento di *status filiationis* acquisiti a seguito del ricorso alla gestazione per altri non sembra produrre effetti "diversi" da quelli previsti dall'adozione, riconoscendosi un "traferimento" di genitorialità avvenuto all'estero e dunque riconducendo la stessa in capo ad un solo soggetto o a due soggetti (ad esempio, anche due uomini) i quali secondo il diritto interno potrebbe tranquillamente - seppure in altre circostanze - assumere il ruolo genitoriale e dar luogo ad una famiglia per il diritto.

Rimarrebbe dunque esclusa - e ci si può domandare se casi di questo tipo si presenteranno in futuro - esclusivamente la problematica attinente al riconoscimento di atti di nascita che prevedano più di due genitori - come quelli di British Columbia e Ontario - per i quali, anche stante la circostanza che le legislazioni adottate sono piuttosto recenti, non esiste allo stato attuale casistica considerabile.



## CAPITOLO 4

### L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA NEGLI ORDINAMENTI DI COMMON LAW

**SOMMARIO:** 4.1 La famiglia in senso giuridico nel diritto inglese. 4.1.1 *Best interest of the child status* dei figli 4.1.2 Genitorialità e attribuzione della responsabilità genitoriale. 4.1.3 Caratteri e attribuzione della responsabilità genitoriale. 4.1.4 Famiglia in senso giuridico e tutela dei rapporti di coppia: coppie eterosessuali e coppie omosessuali 4.1.5 Diritto privato internazionale e riconoscimento dei provvedimenti sullo *status* delle persone. 4.2 La famiglia in senso giuridico in Irlanda. 4.2.1. La tutela della famiglia nella Costituzione irlandese. 4.2.2. La tutela delle coppie dello stesso sesso e l'ampliamento referendario del matrimonio *same-sex*: nuove prospettive di interpretazione costituzionale della famiglia. 4.2.3 La famiglia extra-matrimoniale: rigidità o flessibilità della Costituzione? 4.2.4 Tutela della filiazione e riforme in attesa di attuazione. 4.2.5 *Status filiationis* e modalità di attribuzione della responsabilità genitoriale. 4.3. La famiglia in senso giuridico in Canada. 4.3.1 Il sistema federale canadese: la ricostruzione della dimensione giuridico-familiare in Canada. 4.3.2 Il ruolo della giurisprudenza nel riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'art. 15 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ed il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale 4.3.3 La tutela giuridica delle relazioni extra-matrimoniali: il caso del Québec. 4.3.4 Filiazione e genitorialità in Canada: l'uguaglianza di *status* tra i figli e i profili applicativi del *best interest of the child*. 4.3.5 Le c.d. *multiple-parents families* ed il superamento del paradigma bi-genitoriale in British Columbia e Ontario.

#### 4.1. La famiglia in senso giuridico nel diritto inglese

Nell'ordinamento inglese l'individuazione della nozione di famiglia in senso giuridico deriva dalla commistione tra le regole di formazione giurisprudenziale e dalle norme poste dai c.d. *statutes*. Essa appare, negli ultimi anni, decisamente sbilanciata a favore del diritto legiferato dal Parlamento, nonostante la mentalità storica del giurista di *common law*

persista nel guardare al diritto della famiglia come radicalmente di matrice giurisprudenziale<sup>728</sup>.

Proprio con riferimento al diritto di famiglia, infatti, tale circostanza può sembrare alquanto curiosa, considerata la rilevanza ed incidenza esercitata dagli *statutes* in materia di diritto di famiglia.

Vero è che le norme attributive della genitorialità in caso di procreazione naturale risultano dalle antiche presunzioni di *common law*. All'opposto, sono tuttavia contenuti in atti del Parlamento gli estremi della tutela di coppia - dal matrimonio all'unione civile (*civil partnership*) - nonché le regole attributive della genitorialità in caso di tecniche di fecondazione assistita. Risultano da atti del Parlamento anche le norme che attengono ai due tipi di filiazione "legale" riconosciuti nell'ordinamento inglese, connessi al concretarsi di una dichiarazione giudiziale. Da un lato, l'adozione; dall'altro il c.d. *parental order*, un provvedimento attributivo della genitorialità in caso di gestazione per altri.

L'intera materia familiare apparirebbe nella sostanza pervasa da modelli imposti dal formante legislativo.

L'ordinamento inglese, come noto, non possiede alcuna Costituzione scritta. Per tale motivo, non vi è per le Corti la competenza ad invalidare o dubitare della legittimità degli atti del Parlamento<sup>729</sup>. Questa circostanza, tuttavia, non significa che non esista il margine per un controllo dell'opportunità delle soluzioni legislative adottate in materia di famiglia. Come avremo occasione di considerare nel prosieguo, il controllo esercitato dalla Corte Suprema inglese si estende infatti alla compatibilità del diritto interno con i principi

---

<sup>728</sup> L'affermazione è facilmente chiarificabile immaginando per un secondo di essere un comune cittadino che voglia rivolgersi ad uno studio legale inglese, per la risoluzione di un problema di natura familiare di competenza di una delle Corti della Regina. Chi si appresti, infatti, a scegliere, tramite una ricerca online, uno studio a cui rivolgersi per una consulenza giuridica in materia familiare, impatterà in maniera immediata nella sentita centralità del ruolo del giudice. Si troverà dunque a sfogliare, nelle schede informative delle *law firm*, innanzitutto una guida al labirintico sistema delle Corti dalle competenze specializzate e poi ad affrontare una selezione aggiornata di *cases* (a list of "key" family law cases), rigorosamente in ordine di decrescente autorità esercitata dalla Corte (la *Supreme Court* in testa, dunque). Solo a fondo pagina si riscontra la dicitura - che suona quasi come "un'avvertenza" - che "parte importante del diritto di famiglia è anche creata dalla legislazione britannica", come se l'aggettivo importante non bastasse a togliere l'impressione della residualità. A titolo esemplificativo, uno dei primi risultati che emergono digitando la stringa "family law in England and Wales" su un motore di ricerca: <https://www.rainscourt.com/family-law-cases/> (ultimo accesso: 28.6.2018).

<sup>729</sup> Si ritiene peraltro che lo stesso goda di una valenza "costituzionale", sicché non sarebbe possibile per la legge ordinaria derogarvi; MASTERMAN R., *The United Kingdom*, in (eds.) GERARDS J., FLEUREN J., *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECHR in National Case-Law*, Intersentia, 2014, p. 302.

fondamentali in materia di diritti umani, ed, in particolare, alla sua conformità ai diritti e alle libertà fondamentali tutelate dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo. Il vaglio di compatibilità è reso possibile da uno strumento legislativo adottato nel 1999: lo *Human Rights Act*.

Lo *Human Rights Act 1999* (da ora in poi, anche *HRA*) rappresenta uno strumento volto ad garantire una maggiore effettività del sistema dei diritti fondamentali tutelati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, attraverso l'integrazione degli stessi nell'ordinamento inglese<sup>730</sup>. Sulla base delle disposizioni in esso contenute, l'obiettivo primario delle Corti deve essere quello di fornire un'interpretazione conforme della legislazione nazionale ai diritti fondamentali (così, l'*HRA*, S. 3)<sup>731</sup>.

Qualora le Corti che rivestano un ruolo "di apice" - espressamente individuate dalla Sezione 4(5) dell'*HRA* - riscontrino una violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma ritengano che l'assetto legislativo non consenta la rimozione dell'incompatibilità - né per il tramite ermeneutico, né con l'abrogazione - è data loro la possibilità di pronunciare una dichiarazione di incompatibilità del diritto interno con i parametri convenzionali.

Si tratta di uno strumento discrezionale, il quale assumerà rilievo nella trattazione della tutela dei rapporti di coppia, motivo per il quale si rimanda al prosieguo per una considerazione compiuta dei suoi effetti.

#### **4.1.1 *Best interest of the child e status dei figli***

Il principio del superiore interesse del minore trova nell'ordinamento inglese una cristallizzazione interna, precedente alla sua stessa positivizzazione nei trattati internazionali, in forza di una celeberrima decisione della *House of Lords* del 1986, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority & Anor*. Il caso *Gillick* riguarda la richiesta di una declaratoria di illegittimità delle direttive sanitarie inglesi, le quali consentono ai medici di prescrivere contraccettivi anche ai minori di anni sedici, senza

---

<sup>730</sup> MASTERMAN R., *The United Kingdom*, in (eds.) GERARDS J., FLEUREN J., *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECHR in National Case-Law*, Intersentia, 2014, p. 308.

<sup>731</sup> MASTERMAN R., *The United Kingdom*, in (eds.) GERARDS J., FLEUREN J., *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECHR in National Case-Law*, Intersentia, 2014, p. 308.

l'autorizzazione né l'informazione dei genitori<sup>732</sup>. La decisione verte su tre distinti punti diritto, tra i quali l'estensione e la funzione dei diritti riconosciuti ai genitori sul minore (*parental rights*)<sup>733</sup>. In tale decisione, la Corte Suprema precisa che i diritti riconosciuti ai genitori nella relazione di crescita del minore – nonostante risultino strutturati come diritti degli adulti - non sono riconosciuti per perseguire un interesse dei genitori, ma per essere esercitati nell'interesse del minore (“*for the best interests of the child*”)<sup>734</sup>.

In conseguenza, il testo del *Children Act 1989* apre alla Sezione I con la statuizione che, in ogni questione che attenga alla crescita del figlio, il benessere del minore (*child's welfare*) deve essere la considerazione fondante (*paramount consideration*)<sup>735</sup>. Le inferenze del caso *Gillick* sulle formulazioni contenute nel *Children Act 1989* sono evidenti non solo in considerazione alla positivizzazione del preminente interesse del minore. Anche gli aspetti della decisione relativi ad una riconosciuta autodeterminazione del minore, in proporzione al progredire delle sue capacità intellettive ed emotive, si ritrovano nell'atto. Sin dalla sua prima formulazione, alla Sezione (3)(a) del *Children Act* viene espressamente richiesto al giudice che prenda determinazioni che incidano sulla vita del minore di valutare l'opportunità di assecondare i desideri e sentimenti espressi dal minore, in ragione dell'età e delle sue capacità cognitive<sup>736</sup>.

---

<sup>732</sup> Il successo della decisione - nonché la ragione della sua diffusione ed il maggiore focolare dell'interesse dottrinale successivamente suscitato - è legato al riconoscimento di una autonomia decisionale del minore connessa al riscontro di idonee capacità cognitive (“*when of sufficient understanding and intelligence*”), in grado di fondare un paradigma per cui si parla di “*Gillick Competence*” per indicare la capacità del minore di prestare un valido consenso ai trattamenti medici anche all'interno di altri ordinamenti di *common law*; MURPHY J., *Circumscribing the Autonomy of Gillick Competent Children*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1992. p. 60. La decisione ha avuto un'enorme risonanza ed è ancora di estrema attualità all'interno degli ordinamenti anglosassoni: le statuizioni sulla capacità del minore a prestare il consenso sono state ritenute dalle dottrine di altri ordinamenti di *common law* come principi condivisibili e applicabili. Per esempio, i principi di diritto sul consenso al trattamento medico e la maturità del minore sono direttamente applicati dalla giurisprudenza in Australia; LENNINGS N.J., *Forward, Gillick: Are competent children autonomous medical decision makers? New developments in Australia*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2015, p. 461.

<sup>733</sup> Le altre due questioni nodali trattate nella decisione attengono alla possibilità per il minore di anni sedici di prestare un valido consenso al trattamento medico, nonché alla eventuale responsabilità anche penale del sanitario.

<sup>734</sup> RAMCHAND A.M., WEI HAN C., NGEOW YUEN LIAN J., *The Gillick Case: A giant step for little people*, in *Singapore Law Review*, 1990, p. 8.

<sup>735</sup> Si premura poi di effettuare due importanti statuizioni: la prima attiene alla presunzione che il processo che non si svolga in tempi celeri pregiudichi quello stesso interesse. La seconda, di recente introduzione, attiene alla presunzione – relativa (*rebuttable*) - che sia nell'interesse del minore conservare rapporti significativi con i genitori: un “*coinvolgimento di qualche tipo*” (*involvement of some kind*), che non assume il valore di una specifica suddivisione dei tempi con il minore.

<sup>736</sup> FREEMAN M., *Rethinking Gillick*, in *International Journal of Children's Rights*, 2005, p. 204.

La riforma cardine per quanto attiene allo *status* dei figli in Inghilterra si situa alla fine degli anni '80, con il *Family Law Reform Act 1987*<sup>737</sup>.

Si intende evidenziare due circostanze.

La prima è che la riforma fonda le sue caratteristiche esclusivamente nella volontà legislativa di mutamento. Si tratta, in altre parole, di un atto di natura eminentemente politica, frutto di ponderate valutazioni sulla necessità di porre fine alle conseguenze della c.d. *illegitimacy*. Ciò anche in considerazione della sentita “*contemporanea tendenza generale nel mondo di common law*”<sup>738</sup> a riformare il diritto della filiazione. Dalla struttura dei lavori, si evince che i redattori considerano ben tre diversi possibili modelli di azione<sup>739</sup>, effettuando innanzitutto un inquadramento dello stato del diritto. Da quest’ultimo emerge che all’assetto tradizionale che si rinviene nel *common law*<sup>740</sup> - che lega la legittimità al matrimonio – si sono affiancate alcune successive modifiche statutorie (che hanno esteso lo stato di figlio legittimo ad una serie di ipotesi, tra cui quella adottiva e la legittimazione per successivo matrimonio), ma non compaiono riferimenti a precedenti giurisprudenziali<sup>741</sup> che indichino una qualche tendenza giurisprudenziale di accoglimento di istanze di innovazione.

La seconda contingenza a cui si intende dare peso è che dai lavori preparatori si desume che la discordia all’interno della commissione non è causata dall’eliminazione delle

---

<sup>737</sup> Si tratta di un atto frutto delle proposte modellate da apposita *Law Commission* e sfociate nel *Working Paper No. 74* del 1979, che risente in maniera considerevole della decisione della Corte Europea dei diritti dell’uomo nel caso *Marckx v. Belgio*.

<sup>738</sup> In particolare, la Commissione esamina approfonditamente le soluzioni adottate dallo *Status of Children Act 1969* della Nuova Zelanda; EEKELAR J.M., *Reforming the English Law Concerning Illegitimate Persons*, in *Family Law Quarterly*, 1980, p. 41.

<sup>739</sup> Le tre possibilità sono costituite dal mantenere la discriminazione e da un’opzione di riforma radicale (l’abolizione *in toto* dello *status*) e da una debole (l’abolizione delle condizioni di sfavore ad esso connesse). Cfr. l’indice del *Working Paper No. 74*, p. III. Il documento ufficiale è pubblicato sul sito governativo della *Law Commission*: <https://www.lawcom.gov.uk/project/family-law-illegitimacy/> (ultimo accesso: 27.7.2018).

<sup>740</sup> Storicamente, nel *common law* inglese l’illegittimità era vista come una “*indispensable condition*”, legata all’esistenza del matrimonio tra i genitori al momento della sua nascita. Non erano perciò contemplate nemmeno le deroghe previste dal diritto canonico, relative alla legittimazione per susseguente matrimonio. La stessa introduzione di una regolamentazione statutaria della materia segue un percorso impervio, che culmina nell’adozione di un primo atto legislativo solo nella prima metà del Novecento (*Legitimacy Act 1926*); CRETNEY S., *Family Law in the Twentieth Century. A History*, Oxford University Press, 2003, p. 545.

<sup>741</sup> L’unico accenno è al caso *Knowles v. Knowles*, che ha chiarito come la morte del marito dopo il concepimento non infici lo stato del figlio; *Working Paper No. 74*, p. 9.

discriminazioni di *status* tra figli, ma dall'eventualità di procedere all'attribuzione automatica della responsabilità genitoriale al padre<sup>742</sup>.

Il *Family Law Reform Act 1987*, dunque, rimuove gli svantaggi connessi all'illegittimità nella prospettiva del figlio, ma non si pone nel binario dell'uguaglianza dei rapporti tra genitori e figli per quanto attiene alla posizione del padre<sup>743</sup>.

Sulla c.d. "distinzione tra padri"<sup>744</sup> effettuata da questo assetto regolamentare, il quale costringeva i padri a ricorrere ad un provvedimento giudiziale per ottenere la responsabilità genitoriale, interviene appena due anni dopo il *Children Act 1989*. Esso – ma lo si vedrà più ampiamente nel prosieguo – lega l'attribuzione della responsabilità genitoriale alternativamente al consenso prestato dalla madre – o all'atto di registrazione della nascita o tramite apposito accordo – ovvero all'esistenza di un provvedimento giudiziale, neo-denominato "*parental responsibility order*".

Volendo sintetizzare, lo statuto giuridico dei figli nell'ordinamento inglese è caratterizzato da due elementi. Il primo è relativo alla circostanza che ad un unitario stato dei figli non corrisponda un unitario *status* dei genitori, uno dei quali si trova nella posizione di vedere i suoi diritti nei confronti del minore come indipendenti da un atto di volontà a sé esclusivamente riferibile, ma legati ad un elemento esterno, sia esso l'accordo con la madre o la decisione giudiziale.

Il secondo rilievo concerne una discrepanza della normativa inglese che influisce sull'incisività e sistematicità della riforma sullo *status filiationis*. L'atto del 1987, infatti, regola la materia solo *pro futuro* e non abroga gli statuti, precedenti alla sua entrata in vigore, i quali considerino la nozione di legittimità nell'attribuzione di determinate prerogative e privilegi.

---

<sup>742</sup> Le paure manifestate nei confronti di tale opzione – che concretizza il modello neozelandese ed è ritenuta radicale - si fonda sulla considerazione di tutta una serie di ipotesi casistiche (tra cui quella del figlio nato da una violenza) che inducono al dubbio circa l'opportunità che il padre acquisti i poteri giuridici connessi alla cura del minore automaticamente, in virtù della paternità e non in seguito ad un provvedimento dichiarativo del giudice; BAINHAM A., *The illegitimacy Saga*, in (ed. by) PROBERT R., BARTON C., *Fifty Years in Family Law. Essays for Stephen Cretney*, Intersentia, 2012, p. 86.

<sup>743</sup> Secondo la dottrina inglese, il risultato è che le distinzioni tra figli basate esclusivamente sull'esistenza del matrimonio tra i genitori rimangono e pertanto i figli restano divisi in due categorie: "*quelli con una relazione "normale" con entrambi i genitori e gli altri*"; CRETNEY S., *Elements of Family Law*, Sweet and Maxwell, 1997, p. 176.

<sup>744</sup> BAINHAM A., *The illegitimacy Saga*, in (ed. by) PROBERT R., BARTON C., *Fifty Years in Family Law. Essays for Stephen Cretney*, Intersentia, 2012, p. 89.



La condizione giuridica dei figli nell'ordinamento inglese è dunque per la verità ambivalente, in quanto rimangono in vigore almeno due atti che sembrano connettere ancora un valore allo stato di figlio legittimo, mantenendo attiva all'interno dell'ordinamento nazionale una dicotomia solo apparentemente abbandonata.

Il primo attiene per la verità ad un'ipotesi piuttosto specifica – ma non poi così residuale all'interno di una monarchia costituzionale – in quanto concerne l'attribuzione dei titoli nobiliari e la successione al Trono<sup>745</sup>, preclusi ai figli nati fuori dal matrimonio (ed esclusa anche la possibilità di una successiva legittimazione a mezzo del matrimonio stesso)<sup>746</sup>.

Il secondo, invece, genera maggiore sconcerto. Si fa riferimento alla sentita necessità, da parte del legislatore inglese, in sede di riforma della normativa in materia di riproduzione medicalmente assistita nel 2009 e poi all'atto di istituzione del matrimonio *gender neutral* nel 2013, di emendare un altro atto rimasto in vigore anche dopo le riforme del 1987 e 1989, e relativo alla legittimazione per susseguente matrimonio (*Legitimacy Act 1976*), comprendendo nella legittimazione l'ipotesi dell'entrata in una relazione formale con il partner dello stesso sesso. Per la dottrina, infatti, il richiamo alla legittimazione in relazione all'esistenza di un vincolo formale intercorrente tra genitori dello stesso sesso porterebbe a chiedersi se, all'esito di un progetto di genitorialità intrapreso per tramite della riproduzione medicalmente assistita, il figlio di una coppia che abbia scelto di non formalizzare il rapporto dovrebbe in qualche modo ritenersi “non legittimo”, rivivendo una distinzione sopita in maniera totalmente asettica e discriminativa<sup>747</sup>.

#### 4.1.2 Genitorialità e attribuzione della responsabilità genitoriale

Prima di entrare nel merito della disciplina inglese, occorre introdurre la distinzione tra *parental responsibility* (responsabilità genitoriale), *parenthood* (genitorialità legale) e *parentage* (genitorialità biologica).

La *parenthood* esprime uno *status* personale, tradizionalmente associato, nella procreazione naturale, all'esistenza – accertata o presunta – di un legame genetico con il minore. La dissociazione tra *parenthood* e *parentage* assume ovviamente rilievo esclusivamente all'interno della procreazione medicalmente assistita, dove un soggetto assume

---

<sup>745</sup> *The Legitimacy Act 1959*, para. 6.

<sup>746</sup> PROBERT R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2012, p. 126.

<sup>747</sup> BAINHAM A., *The Illegitimacy Saga*, in (ed. by) PROBERT R., BARTON C., *Fifty Years in Family Law. Essays for Stephen Cretney*, Intersentia, 2012, p. 89.

(volontariamente) il ruolo di genitore, anche in assenza di legami biologici (*parentage*) con il figlio, mentre il donatore che è portatore del patrimonio genetico altrettanto volontariamente abdica al riconoscimento di alcun legame giuridico con il minore.

Dalla sola *parenthood* deriva l'inserimento del minore nella famiglia del genitore per quanto attiene ai rapporti di parentela, nonché l'acquisizione dei principali diritti di natura patrimoniale (mantenimento e diritti successori) e di una serie di diritti e poteri azionabili in grado di influire sulla vita del minore (ad esempio, sui suoi tempi, attraverso diritti di contatto e visita).

La *parental responsibility*, invece – come si vedrà nel prosieguo – è effetto distinto e separato e può essere attribuita anche ad un soggetto che non abbia alcun rapporto di genitorialità con il minore, ma che lo accudisca in concreto<sup>748</sup>.

La normativa in materia di attribuzione della genitorialità è convoluta ed è stata interessata da numerose e pervasive modifiche negli ultimi anni, corrispondenti alle innovazioni intervenute tanto in materia di procreazione medicalmente assistita, quanto relativamente alla tutela dei rapporti di coppia.

Il distinguo fondamentale è dato dalla circostanza che la procreazione avvenga in maniera naturale o rifletta una situazione creata “artificialmente” dal diritto, per mezzo dell'adozione o dell'accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita in una clinica autorizzata, trovando nei due casi l'attribuzione del ruolo di genitore non solo regole, ma anche fonti radicalmente diverse.

L'attribuzione della genitorialità nella procreazione naturale è determinata dal *common law*, che riconduce la genitorialità legale al legame genetico<sup>749</sup>. La rilevanza riconosciuta al dato biologico<sup>750</sup> - a lungo una finzione, se si considera che la verità biologica è divenuta scientificamente accertabile solo di recente - è particolarmente interessante qualora la si guardi dalla prospettiva della madre, poiché significa che, nel diritto inglese, il parto rappresenta una prova della maternità, ma non il criterio attributivo della stessa<sup>751</sup>.

È evidente dunque che, prima dell'avvento delle moderne tecnologie scientifiche, le Corti inglesi hanno sviluppato una serie di presunzioni<sup>752</sup>. Storicamente, la più rilevante è –

---

<sup>748</sup> HONORATI C., *La responsabilità parentale del padre non sposato. L'approccio italiano e quello inglese a confronto*, in *Fam. E Dir.*, 2014, pp. 1150 ss.

<sup>749</sup> PROBERT R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2012, p. 128.

<sup>750</sup> Nel sistema inglese test del DNA può essere effettuato per ordine della Corte anche senza il consenso delle parti interessate; v. *Family Law Reform Act 1969*, s. 21(3).

<sup>751</sup> PROBERT R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2012, p. 128.

<sup>752</sup> BARTON C., DOUGLAS G., *Law and Parenthood*, Butterworths, 1995, pp 55-57.

come nella gran parte degli ordinamenti occidentali - la presunzione di paternità del marito.

Per quanto riguarda i figli nati fuori dal matrimonio, una presunzione relativa di paternità è posta su chi risulti padre dall'atto di nascita, dovendosi desumere che quanto risulta dai registri di stato civile faccia fede, fino a prova di falso, dei dati in esso contenuti<sup>753</sup>. Nei fatti, come già accennato *supra*, la registrazione del padre, è subordinata alternativamente all'esistenza di un incontro di consenso con la madre - in sede di resa delle dichiarazioni o tramite uno specifico accordo, i cui estremi verranno trattati a breve - o ad una sentenza di natura dichiarativa. Un'ultima presunzione riguarda gli accertamenti incidentali: qualora la Corte stabilisca la qualità di padre di un determinato soggetto rispetto al figlio in un procedimento – esclusa ovviamente l'azione intentata per la dichiarazione di paternità, la quale accerta la situazione in maniera definitiva – si presume –con possibilità di prova contraria, che tale soggetto sia il padre<sup>754</sup>.

Le regole attributive della genitorialità sono molto più complesse quando il figlio nasca a seguito dell'intervento delle tecniche di riproduzione medicalmente assistita. In tal caso, la normativa di riferimento è costituita dalla Parte II dello *Human Fertilisation and Embriology Act 1990* e 2008. Va inoltre tenuto in considerazione anche il *Surrogacy Arrangements Act 1985*.

Temporalmente parlando, a venire regolamentata è *in primis* la maternità surrogata: l'intera legislazione britannica origina infatti in relazione all'esigenza di dare una soluzione alla fattispecie della gestazione per altri e alla validità di siffatti accordi, particolarmente sentita già a partire dalla prima metà degli anni '80. Sul punto, ad essere cruciali sono due evenienze.

Da un lato, gli esiti del rapporto in Parlamento alla fine del 1984 del *Warnock Committee*, una commissione istituita nel 1982 per indagare sugli sviluppi tecnologici in materia di embrioni e tecniche di procreazione assistita. Dall'altro, un caso di surrogazione commerciale che appare su tutti i tabloid inglesi nel gennaio del 1985<sup>755</sup>.

Il c.d. "*baby Cotton case*" (*Re C (A minor) (Wardship: Surrogacy) 1985*) riguardava la gestazione per altri di una ragazza inglese che aveva accettato di ricevere da una coppia statunitense 6.500 sterline, come compenso per portare a termine la gravidanza di un bambino geneticamente legato all'uomo della coppia. Il padre biologico aveva poi adito la Corte

---

<sup>753</sup> *Brierley v. Brierley (1918)*, p. 257.

<sup>754</sup> PROBERT R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2012, p. 129.

<sup>755</sup> GAMBLE N., *Children of our time*, in *Family Law Journal*, 2008, p. 11.

inglese per ottenere un ordine di custodia del figlio, a favore proprio e della moglie, nonché l'autorizzazione a portare il minore negli Stati Uniti. La corte locale aveva deciso che, in caso di gestazione per altri, se la madre surrogata non ha intenzione di tenere il bambino, mentre i committenti sono idonei ad offrirgli una famiglia, non vi sono ostacoli al riconoscimento a loro della responsabilità di cura del minore<sup>756</sup>.

A questo punto, nonostante la feroce critica dell'opinione pubblica sulla desiderabilità dell'esistenza della surrogazione di maternità - soprattutto a titolo oneroso o commerciale - il Parlamento, su consiglio del *Warnock Committee* - decise di non vietare *in toto* la pratica. Viene dunque adottato il *Surrogacy Arrangements Act 1985*, il quale contiene una definizione della surrogazione di maternità ed una regolamentazione quasi esclusivamente del profilo penalistico<sup>757</sup>. Qualche anno dopo, viene introdotto lo *Human Fertilisation and Embriology Act 1990* (da ora in poi anche *HFEA*), che si occupa della regolamentazione di tutti gli aspetti connessi alla creazione, utilizzo e conservazione degli embrioni umani, sia ai fini di trattamento terapeutico che di ricerca. Anche con questo intervento la disciplina privatistica della genitorialità rimane tuttavia priva di una regolamentazione sistematica e prevalentemente affidata alle Corti. Con la riforma del 2008 l'*HFEA* assume un aspetto nuovo e dedica la Parte Seconda interamente all'attribuzione della genitorialità in caso di ricorso a tecniche di riproduzione medicalmente assistita, ivi compresa la surrogazione di maternità. Una precisazione importante: perché si applichi la disciplina dell'*HFEA* - che si pone in rapporto di specialità con le regole di *common law* - è fondamentale che il procedimento venga effettuato presso una clinica autorizzata. Diversamente, non sono applicabili le norme speciali in tema di genitorialità contenute nell'*HFEA*, ma quelle elaborate dalla giurisprudenza nell'ambito della procreazione naturale. Le conseguenze, dunque - come si vedrà - sono piuttosto rilevanti.

Innanzitutto, l'attribuzione della maternità ai sensi della Sezione 33 dell'*HFEA* è legata al parto e non al dato genetico: la donna che partorisce il bambino ne è sempre giuridicamente la madre, indipendentemente dalla mancanza di legami biologici con il

---

<sup>756</sup> COOK R., SCLATER S.D., KAGANAS F., *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart Publishing, 2003, p. 146.

<sup>757</sup> Il legislatore decide di criminalizzare il coinvolgimento nelle trattative, nell'attività di promozione e pubblicità o nella conclusione di contratti di surrogazione "commerciale", a titolo oneroso. Rimane dunque nel campo della valida autonomia privata la surrogazione di maternità di c.d. stampo solidaristico.

figlio<sup>758</sup>. Dunque, nei casi di surrogazione di maternità, la madre surrogata sarà inizialmente sempre giuridicamente la madre del figlio, anche qualora non abbia alcun legame genetico con il bambino ed intenda consegnarlo ai committenti dopo la nascita<sup>759</sup>. L'attribuzione del secondo ruolo genitoriale segue regole diverse e complesse, che tengono in primo luogo in considerazione l'esistenza di un rapporto formalizzato per il diritto tra la coppia di adulti che abbiano condiviso il progetto genitoriale ed in via sussidiaria la presenza di un accordo che dimostri l'esistenza di un progetto genitoriale condiviso. Svolgono dunque un ruolo essenziale l'aspetto dell'intenzionalità dell'assunzione del ruolo e della validità del consenso. Le regole, pur portando ai medesimi risultati e avendo lo stesso contenuto precettivo, sono poi differenziate a seconda che si tratti di attribuire la paternità all'interno di una coppia di sesso diverso o di attribuire un secondo ruolo genitoriale ad un'altra donna e, dunque, una co-maternità. Innanzitutto, va precisato che la legge esclude espressamente che il donatore del gamete maschile possa assumere il ruolo di genitore<sup>760</sup>.

Se la madre al momento dell'inseminazione è sposata con un uomo, il marito è padre del figlio<sup>761</sup>. Se l'ovulo è stato fecondato con il seme del marito, tuttavia non si applica la Sezione 35 dell'HFEA ma le presunzioni di *common law*<sup>762</sup>. Si tratta di una distinzione importante, perché mentre la presunzione di *common law* è relativa e può essere spazzata via in qualsiasi momento dal discordante risultato genetico, quella prevista dalla Sezione 35 è molto più forte, perché l'attribuzione della genitorialità si basa sull'assunzione volontaria del ruolo, per cui l'unica prova contraria ammessa è quella che dimostri la mancanza del consenso alla procedura concretamente verificatasi<sup>763</sup>.

---

<sup>758</sup> "The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child"; Human Fertilisation and Embriology Act 2008, s. 33 (1).

<sup>759</sup> PROBERT R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2012, p. 129.

<sup>760</sup> HFEA, s. 41 (1). Tale esclusione copre esclusivamente la volontaria assunzione del ruolo di donatore di seme, sicché nel caso si verifichi un errore medico che porti ad una fecondazione eterologa involontaria per l'attribuzione di paternità torna ad avere valore il legame genetico. Così in *Leeds Teaching Hospital Trust v. A*, in cui la Corte ha dichiarato la paternità a carico dell'uomo biologicamente legato al minore e non del marito della madre, inseminata artificialmente per errore con lo sperma di un uomo diverso dal marito; PROBERT R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2012, p. 131.

<sup>761</sup> HFEA, s. 35 (1)(a).

<sup>762</sup> HFEA, s. 35 (1)(b).

<sup>763</sup> Si fa qui nuovamente riferimento al caso *Leeds Teaching Hospital Trust v. A* per sottolineare che il consenso ha un ruolo fondamentale, tanto che non deve cadere genericamente sulla procedura in generale, ma su quello che è concretamente successo. Sicché non si può ritenere il consenso

Una presunzione speculare è stata inserita per l'attribuzione della genitorialità alla moglie o alla *civil partner* della madre alla Sezione 42.

Solo qualora non si applichino le presunzioni delle sezioni 35 e 42 – e dunque in via sussidiaria - le Corti sono chiamate a valutare se vi siano i requisiti per l'attribuzione della genitorialità ad un secondo genitore che abbia una relazione affettiva non formalizzata con la madre, ai sensi delle c.d. “*agreed parenthood provisions*”, cioè di una serie di condizioni che dimostrano il consenso della coppia sull'assunzione della genitorialità da parte del secondo genitore<sup>764</sup>, anche indicato come “*intended parent*” (rispettivamente “*agreed fatherhood conditions*”<sup>765</sup> e “*agreed female parenthood conditions*”<sup>766</sup>)<sup>767</sup>.

Infine, è comunque consentito alla donna l'accesso alle tecniche di riproduzione medicalmente assistita per dare alla luce un figlio come madre single, e ciò anche qualora sia sposata o in un'unione civile (tramite il diniego del consenso alla procedura da parte del partner e la dichiarazione della madre di voler essere riconosciuta come unico genitore del figlio)<sup>768</sup>.

Qualora ricorra un contratto di gestazione per altri, la madre surrogata<sup>769</sup> inizialmente è sempre considerata la madre legale del figlio. Per i committenti è dunque indispensabile ottenere un provvedimento giurisdizionale che dichiara la genitorialità sul bambino, che prende il nome di *parental order* ed è previsto dalla Sezione 54 dell'*HFEA*.

Gli effetti del *parental order* sono per espresso richiamo di legge gli stessi dell'adozione<sup>770</sup>, di cui esso rappresenta una modalità semplificata e maggiormente spedita. Il *parental order*

---

del marito a tecniche di fecondazione omologa valido anche per la fecondazione eterologa che si sia verificata per errore.

<sup>764</sup> I requisiti sono ovviamente identici per entrambe le ipotesi e sondano che sia intervenuto tanto il consenso scritto e sottoscritto all'organismo licenziato che pratica la procedura al riconoscimento della genitorialità quanto l'assenso della madre. Il consenso deve sussistere al momento della fecondazione (e il secondo genitore deve essere in vita in quel momento), né dev'essere intervenuta a quel momento revoca del consenso o dichiarazione di volontà della madre a che altri sia riconosciuto come genitore; *HFEA*, s. 37 e 44.

<sup>765</sup> *HFEA*, s. 37.

<sup>766</sup> *HFEA*, s. 44.

<sup>767</sup> McCANDLESS J., *The role of sexual partnership in UK family law: the case of legal parenthood*, in (eds.) CUTAS D., CHAN S., *Families: Beyond the Nuclear Ideal*, Bloomsbury Academic, 2012, p. 13.

<sup>768</sup> JACKSON E., *Assisted Conception and surrogacy in the UK*, in (eds.) EEKELAAR J., GEORGE R., *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Routledge Handbooks, 2014, p. 196.

<sup>769</sup> Il *Surrogacy Arrangements Act 1985* alla Sezione 1 dà una definizione di madre surrogata, come donna che porta in grembo un bambino in virtù di un accordo concluso prima del concepimento con il quale si è previsto che qualsiasi bambino che nasca venga consegnato ad un'altra persona o ad altre persone, a favore delle quali è delegato anche l'esercizio delle responsabilità genitoriali.

<sup>770</sup> La Corte nel decidere se concedere o meno il provvedimento è vincolata dagli stessi principi che regolano l'adozione e cioè in primis dalla preminente considerazione dell'interesse superiore



trasferisce la genitorialità, estinguendo al contempo la genitorialità e la responsabilità genitoriale in capo ad ogni altro soggetto diverso dai genitori committenti. Il figlio diventa per la legge “come se fosse nato da quelle persone”, ma solo a far data dal provvedimento, mentre restano in piedi gli impedimenti di sangue al matrimonio con i parenti genetici, nonché i diritti successori che egli potrebbe aver maturato tra la nascita ed il *parental order*. Peraltro, l'adozione resta anche lo strumento residuale dato ai committenti qualora la Corte, riscontrata l'assenza di uno dei requisiti di legge negasse il *parental order*.

I presupposti che devono essere soddisfatti perché la Corte possa emanare tale provvedimento costitutivo dello *status* di genitore<sup>771</sup> sono infatti diversi, alcuni dei quali possono apparire fonte di ingiuste discriminazioni<sup>772</sup>. Innanzitutto, il *parental order* può essere emesso esclusivamente a favore di una coppia di maggiorenni<sup>773</sup> (“*the applicants*”), sia essa sposata, in una *civil partnership* o in una stabile relazione affettiva di carattere familiare<sup>774</sup>; almeno uno dei componenti della coppia deve avere il *domicile* (corrispondente della residenza) nel Regno Unito. L'imprescindibilità del *domicile* delle parti in Regno Unito è stata ribadita dalla giurisprudenza, la quale rifiuta fermamente l'emissione di *parental order* qualora la surrogazione di maternità sia avvenuta nei confini nazionali, ma gli attori non siano domiciliati in Regno Unito<sup>775</sup>.

Nel merito, la Corte deve essere convinta che la madre surrogata e qualsiasi altra persona che risulterebbe genitore sulla base dell'*HFEA* 2008 (ad esempio, il marito della madre) abbiano liberamente e con piena consapevolezza acconsentito all'emanazione del

---

del minore. Lo *Human Fertilisation and Embriology (Parental Order) Regulations 2010* ha infatti esteso ai *parental order* l'applicazione della Sezione 1 dell'*Adoption and Children Act 2002*.

<sup>771</sup> “[...] *an order providing for a child to be treated in law as the child of the applicants*”; *HFEA*, s. 54(1).

<sup>772</sup> Si fa riferimento in particolare alla circostanza che il *parental order* non possa che essere emesso in favore di una coppia in cui almeno uno dei soggetti sia geneticamente legato al bambino, così discriminando proprio le coppie che siano totalmente infertili; JACKSON E., *Assisted Conception and surrogacy in the UK*, in (eds.) EEKELAAR J., GEORGE R., *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Routledge Handbooks, 2014, p. 197.

<sup>773</sup> Si tratta dunque di misure studiate sul “paradigma bi-genitoriale”, che appare curioso se si pensa che solo per la gestazione per altri viene introdotto questo limite, che non compare né per le altre tecniche di procreazione medicalmente assistita né per quanto attiene all'adozione. Sulla rimessione in discussione di tale paradigma la dottrina si è spesa a lungo soprattutto in relazione all'allargamento al terzo genitore inteso come step-parent, ma la discussione si è recentemente riaperta anche in relazione al donatore non anonimo ed al ruolo che potrebbe rivestire nella vita del minore; DOUGLAS G., *The changing concept of “family” and challenges for family law in England and Wales*, in (ed. by) SCHERPE J.M., *European Family Law. Volume II: The Changing Concept of “Family” and Challenges for Domestic Family Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 31.

<sup>774</sup> *HFEA*, s. 54(2).

<sup>775</sup> E' il caso di una coppia turca che si è vista negare l'emissione dei *parental orders* dopo aver concluso un contratto con una madre surrogata inglese; *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)*, 2007.

provvedimento che trasferisce la genitorialità (non è possibile per la Corte sostituirsi o dispensare dal consenso)<sup>776</sup>. Il consenso della madre partoriente è inoltre inefficace se non sia intervenuto almeno dopo 6 settimane dal parto<sup>777</sup>. La corte deve inoltre verificare che non sia stato pagato un corrispettivo né alla madre surrogata o alla sua famiglia, né all'eventuale organizzazione che abbia reso possibile la conclusione dell'accordo di surrogazione, in connessione con la manifestazione del consenso o la consegna il bambino<sup>778</sup>.

Qualora la madre surrogata ritiri il consenso o rifiuti di consegnare il bambino i genitori committenti potrebbero comunque fare domanda per ottenere un altro tipo di provvedimento (*child arrangements order*<sup>779</sup>): la Corte potrebbe infatti valutare che la residenza presso i genitori intenzionali sia la soluzione maggiormente rispondente al benessere del minore, o comunque ordinare una spartizione dei tempi con i genitori biologici o stabilire dei diritti di visita.

La normativa inglese in materia di adozione si configura come estremamente flessibile e aperta, prevedendo la possibilità di adottare sia da parte di una persona singola<sup>780</sup> che di una coppia, purché l'adottante o gli adottanti abbiano almeno ventun anni<sup>781</sup>. Per quanto attiene alle coppie, non vi è alcuna specificazione di sorta circa la necessità di una formalizzazione di relazione, né tantomeno vi sono requisiti di durata della stessa, sicché la domanda di adozione congiunta può essere avanzata anche da una coppia di fatto e non vi sono – in armonia con la situazione di uguaglianza nella tutela dei rapporti di

---

<sup>776</sup> HFEA, s. 54(6).

<sup>777</sup> Ciò può creare delle complicazioni nei casi di surrogazione di maternità intervenuta all'estero, dove il consenso della madre surrogata potrebbe dover venire sondato nuovamente qualora sulla base della legislazione estera del Paese di ricorso al procedimento il consenso intervenga prima. Cfr. anche *infra* la normativa canadese; para 4.3.5.

<sup>778</sup> Spetta ai committenti dimostrare che eventuali trasferimenti di denaro intercorsi non collidono con questa restrizione, ad esempio che si tratta di rimborsi ragionevoli per le spese della gestazione o per i mesi di necessaria rinuncia alle attività lavorative. La Corte autorizzare questi pagamenti - anche con effetto retroattivo - considerando che si tratti di cifre proporzionate/ragionevoli e della buona fede dei committenti nel rimborsarle, in altre parole della mancanza dell'intento di corrompere la surrogata e di violare il divieto di surrogata commerciale. In realtà le Corti si sono dimostrate di maglie piuttosto larghe nel caso di accordi internazionali di surrogazione di maternità, anche quando siano state pagate somme ingenti, suscitando il dissenso della dottrina; v. per tutti, FENTON-GLYNN C., The regulation and recognition of surrogacy under English law: an overview of the case law, in *Child and Family Law Quarterly*, 2015, p. 7.

<sup>779</sup> "*child arrangements order*" means an order regulating arrangements relating to any of the following: (a) with whom a child is to live, spend time or otherwise have contact, and (b) when a child is to live, spend time or otherwise have contact with any person"; Children Act 1989, s. 8.

<sup>780</sup> *Adoption and Children Act 2002*, s. 51.

<sup>781</sup> *Adoption and Children Act 2002*, s. 50.

coppia - preclusioni legate all'identità di sesso degli adottanti<sup>782</sup>. Vi è invece una preclusione a carico di un soggetto che sia in una relazione formalizzata ad adottare in maniera disgiunta, salvo casi espressi, quali l'incapacità derivante da malattia di uno dei due coniugi o *civil partner* o una separazione di fatto che abbia i caratteri della permanenza<sup>783</sup>.

L'unico vero limite posto è il requisito di collegamento con il territorio del Regno Unito (quindi anche eventualmente Scozia o Irlanda del Nord), individuato alternativamente nel *domicile* – da intendersi in termini di residenza - o nel domicilio eletto da almeno un anno<sup>784</sup>.

Per effetto del provvedimento di adozione, l'adottato è trattato come se fosse sempre stato figlio degli adottanti e – come si è visto, curiosamente considerata la voluta abolizione della legittimità – acquista lo stato di figlio legittimo<sup>785</sup> (anche qualora l'adozione sia singola). All'adottante o agli adottanti è riconosciuta in virtù del provvedimento di adozione la responsabilità genitoriale, che è estinta in capo ai genitori biologici, salvo il caso in cui l'adottante sia fatto in favore di uno *step-parent*<sup>786</sup>. Nessun ordine di adozione ha il carattere di revocabilità nell'ordinamento inglese<sup>787</sup>.

#### 4.1.3 Caratteri e attribuzione della responsabilità genitoriale.

In Inghilterra, la relazione tra attribuzione del ruolo di genitore legale e assunzione dei diritti e doveri di cura del minore non è biunivoca: sicché non tutti i genitori esercitano la responsabilità genitoriale e non tutti coloro che esercitano la responsabilità genitoriale sono anche genitori legali del minore<sup>788</sup>.

La normativa di riferimento è costituita dal *Children Act 1989*, il quale contiene alla Sezione 3 l'esplicazione dei contenuti della *parental responsibility*: la responsabilità

---

<sup>782</sup> Le disposizioni interpretative dell'atto specificano tuttavia la necessità dell'esistenza di legami affettivi *more uxorio* ed esclude espressamente che nel concetto di coppia possano essere ricomprese invece due persone che siano legate da rapporti di parentela tra loro – ad esempio, sorelle o fratelli – restando comunque non preclusa la possibilità di questi soggetti di adottare come singoli; *Adoption and Children Act 2002*, s. 144(4)(b)-(5).

<sup>783</sup> *Adoption and Children Act 2002*, s. 51(3).

<sup>784</sup> *Adoption and Children Act 2002*, s. 49.

<sup>785</sup> *Adoption and Children Act 2002*, s. 66.

<sup>786</sup> *Adoption and Children Act 2002*, s. 46.

<sup>787</sup> A meno che non fosse illegittimo *ab origine*; PROBERT R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2012, p. 153.

<sup>788</sup> PROBERT R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2012, p. 137.

genitoriale comprende tutti i diritti, doveri, poteri, responsabilità e autorità che il diritto riconosce al genitore in relazione al figlio ed ai suoi averi<sup>789</sup>, nonché quelli che sarebbero riconosciuti per legge al tutore (*guardian*)<sup>790</sup>. Nei doveri connessi all'attribuzione della responsabilità genitoriale non rientra quello al mantenimento: il c.d. *support* è indipendente dal fatto che una persona eserciti o meno le responsabilità di cura sul minore, configurandosi come dovere separato<sup>791</sup>.

La distinzione fondamentale è quella tra i soggetti per cui la responsabilità genitoriale sorge automaticamente in virtù della genitorialità e quelli che hanno necessità di un distinto atto giuridico per acquisirla.

Nel primo gruppo ricade sempre e comunque la madre<sup>792</sup>. Solo nel caso in cui i genitori siano (reciprocamente) sposati o in un'unione civile al momento della nascita del figlio, la responsabilità genitoriale sorge automaticamente in capo a entrambi (ed indipendentemente dalla circostanza che si sia fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita)<sup>793</sup>.

Se gli adulti non sono legati da un rapporto di coppia formalizzato per il diritto, la responsabilità genitoriale può sorgere in capo ad un secondo soggetto<sup>794</sup> per mezzo di modalità diverse.

La più comune e diffusa, introdotta tuttavia solo nel 2003<sup>795</sup>, è la registrazione del soggetto come secondo genitore alla nascita del figlio. La registrazione davanti all'ufficiale di stato civile richiede l'assenso della madre ed interessa sia il padre convivente *more uxorio*

---

<sup>789</sup> *Children Act 1989*, s. 3(1).

<sup>790</sup> *Children Act 1989*, s. 3(2). Si fa riferimento in particolare ai poteri modificativi della sfera patrimoniale del minore, acquisti *inter vivos* o *mortis causa*.

<sup>791</sup> *Children Act 1989*, s. 3(4). Inoltre, non vi è connessione nemmeno tra esercizio della responsabilità genitoriale e diritti successori.

<sup>792</sup> *Children Act 1989*, s. 2(2)(2A).

<sup>793</sup> *Children Act 1989*, s. 2(1)(1A).

<sup>794</sup> Sebbene si ritenga saldo nel diritto inglese il paradigma bi-genitoriale per quanto attiene alle già viste regole attributive della genitorialità, la lettera della legge in materia di responsabilità genitoriale non è tale da precludere un'estensione, non parlando della necessità che i soggetti siano necessariamente solo due. Risulta anzi formulata in maniera piuttosto aperta: "*more than one person may have parental responsibility for the same child at the same time*"; *Children Act 1989*, s. 2(5) e la tripartizione della responsabilità con il c.d. step-parent non è infrequente. Lo *statute* specifica inoltre che il verificarsi di una situazione attributiva ex novo della responsabilità genitoriale non comporta l'automatico caducamento della responsabilità genitoriale in capo a chi già la eserciti; *Children Act 1989*, s. 2(6).

<sup>795</sup> La norma, in vigore dall'1 dicembre 2003, non ha effetto retroattivo, cosicché i padri dei figli la cui registrazione di nascita sia avvenuta prima di tale data, ancorché menzionati nell'atto, restano soggetti al precedente regime, dovendo derivare la loro responsabilità da una delle diverse modalità previste dalla legge; HONORATI C., *La responsabilità parentale del padre non sposato. L'approccio italiano e quello inglese a confronto*, in *Fam. E Dir.*, 2014, pp. 1150 ss.

nelle coppie eterosessuali che la co-madre che abbia acquisito lo status di “*other female parent*” ai sensi dell’*HFEA*<sup>796</sup>.

All’interno dell’ordinamento inglese esistono poi tre opzioni di natura negoziale, che lasciano all’autonomia privata il riconoscimento ad un soggetto “qualificato” – si vedrà di volta in volta in che termini - di tutte o di alcune delle responsabilità di cura del minore. Lo strumento cardine più forte è il c.d. *Parental Responsibility Agreement (PRA)*. L’accordo, soggetto a requisiti di forma e pubblicità<sup>797</sup>, può intervenire tra la madre e l’altro genitore legale<sup>798</sup>, ma anche a favore del c.d. *step-parent*, cioè di un soggetto che non è genitore del minore ma che con egli conviva e ne assuma di fatto il ruolo di cura, il quale deve tuttavia essere legato alla madre da un rapporto formalizzato<sup>799</sup>. In quest’ultimo caso il contratto diviene necessariamente trilaterale qualora entrambi i genitori legali siano investiti della responsabilità genitoriale, che viene così riconosciuta, nella sua totale ampiezza, in capo a tre diversi soggetti<sup>800</sup>.

La responsabilità genitoriale è riconosciuta nella sua estensione totale anche in capo ad un eventuale tutore nominato in forma scritta dall’esercente o dagli esercenti la responsabilità genitoriale (*appointment of guardian*<sup>801</sup>), per il caso di morte. In questo caso non vi sono limitazioni relative al soggetto che può essere nominato, che tuttavia assume il ruolo sole ove non vi siano in vita altri soggetti già investiti della responsabilità genitoriale in virtù della legge o di accordi di altra natura, nonché qualora lo accetti espressamente, non avendo la nomina del tutore natura consensuale<sup>802</sup>.

Infine, sebbene la responsabilità genitoriale non sia tecnicamente né rinunciabile né trasferibile in vita<sup>803</sup>, il diritto inglese riconosce la possibilità di delegare (*delegation*) tutti o alcuni dei poteri ed obblighi ad essa connessi ad un soggetto terzo che “ne fa le veci”, cioè che eserciti nei fatti la responsabilità in luogo del vero titolare. Si tratta di uno strumento estremamente flessibile, che può coprire casi di temporanea impossibilità del genitore, ma anche costituire una soluzione di durata nella cura del minore (ad esempio, ricorrente è per l’affido duraturo del minore ai nonni<sup>804</sup>).

---

<sup>796</sup> PROBERT R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2012, p. 138.

<sup>797</sup> *Children Act 1989*, S. 4(2).

<sup>798</sup> *Children Act 1989*, S. 4(1)(b); S. 4ZA(1)(b).

<sup>799</sup> *Children Act 1989*, S. 4A(1)(a).

<sup>800</sup> PROBERT R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2012, p. 138.

<sup>801</sup> Possibile anche per ordine della Corte; *Children Act 1989*, s. 5(1).

<sup>802</sup> PROBERT R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2012, p. 139.

<sup>803</sup> *Children Act 1989*, S. 2(9).

<sup>804</sup> PROBERT R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2012, p. 140.

Tutte le soluzioni sopra considerate prevedono dunque una qualche forma di manifestazione di consenso da parte della madre, unico soggetto investito sempre automaticamente dell'esercizio della responsabilità.

Anche le Corti possono tuttavia attribuire le responsabilità di cura ad alcuni soggetti con una serie di strumenti accomunati dall'esigenza di fondo di fornire i soggetti che sono a contatto quotidiano con il minore - e che quindi si trovano a vivere socialmente il ruolo genitoriale - dei poteri atti a garantire loro di svolgere tale ruolo nella pienezza del benessere del minore<sup>805</sup>. Esclusi i già visti provvedimenti in cui il conferimento della responsabilità genitoriale è contestuale al trasferimento della genitorialità (adozione e *parental order*), lo strumento più rilevante è il *parental responsibility order* (PRO). Esso può essere concesso qualora risponda all'interesse del minore solo a soggetti "qualificati", cioè che rivestano già il ruolo di genitore (anche solo socialmente in quanto *step-parents*) ed esclusivamente su iniziativa della parte interessata ad assumersi volontariamente la responsabilità<sup>806</sup>. Tuttavia, le Corti dispongono anche di uno strumento residuale per riconoscere le responsabilità di cura in capo a tutti quei soggetti altri conviventi con il minore e che potrebbero trovarsi a rivestire un ruolo predominante nei suoi affetti e nella sua cura (*residence order*). Si tratta di uno strumento che i giudici utilizzano con estrema frequenza e versatilità a favore di conviventi *more uxorio* o parenti: l'emanazione di un *residence order* comporta automaticamente anche il conferimento della responsabilità genitoriale per l'intero periodo di tempo per cui lo stesso è emesso<sup>807</sup>.

Se il panorama dell'attribuzione delle responsabilità di cura del minore risulta così complesso e frazionabile, risulta indispensabile comprendere le modalità di esercizio qualora siano interessati più soggetti, anche onde comprendere se si possano verificare ipotesi di conflitto pregiudizievoli per il minore.

Da un lato, infatti, come si è già visto, la legislazione non delimita i contenuti della responsabilità genitoriale, dandone una visione piuttosto fluida e comprensiva e lasciando dunque all'interprete il ruolo di individuarne quali siano di volta in volta le sue specificazioni (ad esempio, le scelte relative alla residenza, all'istruzione, al credo religioso<sup>808</sup>). Si sposa al non specificare contenuti che siano anche eventualmente posti tra loro su scale di valori di ordinarietà o straordinarietà, la scelta di fondo effettuata dal

---

<sup>805</sup> PROBERT R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2012, p. 140.

<sup>806</sup> *Children Act 1989*, s. 4(1)(c); s. 4A(1)(b); s. 4ZA(1)(c).

<sup>807</sup> *Children Act 1989*, s. 12(2).

<sup>808</sup> LOWE N., DOUGLAS G., *Bromley's Family Law*, OUP, 2006, p. 377.



legislatore inglese di prevedere che la responsabilità genitoriale, se anche condivisa, sia comunque esercitata in maniera disgiunta per qualsiasi atto ad essa inerente<sup>809</sup>. Ogni genitore può dunque virtualmente intraprendere in solitaria le azioni che ritenga migliori nell'interesse del minore. Ovviamente, ciò non evita i profili di conflitto ed in alcune limitate situazioni di particolare incidenza sulla vita del minore la giurisprudenza ha ritenuto che gravi il dovere di ottenere il consenso dell'altro genitore, come in relazione al mutamento di cognome o a trattamenti medici particolarmente gravi<sup>810</sup>.

Due considerazioni finali sul tema.

In primo luogo, i soggetti che esercitino la responsabilità genitoriale dalla nascita del figlio ne possono essere privati solo in virtù di un *adoption order*. Al contrario, le Corti possono ordinare la decadenza dalla responsabilità genitoriale<sup>811</sup> nei confronti dei soggetti che la esercitino in virtù delle altre ipotesi attributive (registrazione, *PR*A e *PR*O).

Infine, sebbene l'eventuale fine della relazione tra i genitori non abbia ricadute formali sull'attribuzione della responsabilità genitoriale, va considerato che in concreto la dimensione temporale che il minore può trovarsi a passare con uno dei due genitori può variare sensibilmente, essendo l'affido condiviso al massimo un trend in diffusione, ma non la regola. I rapporti tra il minore e i genitori dopo la separazione, infatti, entrano nei c.d. *child arrangements orders* di cui alla Sezione 8 del *Children Act 1989*, che hanno sostituito le osteggiate – ma ancora utilizzate nella prassi – nozioni di *custody* e *access*<sup>812</sup>.

#### **4.1.4 Famiglia in senso giuridico e tutela dei rapporti di coppia: coppie eterosessuali e coppie omosessuali**

Allo stato attuale, la situazione relativa alla famiglia c.d. in senso orizzontale in Inghilterra rappresenta un *unicum* all'interno dell'Occidente.

Nel diritto inglese sono riconosciuti due modelli di formalizzazione delle relazioni affettive tra adulti: matrimonio e *civil partnership*.

---

<sup>809</sup> *Children Act 1989*, S. 2(7).

<sup>810</sup> DOUGLAS G., *The changing concept of "family" and challenges for family law in England and Wales*, in (ed. by) SCHERPE J.M., *European Family Law. Volume II: The Changing Concept of "Family" and Challenges for Domestic Family Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 31.

<sup>811</sup> PROBERT R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2012, p. 147.

<sup>812</sup> DOUGLAS G., *The changing concept of "family" and challenges for family law in England and Wales*, in (ed. by) SCHERPE J.M., *European Family Law. Volume II: The Changing Concept of "Family" and Challenges for Domestic Family Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 33.

Nella persistenza di un modello matrimoniale forgiato sul tradizionale requisito eterosessuale, il Parlamento inglese aveva infatti introdotto nel 2004 l'unione civile, una forma di convivenza registrata<sup>813</sup> destinata alle sole coppie dello stesso sesso a mezzo del *Civil Partnership Act 2004* (da ora in poi anche *CPA*). Con riguardo agli effetti legali dell'unione, essa è equiparata al matrimonio nel determinare l'insorgenza dei rapporti di parentela e affinità (nonché gli impedimenti ad essi connessi)<sup>814</sup>. Ma soprattutto, vi è un'equiparazione quasi totale<sup>815</sup> dei *civil partners* ai coniugi per quanto attiene tutti i diritti e responsabilità connessi alla filiazione, sia dunque con riferimento all'accesso all'adozione e alle tecniche di riproduzione assistita che per quanto attiene l'attribuzione della responsabilità genitoriale, sicché non sorgono dubbi circa la natura familiare dell'istituto.

Quanto invece rende il panorama inglese - seppure per un periodo di tempo che si può anche pensare, per i motivi che si espliciteranno a breve, contenuto - è la situazione creatasi in seguito all'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, avvenuta con il *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*.

All'atto di introduzione del matrimonio *gender neutral*, infatti, il Parlamento inglese ha dovuto risolvere la questione del rapporto tra *civil partnership* e matrimonio.

L'esigenza di effettuare un coordinamento tra i due istituti non è tuttavia stata sentita dal legislatore, dando vita a risultanze dubbiamente compatibili tanto con l'esigenza di semplificazione ed economia degli istituti ordinamentali, quanto, e soprattutto, con il rispetto del principio di uguaglianza. Non è avvertita la necessità di abrogare l'istituto, il quale viene mantenuto in vita con le sue caratteristiche originarie. Nel *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* viene tuttavia inserita una previsione che prevede la rivalutazione futura della posizione presa dal legislatore, da effettuarsi con una procedura articolata. Il Governo dovrebbe infatti valutare la revisione – adottando la soluzione ritenuta migliore

---

<sup>813</sup> “A civil partnership is a relationship between two people [of the same sex] which is formed when they register as civil partners of each other”; *Civil Partnership Act 2004*, s. 1(1).

<sup>814</sup> HAYWARD A., *Registered Partnerships in England and Wales*, in (eds.) SCHERPE J.M., HAYWARD A., *The future of registered partnerships. Family Recognition beyond marriage?*, Intersentia, 2017, p. 204.

<sup>815</sup> A restare invariata è principalmente una discrepanza relativa all'assenza di un meccanismo automatico di attribuzione della genitorialità di un figlio nato durante l'unione civile al convivente registrato che rappresenti l'analogo della presunzione di paternità prevista per il matrimonio; HAYWARD A., *Registered Partnerships in England and Wales*, in (eds.) SCHERPE J.M., HAYWARD A., *The future of registered partnerships. Family Recognition beyond marriage?*, Intersentia, 2017, p. 210.

- anche a seguito di una consultazione popolare e comunque al vaglio della risposta sociale al nuovo assetto normativo<sup>816</sup>.

Se da un lato viene comunque apprestato un meccanismo di conversione dell'unione civile in matrimonio<sup>817</sup>, dall'altro viene declinata la proposta di estendere la *civil partnership* alle coppie di sesso diverso<sup>818</sup>. Gli stessi lavori preparatori rivelano passaggi argomentativi piuttosto contraddittori, se si pensa che il Governo ricorda come l'introduzione della *civil partnership* sia espressamente riconducibile all'esigenza di fornire alle coppie dello stesso sesso una tutela equivalente in diritti, doveri e prerogative a quella del matrimonio, per poi smentire che essa andasse configurata come una sua alternativa, da aprirsi anche alle coppie di sesso diverso<sup>819</sup>.

A partire dal 2014, dunque, l'ordinamento inglese si trova a vivere la peculiare situazione per cui sono le coppie dello stesso sesso a godere di una posizione privilegiata, potendo scegliere di formalizzare la loro relazione attraverso due diverse modalità, seppure dagli effetti assimilabili<sup>820</sup>. Le coppie di sesso diverso vivono invece - storicamente per la prima volta - la preclusione di un'opzione sulla base del loro orientamento sessuale<sup>821</sup>.

---

<sup>816</sup> *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*, s. 15.

<sup>817</sup> "The parties to a [...] *civil partnership* may convert their *civil partnership* into a marriage under a procedure established by regulations made by the Secretary of State"; *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*, s. 9 (1). Il Regolamento verrà tuttavia emanato solo 9 mesi dopo l'entrata in vigore della legge, nell'ottobre 2014 (*Marriage of Same Sex Couples (Conversion of Civil Partnership) Regulations 2014 SI 2014/3181*).

<sup>818</sup> HAYWARD A., *Registered Partnerships in England and Wales*, in (eds.) SCHERPE J.M., HAYWARD A., *The future of registered partnerships. Family Recognition beyond marriage?*, Intersentia, 2017, p. 210.

<sup>819</sup> Il Governo inglese aveva infatti attivato una consultazione, pubblicando un documento contenente sia il responso popolare che le risposte governative. Nello stesso si legge: "*When civil partnerships were introduced in 2005, they were created to allow equivalent access to rights, responsibilities and protections for same-sex couples to those afforded by marriage. They were not intended or designed as an alternative to marriage. Therefore, we do not believe that they should now be seen as an alternative to marriage for opposite sex-couples*"; HM Government, *Equal Marriage: The Government's Response*, 2012, p. 26. I documenti sono consultabili all'indirizzo governativo britannico: <https://www.gov.uk/government/consultations/equal-marriage-consultation> (ultimo accesso: 29.6.2018).

<sup>820</sup> Secondo la dottrina la graduale parificazione avvenuta tra i due istituti sarebbe tale da renderli praticamente sovrapponibili, motivo per cui sarebbe logicamente preferibile l'abrogazione della *civil partnership* all'estensione della stessa alle coppie di sesso diverso; DOUGLAS G., *The changing concept of "family" and challenges for family law in England and Wales*, in (ed. by) SCHERPE J.M., *European Family Law. Volume II: The Changing Concept of "Family" and Challenges for Domestic Family Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 26.

<sup>821</sup> SCHERPE J.M., *Scheidungsrecht, Civil Partnership und Family Provision auf dem Prüfstand in England und Wales*, in *FamRZ*, 2017, p. 1454.

Sulla situazione è intervenuta da ultimo la *UK Supreme Court* con la decisione nel caso *R (on the application of Steinfeld and Keidan v. Secretary of State for International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary))* del 27 giugno 2018.

La Corte accoglie l'appello di una coppia eterosessuale intenzionata a formalizzare la propria unione a mezzo della *civil partnership* e non del matrimonio<sup>822</sup> e ad ottenere una declaratoria di incompatibilità ai sensi dell'art. 4 dello *Human Rights Act* del combinato disposto delle Sezioni 1 e 3 del *CPA* nella parte in cui precludono la contrazione dell'unione alle coppie di sesso diverso. Ciò in virtù della violazione dei parametri internazionali stabiliti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, dunque, del principio di non discriminazione (art. 14 CEDU) applicato al rispetto della loro vita familiare (art. 8 CEDU).

La Suprema Corte fa propri i parametri valutativi enucleati dalla Corte EDU nello stabilire l'ampiezza del margine di apprezzamento lasciato agli Stati contraenti e ritiene perciò che la limitazione di un diritto fondamentale sia consentita nella misura in cui risponda ad uno scopo legittimo. Quest'ultimo non è in alcun modo ravvisabile nella scelta di perpetrare una discriminazione per il tempo necessario ad adottare "la soluzione ritenuta maggiormente idonea allo scopo"<sup>823</sup>. Tale circostanza porta la Corte a pronunciare una declaratoria di incompatibilità (*declaration of incompatibility*) delle Sezioni impugnate del *CPA* con gli artt. 8 e 14 della CEDU. La pronuncia, tuttavia non solo non è costitutiva, ma nemmeno è vincolante per il legislatore<sup>824</sup>.

---

<sup>822</sup> L'opzione di scelta è determinata dall'ostilità ideologica della coppia, in una relazione affettiva di lunga durata e con due figli, al matrimonio, opzione matrimoniale che è considerata dai conviventi retaggio di una società patriarcale. Tale obiezione viene considerata dalla Corte come valida e "genuina": "*It is not disputed that their unwillingness to marry is based on genuine conviction. Nor is it disputed that their wish to have their relationship legally recognised is other than entirely authentic*"; *R (on the application of Steinfeld and Keidan v. Secretary of State for International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary))*, [2018] UKSC 32, p. 6 (disponibile sul sito ufficiale della Corte: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0060-judgment.pdf>; ultimo accesso: 1.8.2018).

<sup>823</sup> Si legge nell'opinione di Lord Kerr (alla quale aderisce l'intera Corte) che l'unica soluzione compatibile con il quadro internazionale in tema di rispetto della vita familiare era che il governo eliminasse la discriminazione di trattamento immediatamente. Un risultato che poteva essere raggiunto tanto con l'abolizione dell'unione civile, quanto con l'estensione della stessa alle coppie di sesso diverso. Invece la circostanza di "prendere tempo" per effettuare una scelta più opportuna non può in alcun modo ritenersi uno scopo legittimo nella perpetrazione di una discriminazione; *R (on the application of Steinfeld and Keidan v. Secretary of State for International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary))*, [2018] UKSC 32, p. 17, para. 50.

<sup>824</sup> La natura non vincolante della declaratoria di incompatibilità è dettata dal rispetto della divisione dei poteri, sicché la riserva alla discrezionalità del Parlamento della scelta circa il conformarsi alla decisione stessa rispetta formalmente la sovranità legislativa di quest'ultimo;

In conseguenza, il Parlamento non solo non ha un obbligo di conformare la legislazione agli standard di compatibilità con la Convenzione Edu, ma nemmeno di intervenire in via generale. La legge continua a vigere nella sua formulazione originale sino all' eventuale intervento del legislatore e le Corti dovranno continuare ad applicarla, non essendovi - perché esclusa per l'appunto dalla pronuncia di incompatibilità - possibilità di darne un'interpretazione adeguatrice.

Pertanto, la situazione inglese per quanto attiene alla tutela delle coppie che vogliono formalizzare la loro unione si può pensare evolutiva, ma resta, allo stato attuale, rispecchiante un *unicum* nelle scelte di tutela dei rapporti di coppia negli ordinamenti occidentali.

Infine, nell'ordinamento inglese non si rinviene una regolamentazione unitaria della convivenza, come forma di vita di coppia. Tuttavia, le coppie di fatto godono di una piena uguaglianza nei rapporti di famiglia c.d. verticali, essendo loro garantito tanto l'accesso alle tecniche di riproduzione assistita che all'adozione<sup>825</sup>.

#### **4.1.5 Diritto privato internazionale e riconoscimento dei provvedimenti sullo *status familiare* ottenuti all'estero**

In Inghilterra non esiste una normativa comprensiva di diritto internazionale privato di fonte legislativa, ma esso è affidato ai principi storicamente elaborati dalle Corti nei singoli settori.

---

MASTERMAN R., The United Kingdom, in (eds.) GERARDS J., FLEUREN J., *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the EctHR in National Case-Law*, Intersentia, 2014, p. 313. Tale finalità chiara anche in alcuni passaggi della sentenza della Corte dove si legge dell'assenza di un intento "usurpativo" del ruolo del Parlamento: "*An essential element of the structure of the Human Rights Act 1998 is the call which Parliament has made on the courts to review the legislation which it passes in order to tell it whether the provisions contained in that legislation comply with the Convention. By responding to that call and sending the message to Parliament that a particular provision is incompatible with the Convention, the courts do not usurp the role of Parliament, much less offend the separation of powers. A declaration of incompatibility is merely an expression of the court's conclusion as to whether, as enacted, a particular item of legislation cannot be considered compatible with a Convention right. In other words, the courts say to Parliament, 'This particular piece of legislation is incompatible, now it is for you to decide what to do about it.' And under the scheme of the Human Rights Act 1998 it is open to Parliament to decide to do nothing.*"; R (on the application of Steinfeld and Keidan v. Secretary of State for International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary)), [2018] UKSC 32, p. 20, para. 60.

<sup>825</sup> SCHERPE J.M., FENTO-GLYNN C., HUGHES K., *Family Forms and Parenthood in England and Wales*, Intersentia, 2016, p. 145.

In materia di diritto di famiglia e riconoscimento dei provvedimenti stranieri sugli *status familiae*, la regola fondamentale è che la *lex fori* trovi senza eccezione applicazione qualora il giudice si ritenga competente<sup>826</sup>.

In ogni caso, l'*HFEA* si premura di esplicitare che l'intera normativa inglese in tema di attribuzione di genitorialità in caso di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita è di applicazione necessaria, cioè che si applicano le regole inglesi, indipendentemente dal luogo in cui la procedura è stata attuata. Quella britannica sarà sempre dunque la legge applicabile alle ipotesi di gestazione per altri intervenute all'estero, in cui si richieda il riconoscimento di *status* familiari. La genitorialità viene infatti considerata una questione di fatto e, in quanto tale, è soggetta all'esistenza della giurisdizione delle Corti inglesi, fondata sul *domicile* delle parti, criterio di collegamento cardine in materia di *status* delle persone<sup>827</sup>.

Soddisfatto il requisito della competenza, le Corti tendono ad essere piuttosto elastiche nell'emissione dei *parental orders* anche per casi di surrogazione internazionale, ispirandosi in maniera principale all'esigenza di avere come parametro primario il benessere del minore, da non ledersi soprattutto sotto il profilo del suo diritto identitario<sup>828</sup>.

La più grossa complicazione, per la verità, può essere costituita dal fatto che al momento della domanda di un *parental order* il minore deve vivere già con gli attori e quindi trovarsi legalmente nel territorio britannico. Si tratta di una situazione che può creare problemi – e spesso effettivamente li crea – negli accordi internazionali di surrogazione, in quanto la legislazione in materia di immigrazione può frapporre degli ostacoli all'entrata del minore

---

<sup>826</sup> E l'unico vero argomento in diritto diventa dunque la contestazione del criterio di collegamento che comporta la giurisdizione inglese; SCHERPE J.M., *Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni prematrimoniali nel common law – alcuni suggerimenti pratici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, p. 920.

<sup>827</sup> WELLS-GRECO M., *The status of children arising from inter-country surrogacy arrangements*, Eleven International Publishing, 2016, p. 155.

<sup>828</sup> Sulla base della rispondenza all'interesse del minore, nel 2014 la giurisprudenza ha superato anche il termine di decadenza dell'azione trascorsi sei mesi dalla nascita del minore. Il caso, *Re X and Y (Foreign Surrogacy)*, concerneva un accordo di surrogazione intervenuto in India, dove i committenti britannici avevano vissuto per due anni, per poi fare ritorno in Regno Unito chiedendo l'emissione dei provvedimenti: "the statute must be read down to ensure that the "essence" of the protected right is not impaired: in this case the child's right to identity"; FENTON-GLYNN C., *The difficulty of Enforcing Surrogacy Regulations*, in *Cambridge Law Journal*, 2015, p. 74. "Where the child is already in existence, his or her welfare must dictate the decision making process, leaving authorities with little room to manoeuvre"; FENTON-GLYNN C., *The regulation and recognition of surrogacy under English law: an overview of the case law*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2015, p. 11.



in Regno Unito, mettendolo nella posizione di essere potenzialmente sia privo di genitori che apolide<sup>829</sup>.

L'agenzia frontiera britannica (*UK Agency Border*) ha quindi rilasciato una sorta di *vademecum*<sup>830</sup> per le coppie inglesi che facciano ricorso alla surrogazione all'estero, esponendo i rischi connessi. In particolare, esso sottolinea che a tutti i residenti in Regno Unito si applica la normativa inglese e, dunque, anche se la normativa nazionale della madre surrogata riconosca i committenti come genitori e rilasci i certificati di nascita che comprovano tale *status*, il diritto inglese potrebbe non riconoscerli come genitori del minore<sup>831</sup>. L'unica situazione che presenta bassi profili di complessità è infatti quella in cui la madre surrogata non sia sposata ed il cittadino britannico sia anche padre genetico del figlio: in tal caso, la prova del DNA sarà sufficiente a sponsorizzare l'entrata del minore in Regno Unito, in quanto cittadino britannico. Se tuttavia la madre surrogata sia sposata, come noto, la legislazione britannica vedrà il marito come padre del bambino, salvo non abbia acconsentito alla procedura. La possibilità per il minore di entrare nel territorio del Regno Unito – a patto che risulti che i genitori legali abbiano rinunciato alle responsabilità sul minore - sarà dunque totalmente discrezionale, poiché legata ad un permesso (*entry clearance*) rilasciato dal Segretario di Stato sul presupposto che vi siano prove che la domanda di *parental order* abbia buone possibilità di essere accolta (una sorta di *fumus boni iuris*)<sup>832</sup>.

Anche il riconoscimento delle pronunce di adozione – è rimesso ai principi di *common law*. Il *leading case* è *Re Valentine's Settlement* del 1997, concernente un ordine di adozione emesso in Sudafrica a favore di un cittadino britannico. Secondo i principi da essa enucleabili, il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero di adozione richiede che sussista la giurisdizione dello Stato che ha emesso il provvedimento, che esso sia valido secondo la legge dello Stato di emissione e che il riconoscimento non sia contrario all'ordine pubblico interno (attraverso il riscontro di conformità alle garanzie procedurali

---

<sup>829</sup> JACKSON E., Assisted Conception and surrogacy in the UK, in (eds.) EEKELAAR J., GEORGE R., Routledge Handbook of Family Law and Policy, Routledge Handbooks, 2014, p. 199.

<sup>830</sup> *Intercountry Surrogacy and the Immigration Rules*, disponibile al sito dell'agenzia frontiera britannica: [www.ukba.homeoffice.gov.uk](http://www.ukba.homeoffice.gov.uk) (ultimo accesso: 23.7.2018).

<sup>831</sup> Il punto 6 mette particolare enfasi su questo punto: "*Even if the surrogate mother's home country sees the commissioning couple as the "parents" and issues documentation to this effect, UK law and the Immigration Rules will not view them as "parents"*".

<sup>832</sup> JACKSON E., Assisted Conception and surrogacy in the UK, in (eds.) EEKELAAR J., GEORGE R., Routledge Handbook of Family Law and Policy, Routledge Handbooks, 2014, p. 199.

e sostanziali previste dal diritto inglese)<sup>833</sup>. Il requisito maggiormente contrastato è invece sempre legato all'importanza data al *domicile*, cioè dalla necessità che l'adottante fosse domiciliato nello Stato che ha emesso il provvedimento. In ogni caso la *High Court* ha di recente ritenuto che tanto tale ostacolo quanto l'eventuale presenza di garanzie processuali difformi - purché atte a garantire il *best interest of the child* - siano superabili in virtù dell'interesse riconosciuto a quest'ultimo, anche alla luce dell'art. 8 CEDU al rispetto della sua vita familiare, sul piano della conservazione dello status acquisito<sup>834</sup>.

\*\*\*

## **4.2. La famiglia in senso giuridico in Irlanda.**

### **4.2.1. La tutela della famiglia nella Costituzione irlandese.**

Trattare il diritto irlandese in successione a quello della vicina – eppure così distante – Inghilterra, significa, innanzitutto, passare da un ordinamento conosciuto per la circostanza di non presentare una Costituzione scritta ad un ordinamento in cui la Costituzione riveste un ruolo centrale.

La comprensione del diritto costituzionale irlandese è preliminare ad una qualsiasi analisi del diritto di famiglia nazionale. *In primis*, perché in Irlanda la famiglia gode di una tutela e di una definizione costituzionale, la quale sembra fornirne una ineluttabile struttura rigida. L'intersezione tra famiglia e Costituzione nell'ordinamento irlandese non si limita tuttavia al suo nucleo definitivo. La Costituzione irlandese si presenta come una cornice dettagliata e stringente di diverse materie del diritto di famiglia, dalla natura del vincolo coniugale, all'autodeterminazione della donna, passando per alcuni aspetti della filiazione. Proprio per la natura pervasiva della Costituzione, infatti, i grandi mutamenti che si sono verificati nel diritto di famiglia irlandese – particolarmente nella seconda metà dell'ultimo decennio – nascono tutti a fronte di un plebiscito referendario e dunque risultano

---

<sup>833</sup> WELLS-GRECO M., *The status of children arising from inter-country surrogacy arrangements*, Eleven International Publishing, 2016, p. 156.

<sup>834</sup> *D. v. D. (Foreign Adoption)*, 2008.

particolarmente interessanti sotto il profilo delle modalità evolutive della nozione di famiglia in senso giuridico.

In via generale, si tratta di una Costituzione dalla scrittura prolissa, che sente quasi l'esigenza di penetrare in tutte le tematiche del quotidiano dei cittadini, a volte quasi "sacralizzandole"<sup>835</sup>. Il corollario di questa tendenza a "costituzionalizzare" gli aspetti fondanti del sociale, è che quasi ogni modifica radicale dell'ordinamento irlandese deve necessariamente passare per un previo emendamento costituzionale. In una visione così permeante del rapporto tra sovranità dello Stato, legge fondamentale e popolo, il contraltare è tuttavia che a quest'ultimo sia riconosciuta un'enorme influenza, sicché ogni modifica della Costituzione è lasciata alla volontà popolare<sup>836</sup>.

L'articolo 47 della Costituzione irlandese prevede infatti che qualsiasi proposta - anche minima - di emendamento della Costituzione (variazione, aggiunta o abrogazione), approvata dal Parlamento come proposta di atto emendativo della Costituzione<sup>837</sup>, vada sottoposta a referendum.

Nel sistema bicamerale irlandese, l'iniziativa di riforma costituzionale deve provenire dalla *Dáil Éireann* (Camera dei Rappresentanti) - la Seconda Camera del Parlamento (*Oireachtas*) - la quale ha il potere di porlo al popolo anche in caso di voto contrario del Senato (*Seanad*). In concreto, ciò significa che l'azione di governo dietro ad ogni proposto mutamento della Costituzione è molto forte, costituendo la Seconda Camera il consesso dove esso ha necessariamente la maggioranza.

Il risultato finale, tuttavia, è che la maggior parte delle questioni politiche che solitamente risiedono nella discrezionalità legislativa sono costituzionalizzate e, di conseguenza, non vi sono temi su cui virtualmente il popolo non possa essere chiamato a votare<sup>838</sup>.

---

<sup>835</sup> La forte tradizione cattolica si riverbera nel preambolo della legge fondamentale dello Stato, che adotta una visione in cui tutti i poteri, anche quelli statali, promanano dalla divinità: *"In the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred"*. Emblematico in tal senso è anche il riferimento tuttora contenuto alla maternità e alla valorizzazione del lavoro domestico: *"In particular, the State recognises that by her life within the home, woman gives to the state a support without which the common good cannot be achieved"*; art. 41.2.1°.

<sup>836</sup> Si ritiene dunque che sia il popolo a modificare la Costituzione, sebbene su "invito" del legislatore, in una visione che crea un forte collegamento tra il potere legislativo ed il suo fondamento sovrano popolare; RYAN F., *Ireland's Marriage Referendum: A Constitutional Perspective*, in *DPCE online*, 2015, Vol. 2, p. 2.

<sup>837</sup> *"Every such Bill shall be expressed to be "an Act to amend the Constitution"*; art. 46.3 della Costituzione irlandese.

<sup>838</sup> Il popolo irlandese è stato chiamato a votare 16 volte dal 2000. Ripetutamente anche su questioni di rilevanza non solo etica, ma subordinate al diritto fondamentale alla salute, per le quali, secondo la dottrina, sarebbe piuttosto auspicabile la sottrazione al principio di maggioranza,

Nella formulazione originaria del 1937 la Costituzione tutela la famiglia all'art. 41.1.1° come nucleo fondante il sociale (“naturale”, “primario” e “fondamentale”) e rilevante oltre ed al di sopra degli individui coinvolti nell'aggregazione. Si parla di una “istituzione morale” dotata di diritti “imprescrittibili”, “antecedenti e superiori rispetto al diritto positivo”, al punto da potersi quasi ritenere che i diritti dei singoli esistano nei limiti in cui derivino dalla famiglia come entità a se stante<sup>839</sup>. Si tratta di una visione che – al netto delle declamazioni di eco giusnaturalista note anche all'interprete italiano – restituisce un'immagine della famiglia istituzionale, pubblicistica<sup>840</sup>. La Costituzione si premura di individuare anche il fondamento della famiglia nel vincolo matrimoniale, anch'esso dunque sottoposto a speciale garanzia: l'art. 41.3.1° dispone infatti che lo Stato si impegna a garantire una tutela speciale all'istituto del matrimonio, sul quale la famiglia si fonda, e proteggerlo da ogni attacco.

L'unica famiglia costituzionalmente riconosciuta è apparentemente, dunque, quella fondata sul vincolo matrimoniale e le Corti - come vedremo nel prosieguo – rimangono ancorate all'idea che il quadro costituzionale irlandese non riconosca presupposti diversi a cui ancorare la vita familiare che non siano strettamente ricavabili dagli artt. 41 e 42<sup>841</sup>. In un contesto così stringente, gli interpreti hanno a lungo ritenuto che la visione della Costituzione in tema di famiglia fosse piuttosto rigida, ma si vedrà nel prosieguo come ciò non abbia impedito al diritto di famiglia irlandese negli ultimi anni di evolvere in una maniera profonda.

Va precisato, dunque, che la Costituzione irlandese ha subito due importanti recenti emendamenti: il primo relativo al matrimonio *same-sex*; il secondo, antecedente, investe invece la materia della filiazione.

---

perché vengano piuttosto indirizzate a livello politico. L'esempio cardine è quello dell'istituto dell'aborto, sottoposto a ben 5 diversi referendum nella storia irlandese; RYAN F., *Ireland's Marriage Referendum: A Constitutional Perspective*, in *DPCE online*, 2015, p. 2.

<sup>839</sup> STAINES M., *The concept of “the family” under the Irish Constitution*, in *Irish Jurist*, 1976, p. 223.

<sup>840</sup> Recita l'art. 41.1.2°: “*The State, therefore, guarantees to protect the Family in its constitution and authority, as the necessary basis of social order and as indispensable to the welfare of the Nation and the State*” (art. 41.1.2°).

<sup>841</sup> RYAN F., *Out of the shadow of the Constitution: civil partnership, cohabitation and the constitutional family*, in *Irish Jurist*, 2012, p. 201.

#### 4.2.2. La tutela delle coppie dello stesso sesso e l'ampliamento referendario del matrimonio *same-sex*: nuove prospettive di interpretazione costituzionale della famiglia

Fino alla metà degli anni Duemila, nell'ordinamento irlandese il requisito dell'eterosessualità dei coniugi non risultava esplicitamente dalla Costituzione, né era espresso in alcun atto legislativo. Tuttavia, la circostanza che il matrimonio fosse da intendersi come unione di un uomo e di una donna era desumibile da consolidato *case law*<sup>842</sup>. Tale evenienza non venne messa in discussione nemmeno dall'invigorirsi delle discussioni sui diritti umani, a seguito del *Good Friday Agreement* del 1998, un accordo che prevedeva che - onde fortificare la protezione dei diritti umani in Irlanda - la Convenzione europea dei diritti dell'uomo venisse integrata nel diritto nazionale, su modello di quanto avvenuto in Regno Unito<sup>843</sup>.

A metà degli anni Duemila si collocano due eventi, i quali determinano in maniera decisiva la successiva evoluzione del diritto di famiglia irlandese.

Nel 2004 il legislatore irlandese procede ad una riforma comprensiva della normativa in materia di anagrafe e stato civile. In tale occasione, viene introdotta una disposizione esplicitamente ostativa dell'intendimento del matrimonio come inclusivo delle *same-sex couples*: alla Sezione 2(2)(e) del *The Civil Registration Act 2004* si specifica, infatti, che costituisce un impedimento alla registrazione del matrimonio la circostanza che le parti siano dello stesso sesso. La norma è fortemente voluta dai redattori del disegno di legge, in ragione della preoccupazione suscitata dalle contemporanee evoluzioni in atto nel panorama anglosassone. Alla base della soluzione adottata vi è dunque un'indagine comparatistica. Nel 2003, infatti, la Suprema Corte canadese aveva ritenuto illegittima l'esclusione delle coppie dello stesso sesso dal matrimonio, in quanto configurante una violazione della Carta dei diritti fondamentali nazionale<sup>844</sup>. La risonanza della decisione è tale per cui in Australia l'allora governo liberale è colto dal timore che le Corti australiane

---

<sup>842</sup> Definizioni piuttosto esplicite di tale tenore compaiono in casi risalenti e non, ma si tratta per lo più di *obiter dicta*, posizioni prese in decisioni in cui la natura del matrimonio non era in questione. A partire dal caso *Griffith v. Griffith* del 1944 fino ad arrivare al più recente *Foy v. Ireland* del 2003 in cui si tocca la questione della transessualità e si proclama che "il matrimonio, così come inteso dalla Costituzione, dalla legislazione e dal diritto giurisprudenziale si riferisce all'unione tra una persona biologicamente maschile e una persona biologicamente maschile"; HARDING M, *Marriage equality: A Seismic Shift for Family Law in Ireland*, in *International Survey of Family Law*, 2016, p. 256.

<sup>843</sup> McGOVERN D., *Governed by Marriage Law*, in *Social and Legal Studies*, p. 311.

<sup>844</sup> Cfr. *infra*, para 4.3.2.

possano implementare il modello canadese. Volendo impedire che tale innovazione venga dettata a livello giurisprudenziale, il Parlamento federale emenda la legislazione federale in materia matrimoniale<sup>845</sup> (il *Marriage Act 1961*) in modo che la Sezione 5, contenente le indicazioni interpretative dell'atto, reciti espressamente che per matrimonio si intende l'unione di un uomo e una donna. Contemporaneamente, in Irlanda viene inserito il requisito eterosessuale nel disegno di legge per la riforma dello stato civile, con l'intento di far entrare il presupposto cristallizzato dal *common law* nel diritto legislativo e frenare la mentalità riformatrice delle Corti<sup>846</sup>.

Se la nuova norma chiaramente esclude la possibilità per le coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio in Irlanda, non si premura di porre anche dei principi di diritto privato internazionale. In conseguenza, non vi è certezza alcuna circa la posizione dei coniugi dello stesso sesso che abbiano validamente contratto un matrimonio all'estero e ne domandino la registrazione. La questione non tarda a finire di fronte alle Corti e la decisione cardine è da rinvenirsi nel caso *Zappone* del 2006 (*Zappone & Gilligan v. Revenue Commissioners & Ors.*). Il caso riguarda una coppia di cittadine irlandesi che hanno contratto matrimonio in Canada nel 2003 e al loro rientro in Irlanda si vedono negata sia la registrazione dell'atto da parte dell'ufficiale di stato civile<sup>847</sup> che i benefici fiscali riconosciuti ai coniugi<sup>848</sup>. La *High Court* ritiene che non si riscontrino prove di un'avvenuta evoluzione sociale nell'ordinamento interno tale da radicare un consenso diffuso intorno all'accettazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso e che, anzi, il modello eterosessuale sia stato di recente reiterato tanto dalla citata legislazione statale sull'anagrafe di stato quanto dalla giurisprudenza<sup>849</sup>. La Corte rigetta dunque l'istanza di

---

<sup>845</sup> *Marriage Amendment Act 2004*.

<sup>846</sup> TOBIN B., *Marriage Equality in Ireland: The Politico-Legal Context*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2016, p. 116.

<sup>847</sup> Ritenendo che la stessa domanda formulata non si configurasse come registrazione di un atto di stato, ma avesse la natura di declaratoria della validità del matrimonio, di competenza delle Corti ai sensi della Sezione 29 (1)(a) del *Family Law Act 1995*.

<sup>848</sup> Il ricorso, portato di fronte alla *High Court*, verte, da un lato, sulla denunciata violazione del diritto al rispetto della vita familiare, così come tutelato dagli artt. 8 e 14 della CEDU, in virtù una discriminazione in base all'orientamento sessuale. Dall'altro lato, si chiedeva alla Corte di pronunciarsi sulla configurabilità del matrimonio come un diritto garantito ad ogni persona ai sensi dell'art. 40.3.1. della Costituzione irlandese. Ciò in considerazione del fatto che nella Carta non vi è un espresso riferimento al requisito dell'eterosessualità e che alla stessa dovrebbe applicarsi la dottrina dello strumento vivente; WILLS S., ENRIGHT M., *Commentary on Zappone and Gilligan v The Revenue Commissioners, Ireland and the Attorney General*, in (eds.) ENRIGHT M., McCANDLESS J., O'DONOUGHUE A., *Northern/Irish Feminist Judgments*, Hart Publishing, 2017, p. 285.

<sup>849</sup> Cfr. *supra*, il caso *Foy v. Ireland* del 2003.



riconoscimento, confermando che il matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero non può ritenersi valido in Irlanda, dove l'unico modello possibile è quello eterosessuale<sup>850</sup>. Pendente l'appello nei confronti della sentenza *Zappone* innanzi alla Supreme Court irlandese<sup>851</sup>, il Governo inserisce nel programma di coalizione l'impegno all'introduzione delle unioni civili per le coppie dello stesso sesso. La scelta di introdurre un istituto alternativo equivalente al matrimonio è ritenuta l'opzione migliore per non incorrere in questioni di costituzionalità. Per la verità, non solo la questione della necessaria eterosessualità della nozione costituzionale di matrimonio non è mai finita di fronte alla Suprema Corte irlandese, ma la giurisprudenza delle Corti irlandesi ha sempre preso una posizione di deferenza nei confronti della discrezionalità legislativa, evitando propri interventi innovativi. Ciò si evince a contrario dalla stessa sentenza *Zappone*, che argomenta presumendo il primato della legge nel determinare il significato di matrimonio<sup>852</sup>, ma anche dall'approccio dimostrato negli anni dalla Suprema Corte, che si è sempre dimostrata estremamente rispettosa del margine discrezionale del legislatore in tema di politiche sociali, deferendo al Parlamento la risoluzione ed il completamento delle lacune<sup>853</sup>.

Il 1 gennaio 2011 entra in vigore il *Civil Partnership Act 2010* (*The Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010*) il quale, per l'appunto, oltre all'introduzione delle unioni civili contiene alcune disposizioni relative alla regolamentazione della convivenza *more uxorio*.

Secondo la dottrina, il riconoscimento di tali legami di coppia extra-matrimoniali non lede l'assunto che la famiglia rappresenti un'unità giuridica che si fonda inevitabilmente

---

<sup>850</sup> Per l'analisi approfondita delle argomentazioni si veda GEANEY E., *Same-sex marriage*, in *Hibernian Law Journal*, 2012, p. 181 ss.

<sup>851</sup> La Corte non si è mai pronunciata, perché le parti hanno deciso di ritirare l'appello nel giugno del 2012, intenzionate a riportare una diversa censura – poi non continuata - di fronte alla corte di primo grado.

<sup>852</sup> GEANEY E., *Same-sex marriage*, in *Hibernian Law Journal*, 2012, p. 182.

<sup>853</sup> TOBIN B., *Marriage Equality in Ireland: The Politico-Legal Context*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2016, p. 122. Un esempio di questo tipo è costituito anche dalla recente pronuncia della Corte Suprema in tema di surrogazione di maternità, in cui la Corte ha negato la possibilità di registrare la madre genetica come madre di una coppia di gemelli, stante che l'unico soggetto che la normativa irlandese riconosceva come passibile dell'attribuzione dello *status* di madre è la partoriente e esplicitando che “*such lacuna should be addressed in legislation and not by this Court*” (<https://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/supreme-court-rules-genetic-mother-of-twins-is-not-their-legal-mother-1.1992112>, ultimo accesso: 26.8.2018).

sul matrimonio: né i *civil partner* né tantomeno i conviventi si può dunque ritenere godano dello “*status costituzionale di famiglia*”<sup>854</sup>.

Nonostante ai partner dell’unione civile siano estensivamente riconosciuti diritti equiparati o analoghi ai coniugi in gran parte delle materie, differenze significative si riscontrano in relazione al diritto della filiazione. L’atto omette di regolare la situazione dei figli nelle c.d. famiglie arcobaleno e dunque non prevede alcuna forma di tutela dei rapporti tra il figlio ed il *civil partner* del genitore biologico.

Va tenuto presente già ora – e lo si vedrà meglio nel prosieguo – che al momento della promulgazione del *Civil Partnership Act 2010* la legislazione irlandese non contiene alcuna regolamentazione della procreazione medicalmente assistita. Inoltre, in virtù di una mentalità preservativa dell’unità matrimoniale anche in tema di attribuzione della genitorialità e della responsabilità genitoriale, non è lasciato alcuno spazio al c.d. *step-parent*, né per quanto attiene alle responsabilità sul minore, né con riguardo al mantenimento di relazioni significative<sup>855</sup>. Inoltre, la normativa in tema di adozione, consente esclusivamente ai coniugi tanto l’adozione congiunta quanto l’adozione co-parentale (c.d. *step-child adoption*), restando impregiudicata solo l’adozione singola. Di conseguenza i *civil partner* rimangono sostanzialmente esclusi dall’intero settore del diritto della filiazione.

L’allargamento della nozione matrimoniale è “frutto della volontà popolare” sotto due diversi profili.

La coalizione di Governo che si insedia nel 2011 è comunque ancora in balia dell’insicurezza circa l’opportunità di procedere legislativamente all’introduzione del matrimonio *same-sex*. Nel corso del 2012 decide di costituire una “*Constitutional Convention*”, con il compito di elaborare raccomandazioni in relazione ad una serie di proposte di emendamento costituzionale, tra le quali viene inserita anche la norma introduttiva del matrimonio dello stesso sesso<sup>856</sup>. Si tratta di un consesso misto, costituito

---

<sup>854</sup> HARDING M, *Marriage equality: A Seismic Shift for Family Law in Ireland*, in *International Survey of Family Law*, 2016, p. 259.

<sup>855</sup> Sullo *step-parent* che si trovi a gestire *vis a vis* la vita del minore - agendo *in loco parentis* - possono gravare gli obblighi alimentari nei confronti del figlio biologico del convivente. Curiosamente, tuttavia, tale norma non era stata estesa dalla legge del 2010 ai *civil partner*; v. HARDING M, *Marriage equality: A Seismic Shift for Family Law in Ireland*, in *International Survey of Family Law*, 2016, p. 259.

<sup>856</sup> COESTER-WALTJEN D., *Die Einfuehrung der gleichgeschlechtigen Ehe in ausgewaehlten Rechtsordnungen*, in *Zeup*, 2018, p. 346.

per i due terzi da cittadini<sup>857</sup> e per il restante terzo da membri del Parlamento, coordinati da un presidente. Nell'aprile del 2013, non solo il 78% della commissione vota a favore di un emendamento della Costituzione che obblighi lo Stato ad introdurre il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma l'81% raccomanda che intervenga una riforma sul diritto della filiazione che tuteli la relazione tra figli e partner del genitore biologico nelle coppie *same-sex*.

Le risultanze della Convenzione Costituzionale spingono il Governo ad annunciare l'indizione di un referendum costituzionale per il 2015. Si tratta di una mossa ambivalente. Da un lato, la previa espressione di una commissione costituita in maggioranza proprio da cittadini dà al governo la possibilità di configurare la proposta di plebiscito come la possibilità per il popolo di esprimersi - con valenza costituzionale - su di una questione su cui egli stesso ha indicato una posizione di favore. Dall'altro, per i rischi intrinseci alla natura del referendum, gli esiti suonano tutto fuori che scontati. Ciò anche già solo in riferimento alla storia referendaria irlandese: come si è accennato il popolo irlandese è stato chiamato più volte a esprimersi su tematiche socialmente sensibili, con risultati non sempre prevedibili: ad esempio, l'introduzione del divorzio ha richiesto due referenda successivi, a distanza di una decina di anni, di cui il secondo, nel 1995, approvato con un margine davvero minimo<sup>858</sup>.

In secondo luogo, considerato l'argomento comparatistico, è interessante rilevare come il tentativo di ottenere un plebiscito popolare sul tema del matrimonio omosessuale non sia un isolato evento irlandese, ma si sia verificato storicamente anche nel diverso percorso di riconoscimento statunitense, dove ha portato ad esiti opposti<sup>859</sup>.

---

<sup>857</sup> Selezionati in modo da rappresentare un campione vasto in termini di età, sesso, istruzione, professione, provenienza geografica ed estrazione sociale.

<sup>858</sup> TOBIN B., *Marriage Equality in Ireland: The Politico-Legal Context*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2016, p. 125.

<sup>859</sup> Tra il 2004 ed il 2008 ben diciotto Stati della Federazione Statunitense introducono il divieto costituzionalizzato per le coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio. Tra questi il più celebre è il caso della California, dove si verifica una staffetta tra Corte Costituzionale e manifestazione della volontà popolare. Nel 2008, infatti, gli elettori californiani votano a favore della "Proposition No. 8", che riguarda l'introduzione di una clausola sulla differenza di sesso nel testo della Costituzione californiana. L'esito della votazione provoca un'*impasse* istituzionale. Il referendum è indetto dopo che la Suprema Corte della California ha dichiarato, nello stesso anno, l'illegittimità costituzionale del divieto di matrimonio omosessuale. Quest'ultimo era stato a sua volta introdotto con la "Proposition no. 22", proprio all'esito di un diverso referendum indetto nel 2000. Per un raffronto tra l'esperienza referendaria statunitense e quella irlandese v. FALETTI E., *Democrazia e diritti fondamentali: il caso dei referendum sui same-sex marriage in Irlanda e negli Stati Uniti*, in *DPCE online*, 2015, p. 7.

Da un lato, dunque, la scelta referendaria, non è imposta. Non solo per la mancanza di un divieto costituzionalizzato espresso, ma anche per la già considerata attitudine della Suprema Corte nell'evitare politiche interventiste in materie di interesse sociale e familiare. Dall'altro lato, essa non costituisce una via che si presenti come maggiormente sicura rispetto all'intervento legislativo, sia in considerazione della stessa esperienza referendaria irlandese che in riferimento al panorama internazionale.

In verità, il governo accoglie entrambe le raccomandazioni della *Constitutional Convention*. Quanto è piuttosto singolare, pertanto, è che da un lato esso domandi alla volontà popolare l'ampliamento matrimoniale, dall'altro, intervenga in maniera diretta e preventiva proprio su uno degli aspetti maggiormente controversi: l'idoneità delle famiglie c.d. arcobaleno a fungere da centro di cura e crescita dei minori.

Nel 2014, infatti, viene presentato un disegno di legge che attua una riforma sistematica del diritto della filiazione, i cui dettagli vedremo nel prosieguo. Esso è approvato il 6 aprile 2015, appena sei settimane prima del referendum (*The Children and Family Relationships Act 2015*). In esso, non solo la legge riconosce tutta una serie di diritti alle coppie di conviventi e ai *civil partner* in relazione alle responsabilità di cura del minore e all'accesso all'adozione, ma introduce per la prima volta una regolamentazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, esclusa la pratica della maternità surrogata<sup>860</sup>.

Il *Marriage Equality Referendum* viene votato il 22 maggio 2015: l'affluenza al voto è elevatissima<sup>861</sup> (60,5%) e il referendum passa con il 62% dei voti a favore<sup>862</sup>.

In conseguenza, il trentaquattresimo emendamento della Costituzione (*Marriage Equality Act 2015*) non modifica il pre-esistente art. 41 – a ulteriore riprova della sua non indispensabilità – ma aggiunge una sottosezione, per cui l'art. 41.4 recita ora: "*Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as to their sex*".

---

<sup>860</sup> Curiosamente dunque la campagna per il "no" al referendum si è focalizzata sul "diritto alla surrogazione di maternità" come riflesso "procreativo" del diritto al matrimonio; TOBIN B., *Marriage Equality in Ireland: The Politico-Legal Context*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2016, p. 125.

<sup>861</sup> Il precedente referendum del 2012 relativo ai diritti dei figli (cfr. para) ha per esempio visto un'affluenza solo del 33,49%.

<sup>862</sup> Anche qui il margine di voti a favore è molto più elevato rispetto a previ plebisciti in materia di famiglia, se si consideri che il secondo referendum sul divorzio (*Fifteenth Amendment of the Constitution Act 1995*) passa con un margine appena dello 0,56%.

La norma è considerata immediatamente esecutiva nel rimuovere gli impedimenti al matrimonio tra persone dello stesso sesso e rendere qualsiasi prescrizione legislativa in contrasto incostituzionale.

Ciononostante, il 16 novembre 2015 entra in vigore il *The Marriage Act 2015*, il quale oltre a rendere neutrale la pre-esistente legislazione sul coniugio prende posizione sulle *civil partnerships*, abrogandole e quindi evitando una situazione analoga a quella vista per il Regno Unito. Le *civil partnerships* già costituite restano tuttavia in vita con il loro regime legale, fatta salva la possibilità di effettuare la conversione in matrimonio.

Quanto è fondamentale sottolineare è che per effetto del referendum del 2015, dunque, si verifica un importante un ampliamento esplicito della nozione familiare, sicché dal 2015 le coppie dello stesso sesso e i figli che crescano all'interno di tali relazioni sono riconosciute come nucleo familiare dalla Costituzione<sup>863</sup>.

#### **4.2.3 La famiglia extra-matrimoniale: rigidità o flessibilità della Costituzione?**

Ribadire la circostanza che la nozione di famiglia nell'ordinamento irlandese si ritiene circoscritta a quella fornita dalla Costituzione e posta in posizione di tutela sovraordinata, e dunque tuttora radicata sul presupposto tradizionale del matrimonio rappresenta una opportuna ripetizione.

Quanto si vedrà nel prosieguo, peraltro, è che, tuttora, nell'ordinamento irlandese le circostanze relative alle scelte di vita della coppia di adulti sono in grado di riflettersi sui rapporti familiari di tipo verticale e dunque sullo stato dei figli.

Sotto questo versante, dunque, l'assetto costituzionale mostra la sua rigidità, dovendosi propendere per la persistente esistenza in Irlanda di un quadro che tende ad escludere le aggregazioni sociali di natura familiare ed in particolare la convivenza *more uxorio* dal novero dei rapporti da ascrivere a "nuclei familiari" per il diritto.

Come denota la dottrina, infatti, adottare una nozione differente di famiglia in senso giuridico significherebbe ignorare tanto decenni di precedenti vincolanti, che hanno dato luogo ad una giurisprudenza consolidata in materia, quanto come la stessa giurisprudenza

---

<sup>863</sup> HARDING M, *Marriage equality: A Seismic Shift for Family Law in Ireland*, in *International Survey of Family Law*, 2016, p. 270.

irlandese – come si è già visto – si ponga in un atteggiamento cauto circa il mutamento del diritto esistente nella materia familiare<sup>864</sup>.

La Suprema Corte non si è infatti mai discostata dall'affermazione che non vi sia spazio nell'ordinamento irlandese per una nozione di famiglia che collochi le sue fondamenta all'esterno dell'istituto matrimoniale.

Il *leading case* è costituito dal caso *State (Nicolau) v An Bord Uchtála* del 1966 in cui la Corte rimarca che nessuna unione, né tantomeno alcuna aggregazione sociale, è titolata ad ambire alla designazione di famiglia dettata dalla Costituzione se non quella fondata sul matrimonio<sup>865</sup>. Nella visione della Corte, dunque, riconoscere equa protezione costituzionale alla “famiglia” non fondata sul matrimonio avrebbe l'effetto di violare l'obbligo che la Costituzione pone allo Stato di tutelare in maniera particolare l'istituto matrimoniale. La dottrina osserva, tuttavia, che quanto non si può invece ricavare dalla sentenza, è che al legislatore sia necessariamente precluso trattare le relazioni non fondate sul matrimonio come “familiari” per specifici fini di legge<sup>866</sup>.

A titolo esemplificativo, le Corti hanno ad esempio ritenuto di tutelare la posizione delle donne che crescano un minore da solo (*L. v. L, 1992*), in quanto l'assetto costituzionale pone sullo Stato l'obbligo non solo di riconoscere la famiglia, ma anche di sostenere le donne che autonomamente si prendano cura di un bambino. La tutela della maternità si pone dunque come tutela che può proiettarsi su altre forme familiari senza che ciò costituisca un attacco alla famiglia tradizionale<sup>867</sup>.

A rimanere comunque preclusa parrebbe la sovrapposizione del regime giuridico della famiglia alle aggregazioni sociali (unioni tra adulti o aggregazioni di genitori e figli) che non trovino fondamento nel matrimonio<sup>868</sup>.

---

<sup>864</sup> Sicchè, parrebbe a questo punto che anche l'abolizione del matrimonio quale presupposto esclusivo debba passare per la volontà popolare; HOGAN H., *The Legal Impact of Marriage Equality*, in *King's Inns L. Rev.*, 2017, p. 91.

<sup>865</sup> Tale affermazione porta la Corte a respingere la visione per cui la relazione tra un padre ed il figlio naturale potesse assurgere a nucleo familiare tutelata dalla Costituzione. In conseguenza, la Corte rigetta l'opposizione del padre naturale alla dichiarazione di adottabilità del proprio figlio, il quale era nato a seguito di una relazione affettiva di lunga durata, disgregatasi la quale, la madre aveva autonomamente optato per l'affidamento del minore ai servizi sociali affinché egli entrasse nel circuito adottivo; RYAN F., *Out of the shadow of the Constitution: civil partnership, cohabitation and constitutional family*, in *Irish Jurist*, 2012, p. 211.

<sup>866</sup> DOYLE O., *Constitutional Law*, Clarus Press, 2008, p. 232.

<sup>867</sup> ENRIGHT M., McCANDLESS J., O'DONOUGHUE A., *Northern/Irish Feminist Judgments*, Hart Publishing, 2017, p. 154.

<sup>868</sup> RYAN F., *Out of the shadow of the Constitution: civil partnership, cohabitation and constitutional family*, in *Irish Jurist*, 2012, p. 213.



Di recente, la Corte Suprema irlandese è tornata sul punto - poco prima dell'introduzione del *Civil Partnership and Certain Obligations Act 2010* - e non si è da allora più pronunciata in materia.

La riconferma della posizione per cui l'ordinamento irlandese non riconosce famiglia all'infuori del matrimonio è infatti contenuta nella sentenza della *Supreme Court of Ireland* in *McD v. PL* del 2009. La decisione è relativa alla domanda di *guardianship* – equivalente, come si vedrà, alla responsabilità genitoriale - avanzata dal donatore di seme di un bambino nato da inseminazione artificiale in Inghilterra e cresciuto con una coppia di donne irlandesi. La Corte ritiene che sia comunque nel *best interest of the child* la permanenza della responsabilità genitoriale in capo alle due donne, che con il bambino avevano un consolidato legame di fatto, e rigetta la domanda di *guardianship* dell'uomo, riconoscendogli tuttavia il più limitato diritto d'accesso<sup>869</sup>. Tre dei cinque giudici che compongono la Corte esprimono una posizione netta e molto forte con riguardo alla doglianza relativa alla necessità di ricostruire la vita della coppia di donne con il minore come una *de facto family* ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Essi rigettano fermamente l'idea che la famiglia di fatto abbia residenza legale all'interno dell'ordinamento costituzionale irlandese<sup>870</sup>, non essendo sufficienti gli obblighi internazionali a riconfigurare il quadro così chiaramente fornito della Costituzione irlandese<sup>871</sup>.

Quanto si può dunque ritenere con riguardo all'ordinamento irlandese è che la nozione di famiglia a cui fa riferimento l'ordinamento interno sia quella tradizionale costituita sul matrimonio e dunque dalla coppia di coniugi e dai figli che siano nati a seguito della loro unione.

La vera estensione effettuata sinora, dunque, riguarda il superamento della natura eterosessuale del nucleo familiare a seguito dell'introduzione dell'introduzione del *same-sex marriage*, ma tuttora non ricomprende le relazioni fattuali tra adulti e tra genitori e figli<sup>872</sup>.

---

<sup>869</sup> Significativo che, anche in questa valutazione, la Corte ci tenga a ribadire, prima di pronunciarsi in tal senso che, anche ove la Corte concludesse che il diritto di accesso risponda all'interesse del minore, non significherebbe che la relazione goda di uno status familiare e cioè che vi sia una *"non-marital heterosexual family in existence"*; *Supreme Court of Ireland, McD v. PL, 2009, para. 55*.

<sup>870</sup> Si legge nella decisione che lo stesso concetto di "famiglia di fatto" è ignoto alla Costituzione irlandese; *Supreme Court of Ireland, McD v. PL, 2009, para. 83*.

<sup>871</sup> *Supreme Court of Ireland, McD v. PL, 2009, para. 99 e ss.*

<sup>872</sup> HOGAN H., *The Legal Impact of Marriage Equality*, in *King's Inns L. Rev.*, 2017, p. 85.

Nella rigidità di tale assetto, il perseguimento di una tutela improntata al principio di non discriminazione in riferimento stesse relazioni genitore-figlio che si collochino al di fuori del coniugio ha dovuto passare per un'ulteriore referendum costituzionale nel 2012<sup>873</sup>. Esso ha introdotto l'art. 42A della Costituzione, che slega i diritti e doveri dei genitori nei confronti dei figli dalle circostanze della nascita degli stessi e delle cui conseguenze ci occuperemo ampiamente nell'indagine che segue.

#### 4.2.4 Tutela della filiazione e riforme in attesa di attuazione

La situazione del piano c.d. verticale della famiglia ha subito all'interno dell'ordinamento irlandese enormi mutamenti negli ultimi anni, volti a rafforzare i diritti dei minori, la cui condizione giuridica risulta da una legislazione caotica, frazionata, e non sempre al passo con i tempi.

Le Corti hanno a lungo ritenuto che l'unica tutela accordata dalla Costituzione sul piano dei rapporti tra genitori e figli investisse la coppia di genitori tra loro legati da un rapporto di coniugio e che il padre naturale non avesse alcun diritto costituzionalmente garantito ad ottenere la responsabilità, la custodia o anche solo l'accesso al figlio di cui sia padre naturale<sup>874</sup>.

A mutare questa situazione - anche onde non lasciare vanificate le pur previste disposizioni di legge anteriori relative all'uguaglianza tra figli<sup>875</sup> - nel 2012 viene votato il *Thirty-First Amendment to the Constitution Act 2012*, che inserisce nella Costituzione irlandese il nuovo articolo 42A, il quale incide su più piani della tutela dei minori.

---

<sup>873</sup> HOGAN H., *The Legal Impact of Marriage Equality*, in *King's Inns L. Rev.*, 2017, p. 91.

<sup>874</sup> Si ricorda in questa sede due decisioni della *Supreme Court* già citate nel para. 4.2.3. Da un lato, la risalente *State (Nicolau) v An Bord Uchtála*, dall'altro, la più di recente *McD v. PL* del 2009. Dalla sintesi delle statuizioni della Corte si può ritenere che al padre naturale o comunque a chi non sia coniuge della madre sia riconosciuto un diritto ad agire per ottenere *guardianship, custody o access*, ma non ad ottenerli (para. 76.1). Resta salvo comunque che la decisione va presa nell'interesse del minore (para 76.5). Non è chiaro come si ritenga che una posizione così netta nei confronti dei rapporti tra padre e figlio - soprattutto per quanto attiene al minimo il contatto - si sposi tanto con il diritto dell'Unione europea quanto con la giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 8 CEDU, come noto entrambe tutelanti espressamente la preservazione di rapporti significativi del minore con entrambi i genitori, indipendentemente dalle circostanze della nascita; cfr. para 3.2.

<sup>875</sup> Cfr. *infra*, para. 4.2.5, sullo *Status of Children Act 1987*.

Viene innanzitutto costituzionalizzato il principio del *best interest of the child*, che dev'essere "*the paramount consideration*" in tutti i procedimenti che concernono il minore (*adoption, guardianship, custody, access*)<sup>876</sup>.

Si gettano inoltre le basi per una riforma incisiva dell'adozione, mettendo il diritto del minore ad una famiglia in preminenza rispetto a quello alla preservazione dei rapporti con la sua famiglia di origine: si costituzionalizza infatti l'obbligo a carico del legislatore di rendere l'adozione il più semplice possibile (art. 42A.2.2°). In particolare, si introduce il "*voluntary placement*" anche per i figli di coppie sposate, cioè si svincola lo stato di adottabilità dalla necessaria valutazione statale, consentendo ai genitori di effettuare autonomamente la scelta circa l'opportunità di porre il minore in adozione, anche qualora egli sia nato all'interno di un rapporto coniugale (art. 41.3).

Quanto è di fondamentale importanza è ciò che viene affermato in apertura al nuovo articolo, il quale esige da parte della legge il trattamento egualitario di tutti i figli: "*The State recognises and affirms the natural and imprescriptible rights of all children and shall, as far as practicable, by its laws protect and vindicate those rights*" (art. 42A.1).

Si tratta di un mutamento che, letto insieme ai diritti imprescrittibili della famiglia, per parte della dottrina ritiene dovrebbe portare a ritenere finalmente implementata una visione più ampia della famiglia<sup>877</sup>, nonostante, come si è visto, le Corti non si siano ancora distanziate dalla visione tradizionalistica.

Nonostante tale impegno a rendere effettivi i diritti superiori dei minori venga recepito quasi immediatamente dal legislatore – che, come si è anticipato, già a fine 2014 presenta un progetto di legge di riforma sistematica del diritto della filiazione - la situazione del diritto di famiglia irlandese sotto il profilo dei rapporti tra genitori e figli risulta tutt'ora estremamente complicata. La natura confusa della disciplina della filiazione è dettata, *in primis*, dal suo frazionamento in diversi atti di epoche temporalmente molto distanti tra loro, su cui sono state apportate modifiche non sempre sistematicamente coerenti. In secondo luogo, essa si presenta comunque come lacunosa e a tratti persiste su scelte distintive di difficile giustificazione in considerazione dell'introdotta principio di uguaglianza dei figli.

Un'incidenza rilevante ha tuttavia anche la circostanza che l'implementazione di tali riforme ha visto un cammino ricco di ostacoli, a partire dal fatto che il trentunesimo

---

<sup>876</sup> Art. 42A.4.1°.

<sup>877</sup> SLOAN B., *The changing concept of "family" and challenges for family law in Ireland*, in SCHERPE J.M., *European Family Law. Volume II*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 128.

emendamento della Costituzione, pur votato nel 2012, è entrato in vigore solo il 28 aprile 2015, essendone gli esiti rimasti “congelati” per due anni in seguito ad una questione di incostituzionalità, infine rigettata dalla *Supreme Court*<sup>878</sup>.

Inoltre, lo stesso *Children and Family Relationships Act* (da ora in poi, *CFRA*), pur approvato nel 2015, sta avendo una vita piuttosto travagliata. Innanzitutto le disposizioni relative all'adozione sono state abrogate e sostituite dal successivo *Adoption (Amendment) Act* 2017.

Soprattutto, esso sta assistendo ad una entrata in vigore sincopata, per cui l'atto non è ancora vigente nella sua totalità. Mentre alcune singole parti sono state dichiarate esecutive da una serie di provvedimenti governativi scaglionati nel tempo, alcune tra le innovazioni fondanti - su tutte, proprio quelle relative all'attribuzione di genitorialità nelle procedure di riproduzione medicalmente assistita - non hanno allo stato attuale una data di entrata in vigore, a distanza di ben tre anni dalla loro approvazione<sup>879</sup>.

---

<sup>878</sup> Per la verità si tratta di una serie concatenata di impugnazioni, l'una collegata all'altra e fondate su un precedente della *High Court* del 1995 (*McKenna v. An Taoiseach (No.2)*), nel quale si ravvisavano profili di incostituzionalità nell'investimento dei fondi pubblici effettuato dal Governo nella campagna referendaria sull'introduzione del divorzio, stante lo stanziamento di 500,000 sterline per la sola campagna a favore del “sì”. Nel novembre 2012 (*McCrystal v. Minister for Children and Youth Affairs & Ors.*), la *Supreme Court* accoglie - in virtù del principio enunciato nel precedente del 1995 (noto anche come *McKenna No. 2*) - l'appello intentato nei confronti del Ministero delle politiche infantili e giovanili, ritenendo che la campagna referendaria condotta dal governo per il trentunesimo emendamento della Costituzione - e costata oltre un milione di euro - dovesse ritenersi condotta in violazione dei principi enunciati in materia di spesa pubblica, in quanto fondata su una serie di messaggi emozionali e subliminali (immagini di bambini che disegnavano le lettere di “vote” o slogan quali “protect the children”) tendenti in maniera evidente ad influenzare la popolazione a votare a favore del “sì”. Una signora dublinese, Joanna Jordan, incardina dunque un procedimento volto ad accertare che gli effetti di tale propaganda incostituzionale sono stati tali da influenzare in maniera illegittima gli esiti referendari, chiedendo dunque l'annullamento della votazione. La *High Court* prima (*Jordan v. Minister of Children and Youth Affairs*) e la *Supreme Court* poi (*Re Referendum Act & Re Jordan*) rigettano la domanda perché ritengono non soddisfatto l'onere di prova a carico dell'attrice, particolarmente elevato qualora si tratti di sovvertire quella che è, *prima facie*, la volontà popolare. All'attore è infatti richiesto di provare che l'irregolarità o l'interferenza sulla votazione referendaria siano tali da far dubitare l'uomo medio (“a reasonable person”) dell'affidabilità degli esiti; HARDING M, *Marriage equality: A Seismic Shift for Family Law in Ireland*, in *International Survey of Family Law*, 2016, p. 265. V. anche l'apposito articolo nell'edizione online dell'Irish Times: <https://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/supreme-court-rejects-appeal-on-children-s-referendum-1.2187741> (ultimo accesso: 27.7.2018).

<sup>879</sup> Sul sito ufficiale del Parlamento è disponibile la risposta data di recente dal Ministro della Giustizia e dell'Uguaglianza a specifica interrogazione sull'attuale stadio di implementazione del *CFRA*. Per quanto attiene a quanto di nostro interesse, risultano allo stato in vigore le parti dell'atto relative alle modifiche su *guardianship*, il mantenimento e lo *status* dei figli. Non è invece tuttora stata data esecuzione alle Parti 2 e 3 dell'atto - nonché a tutte le sezioni da esse dipendenti - e relative all'attribuzione della genitorialità nel caso di riproduzione medicalmente assistita. Si legge nello statement: “Parts 2 and 3 of the *Children and Family Relationships Act* 2015 provide for

#### 4.2.5 *Status filiationis* e modalità di attribuzione della responsabilità genitoriale

Per i motivi di cui sopra, ma anche per tutti quelli che vedremo nel prosieguo, sotto il profilo dei rapporti tra genitori e figli, il quadro irlandese sembra ancora profondamente impregnato delle radici della famiglia tradizionale.

Lo *status* giuridico dei figli è regolato dallo *Status of Children Act* 1987, il quale abroga le nozioni di legittimità ed illegittimità e vieta le discriminazioni nei rapporti tra genitori e figli sul presupposto dell'esistenza o meno del vincolo di matrimonio tra i genitori. In conseguenza, la Sezione 3 della Parte 1 della citata legge prevede che i rapporti tra il figlio e i genitori non dipendano in alcun modo dalla circostanza che i genitori siano stati sposati o meno. La previsione va letta in combinato disposto con la Sezione 44, la quale abroga le presunzioni di legge relative a legittimità o illegittimità.

Se la premessa è che la posizione dei figli sia uniforme, tuttavia, la posizione dei genitori non lo è affatto, al punto che vi è chi afferma che nell'attuale normativa irlandese un padre ed una madre non sono davvero visti come genitori, se non siano sposati tra loro<sup>880</sup>. Onde comprenderne gli estremi risulterà necessario far ordine nella normativa, la quale, come si è più volte anticipato è tutto fuori che lineare.

Come per il diritto inglese, l'attribuzione della genitorialità nella procreazione naturale è legata al dato biologico<sup>881</sup>, e le regole attributive sono radicate nei principi storicamente elaborati dal *common law* e dunque, *in primis*, in una serie di presunzioni che interessano la filiazione all'interno del matrimonio, poi positivizzate all'interno dello *Status of Children Act*.

---

*parentage through donor-assisted human reproduction (DAHR). I understand that the "barriers" the Deputy is referring to are centred around the issue of the recognition of parentage for same-sex couples and their children which is dealt with under Part 2 of the Act. The Minister for Health has responsibility for commencement of Parts 2 and 3 of the Act. [...] Other provisions of the Act which relate to DAHR have not yet been commenced as they are linked to Parts 2 and 3. The commencement of the provisions of the Act which are related to Parts 2 and 3 will be co-ordinated with the commencement of those Parts by the Minister for Health.*"; Question 224 by Deputy Thomas P. Broughan to the Minister for Justice and Equality (20 February 2018): <https://www.oireachtas.ie/en/debates/question/2018-02-20/224/> (ultimo accesso: 22.7.2018).

<sup>880</sup> SLOAN B., *The changing concept of "family" and challenges for family law in Ireland*, in SCHERPE J.M., *European Family Law. Volume II*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 148.

<sup>881</sup> Lo *Status of Children Act* dedica una Parte alla determinazione della genitorialità a mezzo della prova del legame di sangue (blood tests); v. *Status of Children Act 1987*, Part VII.

Vi è, innanzitutto, una presunzione relativa di paternità a carico del marito<sup>882</sup>, mentre, al di fuori del matrimonio, la presunzione radica sull'annotazione come padre nei registri di stato civile<sup>883</sup>. Se i genitori non sono sposati, la registrazione del padre può avvenire solo con dichiarazione congiunta dei genitori di fronte all'ufficiale di stato civile o con la produzione da parte del soggetto interessato alla registrazione – sia esso la madre o il padre - delle dichiarazioni scritte di entrambi i genitori circa la paternità del figlio o di una sentenza che dichiara la paternità<sup>884</sup>.

Peraltro, è solo il *CFRA 2015* ad introdurre nel diritto irlandese il principio noto con il brocardo *mater semper certa est*, con una norma evidentemente volta a risolvere l'attribuzione di genitorialità nei casi di maternità surrogata – che rimane non regolamentata - importando peraltro un principio che si ritiene fino ad allora non appartenente al *common law* irlandese<sup>885</sup>.

Lo stesso atto contiene anche per la prima volta una regolamentazione dell'attribuzione di genitorialità nei casi procreazione medicalmente assistita (*Donor Assisted Human Reproduction*, da ora in poi indicata come *DAHR*), la quale, tuttavia, non è ancora in vigore. La normativa è comunque ispirata al principio di intenzionalità nell'assunzione della genitorialità, dando un input forte verso il riconoscimento di una genitorialità basata

---

<sup>882</sup> *Status of Children Act 1987*, Sez. 46(1): “Where a woman gives birth to a child: ( a) during a subsisting marriage to which she is a party, or ( b) within the period of ten months after the termination, by death or otherwise, of a marriage to which she is a party, then the husband of the marriage shall be presumed to be the father of the child unless the contrary is proved on the balance of probabilities”. Il *CFRA* ha introdotto al 46(2) una “presunzione di non paternità”, qualora i coniugi vivano separati da almeno 10 mesi alla data di nascita del figlio.

<sup>883</sup> *Status of Children Act 1987*, Sez. 46(3): “Notwithstanding subsection (1) of this section, where (a) the birth of a child is registered in a register maintained under the *Civil Registration Act 2004*, and ( b) the name of a person is entered as the father of the child on the register so maintained, then the person whose name is so entered shall be presumed to be the father of the child unless the contrary is proved on the balance of probabilities”.

<sup>884</sup> *Births and Death Registration Act (Ireland) 1880*, s. 7.

<sup>885</sup> In questi termini si era espressa la High Court appena due anni prima in un caso di surrogazione di maternità (*Mr and Dr and or v. An Tard Chlaraitheoir*, 2013). Affermando che i contratti di surrogazione di maternità non fossero suscettibili di esecuzione in Irlanda, la Corte aveva evidenziato il semplice fatto di non riscontrarsi prima dell'avanzare delle tecniche moderne nella medicina riproduttiva una possibilità di dissociazione tra realtà biologica ed effettività del parto, dovendosi comunque ritenere che dall'assetto normativo emergesse invece la primazia genetica. Si legge infatti al para. 55 della citata sentenza: “Before such advances the principle *mater semper certa est* was a simple reflection in the law of an undeniable biological fact. The principle cannot survive and does not continue in any sense after the *Status of Children Act* when the legislature put in place a regime based on the presence or absence of inheritable characteristics. It does not make sense that the biological truth is to be ignored on the basis of a Latin expression which is not referred to at all in the legislation”. La norma, essendo contenuta nella Sezione 4 della Parte 2, non è comunque ancora entrata in vigore.



sull'effettiva assunzione e soddisfazione del ruolo genitoriale<sup>886</sup>. Essa prevede - in presenza di una serie di requisiti legati all'esistenza di un valido consenso alla procedura<sup>887</sup> - la possibilità di ottenere la registrazione dei ruoli genitoriali in capo alla madre e al coniuge, *civil partner* o convivente, consentendo dunque l'accesso alle tecniche di riproduzione medicalmente assistita indipendentemente dall'orientamento sessuale della coppia e dall'esistenza di un vincolo formalizzato<sup>888</sup>.

Anche l'adozione ha subito recenti e permeanti innovazioni con il *CFRA 2015* e con il successivo *Adoption (Amendment) Act 2017*, pur essendo l'atto di riferimento rimasto l'*Adoption Act 2010*.

Tra queste, incisive sono state le modifiche volte a facilitare il già citato *voluntary placement* dei minori e l'inserimento di una serie di oneri informativi a carico delle autorità nei confronti del genitore che non eserciti la responsabilità genitoriale. Le autorità statali sono infatti ora tenute ad informare il genitore biologico circa la messa in stato di adottabilità del minore o la pendenza di una domanda di adozione da parte di un terzo, ad es. uno *step-parent*<sup>889</sup>. Proprio a quest'ultimo la modifica di più recente introduzione consente di avanzare la domanda di adozione del figlio (biologico o adottivo) del partner, indipendentemente dall'esistenza di un vincolo formalizzato tra gli adulti, purché egli conviva con il genitore ed il minore da almeno due anni<sup>890</sup>.

Le sezioni 33 e 34 dell'*Adoption Act 2010* indicano chi può accedere all'adozione, che è aperta alle coppie in maniera congiunta, indipendentemente dall'esistenza di un vincolo formalizzato ("*married couple*", "*civil partners of each other*", "*cobabiting couple*<sup>891</sup>"), purché conviventi ("*who are living together*"). È inoltre ammessa, lo si è anticipato, l'adozione singola da parte dello *step-parent*, in tal caso essendo tuttavia necessario il consenso dei soggetti

---

<sup>886</sup> Un'accezione fino ad allora evitata dalle Corti, sempre saldamente legate al dato biologico; TONNA-BARTHET C., *The regulation of DAHR in the Children and Family Relationships Act 2015: Donor information and Parentage*, in *Trinity College Law Review Online*, 2015, p. 4.

<sup>887</sup> *CRA 2015*, S. 9-12.

<sup>888</sup> *CRA 2015*, S. 5(1).

<sup>889</sup> Gli emendamenti sono frutto del tentativo di rafforzare la posizione egualitaria dei rapporti tra genitori e figli, onde implementare la modifica costituzionale intervenuta nel 2015 con il trentunesimo emendamento. Cfr. *Adoption Act 2010*, s. 13-18.

<sup>890</sup> Fatta salva per la Corte la possibilità di dispensare il requisito di tempo, considerate le circostanze del caso concreto, nell'interesse del minore; *Adoption Act 2010*, s. 23.

<sup>891</sup> L'atto fornisce una interpretazione autentica di cosa debba intendersi per "*cobabiting couple*", richiedendo che i due adulti conviventi – senza dunque distinzioni di genere – vivano insieme da almeno tre anni: "*cobabiting couple*" means 2 adults who are cohabitants of each other and who have been living together as cohabitants for a continuous period of not less than 3 years"; *Adoption Act 2010*, s. 3(1).



che già rivestono il ruolo genitoriale<sup>892</sup>. Infine, la legislazione comprende una sorta di “clausola di flessibilità”: l’adozione singola è infatti ammessa anche a favore di soggetti che siano legati al minore da un vincolo di parentela<sup>893</sup>, o nei confronti dei quali - indipendentemente dalla circostanza di non ricadere in nessuna delle categorie per cui è espressamente prevista la possibilità di accedere all’adozione<sup>894</sup> - la Corte ravvisi che la pronuncia di adozione sia nell’interesse superiore del minore<sup>895</sup>, il quale, esplicitamente, rappresenta il canone guida dell’intero istituto dell’adozione.

Le responsabilità di cura del minore sono invece contenute nella nozione – già dalla denominazione di stampo tradizionalista – di *guardianship*, regolata dal *Guardianship of Infants Act* 1964, così come vigente dopo le successive modificazioni – le più ingenti delle quali intervenute con il già citato *CFRA*.

La *guardianship* irlandese si presenta come un istituto che guarda più al profilo delle responsabilità di chi ha la vigilanza su un minore che dei diritti di quest’ultimo: tale circostanza è evidenziata anche dall’unica definizione dei suoi contenuti che si ritrova nell’atto, alla Sezione 2. Si tratta di una nozione sicuramente non esaustiva e datata, la quale riconosce a chi ha in cura il minore una serie di poteri configurati in un’ottica “oppositiva” rispetto a chi non ne è dotato e che investono la custodia e la difesa dei diritti connessi alla persona del minore e ai suoi averi, tramite il riconosciuto potere di agire contro terzi per inibire le azioni lesive o ristorare i torti subiti<sup>896</sup>. A specificare come la *guardianship* debba ritenersi in realtà l’equivalente della più ampia nozione di responsabilità genitoriale ed in generale di tutti quei diritti e doveri attinenti alla crescita ed al benessere del minore è di recente intervenuta la Suprema Corte nel caso *O’s & anor v. Doyle & ors* del 2013<sup>897</sup>. La *guardianship* contiene poi in sé la *custody*, cioè il diritto di

---

<sup>892</sup> *Adoption Act* 2010, s. 33(3A)-(3B).

<sup>893</sup> *Adoption Act* 2010, s. 33 (1)(a)(ii).

<sup>894</sup> *Adoption Act* 2010, s. 33 (1)(a)(iii).

<sup>895</sup> *Adoption Act* 2010, s. 19.

<sup>896</sup> Nell’atto, alla Sezione 10(2) si legge infatti: “a guardian under this Act: (a) as guardian of the person, shall, as against every person not being, jointly with him, a guardian of the person, be entitled to the custody of the child and shall be entitled to take proceedings for the restoration of his custody of the child against any person who wrongfully takes away or detains the child and for the recovery, for the benefit of the child, of damages for any injury to or trespass against the person of the child; (b) as guardian of the estate, shall be entitled to the possession and control of all property, real and personal, of the child and shall manage all such property and receive the rents and profits on behalf and for the benefit of the child until the child attains the age of twenty-one years or during any shorter period for which he has been appointed guardian and may take such proceedings in relation thereto as may by law be brought by any guardian of the estate of a child”.

<sup>897</sup> SLOAN B., *The changing concept of “family” and challenges for family law in Ireland*, in SCHERPE J.M., *European Family Law. Volume II*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 147.

prendersi cura del minore ed esercitare un controllo sulle sue scelte di vita su base quotidiana, ma ne è cosa distinta e disgiunta, potendo quest'ultima essere esercitata anche da soggetti terzi - che non sono genitori - ed essere chiesta ed ottenuta dal genitore legale, pur in assenza del diverso riconoscimento delle complessive responsabilità di cura del minore.

Come si è anticipato, la *guardianship* non spetta sempre automaticamente per legge ad entrambi i genitori. Se la madre e il padre del figlio non sono sposati, come regola di base è la sola madre ad avere la responsabilità sul minore<sup>898</sup>, salvo che non si applichino altre disposizioni di legge che prevedono congiuntamente la responsabilità in capo ad altra persona. La responsabilità congiunta è infatti prevista per la madre ed il padre sposati, nonché nei casi di adozione congiunta, qualsiasi legame di diritto o di fatto vi sia tra i membri della coppia<sup>899</sup>.

Diversamente, la possibilità di assumere la responsabilità sul minore è connessa alternativamente<sup>900</sup> all'esistenza di un provvedimento giudiziale o, per il padre del figlio nato fuori dal matrimonio, a una dichiarazione congiunta con la madre innanzi all'ufficiale di stato civile, la cui ricevibilità è comunque subordinata all'esistenza di un periodo di convivenza, anche dopo la nascita del figlio<sup>901</sup>. Su domanda del soggetto che sia interessato a vedersi attribuita la qualifica, la Corte può nominare *guardian* tanto il genitore che non lo sia già<sup>902</sup> quanto soggetti terzi qualificati. In particolare, possono assumere la *guardianship* per ordine della Corte il coniuge, *civil partner* o convivente (da almeno 3 anni) del genitore del minore, a patto che abbiano condiviso con quest'ultimo le responsabilità quotidiane di cura del figlio per più di due anni<sup>903</sup>. Agli esercenti la responsabilità genitoriale è data la possibilità di nominare un tutore in via testamentaria per il caso di

---

<sup>898</sup> *Guardianship of Infants Act 1964*, s. 6(4).

<sup>899</sup> *Guardianship of Infants Act 1964*, s. 6(1)-(1A).

<sup>900</sup> Si ricordi che la Sezione 5 del *CFRA 2015*, non ancora in vigore, introduce anche, per i soggetti che siano riconosciuti genitori nei casi di *DAHR* il diritto di essere riconosciuti come *guardians*, in presenza di determinati requisiti (in particolare, si introduce un requisito di convivenza con la madre di almeno 12 mesi di cui almeno tre dopo la nascita del minore); *Guardianship of Infants Act 1964*, s. 6A.

<sup>901</sup> *Guardianship of Infants Act 1964*, s. 2(4): “[...] (b) declare that they are the father and mother of the child concerned, (c) agree to the appointment of the father as a guardian of the child, and (d) have been cohabitants for not less than 12 consecutive months occurring after the date on which this subsection comes into operation, which shall include a period, occurring at any time after the birth of the child, of not less than three consecutive months during which both the mother and father have lived with the child, (e) have made a statutory declaration to that effect as may be prescribed by the Minister for Justice, Equality and Law Reform”.

<sup>902</sup> *Guardianship of Infants Act 1964*, s. 6A.

<sup>903</sup> *Guardianship of Infants Act 1964*, s. 6C. Se il minore non ha genitori o *guardians* in vita può essere nominato anche un soggetto che abbia provveduto al minore per un periodo di soli dodici mesi.

morte<sup>904</sup>, nonché di nominare in apposito atto scritto un “*temporary guardian*” per il caso di malattia o serio impedimento temporaneo all’esercizio della funzione<sup>905</sup>.

L’esercizio o meno della *guardianship* non preclude – come si è anticipato – la possibilità di domandare alla corte la *custody* del figlio, che può essere comunque riconosciuta in capo ad entrambi i genitori<sup>906</sup>. Infine, sia la custodia che il diritto di accesso possono essere garantiti dalla Corte a parenti e soggetti che abbiano rivestito per un certo periodo di tempo un ruolo affettivo e di cura quotidiana nella vita del minore<sup>907</sup>.

Un ultimo appunto riguarda il trattamento differenziato in ordine alla “stabilità” della *guardianship*, la quale varia a seconda delle circostanze da cui origina. Se il *guardian* del minore riveste tale ruolo in virtù di nomina o testamento, per ordine della corte o per la registrazione concordata con la madre la *guardianship* può essere revocata dalla Corte<sup>908</sup>. Tale circostanza concreta, in primo luogo l’intaccabilità della sola responsabilità genitoriale che origini nel matrimonio, ponendo la stessa in una posizione differenziata e più forte rispetto ai rapporti tra genitori e figli che si costituiscano al di fuori del vincolo coniugale. In secondo luogo, essa comporta anche una non parità di genere tra gli stessi genitori “naturali”, creando una discriminazione tra il ruolo della partoriente – per la quale la responsabilità genitoriale sul minore non può essere “scalfito” dall’esterno, se non a mezzo dell’adozione, e la posizione del “secondo genitore”.

Il quadro delineato evidenzia dunque come all’interno della procreazione naturale – e nonostante i più recenti interventi a livello costituzionale - esistano grossi sbilanciamenti nella posizione della famiglia fondata nel matrimonio e di quella extra-matrimoniale, anche con riguardo al rapporto tra figli e genitori.

La sezione 11E del *Guardianship of Infants Act* – introdotta dal *CFRA 2015* e non ancora in vigore – è volta ad ampliare la casistica di automatico riconoscimento della responsabilità in capo ai genitori, in casi di assunzione intenzionale del ruolo genitoriale e quindi con riguardo alle procedure di procreazione medicalmente assistita. Lo stesso

---

<sup>904</sup> *Guardianship of Infants Act 1964*, s. 7. Nel caso in cui il minore sia orfano o in stato di abbandono, ovviamente le possibilità per la Corte si ampliano a una nomina discrezionale o all’adottabilità.

<sup>905</sup> In questo secondo caso la nomina è effettiva solo per ordine della Corte, su domanda del guardian o del temporary guardian; *Guardianship of Infants Act 1964*, s. 6E.

<sup>906</sup> *Guardianship of Infants Act 1964*, s. 11A.

<sup>907</sup> *Guardianship of Infants Act 1964*, s. 11E.

<sup>908</sup> *Guardianship of Infants Act 1964*, s. 8(4); v. anche SLOAN B., *The changing concept of “family” and challenges for family law in Ireland*, in SCHERPE J.M., *European Family Law. Volume II*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 151.

titolo della Sezione, tuttavia - “*right of certain parents to guardianship*” - reitera l’impostazione tradizionale, per cui per “certi altri genitori”, la responsabilità genitoriale non si configura come dovere, ma nemmeno quale diritto.

Sebbene dunque l’ordinamento irlandese si presenti con una maggiore elasticità nel riconoscere il ruolo di cura del minore ai genitori sociali, permane – sotto l’egida della Costituzione - una struttura familiare che non si presenta come completamente paritaria nemmeno sotto il profilo della legge ordinaria anche con riguardo ai rapporti tra genitori e figli.

Tale assetto lascia delle perplessità circa la possibilità di scardinare una visione in cui la *de facto family* - pur godendo di una serie di tutele piuttosto estese tanto sul piano del diritto statutario che su quello del diritto giurisprudenziale - si ponga sullo stesso piano della famiglia tradizionale fondata sul matrimonio.

\*\*\*

### **4.3. La famiglia in senso giuridico in Canada.**

#### **4.3.1 Il sistema federale canadese: la ricostruzione della dimensione giuridico-familiare in Canada**

Il Canada si presenta come uno Stato federale composto da dieci Province<sup>909</sup> e tre Territori<sup>910</sup>, che assomma al suo interno, accanto ad una prevalenza di sistemi giuridici di *common law*, un sistema giuridico di *civil law*, il Québec.

La materia del diritto di famiglia risulta bipartita tra competenza federale e competenze domestiche locali (di Province e Territori).

L’analisi verrà svolta dunque effettuando alcune considerazioni trasversali sull’evoluzione del diritto di famiglia canadese – con considerazioni non dotate del grado di specificità delle analisi che seguono anche su altre Province - per poi entrare in alcune specificità della disciplina interna di alcune Province, interessanti per motivi differenziati.

---

<sup>909</sup> Alberta, British Columbia, Prince Edward Island, Manitoba, New Brunswick, Nova Scotia, Ontario, Quebec, Saskatchewan, Newfoundland, Labrador.

<sup>910</sup> Northwest territories, Yukon, Nunavut.

Da un lato, si effettua l'indagine della tutela dei rapporti di coppia in Québec, unico sistema di derivazione romanistica all'interno della Federazione, la quale consente di svolgere alcune riflessioni sull'apporto che le diverse mentalità di *civil law* e *common law* danno alla risoluzione di una medesima problematica all'interno di un quadro comunque unitario, qual è quello dello Stato federale canadese.

Dall'altro, si esegue l'esame della normativa in materia di filiazione della British Columbia e dell'Ontario, in ragione del carattere piuttosto estensivo delle legislazioni adottate in tema di genitorialità, in particolare se raffrontate alle scelte più diffuse in tema di genitorialità all'interno della tradizione giuridica occidentale.

La struttura costituzionale e giurisdizionale dell'ordinamento federale canadese ha una grossa rilevanza sull'evoluzione del diritto di famiglia e sarà dunque opportuno effettuare una serie di considerazioni generali, le quali consentono di comprendere le interazioni tra le Corti Provinciali e l'apparato federale, nonché l'attività della Suprema Corte Canadese, in particolare con riferimento all'area matrimoniale.

La struttura giurisdizionale locale prevede un sistema a doppio grado di giurisdizione, con corti di prima istanza e di appello, nonché una Corte Suprema - di volta in volta dalle nomenclature diverse - per ogni Provincia e Territorio. Come per quanto accade anche nel sistema statunitense, se le pronunce di una federata non hanno alcun valore vincolante per le altre federate<sup>911</sup>, tutte le Corti provinciali sono soggette all'autorità della *Canadian Supreme Court*<sup>912</sup>.

All'ossatura dell'ordinamento federale vi è poi un insieme di testi di natura costituzionale, a cui si fa riferimento parlando in maniera generalizzata di Costituzione canadese, nonostante si tratti per la verità di una consolidazione di quattordici diverse leggi costituzionali emanate tra il 1867 – alcune delle quali dunque ancora dell'allora Parlamento britannico - ed il 1982 (*The Constitution Acts 1867 to 1982*), nonché altri 11 leggi ordinarie elevate a rango costituzionale dall'inserimento nell'appendice del

---

<sup>911</sup> Come si vedrà, proprio con riferimento alla materia matrimoniale, tuttavia, la considerazione dei precedenti delle altre Corti provinciali e territoriali è elevata; cfr. para. 5.3.2.

<sup>912</sup> GLASS C.M., NUBASEK N., *The Evolution of Same-Sex Marriage in Canada: Lessons the U.S. Can Learn from their Northern Neighbor Regarding Same-Sex Marriage*, in *Michigan Journal of Gender and Law*, 2008, p. 148.

*Constitution Act 1982*<sup>913</sup>. Va inoltre considerato che, ad eccezione della British Columbia, le confederate canadesi non sono dotate di una costituzione scritta<sup>914</sup>.

La prima parte del *Constitution Act 1982* contiene la Carta dei diritti e libertà fondamentali canadese, la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (da ora in poi, anche solo *Charter*), la cui introduzione ha rivoluzionato il sistema, rendendo ancora più penetrante l'attività della *Canadian Supreme Court*. Da un lato, essa allinea l'esperienza canadese ai trend internazionali di positivizzazione dei diritti e delle libertà fondamentali. Dall'altro, amplia i poteri della Suprema Corte Canadese, la quale, in virtù di quanto previsto dalla Sezione 24(1) della Carta<sup>915</sup>, diviene l'interprete e garante ultimo dei diritti fondamentali nel territorio canadese<sup>916</sup>.

Peraltro, con l'introduzione della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* la tendenza della Corte Suprema Canadese a fare largo uso della comparazione e dei materiali di diritto straniero ha – dati alla mano<sup>917</sup> – si è incrementata in maniera esponenziale. Tale

---

<sup>913</sup> BUREAU M.F., *Canada*, in *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, 2011, p. 86.

<sup>914</sup> La Costituzione della British Columbia, promulgata nel 1996, contiene esclusivamente disposizioni relative all'assetto istituzionale e alle ripartizioni di potere tra gli organi provinciali. Essa si assoggetta alla Costituzione federale, non solo per tutto quanto non disposto ma anche per quanto eventualmente disposto in violazione della stessa (art. 2, *BC Constitution Act 1996*). La dottrina canadese ritiene che le Province siano deferenti dell'originario modello britannico e perciò si fondino su una serie di regole generali e procedurali non codificate in un documento scritto, essendo dunque comunque dotate di una *unwritten Constitution* desumibile dal *common law*; v. MORTON F.L., *Provincial Constitutions in Canada*, intervento tenuto al *Center for Study of State Constitutions* di Bellagio nell'ambito della conferenza "Federalism and Sub-national Constitutions: Design and Reform", 22-26 marzo 2004 e pubblicato online tra i lavori della conferenza: <http://statecon.camden.rutgers.edu/sites/statecon/files/subpapers/morton.pdf> (ultimo accesso: 25.7.2018).

<sup>915</sup> Il testo della Sezione 24(1) si occupa del ruolo delle Corti nell'assicurare il rispetto dei diritti in essa contenuti e recita: "Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances".

<sup>916</sup> In precedenza, alla Corte spettava esclusivamente un ruolo di interpretazione delle leggi approvate dal Parlamento federale, nonché di controllo del rispetto delle competenze. Prima dell'entrata in vigore della *Charter*, dunque, la Corte non si era mai pronunciata sulle violazioni dei diritti civili. La sua attività si limitava infatti a riscontrare se la risoluzione della pretesa ingiustizia sostanziale ricadesse nella competenza statale o federale, dovendosi, una volta esclusa quest'ultima, lasciare la questione della migliore opzione di trattamento del caso concreto alla discrezionalità provinciale; GLASS C.M., NUBASEK N., *The Evolution of Same-Sex Marriage in Canada: Lessons the U.S. Can Learn from their Northern Neighbor Regarding Same-Sex Marriage*, in *Michigan Journal of Gender and Law*, 2008, p. 162.

<sup>917</sup> Confronta le tabelle contenute negli studi effettuati nel decennio successivo all'entrata in vigore della Carta, che analizzano le sentenze della Corte tra il 1984, data del primo caso in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla Carta, ed il 1995. Delle 858 decisioni circa il 30% contiene almeno un riferimento ad una sentenza statunitense. La percentuale scende al 12% se si considerino altri ordinamenti comunque facenti parte dell'ex Commonwealth e al 5% con riferimento ad altri ordinamenti e alla giurisprudenza di Corti internazionali, quali ad esempio



circostanza viene evidenziata poiché - anche in considerazione dell'uso che dei precedenti stranieri viene fatto dalla Corte, quali parti integranti delle motivazioni - la dottrina canadese ritiene che con riferimento ai diritti umani e alle libertà civili contenuti nella prima parte della *Charter* (artt. 7-15), la giurisprudenza americana - elaborata in riferimento ai diritti che sono protetti da entrambe le carte costituzionali - abbia fatto in larga parte ingresso nell'ordinamento canadese<sup>918</sup>, contribuendo ad una tendenziale convergenza dei diritti fondamentali e delle libertà civili nei due grandi sistemi ordinamentali dell'America Settentrionale<sup>919</sup>.

Al di fuori della dimensione matrimoniale, la regolamentazione del diritto di famiglia nella sua dimensione c.d. verticale - in particolare per quanto attiene ai rapporti tra genitori e figli - resta esclusa dalla competenza federale ed è interamente lasciata alle singole Province e Territori, le cui normative possono dunque differire notevolmente - come, effettivamente, avviene.

Di conseguenza, elaborare un'idea univoca di cosa costituisca famiglia nel sistema canadese rappresenterebbe una finzione approssimativa, analoga al tratteggiare una definizione unitaria di famiglia valevole per l'intero Continente europeo. Dalla sola analisi dei diritti interni delle singole Province e Territori è possibile infatti comprendere, di volta in volta, l'estensione della dimensione familiare e ricostruire il quadro di riferimento dei formanti interessati.

A livello generale, tuttavia, una volta trattata la disciplina federale del matrimonio, è fondamentale effettuare almeno tre considerazioni che si mantengano di ampio respiro e

---

quella della Corte EDU; OSTBERG C.L., WETSTEIN M.E., DUCAT C.R.; *Attitudes, Precedents and Cultural Change: Explaining the Citation of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada*, in *Canadian Journal of Political Science*, 2001, p. 386-387. V. anche MANFREDI P., *The Use of United States Decisions by the Supreme Court of Canada under the Charter of Rights and Freedoms*, in *Canadian Journal of Political Science*, 1990, pp. 499 ss.

<sup>918</sup> MANFREDI P., *The Use of United States Decisions by the Supreme Court of Canada under the Charter of Rights and Freedoms*, in *Canadian Journal of Political Science*, 1990, p. 509.

<sup>919</sup> Il fenomeno è particolarmente rilevante perché riguarda circa un terzo delle decisioni della Corte e porta gli interpreti a parlare anche con riferimento agli ordinamenti d'oltreoceano di un fenomeno di convergenza, seppur interessante i diritti fondamentali, in particolare tra Stati Uniti e Canada. Come si vedrà nel prosieguo, dagli stessi non è escluso il fenomeno familiare; OSTBERG C.L., WETSTEIN M.E., DUCAT C.R.; *Attitudes, Precedents and Cultural Change: Explaining the Citation of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada*, in *Canadian Journal of Political Science*, 2001, p. 388. Peraltro va sottolineato che il fenomeno è rilevato anche con riferimento al diritto di famiglia dove la Corte è maggiormente deferente ai precedenti delle Corti britanniche (28,6% delle sentenze contiene una citazione di una Corte del Regno Unito); OSTBERG C.L., WETSTEIN M.E., DUCAT C.R.; *Attitudes, Precedents and Cultural Change: Explaining the Citation of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada*, in *Canadian Journal of Political Science*, 2001, p. 391.

permettano di considerare le normative delle diverse Province che sono comunque state oggetto dell'approfondito studio effettuato, evidenziando di volta in volta i diritti federati – provinciali o territoriali - che si manifestino per la loro peculiarità all'interno dello stesso sistema federale non uniforme.

La trattazione è ispirata dalla considerazione della modalità c.d. funzionalista<sup>920</sup> che emerge complessivamente dall'approccio che riserva il diritto canadese alla materia familiare.

La prima riflessione attiene ad un'opposizione di mentalità - che la dottrina canadese fa risalire ad una diversa sensibilità tra *common law* e *civil law* - la quale si riverbera nelle soluzioni concretamente adottate con riferimento ad alcune tematiche di interesse familiare. Tali differenti approcci sembrano coesistere all'interno del sistema federale canadese in virtù dell'appartenenza alla federazione dell'ordinamento del Québec.

Il secondo blocco di indagini attiene alla filiazione e si focalizza sul ruolo dell'uguaglianza di *status* nella tutela riconosciuta ad aggregazioni familiari dalla natura composita, che si estende anche oltre al tradizionale nucleo bigenitoriale. Emerge, in relazione a tali studi il significato assunto nella federazione canadese dall'irrilevanza delle circostanze della nascita, anche con riferimento a figli nati a seguito dell'utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita.

In conclusione, si assume contezza dell'ampio spazio lasciato all'autonomia privata in ambito familiare, e, in particolare, all'ampiezza nella negoziabilità degli *status* familiari che gli strumenti approntati dai diritti di alcune Province canadesi riconoscono. Gli studi del diritto canadese portano dunque la famiglia nella dimensione della multi-genitorialità: la ricerca entra nel dettaglio della disciplina di due Province che hanno attuato una delle estensioni più ampie e singolari sinora riscontrate, la British Columbia e l'Ontario.

Tutte queste considerazioni, da un lato, dovrebbero restituire l'idea "fluida" della famiglia nel sistema federale canadese e l'aderenza della stessa allo specchio della società. Dall'altro, intendono evidenziare come l'attenzione sociale ed il funzionalismo siano comunque contro-bilanciati da direttive ordinamentali univoche e chiare, cioè da appositi interventi legislativi o precedenti vincolanti che consentono di dare individuare la forma

---

<sup>920</sup> Si fa riferimento all'emersione, nell'estensione della tutela della famiglia, di una maggiore attenzione riservata dall'evoluzione del diritto interno all'effettività delle realtà familiari, piuttosto che alla loro struttura ed in particolare dalla loro adesione ad uno specifico modello legislativo. L'affermazione risulterà appropriatamente circostanziata dalle indagini effettuate nel prosieguo.

che la famiglia può assumere per il diritto in maniera comunque precisa e con carattere generalizzato.

#### **4.3.2 Il ruolo della giurisprudenza nel riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'art. 15 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ed il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale.**

Un primo dato che si ricava dalla lettura della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* è che essa contiene solo le libertà fondamentali degli individui e non vi si riscontra alcuna specifica tutela di carattere costituzionale del nucleo familiare.

Peraltro, la stessa assenza di Costituzioni provinciali si presenta come caratteristica che contribuisce alla differenziazione dell'*iter* dell'ampliamento della nozione matrimoniale nell'ordinamento federale canadese rispetto al diverso percorso "*ad ostacoli*"<sup>921</sup> della legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso negli Stati Uniti. Province e Territori canadesi che si oppongono all'introduzione del *same sex-marriage* non possono infatti ridefinire la nozione di matrimonio<sup>922</sup> - la quale è di competenza federale - e non hanno dunque alcun meccanismo per bloccare l'estensione<sup>923</sup>.

Il *Constitution Act 1867* contiene la ripartizione dei poteri legislativi tra lo Stato federale e le Province e stabilisce la competenza esclusiva del Parlamento Federale in materia di matrimonio e divorzio (art. 91(26)), nonostante le regole relative alla celebrazione dello stesso ("*solemnization of marriage*", art. 92(12)) rimangano nella competenza provinciale, come ogni altra materia privatistica o di rilevanza locale che non sia espressamente

---

<sup>921</sup> GLASS C.M., NUBASEK N., *The Evolution of Same-Sex Marriage in Canada: Lessons the U.S. Can Learn from their Northern Neighbor Regarding Same-Sex Marriage*, in *Michigan Journal of Gender and Law*, 2008, p. 151. Gli emendamenti costituzionali volti a introdurre una definizione di matrimonio come espressamente eterosessuale sono invece storicamente frequenti negli Stati Uniti, dove l'esempio più noto è quello della California: cfr. *supra*, para 4.2.2.

<sup>922</sup>

<sup>923</sup> La *Charter* contiene in realtà all'art. 33 una clausola nota come c.d. "*notwithstanding clause*". Si tratta di una disposizione che consente all'assemblea legislativa provinciale di dichiarare l'operatività di una legge o continuarne l'applicazione nonostante essa si ponga in accertato contrasto con alcuni articoli della Carta, rendendo in sostanza la legge temporaneamente immune dal giudizio di costituzionalità ad opera delle proprie Corti (per un massimo di 5 anni, ma con la possibilità illimitata di re-invocare la *notwithstanding clause*). Tra questi diritti e libertà fondamentali dispensabili (Sezione 2 e 7-15) è ricompreso anche il principio di uguaglianza. Si tratta di una clausola utilizzata storicamente in maniera rada (in tutto cinque volte da un totale di quattro Province) e di difficile e rigorosa giustificazione. L'ultimo tentativo di applicazione, come si vedrà a breve, è effettuato dall'Alberta e riguarda proprio il matrimonio.

sottratta alla competenza provinciale dalla Costituzione (art. 92(16)). In conseguenza, nella sua formulazione vigente fino al 2005, il *Federal Law – Civil Harmonization Act, No. 1*, alla Sezione 5, conteneva la definizione di matrimonio come unione consensuale di un uomo e di una donna.

È la prima parte del *Constitution Act 1982* (cioè quella relativa alla *Canadian Charter of Rights and Freedoms*) a racchiudere la disposizione chiave per l'evoluzione del diritto di famiglia in Canada ed in particolare per la disciplina dei rapporti di coppia e del vincolo matrimoniale: il principio di uguaglianza di fronte alla legge di cui all'art. 15<sup>924</sup>. La declaratoria di incostituzionalità ai sensi dell'art. 15 richiede non solo di dar prova che il diritto applicabile - legge o orientamento giurisprudenziale adottato - effettua una distinzione, ma che la stessa è discriminatoria in quanto non persegue un fine legittimo, cioè non rientra nella previsione di ragionevolezza di cui all'art. 1 della stessa Carta<sup>925</sup>. Sul punto, la giurisprudenza della Corte Suprema ha elaborato il parametro del c.d. *"enumerated or analogous ground"*, che utilizza in maniera costante<sup>926</sup>. Ai fini di quanto previsto dall'art. 15, dunque, la discriminazione è definita come una distinzione – intenzionale o meno – basata su motivazioni che sono legate a caratteristiche personali del soggetto o gruppo in questione e che ha l'effetto di comportare svantaggi o ostacoli non imposti ad altri o precludere l'accesso a privilegi o benefici invece ad altri disponibili. Tali caratteristiche personali sono alternativamente o quelle espressamente enumerate nella Sezione 15 della Carta, o altre che – sebbene non contenute – siano considerabili *"analoghe"*, per il fatto di essere state storicamente oggetto di stereotipi o pregiudizi<sup>927</sup>. La Corte Suprema ritiene che sull'attore l'onere della prova sia doppio e verta sul dimostrare che la legge crea una distinzione basata sulla lista di caratteristiche enumerate

---

<sup>924</sup> Si riporta il testo dell'articolo 15, co. 1, il quale recita: *"Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability"*.

<sup>925</sup> Il parametro è quello - noto anche agli interpreti del principio di non discriminazione nel sistema CEDU (cfr. para. 3.2) – dei principi che normalmente prevalgono nelle società democratiche: *"[...] subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society"*.

<sup>926</sup> Per citare i precedenti più famosi: *Andrews v. Law Society of British Columbia* (1989); *Law v. Canada* (1999); *R v. Kapp* (2008), *Withler v. Canada* (2011).

<sup>927</sup> Il Servizio Ricerca del Parlamento Canadese fornisce un documento ufficiale sull'interpretazione del principio di eguaglianza (*Background Paper BP-402E- Charter Equality Rights: Interpretation of Section 15 in Supreme Court of Canada Decisions*), contenente i canoni ermeneutici ed i precedenti rilevanti e disponibile nell'apposita sezione del sito istituzionale: <https://lop.parl.ca/content/lop/researchpublications/bp402-e.pdf> (ultimo accesso: 25.7.2018).

dall'art. 15 o su parametri ad esse analoghi e che, per tale effetto, perpetua svantaggi o pregiudizi a carico di alcuni soggetti in sola virtù delle loro caratteristiche personali<sup>928</sup>.

L'orientamento sessuale non rientra nella lista delle discriminazioni espresse, ma il *case law* lo considera "caratteristica analoga" già dal 1995, anno di una decisione della *Canadian Supreme Court* in tema di benefici pensionistici dei conviventi di fatto (*Egan v. Canada*)<sup>929</sup>. La sentenza *Egan* dà un impulso importante anche alla tutela delle relazioni di coppia, non solo perché, riconoscendo l'orientamento sessuale tra i caratteri del principio di non discriminazione, rende inerentemente sospette le distinzioni basate sullo stesso, ma anche perché elimina una serie di argomentazioni che erano state fino ad allora utilizzate per giustificare il requisito dell'eterosessualità<sup>930</sup>.

La posizione presa dalla Suprema Corte nel caso *M. v. H.* del 1999, sembra un'evoluzione naturale di tale conseguenza. I giudici sono chiamati a pronunciarsi sulla pretesa incostituzionalità della Sezione 29 dell'*Ontario Family Law Act*, nella parte in cui non riconosce all'ex convivente dello stesso sesso il diritto ad agire per ottenere gli alimenti qualora versi in stato di bisogno all'esito della rottura della relazione. La Suprema Corte ritiene che la limitazione dell'obbligo alimentare alle coppie di fatto di sesso diverso costituisca una discriminazione che non trova giustificazione "*within a free and democratic society*"<sup>931</sup>.

L'apertasi prospettiva di tutela delle coppie dello stesso sesso innesta reazioni provinciali miste. Nel 2000, la *Nova Scotia* introduce le *domestic partnerships*, accessibili a tutte le coppie,

---

<sup>928</sup> BIDDULPHU M., NEWMAN D., *Equality Rights, Ratio identification and the un/predictable judicial path not taken: Quebec (Attorney General) v. A and R v. Ibanescu*, in *UBC Law Review*, 2015, p. 28.

<sup>929</sup> La Corte rigetta la richiesta sulla base dell'art. 1 della Carta, ritenendo che la distinzione rientri nel ragionevole margine di apprezzamento statale, ma riconoscendo apertamente che le discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale sono vietate ai sensi dell'art. 15 della Carta; *Egan v. Canada*, 1995, p. 514. V. anche BUREAU M.F., *Canada*, in *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, 2011, p. 92.

<sup>930</sup> Tra queste, la più curiosa e reiterata è l'argomentazione contenuta nel caso *Layland v. Ontario* del 1993, nel quale si discute proprio della pretesa incostituzionalità della necessaria eterosessualità delle coppie che vogliono accedere al matrimonio. Nella sentenza che rigetta l'azione i giudici sostengono che non si possa ritenere che il matrimonio sia precluso alle persone omosessuali, potendo infatti esse liberamente contrarre matrimonio con una persona di sesso opposto. Si dovrebbe perciò ritenere che la mancata contrazione del matrimonio in virtù dell'orientamento sessuale sia frutto della libera scelta di non sposarsi con una persona di sesso diverso; MOSTACCI E., *Different Approaches, Similar Outcomes: Same-Sex Marriage in Canada and South Africa*, in (eds.) GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014, p. 76.

<sup>931</sup> MOSTACCI E., *Different Approaches, Similar Outcomes: Same-Sex Marriage in Canada and South Africa*, in (eds.) GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014, p. 80.

indipendentemente dal loro orientamento sessuale, mentre l'Alberta invoca la citata *notwithstanding clause* - contenuta nella Sezione 33 della *Charter* – per sottrarre al giudizio di costituzionalità sulla base del principio di non discriminazione l'adottato emendamento al *Marriage Act* provinciale, che definisce il matrimonio come necessariamente eterosessuale<sup>932</sup>.

Le rivendicazioni delle coppie dello stesso sesso per ottenere l'eguale accesso al matrimonio si svolgono tuttavia principalmente nelle Corti, sotto il profilo di questioni di costituzionalità che vengono gradualmente sollevate nelle singole Province. L'incostituzionalità della definizione di matrimonio contenuta alla Sezione 5 del *Federal Law – Civil Harmonization Act, No. 1* - per la circostanza di non perseguire alcun fine legittimo in una “società libera e democratica” nel porre una discriminazione - è dichiarata in sequenza dalle Corti di primo grado di Ontario (*Halpern v. Attorney General of Canada, District Court of Ontario*, 2002) e Québec (*Hendricks and Leboeuf v. Québec, Superior Court of the District of Montreal*, 2002). La prima decide di sospendere l'efficacia della propria decisione per un periodo di due anni, ritenuto sufficiente a consentire al Parlamento federale di riformulare la definizione legislativa. La seconda, invece, dichiara espressamente l'inoperatività nel territorio provinciale della legge federale, in virtù della sua affermata incostituzionalità. Entrambe le pronunce vengono confermate in appello<sup>933</sup>. L'anno successivo, la *Court of Appeal* della British Columbia, ribaltare una pronuncia intervenuta in primo grado e nel caso *EAGLE v. Canada (Attorney General)*, sposa la soluzione adottata dai giudici dell'Ontario. La sentenza contiene declamazioni molto decise sul fatto che l'unica modalità di eliminazione della discriminazione sia costituita dall'equo accesso al matrimonio – e non eventualmente anche dal mero riconoscimento di un'unione

---

<sup>932</sup> Gli interpreti ritennero fin da subito l'utilizzo dello strumento inefficace, per essere invocato al di fuori della competenza legislativa dei Parlamenti provinciali, per essere la definizione di matrimonio di esclusiva competenza federale, circostanza che verrà confermata dalla Suprema Corte nel 2004, come si vedrà; v. JOHANSEN D., ROSEN P., *The Notwithstanding Clause of the Charter, Background Paper BP-194-E*, Canada Library of Parliament, 2008, p. 8 (disponibile al sito governativo: <http://www.res.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/bp194-e.pdf>, ultimo accesso: 22.7.2018).

<sup>933</sup> Nel 2002, peraltro, in Québec erano già istituite le unioni civili, come forma di convivenza registrata - quasi analoga al matrimonio - ed aperta a coppie di diverso e stesso sesso. La Corte dunque riscontra una discriminazione comunque in atto, per l'assenza del diritto non a una qualsiasi formalizzazione del rapporto di coppia, ma al matrimonio in sé e per sé; BUREAU M.F., *Canada, in Journal of Gender, Social Policy & The Law*, 2011, p. 92.



formalizzata analoga – spingendosi a riformulare la tradizionale definizione di matrimonio come “unione legittima di due persone”<sup>934</sup>.

Il trio di decisioni intervenute tra il 2002 ed il 2003 innesca un meccanismo emulativo nelle altre Province e Territori, che porta ad una “pioggia” di pronunce nell’anno successivo<sup>935</sup>. Nel frattempo, l’allora Primo Ministro Canadese annuncia che non intende appellare il caso *Halpern* – cioè il primo giudizio di declaratoria di incostituzionalità intervenuto in Ontario - di fronte alla Corte Suprema, ritenendo piuttosto di indirizzare gli sforzi verso un disegno di legge federale di introduzione del *same-sex marriage* ed avanzando un’interrogazione governativa alla *Canadian Supreme Court*, perché emetta un responso in via consultiva. Con riferimento alle quattro questioni poste<sup>936</sup>, in *Reference Re Same-Sex Marriage* (2004), la Corte conferma che la definizione di matrimonio sia di competenza esclusiva federale e che la proposta di estendere il diritto di sposarsi alle coppie dello stesso sesso risponda ai principi contenuti nella *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Esercita invece la discrezionalità di non prendere posizione sull’alternativa questione del se sia incostituzionale l’allora necessaria eterosessualità dei coniugi, nonché sulla questione attinente a se la libertà religiosa garantita dall’ordinamento costituzionale consenta ai ministri di culto di rifiutare la celebrazione del matrimonio *same-sex*.

L’opinione espressa della Suprema Corte rappresenta il via libera definitivo all’emanazione di una legislazione federale che istituisca il matrimonio *gender neutral*<sup>937</sup>.

---

<sup>934</sup> GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014, p. 84.

<sup>935</sup> Nel 2004 intervengono infatti le Corti di Manitoba, Nova Scotia, Saskatchewan, Yukon e New Brunswick, rispettivamente: *Vogel v. Canada (Attorney General)*, *Boutilier v. Nova Scotia (Attorney General)*, *N.W. v. Canada (Attorney General)*, *Dunbar & Edge v. Yukon (Government of) & Canada (A.G.)*, *Harrison v. Canada (Attorney General)*.

<sup>936</sup> Precisamente: se il Parlamento Federale abbia competenza esclusiva nell’individuazione dei requisiti per contrarre matrimonio; se la proposta di estendere il riconoscimento del diritto di sposarsi anche alle coppie dello stesso sesso sia compatibile con la *Charter*; se la libertà religiosa garantisca ai ministri di culto la libertà di rifiutarsi di celebrare matrimoni dello stesso sesso; se la natura necessariamente eterosessuale del matrimonio sia contraria alla Sezione 15 della *Charter*.

<sup>937</sup> In seguito al responso della Suprema Corte l’allora Ministro della Giustizia e Attorney General della Provincia dell’Alberta dichiarò che, in caso di estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso per legge federale, il governo dell’Alberta non avrebbe invocato la “*notwithstanding clause*” per mantenere la legislazione provinciale introdotta nel 2000 che conteneva la definizione del matrimonio come eterosessuale: “*What this means now, is that the Federal Government has the full ability to make uniform law through parliament allowing for same-sex unions. Alberta does not have the ability to invoke the notwithstanding clause in relation to federal legislation. Since the court ruled the authority over same-sex marriage falls to the federal government, it is only the federal government who can invoke the notwithstanding clause to maintain the traditional definition of marriage. We understand it’s likely the federal government will introduce legislation that would allow marriage to be defined as a union of two people*”; JOHANSEN D., ROSEN P., *The Notwithstanding Clause of the Charter*, Background Paper BP-194-E, Canada Library

In conseguenza, nel luglio del 2005, il Parlamento Federale adotta il *Civil Marriage Act*. In esso è introdotta una definizione di matrimonio che espande la tradizionale concezione di *common law* dell'istituto<sup>938</sup>, eliminando il requisito dell'eterosessualità. Il matrimonio diviene dunque l'"unione legale di due persone con esclusione di ogni altro"<sup>939</sup>.

L'analisi effettuata dimostra l'enorme impatto del *case law* - non solo federale, ma anche e soprattutto provinciale - nel plasmare la nozione matrimoniale in Canada, nonostante l'intervenuto ampliamento definitivo si sia poi verificato per via legislativa<sup>940</sup>.

#### 4.3.3 La tutela delle relazioni extra-matrimoniali: il caso del Québec

Nella Federazione canadese, il trattamento riservato alle coppie non sposate rappresenta uno dei poli di maggiore interesse per dottrina e giurisprudenza, le quali guardano a tale campo come vero indice della disgregazione della nozione tradizionale di famiglia<sup>941</sup>, ritenuta imprescindibilmente radicata sul matrimonio almeno fino agli anni Sessanta del Novecento<sup>942</sup>.

La convivenza extra-matrimoniale si colloca tra le competenze delle Province, le quali decidono in autonomia quanto attiene ai rapporti personali e patrimoniali della famiglia

---

of Parliament, 2008, p. 8 (disponibile al sito governativo: <http://www.res.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/bp194-e.pdf>, ultimo accesso: 22.7.2018).

<sup>938</sup> Si ricordi in questa sede che il Canada è il primo ordinamento di *common law* ad estendere il matrimonio alle coppie dello stesso sesso ed il terzo ordinamento a livello globale, dopo Olanda e Belgio (la Spagna approva la legge istitutiva del matrimonio *gender neutral* più o meno contemporaneamente, nel giugno del 2005).

<sup>939</sup> Il preambolo contiene inoltre un espresso divieto di invocare la Sezione 33 della *Charter of Canadian Rights and Freedoms* per negare il diritto al matrimonio alle coppie dello stesso sesso.

<sup>940</sup> Un'ultima riflessione attiene alla normativa di diritto internazionale privato. Nel 2013, il Parlamento federale ha modificato la Sezione 5(1) del *Civil Marriage Act*. Essa stabilisce ora che qualsiasi matrimonio celebrato in Canada nel rispetto della normativa federale debba ritenersi valido ad ogni fine, anche qualora gli sposi di nazionalità straniera non siano residenti sul territorio canadese e l'ordinamento di cui sono cittadini non riconosca i medesimi requisiti di capacità matrimoniale. Sicché, il matrimonio celebrato in Canada tra persone dello stesso sesso è ritenuto valido indipendentemente dalla circostanza che i coniugi non risiedano in Canada e che la legge nazionale degli stessi non riconosca il matrimonio *same-sex*; BORNHEIM J.J., *Same-Sex Marriages in Canadian Private International Law*, in *Alberta Law Review*, 2014, p. 79.

<sup>941</sup> Con un'espressione colorita e molto evocativa si indica la disputa sulla dimensione familiare delle coppie di fatto con: "[...] *unmarried partners are indisputably characters in the family law drama*"; LECKEY R., *Cohabitation and Comparative Method*, in *The Modern Law Review*, 2009, p. 53.

<sup>942</sup> KELLY F., *Transforming Law's Family: The Legal Recognition of Planned Lesbian Motherhood*, UBC Press, 2011.

di fatto. In relazione alla qualificazione della convivenza *more uxorio* come rapporto di natura familiare ai fini del riconoscimento di conseguenze di ordine patrimoniale, tuttavia, si registra una forte dissociazione all'interno del territorio canadese, risalente, secondo la dottrina, ad un approccio concretamente diverso che radica nella frattura ideologica tra la mentalità di *common e civil law*.

Allo stato attuale, tutte le Province e Territori canadesi, ad eccezione del Québec - e dunque, in altre parole, tutti i sistemi federati canadesi di *common law* - riconoscono alle coppie di fatto il diritto allo “*spousal support*”, cioè connettono alla fine della convivenza *more uxorio* la nascita di un'obbligazione patrimoniale di tipo solidaristico analoga al mantenimento dovuto per la rottura della relazione matrimoniale (*conjugal breakdown*), volta a correggere le conseguenze pregiudizievoli della sperequazione che si può verificare in capo al soggetto economicamente più debole in virtù della separazione<sup>943</sup>.

A tale proposito, le normative provinciali fanno uso in maniera promiscua del termine *spouse*, che viene utilizzato indistintamente nella legislazione e nel *case law* per indicare tanto le coppie sposate che i conviventi *more uxorio*, da intendersi nel *common law* come due adulti – dello stesso o di diverso sesso – che vivano insieme una relazione affettiva senza essere sposati (e talvolta, dunque, gergalmente indicati anche come *common law spouses*)<sup>944</sup>.

Tale circostanza innesta la necessità di indicare in via interpretativa che cosa ricomprenda il termine *spouse* quando se ne parli in relazione ad uno specifico istituto<sup>945</sup> e rischia di indurre in confusione la popolazione circa le conseguenze giuridiche collegate alle proprie scelte di vita, anche considerati i fraintendimenti storicamente connessi alla diffusione del termine *common law marriage*<sup>946</sup>.

---

<sup>943</sup> BAKHT N., *A v. B and Attorney General of Quebec (Eric v. Lola) - The implications for cohabiting couples outside Quebec*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2013, p. 262.

<sup>944</sup> MORRISON A., *Who is a family: cohabitation, marriage and the redefinition of family*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2015, p. 381.

<sup>945</sup> Si prenderà a titolo esemplificativo la normativa dell'Ontario. Il Family Law Act 1990, relativo ai rapporti personali e patrimoniali tra coniugi e all'autonomia negoziale riconosciuta nell'ambito degli stessi, apre alla Sezione 1 enunciando che nell'atto per “*spouse*” deve intendersi “*either of two persons who are married to each other*” salvo alla Sezione 30, poi in tema di *support*, specificare che alla già data definizione va aggiunta quella di “*either of two persons who are not married to each other and have cohabited, (a) continuously for a period of not less than three years, or (b) in a relationship of some permanence, if they are the parents of a child*”.

<sup>946</sup> La diffusione del concetto di *common law marriage* comporta che le coppie di conviventi non sposati spesso vivano nell'illusione di godere degli stessi diritti e doveri derivanti dal matrimonio, come se il diritto li tutelasse sotto un quadro unico; MORRISON A., *Who is a family: cohabitation, marriage and the redefinition of family*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2015, p. 403.

Per la verità, tra gli approcci normativi attuati dalle singole Province e Territori in tema di equiparazione delle coppie di fatto alle coppie sposate, si possono fare due tipi di distinzione.

Il primo riguarda l'estensione dei diritti riconosciuti<sup>947</sup>. In alcuni degli ordinamenti federati l'equiparazione tra lo *status* di convivente e quello di coniuge è infatti totale, purché la relazione affettiva abbia avuto una durata minima di almeno due anni. E' questo il caso di Manitoba, Saskatchewan, British Columbia, Northwest Territories e Nunavut. Negli altri ordinamenti di *common law*, invece, l'equiparazione non comporta anche l'applicazione automatica delle regole diverse dal *support* ed, in particolare, non comporta l'equiparazione delle norme relative alla suddivisione del patrimonio familiare (*property division*). Così dunque in Alberta, New Brunswick, Newfoundland, Nova Scotia, Ontario, Prince Edward Island e Yukon<sup>948</sup>.

Una seconda classificazione attiene alle circostanze per l'applicazione dell'eventuale regime di equiparazione, che può essere subordinato ad un'opzione di *opt-in* o, alternativamente, di *opt-out*<sup>949</sup>.

Ad esempio, la Nova Scotia con il *Law Reform Act 2000* ha adottato un approccio *opt-in*, in cui il riconoscimento dello stesso regime legale del matrimonio è subordinato alla registrazione della coppia come *domestic partnership*, applicandosi diversamente solo le già viste conseguenze di stampo solidaristico relative al diritto/obbligo al *support*.

Opposto invece l'approccio della British Columbia, che ha adottato nel nuovo *Family Law Act*, entrato in vigore nel marzo 2013<sup>950</sup>, la definizione estensiva di "*spouse*", riconoscendo le similarità funzionali della vita affettiva di coppia e promuovendo perciò il riconoscimento degli stessi diritti e doveri alle relazioni familiari di coppia, indipendentemente dall'esistenza di un vincolo matrimoniale. Per effetto, attualmente la British Columbia rappresenta la Provincia in cui sono riconosciuti i diritti più estensivi ai conviventi – i medesimi dei coniugi anche a fini pensionistici e fiscali<sup>951</sup> – purché i due

---

<sup>947</sup> V. BAKHT N., *A v. B and Attorney General of Quebec (Eric v. Lola) - The implications for cohabiting couples outside Quebec*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2013, p. 267.

<sup>948</sup> Per i due raggruppamenti di ordinamento si fa riferimento agli studi effettuati da MORRISON A., *Who is a family: cohabitation, marriage and the redefinition of family*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2015, pp. 409.

<sup>949</sup> MORRISON A., *Who is a family: cohabitation, marriage and the redefinition of family*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2015, pp. 410.

<sup>950</sup> Family Law Act, SBC 2011, c. 25.

<sup>951</sup> BROWN C., GARDINER K.T., *The rights of unmarried cohabitants in Canada*, in *Trusts & Trustees*, Vol. 24, No. 1, February 2018, p. 88.

adulti abbiano convissuto *more uxorio* per almeno due anni, requisito di durata della convivenza che non è richiesto qualora la coppia abbia un figlio insieme.

Vi sono, infine, anche opzioni di tipo misto, che conferiscono determinati diritti alle coppie di adulti che si trovino tra loro in relazione di interdipendenza - senza che sia dunque richiesta l'esistenza di una relazione di tipo coniugale - con la possibilità di chiedere l'applicazione di tale regime pur in assenza del raggiungimento dei requisiti di legge o di prevederne l'esclusione. È questo il caso dell'Alberta, che comprende i conviventi *more uxorio* nel più ampio concetto di *Adult Interdependent Partners (AIPs)*, termine con il quale si indica una relazione extra-matrimoniale in cui due persone scelgano un percorso di condivisione di vita, in virtù di un legame affettivo e funzionino come un'unica unità economica e domestica<sup>952</sup>. Il regime legale previsto si applica su presupposti alternativi: per legge, in virtù della permanenza della relazione di interdipendenza per almeno tre anni consecutivi; su scelta delle parti, tramite la conclusione di un apposito contratto (*AIP agreement*). L'autonomia negoziale è data anche nell'escludere l'applicazione del regime (ed ecco dunque l'opzione di *opt-out*), ma in tal caso le Corti potrebbero dichiarare l'inefficacia dell'esclusione se la natura della relazione di interdipendenza sia effettivamente "familiare" e non solo affettiva, in particolare in presenza di figli<sup>953</sup>.

L'esempio della normativa dell'Alberta, con la riconosciuta opportunità di rendere per le Corti inefficace la pur lecitamente manifestata volontà delle parti qualora la relazione esistente sia concretamente di tipo familiare è espressione massima del principio della tutela dell'effettività<sup>954</sup>.

Da una prospettiva funzionalista, infatti il matrimonio e la convivenza rappresentano semplici variazioni di una delle unità familiari basilari<sup>955</sup>. Il funzionalismo si presenta come un approccio "proattivo", che considera le forme familiari in virtù della funzione che le comunità domestiche che si "proclamano tali" concretamente svolgono: quella di provvedere supporto materiale e spirituale ai suoi membri<sup>956</sup>. Al polo opposto,

---

<sup>952</sup> Adult Interdependent Relationships Act 2002, s. 1(1)(f).

<sup>953</sup> BROWN C., GARDINER K.T., *The rights of unmarried cohabitants in Canada*, in *Trusts & Trustees*, Vol. 24, No. 1, February 2018, p. 90.

<sup>954</sup> Contribuisce dunque a porre in evidenza quanto caratterizza nel *common law* canadese l'intera trattazione e regolamentazione della tematica familiare: l'approccio funzionalista.

<sup>955</sup> MORRISON A., *Who is a family: cohabitation, marriage and the redefinition of family*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2015, p. 401.

<sup>956</sup> LECKEY R., *Cohabitation and Comparative Method*, in *The Modern Law Review*, 2009, p. 54.

l'approccio formalista è di stampo reattivo: la percezione di cosa costituisca famiglia cambia solo in corrispondenza di un mutamento legislativo, in quanto il riconoscimento di diritti e doveri è riconnesso non al ruolo svolto in concreto dai soggetti, ma all'esistenza di uno *status* formale, quale quello di coniuge o di figlio<sup>957</sup>.

L'opposizione di impostazioni, nonché la maggiore riferibilità della prospettiva formalista alla mentalità di *civil law*<sup>958</sup>, trasparirebbe in maniera nitida proprio con riferimento al trattamento delle coppie non sposate nell'unico ordinamento canadese ibrido o bigiuridico<sup>959</sup>, il Québec.

Qualora si entri nella prospettiva della normativa del Québec, tuttavia, si riscontra immediatamente come la *ratio* della riconnessione di tutela giuridica all'adesione ad un predisposto modello legale non risponda tanto ad una necessità formalista, quanto all'esigenza di rispetto dell'autonomia privata<sup>960</sup>. Si tratta dell'adesione ad una visione forte o assoluta dell'autonomia, per cui la politica legislativa risponde, *in primis*, al desiderio di rispettare la volontà di non sposarsi, che si presume come volontà non solo di evitare gli effetti del matrimonio, ma di evitare qualsiasi obbligazione azionabile. La riconnessione di diritti e doveri alla mera convivenza sarebbe dunque illegittima, perché effettuata nei confronti di soggetti che hanno volontariamente posto i loro affetti al di fuori del "regno" della legge<sup>961</sup>. A questa finalità primaria si affiancano anche alcune caratteristiche riconducibili alla matrice di *civil law* del Québec, e, in particolare, il carattere maggiormente stringente della nozione di ordine pubblico, sia con riferimento all'autonomia privata sia con riferimento al carattere delle obbligazioni solidaristiche. Da un lato, la possibilità garantita negli ordinamenti di *common law* delle altre Province e Territori di regolamentare in maniera estensiva gli assetti di coppia, anche a mezzo di

---

<sup>957</sup> V. LECKEY R., *Cohabitation and Comparative Method*, in *The Modern Law Review*, 2009, p. 53; MORRISON A., *Who is a family: cohabitation, marriage and the redefinition of family*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2015, p. 399.

<sup>958</sup> Una mentalità quella civilistica e soprattutto codicistica improntata alla coerenza e non al "regularatory chaos" che invece costituirebbe secondo taluni la prassi familiare che viene portata innanzi alle Corti di common law alla ricerca di una regola risolutoria; DEWAR J., *The Normal Chaos of Family Law*, in *Modern Law Review*, 1998, p. 467.

<sup>959</sup> ANDO' B., *Alle radici del droit civil québécoise: ibridità e jus commune*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2016, p. 98.

<sup>960</sup> Il c.d. *laissez-faire*, cioè la valorizzazione della libertà di scelta dei contraenti, come principio che anima la disciplina dei rapporti di coppia della Provincia del Québec emergerebbe fin dai dibattiti parlamentari del 1980; BILAND E., SCHÜTZ G., *Les couples non-mariés ont-ils des droits? Comment juristes, intellectuels et journalistes ont construit l'affaire Eric c Lola*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 2015, p. 332.

<sup>961</sup> EEKELAR J., *Family Law and Personal Life*, OUP, 2006, p. 39.



contratti pre-matrimoniali, non si riscontra in Québec, dove - fatta salva la possibilità di concludere contratti di convivenza a certi effetti patrimoniali - la contrattazione degli aspetti patrimoniali, ma soprattutto personali, del rapporto di coppia risulta limitata nei suoi contenuti da clausole di ordine pubblico. Dall'altro, la natura quasi pubblicistica delle obbligazioni di carattere alimentare negli ordinamenti di *civil law*, comporta che per il giurista del Québec appaia poco convincente che alla rottura della relazione di carattere affettivo si facciano concorrere tanto conseguenze di stampo solidaristico quanto le regole sulla divisione della proprietà riconducibili al regime patrimoniale tra coniugi<sup>962</sup>, per la percepita radicale difformità della natura dei due istituti.

Nel 2013, la disciplina codicistica del Québec finisce al vaglio della Suprema Corte Canadese. Il caso *Québec (Attorney General) v. A* è in realtà noto e riportato in dottrina con i nomi propri dei due protagonisti della vicenda (*Eric v. Lola*<sup>963</sup>) e riguarda la richiesta dichiarazione di incostituzionalità, per violazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 15 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*<sup>964</sup>, di una serie di disposizioni del codice civile del Québec relative a benefici in ordine alla divisione delle proprietà familiari riconosciute esclusivamente ai coniugi, nonché all'obbligo di *support* – punto che si vedrà essere maggiormente controverso, anche per il fatto che esso è riconosciuto in maniera più ampia anche alle persone unite civilmente<sup>965</sup>.

La pronuncia del Collegio è lunga e articolata - ben 259 pagine - e rappresenta una decisione cardine della giurisprudenza della Corte Suprema Canadese degli ultimi anni, poiché contiene al suo interno una trattazione quasi manualistica del principio di uguaglianza<sup>966</sup> e, pur concludendosi con il rigetto della questione di costituzionalità – contiene alcune affermazioni che lasciano spazio ad una prospettiva evolutiva analoga a quella del *same-sex marriage*<sup>967</sup>.

---

<sup>962</sup> V. LECKEY R., *Cohabitation and Comparative Method*, in *The Modern Law Review*, 2009, p. 63.

<sup>963</sup> La coppia, che si era conosciuta quando la donna era una studentessa di diciassette anni e l'uomo un affermato imprenditore trentaduenne, e che – alle affermazioni acquisite alla causa, non si era mai sposata principalmente per l'opposizione di quest'ultimo - aveva convissuto per sette anni e dall'unione erano nati tre figli.

<sup>964</sup> Nel 2009 era già finita al vaglio della Suprema Corte la legislazione in tema di *domestic partnerships* della Nova Scotia, della quale si richiedeva la dichiarazione di illegittimità – poi rigettata – per la circostanza di non contenere l'estensione alle coppie non sposate del regime patrimoniale tra coniugi; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*.

<sup>965</sup> Art. 585 CCQ (*Civil Code Quebecoise*).

<sup>966</sup> Vi sono quasi 6 pagine di bibliografia della dottrina espressamente citata dai giudici.

<sup>967</sup> I giudici infatti ribaltano il responso del precedente *Walsh* sull'assenza di discriminazione, rifiutandosi apertamente di seguire il reasoning della Corte e di fatto inserendo lo status matrimoniale tra i c.d. *analogous grounds* (cfr. supra, para 4.3.2); BAKHT N., *A v. B and Attorney*

Nel caso *Eric v. Lola*, apparentemente, la maggioranza dei giudici (cinque su nove) ritiene che l'esclusione dei conviventi di fatto da tutte le tutele adottate per i coniugi rappresenti una violazione dell'art. 15 della *Charter*, in particolare con considerazione all'esclusione dal *support*. Sposando quello che si è visto essere l'approccio funzionale, la Corte ritiene che l'uguaglianza - nella sua natura di equità (*fairness*) – richieda infatti di guardare al “contenuto della relazione sociale e non al contenitore”<sup>968</sup> e dunque alla circostanza che le obbligazioni di carattere solidaristico non nascono in virtù dello *status* conferito dal diritto di famiglia, ma dell'esistenza in concreto di un rapporto di dipendenza e di una situazione di vulnerabilità<sup>969</sup>.

La maggioranza dei giudici tuttavia (con uno stretto margine - cinque a quattro - per quanto attiene al *support*) fa salva la costituzionalità della normativa del Québec, in considerazione della *ratio* della stessa, che viene ritenuta non di natura discriminatoria, per l'assenza dell'intento di perpetrare un pregiudizio o uno stereotipo<sup>970</sup>. La discrezionalità esercitata dal legislatore nel mantenere distinti i due tipi di relazione non esprime un giudizio di valore sulle scelte personali delle coppie, ma risponde infatti al desiderio di rispettare la loro massima discrezionalità circa il modo di vivere le proprie unioni affettive.

La decisione – come si è anticipato – per la dottrina non sembra mettere davvero un punto fermo alla questione, perché i giudici comunque esplicitano l'esistenza di un'analogia funzionale tra matrimonio e convivenza *more uxorio*. Una volta stabilito che l'imposizione di diritti ed obblighi analoghi possa risiedere nell'autonomia di scelta

---

*General of Quebec (Eric v. Lola) - The implications for cohabiting couples outside Quebec*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2013, p. 273.

<sup>968</sup> La sentenza si compone di 4 opinioni separate. Si legge nell'opinione del Giudice Abella: “As the history of modern family law demonstrates, fairness requires that we look at the content of the relationship's social package, not at how it is wrapped”; *Eric v. Lola*, para. 285.

<sup>969</sup> *Eric v. Lola*, para. 296.

<sup>970</sup> Nonostante in apertura alla sentenza (*Eric v. Lola*, p. 7) si legga che cinque giudici su 4 hanno risposto affermativamente alla riscontrata violazione del principio di uguaglianza, non è poi chiaro se venga fatto ricorso all'art. 1 della CCRF e quindi - effettivamente riscontrata una violazione - si faccia salvo il perseguimento di un fine legittimo, o se la *ratio legis* ritenuta non intenzionalmente discriminatoria in quanto non perseguita una natura di perpetrazione di uno stereotipo “annull” la riscontrabile violazione. Al quesito relativo alla configurabilità di una giustificazione legittima ai sensi dell'art. 1 della Carta, infatti, i quattro giudici che affermano non riscontrata la violazione, ritengono non sia necessario rispondere alla domanda, tre configurano l'illegittimità della sola disposizione sul *support*, e gli altri due si pongono ai poli opposti, uno ritenendo il fine legittimo sussistere, l'altro che non vi sia. Sicché non è possibile ricavare una regola che abbia una *ratio decidendi* unitaria e precisa dalla decisione in questione; BIDDULPHU M., NEWMAN D., *Equality Rights, Ratio identification and the un/predictable judicial path not taken: Quebec (Attorney General) v. A and R v. Ibanescu*, in *UBC Law Review*, 2015, p. 33.

lasciata alle parti, la Corte non effettua due tipi di indagini che potrebbero risultare di importanza fondamentale. Innanzitutto, non analizza la circostanza che tale autonomia sia concretamente esercitata dalle parti in maniera cosciente<sup>971</sup>. In secondo luogo, non considera se essa sia effettivamente mutuale, perché presume che la motivazione sia comune a entrambi i componenti della coppia<sup>972</sup>.

Si tratta, dunque, di una questione ancora aperta.

In ogni caso, la situazione canadese appare come peculiare, per la grossa frattura che si presenta nella qualificazione familiare della realtà di coppia non formalizzata, praticamente con riferimento ad un unico Stato della federazione.

#### **4.3.4 Filiazione e genitorialità in Canada: conseguenze dell'uguaglianza di status dei figli e i profili applicativi del *best interest of the child*.**

Si è finora trattata più volte la famiglia come costruita su due piani, quello orizzontale dei rapporti di coppia e quello verticale legato alla filiazione, per anni congiunti per via dell'unicità del fondamento matrimoniale, evidenziando come tuttora il piano interattivo, cioè la "struttura perlomeno triadica della famiglia"<sup>973</sup> spesso attiri l'attenzione del diritto solo in seconda battuta.

Nel diritto canadese – lo si è anticipato, ma lo si vedrà ora in maniera più approfondita – il profilo formale della famiglia è messo spesso in secondo piano. L'attenzione marcata alla ricostruzione della struttura in virtù dell'effettività, ed in particolare del rispetto del principio di uguaglianza - il quale si è visto informare in maniera profonda l'intero assetto normativo del sistema giuridico federale canadese - nell'ambito della filiazione si esplica nell'esistenza di rapporti tra genitori e figli improntati alla non discriminazione in virtù delle circostanze della nascita, da intendersi nei termini che vedremo nel prosieguo.

L'idea più volte esposta di un'adesione ad un funzionalismo "spinto" potrebbe portare l'interprete a pensare di trovarsi davanti ad un ordinamento il quale, nei fatti, non pone

---

<sup>971</sup> Il riferimento è al problema della conoscenza dell'esistenza o della mancanza di effetti, connesso all'uso promiscuo del termine *spouse* nel diritto canadese.

<sup>972</sup> Tale elemento viene evidenziato in verità dal Giudice Abella, che proprio per questo pericolo riscontra la violazione e non ritiene nemmeno giustificato il fine perseguito; *Eric v. Lola*, para. 375.

<sup>973</sup> BELLEAU H., CORNUT ST-PIERRE P., *Conjugal Interdependence in Quebec: From Legal Rules to Social Representations About Spousal Support and Property Division on Conjugal Breakdown*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 2013, p. 48.

limiti alla struttura della famiglia. Si potrebbe cioè ipotizzare che qualsiasi forma assunta dal nucleo familiare, con attinenza ai rapporti tra genitori e figli trovi in qualche modo riconoscimento legale – seppur in una prospettiva evolutiva, sollecitata di volta in volta dai tempi dei corrispettivi mutamenti sociali – con la conseguente difficoltà di identificare a priori con certezza quali gruppi sociali costituiscano famiglia. Si vedrà, invece, che la situazione è ben più articolata ed anche i plurimi ampliamenti effettuati dal formante giurisprudenziale risentono talvolta della necessità di un intervento legislativo che li accolga ed incida in maniera diretta e conforme sulla struttura della famiglia.

Il punto focale dell'intera evoluzione del diritto della filiazione degli ordinamenti canadesi è costituito dallo *status* dei figli e dalla conseguente condizione dei genitori.

Nel diritto delle Province canadesi, radicato sul *common law* inglese, il concetto di *illegitimacy* ha giocato un ruolo primario almeno fino agli anni Ottanta del Novecento, stante il governo quasi incontrastato della nascita in costanza di matrimonio e della presunzione di paternità del marito nel riconoscimento di una relazione tra genitore e figlio tutelata dal diritto<sup>974</sup>.

Lo sradicamento delle disuguaglianze tra figli ed il riconoscimento di un unico *status* si colloca nella maggior parte delle Province e Territori negli anni Novanta del Novecento e avviene per lo più con interventi legislativi che sono conseguenza dell'esito positivo di impugnazioni per incostituzionalità delle singole normative statali, ai sensi della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Vi sono due eccezioni<sup>975</sup>.

---

<sup>974</sup> La circostanza, in un momento iniziale, non attiene solo alla relazione tra padre e figlio, ma anche a quella con la madre, posto che in alcune delle più antiche legislazioni provinciali, ad esempio quella della Nova Scotia risalente al 1758, piuttosto esplicita sin dal titolo “*An Act to provide for the support of Bastard Children, and the punishment of the Mother and reputed Father*” venne adottata una normativa ispirata alla *ratio* delle c.d. *Poor Laws* inglesi, che ponevano a carico dello Stato gli obblighi alimentari sugli indigenti. Sicché lo scopo era quello di garantire agli istituti pubblici che si prendevano cura dei c.d. “figli bastardi”, spesso sottratti alla stessa custodia della madre, di ottenere un indennizzo – di carattere appunto punitivo – dai presunti genitori; BOYD S.B., *Illegitimacy in British Columbia, Saskatchewan, Ontario, and Nova Scotia: A Legislative History*, Allard Research Commons, 2015, p. 5. Le conseguenze dell'illegittimità sono ovviamente cambiate nel tempo, prima in relazione alla madre e poi al padre, da cui a lungo tuttavia ai figli illegittimi sono stati negati i diritti successori; WIEGERS W., *Assisted Conception and Equality of Familial Status in Parentage Law*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2013, p. 147.

<sup>975</sup> BOYD S.B., *Illegitimacy in British Columbia, Saskatchewan, Ontario, and Nova Scotia: A Legislative History*, Allard Research Commons, 2015, pp. 49 ss.

La prima attiene all'Ontario, che abolisce lo *status of illegitimacy* direttamente per via legislativa ben prima dell'avvento della Carta, nel 1977, con il *Children's Law Reform Act*<sup>976</sup>. La seconda, che si colloca al polo opposto, riguarda invece la situazione della Nova Scotia, la quale, nonostante abbia di recente attuato una riforma sistematica della normativa sulle responsabilità di cura e patrimoniali nei confronti dei minori<sup>977</sup>, mantiene la distinzione di *status* e l'istituto della legittimazione<sup>978</sup>, rimanendo dunque salda la distinzione pregiudizievole tra figli, posto che solo alcune delle discriminazioni in atto tra figli nati fuori e all'interno del matrimonio sono poi state portate innanzi alle Corti provinciali e dichiarate incostituzionali<sup>979</sup>.

Come più volte ribadito, il richiamo all'art. 15 della *Charter* richiede la dimostrazione di una distinzione discriminativa in virtù di una caratteristica personale, che nel caso delle impugnazioni delle normative statali in tema di filiazione legittima è stata riscontrata di volta in volta dagli attori nello stato di madre o padre non sposati – più di frequente la

---

<sup>976</sup> “For all purposes of the law of Ontario a person is the child of his or her natural parents and his or her status as their child is independent of whether the child is born within or outside marriage. [...] Any distinction at common law between the status of children born in wedlock and born out of wedlock is abolished and the relationship of parent and child and kindred relationships flowing therefrom shall be determined for the purposes of the common law in accordance with this section”; *Children's Law Reform Act*, s. 1(1).

<sup>977</sup> Il *Bill no. 31/2015*, approvato dal Parlamento provinciale nel dicembre 2015, sostituisce il precedente *Maintenance and Custody Act* del 1989 con il *Parenting And Support Act*, in vigore dal 26 maggio 2017.

<sup>978</sup> Così le Sezioni 49 e 50 del *Parenting and Support Act* sono dedicate rispettivamente ai “Diritti civili e privilegi dei figli legittimati” (*Civil rights and privileges of legitimated child*) e al loro “status e capacità” (*Status and capacity of legitimated child*): “(49) Where the mother and father of any child born out of lawful wedlock intermarry, the child shall be deemed to have had from the date of his birth and to have for all purposes within the Province all the civil rights and privileges of a child born in lawful wedlock, including, but not so as to restrict the generality of the foregoing, the right to inherit property upon an intestacy in the same manner and to the same extent as a child born in lawful wedlock. (50) Where the mother and father of any child born out of lawful wedlock intermarry, the child shall for all purposes have and be deemed to have had the status and capacity of a child born in lawful wedlock of the mother and father from the date of birth and for all purposes to be a lawful lineal descendant and a child of the mother and father”.

<sup>979</sup> Ad esempio, in tempi risalenti, la *Nova Scotia Court of Appeal* ha dichiarato illegittima per violazione dell'art. 15 della *Charter* l'assenza di diritti successori del figlio nei confronti del padre naturale contenuta nell'*Intestate Succession Act*; *Tighe (Guardian ad litem of) v McGillivray Estate*, (1994). Di recente, la *Court of Appeal* si è trovata a considerare la questione della disuguaglianza tra figli legittimi ed illegittimi sul profilo dei diritti riconosciuti ai genitori in caso di adozione, attinente alla mancata notifica al padre del figlio nato fuori dal matrimonio dell'iniziata procedura di adozione, ai fini della manifestazione del consenso. Nonostante uno dei componenti della Corte abbia sollevato la questione di costituzionalità, la Corte ha nel frattempo comunque garantito l'adozione, ritenendo che la risoluzione della stessa avrebbe portato allo stallo dell'adozione per un tempo costituente un grosso pregiudizio per il minore e la famiglia adottiva interessata; copia della questione sollevata dal Giudice O'Neil è disponibile sul sito della Corte ([http://www.courts.ns.ca/Decisions\\_Of\\_Courts/documents/2017nssc27.pdf](http://www.courts.ns.ca/Decisions_Of_Courts/documents/2017nssc27.pdf)).

prima - e dunque in una combinazione data dal sesso e dall'assenza di *status* coniugale, in virtù della circostanza che vi fosse un numero crescente di figli discriminati per l'essere nati e cresciuti in una relazione funzionalmente analoga a quella matrimoniale<sup>980</sup>.

Tuttavia, per la giurisprudenza canadese la *ratio* dell'abolizione dell'*illegitimacy* va riscontrata nell'esigenza di garantire che tutti i figli abbiano lo stesso *status* di fronte alla legge, indipendentemente dalle circostanze della loro nascita, un principio che dovrebbe governare le relazioni tra genitori e figli in una maniera tale da accogliere al suo interno gli interessi di entrambi, senza concentrarsi esclusivamente sull'uno o sull'altro. Se da un lato, infatti, la genitorialità ha a lungo portato con sé un concetto autoritario, oggi non vi sono dubbi che si strutturi nel diritto canadese come un insieme di diritti e doveri reciproci, governati dall'idea del *best interest of the child*, ma anche da una serie di norme che considerano gli interessi dei genitori<sup>981</sup>, sicché si può ritenere che nel diritto della filiazione vi sia la convergenza di entrambi gli interessi<sup>982</sup>.

L'importanza della correlazione "*equal parents, equal children*<sup>983</sup>" - che emergerebbe proprio dalla lotta all'*illegitimacy* - è tale per cui il principio di unicità dello stato di figlio è posto negli ordinamenti canadesi a fondamento delle rivendicazioni relative al riconoscimento delle potenziali diversità della struttura familiare. Ciò avviene con riferimento alla genitorialità intenzionale, soprattutto nei contesti di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, ma ha un ruolo anche in quella sociale (c.d. *step-parents*) e trova riconoscimento anche attraverso l'utilizzo di strumenti che radicano in dottrine di *common law* antichissime.

A questo punto si inseriscono alcune considerazioni sull'evoluzione familiare oltre il nucleo bigenitoriale ed eterosessuale, che attengono alle peculiarità della federazione canadese nell'azione di riconoscimento delle famiglie non tradizionali, come eliminazione dello "stigma" che può derivare in termini di uguaglianza ai figli e ai "*caregivers*<sup>984</sup>" in virtù

---

<sup>980</sup> *Williams v Haugen* (1988); *PAD v LG* (1988); *Murley v Hudy*, (1994); *LK v TWL* (1988); *JALK v JR*, (1996); *Milne v Alberta (Attorney General)* (1990); *Panko v Vandesype* (1993); *Gorzen v Litzi* (1988); *Bomboir v Harlow* (1987); *LK v TWL* (1988); *Christante v Schmitz* (1990).

<sup>981</sup> Ad esempio, risponde all'interesse dei genitori la predisposizione di varie presunzioni nell'attribuzione della genitorialità.

<sup>982</sup> WIEGERS W., *Assisted Conception and Equality of Familial Status in Parentage Law*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2013, p. 151.

<sup>983</sup> KELLY F., *Equal Parents, Equal Children: Reforming Canada's Parentage Laws to Recognize the Completeness of Woman-led Families*, in *U.N.B. Law Journal*, 2013, p. 253.

<sup>984</sup> La scelta del termine in luogo di genitore non è casuale e lo si vedrà a breve.



della struttura della famiglia, del numero di soggetti coinvolti nella cura del minore o delle circostanze della nascita.

La prima precisazione che va svolta riguarda il riconoscimento delle responsabilità sul minore in capo a soggetti che se ne prendano cura nella quotidianità.

Sul punto, influisce in maniera uniforme la normativa federale. Si è visto, infatti, come il Governo federale abbia competenza sul vincolo matrimoniale. Essa si estende anche alle norme relative al suo scioglimento (*Divorce Act 1985*). In sede di regolamentazione delle conseguenze del divorzio sull'affidamento dei minori, il Governo federale ha recepito la dottrina del c.d. *in loco parentis*<sup>985</sup>, stabilendo che il coniuge che svolga il ruolo di genitore (“*stands in the place of a parent*”) possa avere diritti e responsabilità nei confronti di un figlio non giuridicamente proprio che viva all'interno del nucleo matrimoniale<sup>986</sup>. La dottrina è recepita da tutte le Province e Territori, per lo più con apposite previsioni statutarie<sup>987</sup>, e consente alle Corti adite di porre a carico o riconoscere a soggetti che assumano una posizione qualificata nei confronti del minore – sulla base di criteri individuati in via interpretativa dalla Suprema Corte Canadese nel caso *Chartier v. Chartier* del 1999 - alcuni dei diritti e doveri derivanti dalla genitorialità, quali il diritto di mantenere contatti con il minore o il dovere di mantenimento, ma non il riconoscimento della *legal parenthood* in sé<sup>988</sup>.

La seconda circostanza attiene all'allargamento familiare ai nuclei di carattere omogenitoriale. Se in Canada l'estensione del matrimonio *same-sex* si verifica a livello federale nel 2005, la dimensione verticale familiare ed in particolare quella adottiva aveva curiosamente virato nell'originale direzione di consentire la stessa indipendentemente

---

<sup>985</sup> La locuzione latina *in loco parentis*, che indica letteralmente “al posto del genitore” indica una dottrina generalmente accettata all'interno del *common law* inglese e disegnata per rispondere alla situazione degli individui che assumano volontariamente le responsabilità di cura e/o patrimoniali su un minore che non è loro figlio biologico. Nonostante si applichi principalmente nei procedimenti di *access* e *custody* o equivalenti essa ha un utilizzo più ampio anche relativo ad esempio alle responsabilità di vigilanza degli insegnanti. La definizione fornita dal Black's Law Dictionary è la seguente: “*The doctrine, according to its generally accepted common law meaning, refers to a person who has put himself in the situation of a lawful parent by assuming the obligations incident to the parental relation without going through the formalities necessary to legal adoption. It embodies the two ideas of assuming the parental status and discharging the parental duties*”; BLACK'S LAW DICTIONARY, 2004, p. 803.

<sup>986</sup> *Divorce Act*, s. 2(2)(b).

<sup>987</sup> Fa eccezione l'Alberta; FARQUHAR K., *Termination of the in loco parentis obligation of child support*, in *Canadian Journal of Family Law*, 1990, p. 99.

<sup>988</sup> KELLY F., *One of these families is not like the others: the legal response to non-normative queer parenting in Canada*, in *Alberta Law Review*, 2013, p. 8.

dall'orientamento sessuale degli interessati ben prima, sempre in virtù del principio di non discriminazione di cui all'art. 15 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Già nel 1995, infatti, nel caso *Re K*<sup>989</sup>, una *Provincial District Court* dell'Ontario aveva consentito l'adozione ad una coppia di conviventi omosessuali, ritenendo che il prerequisito dell'eterosessualità della coppia di adottanti fosse incompatibile con il principio di non discriminazione e che tale distinzione non fosse giustificabile come rientrante nella legittima discrezionalità legislativa ai sensi dell'art. 1 della stessa *Charter*, stante che lo scopo esplicito delle leggi sull'adozione è quello di attuare l'interesse del minore ad avere un nucleo affettivo di crescita<sup>990</sup>.

Nel 2002, il Québec è la prima Provincia canadese ad adottare una riforma che dia rilievo all'intenzionalità nell'assunzione del ruolo genitoriale, consentendo, tra le altre cose, anche alle coppie dello stesso sesso di essere registrate alla nascita come genitori di un figlio al di fuori dei casi di adozione<sup>991</sup>.

Partendo dalla citata assunzione che l'*equal status* comporti un'uguaglianza di posizione dei figli indipendentemente dalle circostanze della nascita, il legislatore del Québec inserisce al libro II del codice civile - tra il Capitolo I dedicato alla filiazione di sangue (*by blood*) e il Capitolo II sull'adozione - un nuovo Capitolo I.1 che disciplina la filiazione nei casi di procreazione assistita<sup>992</sup>, introducendo il concetto di *parental project*.

Ai sensi dell'art. 538 *CCQ* un *parental project* di procreazione assistita esiste nel momento in cui una persona in solitaria o una coppia consensualmente decide, per avere un figlio, di fare uso del materiale genetico di una persona che non faccia parte del progetto genitoriale.

Il nuovo regime introduce, dunque, la possibilità - concretamente solo per una donna - di costituire una famiglia monoparentale per scelta, eliminando a priori l'esistenza di un

---

<sup>989</sup> Anche noto come *K v. B*, 1995.

<sup>990</sup> MOSTACCI E., *Different Approaches, Similar Outcomes: Same-Sex Marriage in Canada and South Africa*, in (eds.) GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014, p. 76.

<sup>991</sup> La riforma comunque emenda anche le disposizioni in tema di adozione, esplicitando apertamente che gli adottanti possono essere dello stesso sesso; LECKEY R., "Where the parents are of the same sex": *Quebec's reforms to filiation*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2009, p. 68.

<sup>992</sup> Il regime introdotto nel 2002 distingue tre modalità di procreazione assistita, a seconda che la stessa sia condotta in cliniche specializzate (*medically assisted procreation*), tramite inseminazione, ma senza intervento medico (*artisanal assisted procreation*) o il materiale genetico venga fornito alla madre attraverso un rapporto sessuale ("*amicable*" *assisted procreation*); LECKEY R., "Where the parents are of the same sex": *Quebec's reforms to filiation*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2009, p. 67.

secondo genitore, nonché la possibilità per la convivente della madre di risultare secondo genitore del figlio della partoriente<sup>993</sup>. Lo *status filiationis*, infatti, è stabilito sulla base dell'atto di nascita, registrato in virtù delle dichiarazioni all'ufficiale di stato civile e la normativa applicabile in termini di diritti e doveri non differisce da quella dettata per la procreazione naturale<sup>994</sup>. Resta esclusa la regolamentazione della surrogazione di maternità, tutt'ora non uniformemente contemplata sul territorio canadese.

I mutamenti che si verificano nel territorio canadese negli anni successivi non sono uniformi e sono ascrivibili di volta in volta alle Corti e all'applicazione del principio di non discriminazione, ma anche ad interventi legislativi non sistematici, con una iniziale sfiducia verso l'attuazione di una legislazione unitaria che regolamenti la filiazione a seguito di tecniche di procreazione medicalmente assistita e le stesse tecniche ammesse. In un primo momento, infatti, ad essere interessati sono principalmente gli *statutes* attinenti ai registri di stato civile – che nella maggior parte delle Province prendono il nome di *Vital Statistics Act* – i quali vengono emendati per riconoscere la parità di genere nei diritti connessi alle dichiarazioni di stato civile<sup>995</sup> e consentire la registrazione di un genitore intenzionale<sup>996</sup> (“*intended parent*” o “*other parent*”), in risposta alla sentita incostituzionalità del trattamento differenziale all'anagrafe sulla base del sesso e dell'orientamento sessuale, cioè della possibilità solo per una seconda figura di sesso maschile di dichiararsi padre del minore, senza che vi sia alcun accertamento del legame genetico<sup>997</sup>.

---

<sup>993</sup> LECKEY R., “*Where the parents are of the same sex*”: *Quebec’s reforms to filiation*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2009, p. 66.

<sup>994</sup> Art. 538.1. CCQ.

<sup>995</sup> Tali modifiche avvengono all’esito di una decisione della Corte Suprema Canadese che aveva dichiarato l’incostituzionalità del *Vital Statistics Act* della British Columbia, che non poneva in posizione paritaria il padre, consentendo alla madre nei fatti di escludere l’assunzione del cognome del padre procedendo alla registrazione in autonomia senza consultare quest’ultimo nei casi di procreazione fuori dal matrimonio; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003.

<sup>996</sup> La definizione datane dal *Vital Statistics Act* del Saskatchewan, approvata nel 2009, è esemplificativa degli interventi attuati anche da altri ordinamenti ed è molto chiara nell’ampiezza delle casistiche che interessa, in quanto fa riferimento al convivente della madre o del padre del figlio che si trova in una relazione di stampo coniugale con quest’ultimo al momento della nascita del figlio e intende partecipare come genitore alla crescita di quest’ultimo; *The Vital Statistics Act 2009 Saskatchewan*, c. V-7.21, S. 2(1).

<sup>997</sup> Ancora una volta, la prima giurisdizione a trattare la questione è quella dell’Ontario (*Rutherford v. Ontario (Deputy Registrar General)*, 2006). La Corte distrettuale ravvisa infatti l’incostituzionalità del trattamento differenziale tra padri intenzionali non biologicamente legati al minore e madri intenzionali non biologicamente legate al minore, acconsentendo alla registrazione di due madri nell’affermata consapevolezza che “la ridefinizione di chi possa essere genitore” richiederebbe anche altri e complessivi emendamenti del quadro statutario; LECKEY R., “*Where the parents are*

Tali modifiche, nel momento in cui vengono attuate, non vanno però di pari passo con riforme della normativa in tema di filiazione e genitorialità, dando luogo ad un quadro sistematico inconsistente<sup>998</sup>. Da un lato, i *Vital Statistics Acts* superano in via generale l'esclusività del dato biologico – anche presunto – dando rilievo all'intenzionalità e rendendo maggiormente spedito il riconoscimento dei ruoli genitoriali in caso di ricorso a procreazione assistita. Dall'altro, le discipline della filiazione di volta in volta vigenti nella maggior parte dei casi contestualmente non prevedono una regolamentazione dell'attribuzione della genitorialità nei casi di procreazione assistita e contengono le tradizionali azioni di stato, viva dunque la possibilità di far rivivere la biologia impugnando la veridicità delle risultanze dalle dichiarazioni di stato civile.

Nel 2007 interviene una decisione rivoluzionaria della *Court of Appeal* dell'Ontario, fondante non solo per la successiva evoluzione del diritto di famiglia provinciale, ma anche nell'andamento degli interventi susseguitesisi sul territorio canadese. Nel caso *AA v. BB* una coppia lesbica ed un uomo avevano cresciuto insieme il figlio nato a seguito di procreazione assistita. Al figlio erano stati riconosciuti i legami con i due genitori biologici, ma non con la partner della madre, nonostante tutti e tre i soggetti fossero interessati e concordi nel rivestire i ruoli genitoriali in via trilaterale e nel desiderio di vedere l'effettivo assetto sociale riconosciuto anche dal diritto. Essi richiedono dunque l'emissione di un provvedimento di dichiarazione della genitorialità in capo alla seconda donna, diverso dall'adozione, la quale avrebbe evidentemente reciso i legami con il padre. I giudici, ritenendo che il riconoscimento della genitorialità della seconda madre risponda all'interesse del minore, accolgono la domanda e per effetto il figlio acquisisce un terzo genitore legale<sup>999</sup>.

La decisione radica la sua legittimità su due presupposti.

Il primo è dato dalla *ratio* che persegue, quella della neutralità delle circostanze di nascita – e conseguentemente anche della struttura familiare – sullo *status* dei figli.

Si legge, infatti, nell'opinione della Corte che la *ratio* dell'abolizione dell'*illegitimacy* è la dichiarazione di uguaglianza di *status* dei figli. Nel momento in cui il legislatore provinciale è intervenuto in materia, essendo socialmente rilevante esclusivamente la tradizionale

---

*of the same sex*": *Quebec's reforms to filiation*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2009, p. 69.

<sup>998</sup> WIEGERS W., *Assisted Conception and Equality of Familial Status in Parentage Law*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2013, p. 173.

<sup>999</sup> LECKEY R., "Where the parents are of the same sex": *Quebec's reforms to filiation*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2009, p. 70.

relazione tra una madre ed un padre ciò significava eliminare le discriminazioni tra figli nati all'interno e fuori dal matrimonio<sup>1000</sup>. Il principio per cui tutti i figli sono uguali di fronte alla legge indipendentemente dalle circostanze della loro nascita, si applica tuttavia anche nei contesti di procreazione assistita, poiché l'assenza di riconoscimento dei legami costituirebbe una privazione di uguaglianza rispetto agli altri figli<sup>1001</sup>.

Se questa è la motivazione fondamentale dell'intervento *latu sensu* "additivo" della Corte, la legittimità dello stesso risiede nell'invocata giurisdizione *parens patriae*<sup>1002</sup>, cioè in una risalente dottrina di *common law* inglese in cui viene innestato il perseguimento del *best interest of the child*.

La dottrina *parens patriae*, applicata principalmente nei giudizi di custodia e mantenimento dei minori consente alla competente giurisdizione di intervenire a garanzia dell'interesse di parti vulnerabili - ed in particolare di incapaci legali e minori, quasi come se lo Stato agisse nel ruolo di tutore degli stessi - qualora il legislatore abbia fallito nello scopo di protezione di questi ultimi<sup>1003</sup>.

Il presupposto di applicazione è che venga individuata una lacuna legislativa (*legislative gap*)<sup>1004</sup> che possa essere essere riempita in una maniera coerente con l'intento complessivo che il legislatore ha perseguito nella normativa. Se ciò si verifica, la decisione verrà presa su base individuale, perseguendo esclusivamente il *best interest* del minore in considerazione<sup>1005</sup>.

---

<sup>1000</sup> AA v. BB, 2007, para. 34.

<sup>1001</sup> AA v. BB, 2007, para. 35.

<sup>1002</sup> La dottrina *parens patriae* nasce nel *common law* inglese e originariamente indica il potere riconosciuto in capo alla Corona - in virtù delle prerogative di infallibilità del regnante - di assumere il ruolo di guardian dei soggetti minori ed incapaci, ed in generale di coloro che non potevano difendersi da soli. A partire dal 1722 la dottrina trova applicazione con riguardo ai minori (*Eyre v. Countess of Shaftsbury*). La dottrina è in uso tanto nel diritto moderno statunitense - dove trova applicazione anche con riguardo al diritto ambientale, considerato l'ambiente come soggetto che appunto "non può difendersi da solo" - che in quello canadese; RATLIFF J., *Parens Patriae: An Overview*, in *Tulane Law Review*, p. 1850.

<sup>1003</sup> La spiegazione è tratta dalla definizione di *parens patriae* fornita dalla Legal Encyclopedia della Cornell Law School, disponibile in open access al sito: [https://www.law.cornell.edu/wex/parens\\_patriae](https://www.law.cornell.edu/wex/parens_patriae) (ultimo accesso: 1.8.2018).

<sup>1004</sup> La quale non può ovviamente essere riscontrata qualora l'intervento del legislatore sia recente o comunque non risulti che la mancata considerazione e risoluzione del problema non sia involontaria o comunque frutto di una mancata contemplazione dell'ipotesi da parte del legislatore; WIEGERS W., *Assisted Conception and Equality of Familial Status in Parentage Law*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2013, p. 203.

<sup>1005</sup> WIEGERS W., *Assisted Conception and Equality of Familial Status in Parentage Law*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2013, p. 205.

La decisione della Corte dell'Ontario, oltre ad aprire a scenari – che si vedranno nel prosieguo percorsi<sup>1006</sup> - di superamento della bigenitorialità, ha l'effetto di portare una massiccia attenzione sulle problematiche relative all'assenza di un'effettiva uguaglianza di *status* dei figli in assenza di regolamentazioni sistematiche della procreazione assistita.

#### **4.3.5 Le c.d. *multiple-parents families* ed il superamento del paradigma bigenitoriale in British Columbia e Ontario.**

Le Province Canadesi si trovano dunque gradualmente a vivere l'esigenza di una riforma complessiva delle regole attributive della genitorialità, che sia comprensiva delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Le problematiche a cui rispondere riguardano principalmente tre obiettivi: l'esigenza di regolamentare la posizione del donatore del gamete; la gestazione per altri; l'opportunità - maggiormente sentita rispetto ad altri ordinamenti della tradizione giuridica occidentale - di spezzare il dogma bigenitoriale.

In via generale, si può parlare di "*multiple-parent families*" per indicare un aggregato sociale dalle strutture disparate, in cui le figure che si prendono fattualmente cura del minore o che intendono farlo sono in numero maggiore rispetto a quello binario, canonicamente previsto dalla genitorialità legale. A titolo esemplificativo, dunque, si può trattare delle c.d. "*step-parent families*", di famiglie costituite da coppie che abbiano fatto ricorso a fecondazione eterologa ricorrendo ad un donatore non anonimo o a casi di maternità surrogata, nonché a forme di adozione aperta<sup>1007</sup>.

La discussione sull'esigenza di un ripensamento della "*exclusive parenthood*"<sup>1008</sup> si innesta nella dottrina canadese già a partire dagli anni '80, con riferimento alle c.d famiglie ricomposte, le quali mettono il diritto di fronte all'opportunità di garantire al minore il mantenimento di relazioni di carattere familiare con più soggetti. Alla base vi è l'idea che

---

<sup>1006</sup> Cfr. *infra*, para 4.3.5.

<sup>1007</sup> ANTOKOLSKAIA M., *Parenting in step-parent families: legal status versus de facto roles*, in *Child & Fam. L. Q.*, 2015, p. 271.

<sup>1008</sup> Con l'espressione si fa riferimento alla circostanza che il diritto riconosca una sola coppia di genitori possibili contemporaneamente in capo al minore, i quali peraltro sono titolari di potestà e privilegi complessivi che non sono divisibili con altri; BARTLETT K., *Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of Nuclear Family Has Failed*, in *VA Law Review*, 1984, p. 879.



i gruppi familiari diversi dal nucleo bigenitoriale già esistano nella realtà: non siano, dunque, una creazione del diritto, ma una realtà che esso deve tutelare equamente<sup>1009</sup>.

Le critiche mosse dalla dottrina all'estensione del ruolo genitoriale ad un numero di soggetti maggiore di due muovono dall'asserita complessità – se non caoticità – che ne deriverebbe sul piano della cura e gestione del minore, per l'aumentata difficoltà di raggiungere accordi su decisioni di rilievo per il minore, le quali devono trovare l'incontro di più volontà, acute in ipotesi di conflittualità e disgregazione del nucleo<sup>1010</sup>.

Si vedrà quali sono i modelli implementati dalle due Province Canadesi, le distinte ragioni della loro introduzione ed in cosa differiscono e come – e se<sup>1011</sup> – esse si pongano la questione della risoluzione di eventuali problemi di coordinamento tra i plurimi ruoli genitoriali, anche attraverso la dissociazione del ruolo di genitore dalle responsabilità di cura del minore ed il frazionamento delle stesse di modo che ognuno apporti differenti contributi alla vita del minore.

Se tra il 2006 ed il 2011, la maggior parte delle Province canadesi riforma la normativa di stato civile (i c.d. *Vital Statistics Act*) in modo da consentire la registrazione di una seconda madre come co-genitore in caso di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, fino al 2010 – anno di introduzione di un nuovo *statute* in Alberta - il Québec resta l'unica provincia ad aver riformato il regime di attribuzione della genitorialità. Al contrario, già nel 2016 la situazione è notevolmente mutata e la maggior parte delle

---

<sup>1009</sup> Sul punto, l'attenzione viene portata sulla circostanza che la famiglia bigenitoriale risulti idealizzata “nel numero” non solo come ostacolo all'estensione, ma anche alla sua riduzione, sicché le pur esistenti famiglie monogenitoriali vivrebbero nell'ombra della famiglia tradizionale, in quanto tacciate di una considerazione deficitaria; HARVISON YOUNG A., *Reconceiving the Family: Challenging the Paradigm of the Exclusive Family*, in Am. U. J. Gender & L., 1988, p. 506.

<sup>1010</sup> KELLY F., *Multiple-parent families under British Columbia's new Family Law Act: A challenge to the Supremacy of the Nuclear Family or a Method by which to preserve biological ties and opposite sex-parenting?*, in UBC Law, 2014, p. 575.

<sup>1011</sup> La previsione della Sezione 30 del *Family Law Act* della *British Columbia*, contenente la norma attributiva della genitorialità fino a tre soggetti, passa praticamente in sordina nell'intera discussione parlamentare del progetto di legge, nonostante sia una innovazione radicale ed uno dei primi interventi di questo tipo al mondo. Nelle stenografie ufficiali dei lavori del Parlamento della *British Columbia* si riscontra che la Sezione 30 viene approvata senza alcuna discussione (si veda il documento citato a p. 8942, il quale verbalizza che dopo la lettura del testo delle sezioni 29-30-31 esse vengono tutte approvate dall'assemblea) e vi è un riferimento alla stessa possibilità di acquisizione del ruolo genitoriale da parte di tre soggetti in altra sede, solo su domanda di un deputato che chiede se tutti e tre i genitori saranno responsabili del mantenimento del figlio, ottenendo risposta affermativa; *Legislative Assembly of the Province of British Columbia, OFFICIAL REPORT OF DEBATES OF THE LEGISLATIVE ASSEMBLY (HANSARD), 39th Parliament, 4th Session, Vol. 28, No. 5, 21 November 2011*, p. 8940. Il documento è reperibile al sito ufficiale del Parlamento (<https://www.leg.bc.ca/content/Hansard/39th4th/H1121pm-05.pdf>, ultimo accesso: 11.9.2018).

Province ha provveduto ad introdurre regole sull'attribuzione della *legal parentage* in casi di procreazione medicalmente assistita e anche di surrogazione di maternità<sup>1012</sup>.

La British Columbia è la prima provincia canadese a dotarsi di una legislazione che consente ad un figlio di avere tre genitori, fin dalla nascita, a seguito dell'approvazione del nuovo *Family Law Act* nel 2011, entrato in vigore nel marzo del 2013 come *Chapter 25* della consolidazione dei *British Columbia Statutes*. Si tratta della prima riforma comprensiva del diritto di famiglia nella Provincia dal 1979, e - al contrario di quanto si vedrà per l'Ontario - essa è frutto di una volontà politica portata avanti per anni, piuttosto che di un dialogo tra formante legislativo e formante giurisprudenziale. Il processo di redazione del nuovo diritto di famiglia formalmente parte nel 2005<sup>1013</sup>, ma concretamente affonda le sue radici già nelle idee di riforma a cui era stata chiamata una *Task Force* di revisione del sistema giurisdizionale del 2002, la quale riteneva necessaria una riduzione del contenzioso familiare, con la predisposizione di strumenti che portassero ad adire le Corti solo in ultima istanza<sup>1014</sup>. Lo scopo della riforma diviene quello di provvedere all'introduzione di uno schema di attribuzione della genitorialità e delle responsabilità ad essa connesse che sia in grado di proteggere l'interesse del minore ed allo stesso tempo promuovere una conformazione stabile delle relazioni familiari<sup>1015</sup>.

Delle opzioni fattuali che si sono viste possibili nel parlare di nuclei multi-genitoriali, l'ipotesi contemplata dal *Family Law Act* (da ora in poi, anche *FLA*) è la multigenitorialità "*ab origine*", cioè al momento della nascita del figlio e solo in casi di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Innanzitutto, va precisato che la Sezione 23 del *FLA* prevede che l'atto si applichi per la determinazione della genitorialità, ad eccezione dei casi di adozione, per i quali si rimanda all'*Adoption Act 1996*. Ai sensi di quest'ultimo, adottante può essere o un adulto o una coppia di adulti congiuntamente<sup>1016</sup>. Non interviene dunque alcun mutamento sulla disciplina dell'adozione che preveda un allargamento oltre il nucleo bigenitoriale. Con

---

<sup>1012</sup> SNOW D., *Litigating Parentage: Equality Rights, LGBTQ Mobilization And Ontario's All Families Are Equal Act*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 2017, p. 333.

<sup>1013</sup> TRELOAR R., BOYD S.B., *Family Law Reform in (Neoliberal) Context: British Columbia's New Family Law Act*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2014, p. 81.

<sup>1014</sup> TRELOAR R., BOYD S.B., *Family Law Reform in (Neoliberal) Context: British Columbia's New Family Law Act*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2014, p. 83.

<sup>1015</sup> KELLY F., *Multiple-parent families under British Columbia's new Family Law Act: A challenge to the Supremacy of the Nuclear Family or a Method by which to preserve biological ties and opposite sex-parenting?*, in *UBC Law*, 2014, p. 577.

<sup>1016</sup> Si parla espressamente di adulti e non di coppia in quanto il termine *adult* è quello utilizzato dalla legge; *Section 5, Adoption Act 1996*.

riferimento all'adozione, non sono inoltre previsti limiti in virtù dell'esistenza o meno di una relazione formalizzata o dell'orientamento sessuale. Gli effetti dell'adozione sono decritti dalla Sezione 37, e si prevede alla Sezione 29 (2) anche la c.d. *stepchild adoption*, da parte di un secondo adulto che voglia diventare genitore congiuntamente a chi già è genitore del minore.

Al di fuori dei casi di adozione, l'attribuzione di genitorialità segue le regole contenute nel nuovo *Family Law Act*.

Qualora si tratti di procreazione naturale ("*parentage if no assisted reproduction*"), genitori legali saranno la partoriente ed il padre biologico del figlio. Operano dunque le tradizionali presunzioni di *common law* qualora il figlio sia nato o concepito in costanza di matrimonio, le quali sono tuttavia estese dall'atto anche al convivente *more uxorio*<sup>1017</sup>. Al di fuori dell'operare delle presunzioni, è comunque possibile il riconoscimento di fronte all'ufficiale di stato civile. Per quanto attiene alla procreazione che avvenga al di fuori di un rapporto sessuale ("*methods of conceiving a child other than by sexual intercourse*") la legge prevede tre distinte ipotesi. In caso di utilizzo di tecniche di riproduzione assistita<sup>1018</sup>, indipendentemente dalla provenienza del materiale genetico utilizzato, sono genitori la partoriente e l'eventuale altro adulto che sia sposato con la donna o abbia con la stessa una relazione di stampo coniugale, purché esista il suo valido consenso alla procedura. Alla Sezione 29 *FLA* è poi espressamente prevista la surrogazione di maternità, la quale è possibile solo con tecniche di riproduzione assistita e con un accordo che deve intervenire prima del concepimento. Il genitore intenzionale o i genitori intenzionali (*intended parents*) divengono tali solo a patto che nessuna delle parti dell'accordo abbia ritirato il consenso prima del concepimento e, alla nascita, la madre surrogata presti consenso scritto alla consegna del minore ai genitori intenzionali, i quali devono anche fisicamente aver preso il minore sotto la propria cura.

La Sezione 30 *FLA* è quella che concretamente contiene l'ipotesi multi-genitoriale, attraverso la previsione di un accordo negoziale sulla genitorialità, il quale si distingue dal contratto di surrogazione (la legge parla di "*parentage if other arrangement*"). Tale strumento negoziale è ipotizzabile in due casi. Entrambi prevedono, da un lato, che la partoriente intenda anche assumere il ruolo genitoriale sul minore, dall'altro, che il figlio sia concepito

---

<sup>1017</sup> *Section 26 (2) FLA*.

<sup>1018</sup> La quale è consentita anche ad una persona singola; v. KELLY F., *Multiple-parent families under British Columbia's new Family Law Act: A challenge to the Supremacy of the Nuclear Family or a Method by which to preserve biological ties and opposite sex-parenting?*, in *UBC Law*, 2014, p. 577.

esclusivamente a mezzo di procreazione medicalmente assistita. La prima ipotesi è quella di un accordo che intervenga tra genitore o genitori intenzionali e potenziale madre partoriente. La seconda quella di un accordo che intervenga tra una coppia – sposata o di fatto – ed il donatore. In entrambi i casi, dunque si tratta di ipotesi in cui si vuole mantenere giuridicamente nella vita del figlio un soggetto a cui egli sia geneticamente legato, sia esso la madre - che diversamente sarebbe una surrogata - o il donatore del gamete maschile. Alla nascita del figlio tutti i soggetti coinvolti che abbiano concordato l'assunzione del ruolo genitoriale – quindi nel limite di tre – divengono automaticamente genitori in virtù dell'accordo.

Per tutte le situazioni di incertezza sulla genitorialità resta possibile rivolgersi al giudice per ottenere una declaratoria; la legge precisa peraltro che non è mai possibile una dichiarazione di genitorialità nei confronti di un figlio adottivo<sup>1019</sup>.

Le “responsabilità di cura ed il tempo con il minore” (*Care of and time with Children*) sono regolate dalla Part 4 del *FLA*, il quale apre esplicitando che qualsiasi accordo intervenga tra i genitori ed ogni pronuncia giurisdizionale in materia di esercizio delle stesse deve esser uniformato al *best interests of the child*<sup>1020</sup>.

L'istituto giuridico più ampio che raccoglie le responsabilità nei confronti del minore in British Columbia prende il nome di *guardianship*. I genitori tutti sono generalmente *guardians* del minore<sup>1021</sup>, sia che esista un rapporto affettivo tra gli adulti, sia che esso si sia disgregato<sup>1022</sup>. La legislazione specifica peraltro che il partner del genitore non diviene mai *guardian* del minore per il solo fatto di essere legato affettivamente al genitore di questi<sup>1023</sup>. I contenuti della *guardianship* sono specificati dalla Sezione 40 *FLA*, la quale precisa che a tale posizione sono ricondotte le responsabilità genitoriali (*parental responsibilities*<sup>1024</sup>) ed il tempo (*parenting time*) con il minore. Le regola base sull'esercizio

---

<sup>1019</sup> Section 31 *FLA*.

<sup>1020</sup> Section 37 *FLA*.

<sup>1021</sup> La legge specifica che sebbene essa stabilisca una regola generale sull'allocazione delle responsabilità, non vi è una presunzione circa la rispondenza astratta al *best interest of the child*, sicché nel determinare le condizioni di esercizio della stessa per accordo o in un *order* non va presunto che le responsabilità vadano equamente attribuite ai genitori, né che essi abbiano diritto a passare il medesimo quantitativo di tempo con gli stessi o che le decisioni vadano necessariamente prese in maniera congiunta o separata; Section 40 (4) *FLA*.

<sup>1022</sup> Section 39 (1) *FLA*, salva la possibilità di escludere la continuazione della *guardianship* in capo ad uno dei genitori, con uno specifico accordo che intervenga tra le parti in sede di separazione o per ordine del giudice (Section 39 (2) *FLA*).

<sup>1023</sup> Section 39 (4) *FLA*.

<sup>1024</sup> Alle *parental responsibilities* sono ricondotte tutta una serie di ipotesi, espressamente previste dalla legge, che hanno principalmente a che fare con le decisioni prese nella vita del minore, dalla

delle responsabilità è che esse siano esercitate nella loro pienezza da ciascun *guardian*, con consultazione degli altri soggetti titolari, salvo la consultazione risulti irragionevole o inappropriata. Una diversa attribuzione delle responsabilità – sia in ordine all'imputazione delle stesse ad un solo soggetto che alle modalità di azione separata o congiunta - può risultare da un ordine giudiziale o da un accordo negoziale<sup>1025</sup>, ma quest'ultimo è valido solo se concluso in sede o in vista di una disgregazione della relazione tra adulti. Su base contrattuale è possibile per gli esercenti la responsabilità genitoriale anche stabilire un diritto di mantenere rapporti significativi con il minore (*contact*) nei confronti di soggetti con cui egli abbia sviluppato rapporti affettivi<sup>1026</sup>. È inoltre possibile per la Corte – ma non per i privati – investire della *guardianship* un soggetto che non sia genitore<sup>1027</sup>, qualora quest'ultimo provi nella domanda che ciò risponde all'interesse del minore<sup>1028</sup>, ad esempio perché questi vive con lui e ne gestisce la cura nella quotidianità<sup>1029</sup> (come può essere il caso di uno *step-parent*).

Con riguardo al mantenimento del minore – il quale è dovere slegato dalle responsabilità genitoriali – si segnala che la normativa della British Columbia recepisce espressamente nel diritto interno la dottrina federale dell'*in loco parentis*, e prevede che al *support* del minore siano tenuti i genitori, coloro che esercitano la *guardianship*<sup>1030</sup>, nonché - in via sussidiaria rispetto ad entrambe le precedenti categorie - lo *step-parent*, a condizione che egli abbia contribuito al mantenimento del minore per almeno un anno e la domanda giudiziale intervenga entro un anno dall'ultima contribuzione<sup>1031</sup>. Infine, i diritti patrimoniali riconducibili al minore sono, nel diritto della British Columbia, necessariamente gestiti nella forma del *trust*. Sicché la gestione del patrimonio del minore non spetta al *guardian* già in sé e per sé in virtù del suo ruolo, ma solo in veste di *trustee*, secondo regole specifiche dettate in via tassativa dalla Parte 8 del *Family Law Act*, il quale prevede un forte potere di vaglio giurisdizionale tramite un sistema di controllo della gestione e di autorizzazioni.

---

sua routine quotidiana, alla residenza, alle frequentazioni del minore, all'istruzione e all'educazione religiosa e così via; *Section 41 FLA*.

<sup>1025</sup> *Section 44 FLA*.

<sup>1026</sup> *Section 58 FLA*.

<sup>1027</sup> *Section 51 (1) FLA*.

<sup>1028</sup> *Section 51 (2) FLA*.

<sup>1029</sup> Si segnala che a tali soggetti va per legge notificata l'avvenuta proposizione di fronte alla Corte di una domanda di *guardianship* essendo dunque legittimati a intervenire in giudizio; *Section 52 (1)(b) FLA*.

<sup>1030</sup> Se il *guardian* non è anche genitore la sua obbligazione è sussidiaria rispetto a quella dei genitori; *Section 147 (3) FLA*.

<sup>1031</sup> *Section 147 (4) FLA*.

Per quanto attiene, invece, all'ordinamento dell'Ontario, nell'adozione di una normativa che “disconnette” la famiglia in senso giuridico dalla comunità domestica formata da due genitori, il ruolo di protagonista assoluto è svolto dall'art. 15 della *Charter*.

La “messa in stato di assedio” della previgente legislazione dell'Ontario sull'attribuzione di genitorialità - così come risultante dalla combinazione del *Vital Statistics Act* (da ora in poi, anche *VSA*) e del *Children's Law Reform Act* (da ora in poi anche *CLRA*) - si svolge nelle Corti della Provincia già a partire dal 2006.

Ad essere tacciata di incostituzionalità è innanzitutto la normativa di stato civile, la quale consentiva esclusivamente la registrazione di un padre e di una madre nei confronti del figlio. In *Rutherford v. Ontario (Deputy Registrar General) (2006)*, la *Ontario Superior Court of Justice* riscontra l'illegittimità dello *statute law* nella parte in cui non consente la registrazione di due co-madri di un figlio nato da fecondazione assistita, in quanto portatrice di una discriminazione irragionevole, fondata sull'orientamento sessuale. In particolare, il giudice estensore Rivard, nell'accogliere la domanda, rileva che la *Charter* esige una “riconcettualizzazione dell'istituto della genitorialità alla luce dell'evoluzione sociale<sup>1032</sup>”, ma sospende la declaratoria di invalidità per l'arco di tempo di un anno, ritenendo che risieda nella discrezionalità del legislatore l'attuazione dell'intervento più idoneo ad assicurare la conformità della stessa al principio di non discriminazione. L'anno successivo si colloca la già citata pronuncia *A.A. v. B.B.*<sup>1033</sup>, la quale è seguita, a stretto giro, da una sentenza della *Ontario Superior Court of Justice* di dichiarazione giudiziale della genitorialità della coppia (eterosessuale) committente in un caso di gestazione per altri<sup>1034</sup>. Il legislatore interviene dunque sul *Vital Statistics Act*, con una modifica che si presenta “minima” rispetto alle spinte della giurisprudenza. Egli non prende una vera posizione nei confronti delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ma si limita ad inserire che a poter essere registrati come genitori sono la donna che ha partorito – escludendosi dunque aperture nei confronti della surrogazione di maternità, nonostante la recente

---

<sup>1032</sup> Si legge al punto 192 della sentenza: “*They (ndr the applicants) are arguing that the institution of parentage must be challenged, in order that their experiences can be part of that institution. They do not want a concession to difference, but a reconceptualization in light of their needs and experiences of what is normal in our society*”; *M.D.R. v. Ontario (Deputy Registrar General)*, 2006 CanLII 19053 (disponibile all'archivio online della giurisprudenza canadese CanLII in <http://canlii.ca/t/1nhs7>, ultimo accesso 11.9.2018).

<sup>1033</sup> Cfr. *supra*, para 4.3.4.

<sup>1034</sup> *M. D. et al. v. L. L. et al.* (2008).



pronuncia della Suprema Corte – e “l’altro genitore”, in casi in cui “il padre sia ignoto ed il concepimento sia avvenuto per il tramite di fecondazione assistita<sup>1035</sup>”.

Il discontento perciò si perpetra e si intensifica fino ad arrivare al giugno del 2016, in cui un’altra pronuncia di incostituzionalità in virtù dell’art. 15 della *Charter* “costringe” il Parlamento ad assumere una legislazione complessiva nuova in tema di genitorialità.

Il caso in specie, *Grand v. Ontario (2016)*, si chiude infatti con due atti giurisdizionali di natura diversa.

Da un lato, vi è la dichiarazione di incostituzionalità del *Children’s Law Reform Act* – concessa nelle more del processo - per la circostanza di non garantire “l’uguaglianza dei figli di fronte alla legge, senza distinzioni che attengano all’orientamento sessuale dei genitori, all’identità di genere, all’utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita o alla composizione familiare”<sup>1036</sup>.

Dall’altra, viene conclusa tra le parti – da un lato, l’avvocato Joanna Radbord, rappresentante legale di 21 coppie di genitori LGBTQ, dall’altro, l’*Attorney General*, Yasir Naqvi – una transazione in sede di conciliazione giudiziale (*Minutes of Settlement*). Le condizioni contrattuali recepite nell’accordo sono molto articolate nelle promesse che vengono fatte dal rappresentante statale, il quale aderisce alla pronuncia di incostituzionalità, garantisce che l’Ufficiale di Stato Civile provvederà entro un termine stabilito alla registrazione dei genitori nei certificati di nascita dei figli e promette che il Governo proporrà un progetto di legge di riforma complessiva della materia entro il 30 settembre del 2016<sup>1037</sup>.

È questo dunque il percorso che porta alla nascita del *Bill 28*, presentato dall’*Attorney General* Yasir Naqvi al Parlamento nella seduta del 29 settembre 2016, come progetto di legge dal titolo estremamente rappresentativo dell’intento che si pone: che tutte le famiglie siano uguali di fronte alla legge (*All Families Are Equals Act*).

---

<sup>1035</sup> SNOW D., *Litigating Parentage: Equality Rights, LGBTQ Mobilization And Ontario’s All Families Are Equal Act*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 2017, p. 333.

<sup>1036</sup> SNOW D., *Litigating Parentage: Equality Rights, LGBTQ Mobilization And Ontario’s All Families Are Equal Act*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 2017, p. 334.

<sup>1037</sup> Vengono definiti anche gli stessi contenuti minimi del progetto di legge, il quale –sulla base della transazione – deve prevedere, tra le altre cose, che alla base della genitorialità per le coppie dello stesso sesso venga posta l’intenzionalità, così come manifestata prima del concepimento, intenzionalità che deve rientrare all’interno delle presunzioni di legge per l’assunzione di genitorialità senza necessità di declaratoria giurisdizionale. Infine si prevede già espressamente che la legge provvederà al riconoscimento di un numero di genitori maggiore di due; SNOW D., *Litigating Parentage: Equality Rights, LGBTQ Mobilization And Ontario’s All Families Are Equal Act*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 2017, p. 334.

Nella presentazione all'assemblea, l'Attorney General specifica infatti lo scopo della legislazione, la quale si propone di riformare complessivamente la disciplina della genitorialità legale perché non vi possa essere incertezza per i figli circa l'identità dei propri genitori, in quanto è nel loro superiore interesse che lo *status* di genitore sia riconosciuto in maniera chiara ed eguale, indipendentemente dall'orientamento sessuale dei genitori e dalle circostanze del concepimento. Si legge inoltre nei lavori dell'assemblea che la legge “riconosce che nell'anno 2016 vi sono diverse strutture familiari e non esiste un modo unico di dar vita ad una famiglia<sup>1038</sup>”.

Vi sono poi due linee di azione “secondaria”: da un lato, la riduzione del contenzioso giudiziale in materia di dichiarazione di genitorialità, dall'altro una regolamentazione chiara ed unitaria della gestazione per altri.

Il *Bill 28* viene definitivamente approvato nel dicembre del 2016, diventando il *Chapter 23 of the Statutes of Ontario*. Con esso, l'Ontario adotta una disciplina unitaria delle regole attinenti all'attribuzione della genitorialità, riformando il precedente *Children's Law Act* e altri 40 *statutes* da esso dipendenti<sup>1039</sup>. L'*All Families Are Equal Act* (da ora in poi anche abbreviato in *AFAEA*) entra in vigore il 1 gennaio 2017. Si tratta di un atto che riassume una regolamentazione complessa della filiazione, dalla quale rimane comunque autonomamente regolata in via distinta la filiazione adottiva.

Innanzitutto, si specificano, nella Sezione 1(1) una serie di direttive interpretative della terminologia contenuta nell'atto, comprensive della considerazione del termine “*spouse*” sia quale coniuge che come convivente *more uxorio*.

Nella determinazione della genitorialità assumono centralità massima una serie di presunzioni di legge, le quali si limitano a prendere atto di una *intentio* di assunzione del ruolo genitoriale avvenuta prima del concepimento.

La Sezione 4 dell'atto apre le nuove regole sulla filiazione stabilendo che una persona è figlia dei propri genitori, individuati sulla base delle Sezioni da 6 a 13 dell'*AFAEA*, salvo

---

<sup>1038</sup> Trascrizioni ufficiali della Sessione dell'Assemblea Legislativa dell'Ontario del 29 settembre 2016, disponibili al sito ufficiale: <https://www.ola.org/en/legislative-business/house-documents/parliament-41/session-2/2016-09-29/hansard#para958> (ultimo accesso: 11.9.2018).

<sup>1039</sup> Principalmente vale la pena di ricordare gli emendamenti apportati al Vital Statistics Act, cioè la legislazione in tema di stato civile, atti a riflettere nelle necessarie registrazioni le modifiche apportate sul genere e numero dei genitori, eliminando la presunzione che debbano essere solo due. Oltre alla sostituzione dei termini padre e madre con il neutrale genitore, in particolare, spariscono i riferimenti a rapporti di sangue (*by blood*) in relazione alla parentela e si prevedono nuove norme per l'attribuzione del cognome; v. la nota esplicativa (*Explanatory Note*) al *Bill 28*, inserita in apertura all'atto, pp. I-III.

l'applicazione delle Sezioni 158 o 159 del *Child and Family Services Act* qualora si tratti di filiazione adottiva<sup>1040</sup>.

Volendo dunque partire dalla situazione maggiormente lineare si considereranno *in primis* le regole in materia di adozione. Si sottolinea che la Sezione 159 del *Child and Family Services Act* ha la esclusiva funzione di equiparare le adozioni straniere alle adozioni interne, le quali, ai sensi della Sezione 158 assicurano che con la pronuncia di adozione il minore assuma in maniera irrevocabile lo stato di figlio dei genitori adottivi, con la contestuale terminazione dei pre-esistenti rapporti di genitorialità ed espansione dei nuovi rapporti di parentela<sup>1041</sup>. Fa espressamente eccezione alla decadenza dal ruolo di genitore legale pre-esistente il caso della c.d. *stepchild adoption*, la quale è consentita al partner del genitore, indipendentemente dall'esistenza di un legame coniugale<sup>1042</sup>. L'ordinamento dell'Ontario riconosce come possibili adottanti in via generale tanto una persona singola<sup>1043</sup>, quanto una coppia di conviventi in maniera congiunta<sup>1044</sup>.

Al di fuori dei casi di adozione – per la quale dunque parrebbe rimanere in piedi allo stato attuale la struttura al massimo bigenitoriale – l'attribuzione della genitorialità è connessa alle regole contenute nell'*AFAEA*. Le relazioni che si creano in virtù dell'applicazione di tali regole vanno poi considerate ai fini della propagazione della parentela<sup>1045</sup> e per l'applicazione di ogni norma che presupponga lo *status* di genitore e figlio<sup>1046</sup>.

---

<sup>1040</sup> La pronuncia di adozione è subordinata alla riscontrata giurisdizione della Corte dell'Ontario, la quale sussiste anche su cittadini stranieri che siano residenti nel territorio dell'Ontario (Section 146 (5), CFSA).

<sup>1041</sup> Si segnala tutta via che dal 2011, ai sensi della Sezione 153.6 (1) del CFSA è possibile concludere in qualsiasi momento un "*openness agreement*" garantendo la presenza nella vita del minore di determinati soggetti – dal genitore naturale a parenti e affidatari, con cui quest'ultimo abbia legami affettivi stretti. Un "*openness order*" può anche essere adottato dalle Corti in determinati casi, soddisfatti alcuni requisiti di rispondenza all'interesse del minore (Section 145.1.2 CFSA).

<sup>1042</sup> La sezione 136 del CSFA specifica che nell'atto "*spouse*" è da intendersi come "*conjoint*", cioè come convivente *more uxorio*. Si segnala peraltro che l'adozione del figlio da parte del convivente del genitore è inserita nel gruppo c.d. "*family adoption*", la quale, in maniera similare a quanto avviene nel nostro ordinamento per le adozioni in casi particolari, contiene al suo interno le anche l'adozione da parte di parenti del minore (Section 146 (2) CFSA).

<sup>1043</sup> Se la stessa ha uno *spouse*, nel significato già riportato è necessario tuttavia il consenso scritto di quest'ultimo all'adozione (Section 137 (10) CFSA).

<sup>1044</sup> Section 146 (4) CFSA.

<sup>1045</sup> Section 4 (3) AFAEA.

<sup>1046</sup> Section 4 (4) AFAEA.

La prima regola dettata riguarda l'attribuzione di genitorialità al “*birth parent*”<sup>1047</sup> cioè a chi abbia dato alla luce il figlio. Essa conosce l'immediata eccezione della surrogazione<sup>1048</sup>, regolata dalle disposizioni seguenti.

Se la filiazione avviene nell'ambito della procreazione naturale, cioè a mezzo di rapporto sessuale (*sexual intercourse*), il bambino è di regola figlio anche dell'altro genitore a lui geneticamente legato<sup>1049</sup>. Alla Sezione 7 dell'*AFAEA* si prevedono una serie di presunzioni relative, nonché alcune eccezioni all'operare delle stesse. È infatti presunto secondo genitore del figlio concepito a seguito di un rapporto sessuale – e registrato come tale, senza necessità di ulteriori accertamenti – il convivente – indipendentemente dal sesso e dall'esistenza del coniugio - del genitore partoriente, al momento della nascita del figlio, nonché il coniuge o il convivente al momento del concepimento (cioè entro 300 giorni prima della nascita). Inoltre, la dichiarazione giudiziale di paternità, qualora intervenga al di fuori delle Corti dell'Ontario vale esclusivamente quale elemento presuntivo. La contestuale presenza dei requisiti per l'applicazione di più presunzioni annulla l'applicabilità delle stesse.

La Sezione 8 si occupa, invece, della fecondazione assistita, stabilendo di regola la presunzione di co-genitorialità in capo al coniuge o convivente, anche qualora si tratti di tecniche eterologhe, dovendosi escludere per legge l'attribuzione automatica della genitorialità al donatore del gamete<sup>1050</sup>.

E' la Sezione 9 ad introdurre un inusuale strumento di natura negoziale nell'attribuzione dei ruoli di genitorialità, il quale prende il nome di “*pre-conception parentage agreement*” (letteralmente, accordo pre-concezionale sulla genitorialità). Come esplicitato dalla stessa sottosezione (1), la quale ne fornisce una definizione, esso è da intendersi quale accordo scritto tra due o più persone nel quale esse concordano sull'essere, insieme, genitori di un figlio ancora da concepire. L'applicabilità delle regole dettate dalla legge sull'attribuzione automatica dei ruoli genitoriali in presenza di un contratto di siffatto

---

<sup>1047</sup> La terminologia è volutamente neutrale per ricomprendere i casi di parto di genitore transessuale; SNOW D., *Litigating Parentage: Equality Rights, LGBTQ Mobilization And Ontario's All Families Are Equal Act*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 2017, p. 334.

<sup>1048</sup> *Section 6 (2) AFAEA*.

<sup>1049</sup> Salvo il caso di quella che avevamo visto in Quebec rappresentare l'ipotesi di donazione di sperma di tipo solidaristico che avvenga con un rapporto sessuale, la quale richiede che vi sia un accordo scritto datato prima del concepimento tra partoriente e donatore atto ad escludere la genitorialità di quest'ultimo; *Section 6(4) AFAEA*.

<sup>1050</sup> *Section 8 (2) AFEFA*. E' inoltre ovviamente necessaria ai sensi della sottosezione 3 dell'atto una valida manifestazione di consenso all'inseminazione e all'assunzione di genitorialità.

genere è subordinata ad una serie di circostanze. Innanzitutto, le parti dell'accordo devono essere un massimo di quattro<sup>1051</sup>. Il genitore partoriente non deve condurre la gestazione per altri ed è parte necessaria dell'accordo, con contestuale assunzione della genitorialità<sup>1052</sup>. Lo stesso vale per il soggetto che fornisce il materiale genetico maschile se il figlio viene concepito a mezzo di rapporto sessuale<sup>1053</sup>. Se lo sperma è fornito da un donatore - sia in caso di rapporti sessuali che di procreazione assistita - è parte necessaria dell'accordo anche il convivente o il coniuge del genitore partoriente<sup>1054</sup>, salvo che egli abbia provveduto a redigere dichiarazione scritta che conferma che egli non intende assumere la genitorialità del figlio<sup>1055</sup>.

Alla nascita del figlio concepito sulla base di un *pre-conception parentage agreement*, tutte le parti dell'accordo – fino, per l'appunto, ad un limite di quattro - sono riconosciute dalla legge come genitori del figlio, o in virtù delle presunzioni contenute nelle sezioni precedenti o, infine, in virtù dell'intenzionalità contenuta nell'atto negoziale che presenta i requisiti di legge<sup>1056</sup>.

Strumento negoziale distinto è invece il contratto di surrogazione<sup>1057</sup>, introdotto alla Sezione 10, anch'esso con il limite di fino a quattro genitori committenti (*"intended parents"*). Anche in questo caso, l'accordo deve intervenire prima del concepimento – il quale deve necessariamente avvenire a mezzo di fecondazione assistita<sup>1058</sup> - e, curiosamente, solo in questo caso, per la validità dell'accordo si prevede la necessità che ogni parte sia assistita da un diverso legale per la conclusione dell'accordo<sup>1059</sup>. Il riconoscimento della genitorialità in capo ai genitori committenti non è automatico, ma subordinato all'intervenuta dichiarazione scritta della *surrogate* di abdicazione alla genitorialità, la quale deve intervenire entro sette giorni dalla nascita e produce

---

<sup>1051</sup> Section 9 (2)(a) AFAEA.

<sup>1052</sup> Section 9 (2)(b) AFAEA.

<sup>1053</sup> Section 9 (2)(c) AFAEA.

<sup>1054</sup> Section 9 (2)(d) AFAEA.

<sup>1055</sup> Section 9 (3) AFAEA.

<sup>1056</sup> Section 9 (4) AFAEA.

<sup>1057</sup> Il "surrogacy arrangement" è definito dalla legge come il contratto che intercorre tra un genitore surrogato e una o più persone con riferimento al figlio la cui gestazione è portata a termine dal *surrogate*, il quale concorda di non divenire genitore del bambino, mentre tutte le altre parti concordano nell'intendere assumere insieme la genitorialità sul minore; Section 10 (1) AFAEA.

<sup>1058</sup> Section 10 (2)(4) AFAEA.

<sup>1059</sup> Section 10 (2)(2) AFAEA.

contemporaneamente *ex lege* la decadenza del *birth parent* dalla genitorialità e l'investimento degli *intended parents*.

L'accordo di gestazione per altri non è suscettibile di esecuzione forzata<sup>1060</sup>; tuttavia, le parti dello stesso possono adire la Corte per ottenere una dichiarazione di genitorialità in relazione al minore se il *birth parent* rifiuta di prestare la dichiarazione abdicativa e la Corte deciderà, sulla base del *best interest of the child*, quali provvedimenti prendere<sup>1061</sup>. Nel caso di gestazione per altri, inoltre, la legislazione consente espressamente che la declaratoria di genitorialità si estenda “oltre il quarto genitore”, prevedendosi la possibilità che se l'accordo di gestazione per altri è concluso tra più di quattro persone, pur non operando le presunzioni di attribuzione di genitorialità *ex lege*, ciascuna parte dell'accordo possa agire in giudizio per ottenere una declaratoria in relazione al figlio nato a seguito dell'accordo<sup>1062</sup>.

L'atto del 2016 introduce anche tutta una serie di previsioni di diritto internazionale privato in ordine alla riconoscibilità di declaratorie giudiziali di genitorialità intervenute all'estero (comprensivo di altre Province del Canada), le quali prevedono criteri di connessione piuttosto “deboli<sup>1063</sup>”, garantendosi in tal modo la “massima” circolazione degli *status* familiari formatisi all'estero, indipendentemente dalle circostanze di accertamento degli stessi.

Se le regole sull'attribuzione di genitorialità vengono radicalmente innovate, cercando di dare chiarezza e certezza allo *status* di genitore, le responsabilità e diritti nei confronti del minore rimangono invece piuttosto arzigogolate, poiché niente affatto unitarie o lineari. Va innanzitutto precisato che il diritto al mantenimento dei minori esula, come in altri ordinamenti di *common law*, dalle posizioni giuridiche riconnesse alla responsabilità genitoriale sul minore ed è connesso alla nozione di *support*. Esso è regolato dalla Parte III del *Family Law Act 1990*, il quale alla Sezione 31 prevede l'obbligo a carico di tutti i genitori di provvedere al mantenimento del proprio figlio minorenni, o anche maggiorenne se si trovi in condizione di non poter essere indipendente o sia iscritto a un programma di istruzione superiore. Se l'obbligo non è adempiuto spontaneamente, può

---

<sup>1060</sup> Section 10 (9) AFAEA.

<sup>1061</sup> Section 10 (6)-(8) AFAEA.

<sup>1062</sup> Section 10 (11) AFAEA. L'azione tuttavia si prescrive trascorso un anno dalla nascita.

<sup>1063</sup> Il requisito della giurisdizione si ritiene infatti soddisfatto se il bambino o uno dei genitori aveva una “connessione sostanziale” con il territorio su cui la Corte straniera ha competenza, alternativamente al momento dell'inizio del procedimento o della pronuncia; Section 16 AFAEA.



essere fatto ricorso alla Corte dal titolare del diritto o da un suo genitore e la Corte determina anche l'ammontare del mantenimento<sup>1064</sup>.

Le responsabilità sul minore sono poi ulteriormente frazionate e apparentemente non automaticamente attribuite all'investimento del ruolo di genitore, essendo la loro delimitazione e certezza subordinata ad un ordine del giudice. Da un lato, vi è il potere decisionale attinente alle scelte di vita del minore, alla sua cura, alla sua crescita ed alla sua educazione (non solo in materia di istruzione, ma anche eventualmente di credo) le quali sono riunite nella nozione di *custody*. Essa non va dunque confusa o fatta coincidere con l'idea di "affidamento" del minore, sebbene spesso i *court order* in tema di *custody* si collochino nel contesto della disgregazione del nucleo familiare, anche se, appunto, non in maniera necessitata. Il soggetto che non eserciti la *custody* può comunque vedersi riconosciuto l'*access*, nei confronti del minore, una nozione comprensiva del diritto di visita e del diritto di indagare e ricevere informazioni sulla salute, l'istruzione ed il benessere del minore<sup>1065</sup>.

Dall'altro lato, vi è l'amministrazione dei beni del minore, per la quale è previsto l'istituto della *guardianship*. Entrambi gli istituti sono regolati dal *Children's Law Reform Act 1990*. Si tratta di regole piuttosto sfuggivevoli per la mentalità giuridica di *civil law*, che sente l'esigenza di riscontrarne i "contenuti", anche immaginando profili di conflittualità nell'esercizio, e si ritrova invece ad avere a che fare con una regolamentazione in cui non appare sentita l'esigenza di regolamentarne l'esercizio congiunto, quanto di circostanziare i poteri delle Corti circa l'attribuzione della stessa ai soggetti che ne sono astrattamente potenzialmente titolari.

La regola generale è che tutti i genitori sono equamente titolari del diritto ad esercitare la *custody*<sup>1066</sup>. La possibilità di agire per vedersi riconosciuto il potere di prendere tutte le decisioni che attengono alla cura, crescita ed al benessere del minore, spetta tanto ai genitori quanto ad *any other person*<sup>1067</sup>. In particolare, si specifica che – posto che ogni procedimento è guidato dal principio del *best interest of the child* – le Corti possono garantire un *custody order* a favore di una gamma piuttosto vasta di soggetti, anche "non-parent". La domanda è tuttavia subordinata alla presentazione di un *affidavit* che contenga un "parenting plan" e dunque una dichiarazione programmatica di intenti circa le modalità con

---

<sup>1064</sup> Section 33 Family Law Act 1990.

<sup>1065</sup> Section 20 (5) Family Law Act 1990.

<sup>1066</sup> Section 20 (1) Children's Law Reform Act (CLRA).

<sup>1067</sup> Section 21 (1) CLRA.

cui si intende crescere il minore<sup>1068</sup>. Le pronunce giudiziali appare possano essere limitative, sostitutive o additive - dovendosi probabilmente guardare al caso specifico - e si prevede che se l'esercizio spetti a più di una persona, ciascuna possa esercitarlo disgiuntamente<sup>1069</sup>.

Nell'ordine del giudice possono essere indicati più soggetti come *custodian* del minore<sup>1070</sup> e possono essere contenute indicazioni per l'esercizio della stessa. L'ordine non si sostituisce a precedente *custody order* nei confronti di diversa persona, ma è generalmente additivo, potendo intervenire a limitare i poteri già riconosciuti ad un soggetto nei confronti del minore, solo in caso di mutamenti di circostanze tali da indurre a preoccupazioni circa la rispondenza della permanenza della *custody* all'interesse del minore<sup>1071</sup>. In situazioni plurigenitoriali, anche in un momento non patologico della relazione tra adulti, si possono dunque verificare tanto casi di *sole custody* quanto di *joint custody*, in quanto il riconoscimento congiunto delle responsabilità sul minore è subordinato ad assenza di profili di conflittualità e riscontrate possibilità di coordinamento dei genitori, in virtù dell'interesse del minore. Il genitore che non riveste il ruolo decisionale nei confronti del minore ha comunque diritto all'*access*, cioè a spendere del tempo con il figlio, nonché alla vigilanza sulla rispondenza delle azioni del *custodian* al benessere del minore.

Infine, anche la nomina di un *guardian* per i beni del minore è sottoposta all'intervento di un *court order*, che può essere richiesto sia da genitori che da *non parents*. I genitori del minore sono tutti equamente titolari del diritto a rivestire il ruolo di *guardians*<sup>1072</sup>, sulla base di un ordine giudiziale che può anche recepire un accordo scritto intervenuto tra di loro. Se vi sono più *guardians*<sup>1073</sup>, essi esercitano congiuntamente l'amministrazione dei beni del minore e sono solidalmente responsabili per l'esercizio della stessa<sup>1074</sup>.

In conclusione, quanto emerge dall'analisi degli ordinamenti di British Columbia e Ontario è che si tratta di due ordinamenti in cui la nozione familiare risulta particolarmente estesa con riferimento all'attribuzione della genitorialità. L'ampliamento è stato attuato a mezzo di interventi legislativi volti ad eliminare i profili discriminatori ed

---

<sup>1068</sup> Section 21 (2) CLRA.

<sup>1069</sup> Section 20 (3) CLRA.

<sup>1070</sup> Section 28 CLRA.

<sup>1071</sup> Section 29 CLRA.

<sup>1072</sup> Section 48 (1) CLRA.

<sup>1073</sup> Section 48 (3) CLRA.

<sup>1074</sup> Section 48 (4) CLRA.

improntate principalmente all'uguaglianza tra figli. A tali riforme non corrisponde tuttavia in parallelo una pienezza ed uguaglianza dei poteri, diritti e doveri riconnessi all'attribuzione del ruolo genitoriale, con un sistema che appare frazionato e frammentato e demandato alla valutazione da parte delle Corti, caso per caso, di quale assetto delle responsabilità genitoriali meglio risponda all'interesse del minore.

## CAPITOLO 5

### L'EVOLUZIONE DELLA FAMIGLIA IN SENSO GIURIDICO IN ITALIA

**SOMMARIO:** *5.1. La Costituzione e l'evoluzione del diritto di famiglia italiano 5.2 La Riforma italiana della filiazione: unicità dello status di figlio e problemi interpretativi a margine della riforma. 5.3 La filiazione in Italia: le regole di attribuzione della genitorialità nella procreazione naturale e nei casi di adozione e procreazione medicalmente assistita. 5.4 I caratteri della responsabilità genitoriale. 5.5 La dimensione dei rapporti di coppia ed il loro carattere familiare: la legge n. 76/2016 sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto 5.6.1 Formante giurisprudenziale e nozione di famiglia: l'adozione in casi particolari di cui alla legge 183/1984. 5.6.2 Il problema del riconoscimento degli status familiari formatisi all'estero: l'ordine pubblico nella giurisprudenza di legittimità e i diritti del minore.*

#### 5.1. La Costituzione e l'evoluzione del diritto di famiglia italiano

Un'indagine che affronti il diritto di famiglia italiano come testimone dell'esistenza di una pluralità familiare – anche, e soprattutto, giuridica – deve, *in primis*, confrontarsi con quanto emerge sulla famiglia “in sé e per sé”, dal dato legislativo. L'autonomia della nozione di famiglia in senso giuridico può interpretarsi, infatti, secondo concezioni differenti, le quali rispondono ad ottiche che ricollegano all'esistenza di una famiglia effetti di intensità variabile<sup>1075</sup>: all'estremo, anche rendendola “soggetto di diritto<sup>1076</sup>” o annullandone la rilevanza in proprio<sup>1077</sup>.

---

<sup>1075</sup> L'accezione più “debole” guarda alla famiglia come criterio ermeneutico. Un canone interpretativo in grado di indirizzare le situazioni giuridiche soggettive ricadenti nelle singole sfere giuridiche dei membri della famiglia, alla luce della realizzazione del superiore interesse familiare. Più “forte” è invece l'individuazione nella famiglia di un “elemento costitutivo di una fattispecie”, per cui l'esistenza di una famiglia non si fermerebbe ad indirizzo interpretativo, ma sarebbe in grado di funzionalizzare la condotta dei soggetti coinvolti oltre lo *status* familiare acquisito da ciascun membro; PRINCIPATO L., *I profili costituzionali della famiglia, come canone ermeneutico, soggetto giuridico e fattispecie*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2, 2015, pp. 652 ss.

<sup>1076</sup> Si evidenzia infatti che neppure nel periodo fascista, in un contesto in cui la più volte menzionata eccezionalità del diritto di famiglia ne comporta quasi l'attrazione all'interno del diritto pubblico, la famiglia è riconosciuta come soggetto giuridico titolare di un autonomo patrimonio distinto da quello dei suoi membri; PRINCIPATO L., *I profili costituzionali della famiglia, come canone ermeneutico, soggetto giuridico e fattispecie*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2015, p. 651.

<sup>1077</sup> Dottrina autorevole era categorica nel negare che la famiglia fosse configurabile nell'ordinamento italiano quale centro autonomo d'imputazione di diritti e doveri. Così Bianca, che nel suo trattato di diritto civile negli anni Ottanta scrive: “Nessuna posizione giuridica è infatti

La ricostruzione della famiglia come elemento distinto dalla singola somma dei suoi membri reca con sé la necessità di addurre la specificità di tale nozione. Implica, in altre parole, l'esigenza di definire il c.d. "*invariante antropologico*<sup>1078</sup>", il nucleo essenziale atto ad identificare la formazione-famiglia. L'interrogarsi sulla nozione di famiglia nel diritto italiano oggi, non rappresenta, infatti, "*un mero esercizio retorico*<sup>1079</sup>", ma consente anche di evitarne la scomposizione in minimi termini, con il rischio di dover abbandonare le disquisizioni dottrinali sui *fnes familiae* in virtù di un'avvenuta *fnis familiae*<sup>1080</sup>.

Fulcro dell'analisi è rappresentato dal rapporto tra la famiglia ed i suoi membri, il quale si risolve in termini di *status*<sup>1081</sup>. L'interazione tra *status* ed istituzione familiare si svolge su due direzioni. Lo *status* chiarifica - all'interno e all'esterno del gruppo - la posizione ed il ruolo che competono al soggetto nella famiglia<sup>1082</sup>. D'altro canto, la posizione nella famiglia del singolo membro rileva per la circostanza che i diritti e doveri si caricano di significato, in virtù della ricomprensione nel contesto istituzionale di riferimento<sup>1083</sup>.

In altre parole, si può guardare all'evoluzione del diritto di famiglia come ad una storia di mutamenti che interessano lo *status*<sup>1084</sup>, in quanto il diritto di famiglia evolverebbe nel

---

*attribuita alla famiglia come tale né vi sono competenze riservate alla decisione e alla gestione del gruppo familiare*"; BIANCA C.M., *Diritto civile. II. La famiglia e le successioni*, Giuffrè, 1989, p. 10.

<sup>1078</sup> SCALISI V., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 11287.

<sup>1079</sup> BALESTRA L., *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010, p. 1105.

<sup>1080</sup> La correlazione tra le due locuzioni latine è un'immagine che si propone come frutto delle considerazioni effettuate da Scalisi, per il quale "*è sin troppo evidente che, se anche il singolo può atteggiarsi a "famiglia", allora tutto è suscettibile di divenire "famiglia". Ma se tutto può assumere forme e sembianze di "famiglia", allora nulla è più "famiglia" ed è subito finis familiae*"; SCALISI V., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 11287.

<sup>1081</sup> CAGGIA F., *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, p. 1572.

<sup>1082</sup> Come noto, con riguardo al diritto di famiglia italiano, gli *status* in grado di indicare l'appartenenza al gruppo familiare e rivestire il soggetto di una pluralità di diritti ed obblighi sono storicamente quello di coniuge, genitore, figlio; IUDICA G., ZATTI P., *Linguaggio e regole del diritto privato*, Wolters Kluwer – CEDAM, 2015, p. 177. Si discuterà nel prosieguo se ad essi possa ora aggiungersi anche quello di "parte dell'unione civile"; cfr. *infra*, para 5.5.

<sup>1083</sup> ROSSI CARLEO L., *Status e contratto nel mosaico della famiglia*, in *Dir. Fam. E Pers.*, 2016, p. 221.

<sup>1084</sup> Si sottolinea che nella crescente impronta individualista assunta dagli assetti familiari contemporanei coesistono tanto la pretesa avente ad oggetto il riconoscimento dell'esistenza stessa dello *status* familiare (ad esempio, di coniuge o di partner, di genitore o di figlio), quanto - e prima ancora - la legittimazione nell'accesso all'attività materiale o giuridica che determina il sorgere dello *status* (ad esempio, concepire, contrarre matrimonio) e la relativa libertà di autodeterminazione; PRINCIPATO L., *I profili costituzionali della famiglia, come canone ermeneutico, soggetto giuridico e fattispecie*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2015, p. 651.

momento in cui i vari schemi aggregativi familiari<sup>1085</sup> cercano un riconoscimento dotato di una “componente di dignità pubblica, imprescindibile per l'autonomia personale”<sup>1086</sup>.

Nell'ottica moderna, che accoglie l'idea del diritto di famiglia come “specchio della società”<sup>1087</sup>, non è comunque consentito all'interprete, ovviamente, di prescindere dal dato costituzionale.

Il codice civile del 1942 implementa un modello di famiglia che ricalca l'impianto sociale borghese dell'Ottocento. Né nel codice civile del 1865, né tantomeno in quello del 1942 si trovano disposizioni che si riferiscano alla famiglia intesa come fenomeno unitario. I codici, infatti, disciplinano singoli istituti e singole specie di rapporti familiari, ma non isolano la famiglia quale concetto autonomo, definendo o disciplinando il gruppo considerato nel suo insieme<sup>1088</sup>.

Sono le affermazioni contenute nella Costituzione della Repubblica ad introdurre un autonomo riconoscimento del gruppo sociale “famiglia” e gettare le basi di un suo ancoramento a presupposti esclusivi.

Innanzitutto, se si guarda alla Costituzione, le prime discrepanze appaiono già solamente nell'individuazione degli articoli della stessa che delineano la tutela apicale fornita dal nostro ordinamento alla vita familiare. Le impostazioni sono storicamente plurime e

---

<sup>1085</sup> Per un ampio spettro delle realtà astrattamente riconducibili a modelli familiari si rimanda alla ricostruzione data da Scalisi in termini di “costellazione delle nuove aggregazioni familiari”, la quale ha raggiunto un'estensione notevole ed una ricca varietà: “in grande sintesi, essa spazia ormai dalle c.d. unioni “miste” indotte soprattutto dalla globalizzazione, alle famiglie ricostituite o ricomposte, veri aggregati proteiformi a geometria variabile; dalle famiglie che potremmo chiamare “artificiali”, in quanto costituite su base elettiva mediante adozione o procreazione medicalmente assistita, alle famiglie monoparentali o monogenitoriali soprattutto materne (single con figli conviventi o adottati: art. 25, commi 4° e 5°, e art. 44, comma 3°, nei casi di cui alle lett. a), c), e d) del comma 1°); dalle unioni omosessuali [...], alle famiglie c.d. “unipersonali” (come nel caso di separazione e di scioglimento del matrimonio per morte o divorzio), sino alla possibilità di conteggiare come forma di vita familiare lo stesso “single”, che però tenga - come si dice - una condotta esistenziale improntata a c.d. stile di vita familiare”; SCALISI V., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 11289. Si veda anche il fenomeno dei nuclei familiari in cui vi sia la presenza di figli nati da un'unione precedente e dunque alle diverse relazioni che si possono instaurare a seguito della disgregazione di una famiglia ed in virtù della creazione di nuovi affetti. Sulla stessa terminologia con cui rivolgersi a tali realtà fattuali non vi è tuttora chiarezza. Scrive Ferrando: “Di patrigno e matrigna si parla ormai solamente nelle fiabe. I fratellastri sono stati cancellati dalle anagrafi da una circolare ministeriale del 1996. Restiamo così in bilico fra la tentazione, tutta italiana, di prendere in prestito vocaboli stranieri: stepfamilies, blended family, step-parent (meno di frequente famille éclatée, beau père, belle mère, secondo l'uso francese), e la ricerca di termini nuovi. Nel linguaggio italiano si alternano seconda famiglia, famiglia rinnovata, famiglia ricomposta, ricostituita, aperta”; FERRANDO G., *Famiglie ricomposte e nuovi genitori*, in *Giur. It.*, 2007, p. 13.

<sup>1086</sup> RODOTA' S., *Relazione introduttiva*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, p. 20103.

<sup>1087</sup> Così, ZATTI P., *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in (diretto da) ZATTI P., *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. 1, Giuffrè, Milano, 2012, p. 3 ss.

<sup>1088</sup> SAPORITI M., *Orogenitorialità, famiglia e “mero pregiudizio”*, in *Ragion Pratica*, n. 1, 2014, p. 248.



differenti e, sebbene interpretazioni evolutive ed aperte al mutamento siano ritenute oggi da buona parte della dottrina preferibili – anche in considerazione della circostanza che il concetto di famiglia legittima è “non già un termine di confronto ontologicamente necessario e semmai un «valore (già) valutato»<sup>1089</sup>” - le argomentazioni a fondamento delle interpretazioni estensive sono di volta in volta diverse. Spesso, comunque, esse sembrano non bastare a superare le persistenti obiezioni di opinioni più restrittive nei confronti di alcune delle formazioni di natura familiare che si presentano nella società odierna, che si radicano su una formulazione che tuttora si presenta come anodina e polisensa.

Si è a lungo ritenuto che punto di partenza obbligato sia costituito dall’art. 29 della Costituzione il quale, come noto, riconosce i diritti della famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”. Un’espressione che fa discutere fin dalla sua apposizione, in quanto - seppure evocativa - è connotata da un’ambiguità semantica e concettuale, la quale ha dato vita ad instancabile dibattito scientifico sul tema.

Se si consideri la norma di cui all’art. 29 Cost. nella sua singolarità, il fulcro della questione attiene al rapporto tra naturalità della famiglia e fondamento matrimoniale e dunque se quest’ultimo vada ricostruito come atto ad escludere ogni forma familiare non fondata sul matrimonio<sup>1090</sup>.

La decostruzione dell’ipotesi più restrittiva non può che fare perno su una considerazione sistematica dell’assetto costituzionale e sull’esegesi della formula costituzionale. Alla luce di tali considerazioni, infatti, nel riferimento alla naturalità della famiglia non può riscontrarsi la capacità di includere nel patto costituzionale la sola famiglia fondata sul matrimonio.

---

<sup>1089</sup> PUTTI P. M., *Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto*, in *Dir. Famiglia*, 2009, p. 826.

<sup>1090</sup> Sebbene non sia oggi prevalente in dottrina la concezione per cui la nostra Costituzione non fornisca una specifica tutela a forme familiari esterne alla c.d. famiglia legittima, la pretesa esclusività del fondamento matrimoniale della famiglia rappresenta un tema tuttora dibattuto. Partendo dalla dottrina più risalente, la tutela costituzionale della famiglia è legata in maniera imprescindibile al matrimonio nel pensiero di GRASSETTI C., *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in CALAMANDREI P., LEVI A., *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, G. Barbéra Editore, 1950; GIORGIANNI M., *Problemi attuali di diritto familiare*, in *Studi in memoria di F. Vassalli*, Giappichelli, 1960; Tra la fine degli anni Ottanta e l’inizio degli anni Novanta si esprimevano in maniera estremamente critica alla possibilità di effettuare un’estensione analogica alla c.d. famiglia di fatto della tutela costituzionale garantita alla famiglia legittima TRABUCCHI A., *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, p. 19; MENGONI L., *La famiglia in una società complessa*, *Iustitia*, 1990, p. 3. Ancora, in tempi recenti, DONATI A., *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, CEDAM, 2004, pp. 231 ss.; NICOLUSSI A., *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, in (a cura di) D’AGOSTINO F., *Valori costituzionali per i sessanta anni della Costituzione italiana*, Giuffré, 2008, p. 174.

Quanto emerge dai lavori preparatori è che il dettato costituzionale è il risultato di un acceso confronto svoltosi in Assemblea costituente. Esso nasce da impostazioni opposte circa la necessità di inserire nella Carta un riferimento espresso alla famiglia, nell'ambito di quelle diverse formazioni sociali che la Repubblica è tenuta a tutelare, onde garantire l'effettiva esplicazione dei doveri di solidarietà e dei diritti di uguaglianza<sup>1091</sup>. L'espressione "società naturale" viene proposta da Palmiro Togliatti e accolta con particolare favore dalla componente democristiana della Costituente<sup>1092</sup>, ma trova la ferma opposizione da parte di altrettanto illustri esponenti della Sinistra (tra tutti, Iotti), senza che tale circostanza ne ostacoli l'approvazione da parte del *Plenum*<sup>1093</sup>. Essa è dunque il frutto di un "compromesso scivoloso"<sup>1094</sup>.

Il dibattito che segue l'entrata in vigore della Costituzione riflette la natura "sdruciolevole" della nozione introdotta, tanto con riguardo alla determinazione dei rapporti tra lo Stato e la famiglia, quanto in merito alla struttura stessa di quest'ultima.

Vi è chi rinviene nella formula - forte di echi giusnaturalisti<sup>1095</sup> - un rinvio al diritto naturale, quasi che la famiglia attinga a regole e principi da ordinamenti collocati fuori dalle leggi dello Stato<sup>1096</sup>. L'idea dell'esistenza di un diritto naturale della famiglia pare da subito poco convincente: non solo per la sua distonia con il metodo positivo che sta alla base dell'affermazione dei diritti nelle norme costituzionali, ma anche per l'apposizione dell'istituzione matrimoniale a fondamento di una realtà che asseritamente pre-esiste al diritto<sup>1097</sup>. La previsione di diritti e doveri, maturati nell'ambito di una realtà riconosciuta

---

<sup>1091</sup> PAPA A., *Il "mosaico della famiglia" tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2015, p. 5.

<sup>1092</sup> Nelle affermazioni riservate dall'on. Moro, la famiglia è "un ordinamento cui non solo vengono riconosciuti diritti naturali", ma anche società che "ha le sue leggi e i suoi diritti", di fronte ai quali lo Stato, nella sua attività legislativa, si deve inchinare". Il costituente dunque definisce "la competenza esterna dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita", sicché la formulazione adottata dovrebbe essere atta ad indicare il "limite tra la sfera di autonomia della famiglia e il potere di intervento dello Stato, che dovrà rispettare l'assetto naturale e tradizionale della famiglia stessa"; CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, vol. VI, Roma, 1970, pp. 102 ss.

<sup>1093</sup> BALDINI V., *Famiglia e diritti connessi alla vita familiare nella giurisprudenza nazionale ed europea*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), p. 2.

<sup>1094</sup> SAPORITI M., *Omogenitorialità, famiglia e "mero pregiudizio"*, in *Ragion Pratica*, n. 1/2014, p. 249.

<sup>1095</sup> Si pensi agli scritti di Rousseau, secondo cui "la plus ancienn de toutes les sociétés et la seule naturelle est celle de la famille"; ROUSSEAU J. J., *Du contrat social*, Gallimard, 1964, p. 174.

<sup>1096</sup> BALDINI V., *Famiglia e diritti connessi alla vita familiare nella giurisprudenza nazionale ed europea*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), p. 2.

<sup>1097</sup> Sull'antinomia di una società preesistente al diritto statale e fondata su di un istituto di diritto positivo dello Stato stesso già l'on. Calamandrei, per il quale "parlare di una società naturale che sorge dal matrimonio", cioè da un negozio giuridico, è "una contraddizione in termini";

quale nucleo fondante della Repubblica, ma che sorgano soltanto allorché detta società naturale abbia ricevuto positiva formalizzazione attraverso la celebrazione del matrimonio, genera già a prima vista un'indecifrabile contraddizione<sup>1098</sup>. La connessione tra società naturale e matrimonio, infatti, parrebbe destituire di fondamento la stessa idea che il diritto ha creato della nella nozione di c.d. riconoscimento, la quale prevede che un ordinamento, nella ricostruzione di una fattispecie e nella riconnessione alla stessa di effetti giuridici, guardi a ciò che accade nella realtà sociale quale “fatto”<sup>1099</sup>.

Un'attenta analisi dei lavori della Costituente rivelerebbe in realtà che la connessione tra matrimonio e famiglia risiederebbe in altra giustificazione, in grado di rendere maggiormente comprensibile una proposizione apparentemente ermetica. La soluzione di compromesso adottata dall'Assemblea costituente sarebbe infatti animata dalla volontà di individuare un'espressione in grado di indicare - in maniera quanto più elementare possibile - la posizione prioritaria della famiglia rispetto all'organizzazione della società nello Stato, cioè volta a tutelarne l'autonomia rispetto a tentazioni autoritarie d'ingerenza esterna, in primo luogo statale<sup>1100</sup>. Il riferimento alla famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”, poi, nascerebbe per aggirare l'introduzione nella Costituzione il principio di indissolubilità del matrimonio, sostanzialmente voluto dai cattolici<sup>1101</sup>.

---

CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, vol. II, Roma, 1970, p. 962.

<sup>1098</sup> Tra i tanti giuristi che nella dottrina costituzionale si sono occupati della questione, etichettandola in vario modo, si segnala chi parla a tale proposito di un “ossimoro” e di una “proposizione impossibile”; così: PUGIOTTO A., *Alla radice dei “casi”: la famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 2; BIN R., *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 2000, p. 1066.

<sup>1099</sup> BALESTRA L., *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010, p. 1105 ss.

<sup>1100</sup> Si tratterebbe della concezione che guarda alla tutela costituzionale della famiglia come una garanzia d'istituto; v. anche COTTA S., DALLA TORRE G., D'AGOSTINO F., MONTANARI B., VENTURA P., AMATO S., *Famiglia, diritto e diritto di famiglia*, Editoriale Jaca Book spa, 1985, p. 8 ss. Con riguardo all'ordinamento italiano l'esigenza di garanzia d'istituto nasce evidentemente in riferimento al periodo fascista, che ha fornito alla storia del diritto di famiglia italiano molteplici esempi di ingerenza dello Stato nell'autonomia familiare. Su tutti, basti pensare all'educazione dei minori, improntata all'instillazione del sentimento nazionale fascista, nonché all'interferenza sulla libertà matrimoniale, impedendosi tanto i matrimoni tra ebrei in territorio italiano, quanto più i c.d. matrimoni misti tra ebrei ed appartenenti alla razza ariana; SAPORITI M., *Omogenitorialità, famiglia e “mero pregiudizio”*, in *Ragion Pratica*, n. 1/2014, p. 249. Si ricordi poi in questa sede che la funzione di garanzia d'istituto della tutela costituzionale della famiglia è stata di recente ribadita dalle Corti Costituzionali di Germania e Portogallo, in relazione all'avvenuta giuridicizzazione delle unioni omosessuali a mezzo rispettivamente di convivenze registrate e matrimonio. Cfr. *supra*, para 3.4.

<sup>1101</sup> RODOTA' S., *Diritto d'amore*, Editori Laterza, 2015, p. 10.

In sostanza, l'espressione "fondata sul matrimonio" sarebbe inserita per poter connettere la famiglia come "società naturale" ad un principio da cui farne discendere il massimo grado di stabilità, quello dell'indissolubilità<sup>1102</sup>.

Venuta meno l'indissolubilità<sup>1103</sup>, il senso dell'articolo muterebbe radicalmente. La "naturalità" della famiglia manifesterebbe il suo carattere di "mitologia giuridica della modernità"<sup>1104</sup>, basata sul carattere artificiale del matrimonio<sup>1105</sup>, rendendo auspicabili i superamenti dei dogmi ad esso connessi<sup>1106</sup>.

Inoltre, la ricostruzione della famiglia nell'ordinamento italiano non può comunque fondarsi esclusivamente sull'art. 29 Cost., ma deve comunque risultare dal trittico di articoli che apre il Titolo II, dedicato ai rapporti etico-sociali. L'interpretazione sistematica della nozione costituzionale di famiglia non può infatti prescindere dalla sua

---

<sup>1102</sup> Così Barba il quale evidenzia alcuni passaggi salienti dei lavori preparatori da cui sarebbe desumibile tale impostazione: *“La prima proposta del testo costituzionale, formulata dalla I sottocommissione (30 ottobre-15 novembre 1945), in materia familiare prevedeva due articoli: uno dedicato alla famiglia e l'altro dedicato al matrimonio. Art. 1 «La famiglia è una società naturale e come tale lo Stato la riconosce e ne tutela i diritti, allo scopo di accrescere la solidarietà morale e la prosperità materiale della Nazione». Art. 2 «Il matrimonio è basato sul principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ai quali spettano il diritto e il dovere di alimentare, istruire ed educare la prole. La legge regola la condizione giuridica dei coniugi, allo scopo di garantire l'unità della famiglia». Tali regole, che costituivano un difficile compromesso raggiunto da Togliatti e Moro, fu messo in discussione da La Pira, il quale propose un emendamento, volto a introdurre, all'art. 2, il principio di indissolubilità del matrimonio. Art. 2 (come emendato da La Pira) « Il matrimonio è basato sul principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ai quali spettano il diritto e il dovere di alimentare, istruire ed educare la prole. La legge regola la condizione giuridica dei coniugi, allo scopo di garantire l'indissolubilità del matrimonio e l'unità della famiglia». Il principio dell'indissolubilità del matrimonio rimase anche nel testo che venne proposto dalla Commissione dei Settantacinque (15 gennaio 1947) la quale formulò i due seguenti testi: Art. 23 «La famiglia è una società naturale: la Repubblica ne riconosce i diritti e ne assume la tutela per l'adempimento della sua missione e per la saldezza morale e la prosperità della nazione. La Repubblica assicura alla famiglia le condizioni economiche necessarie alla sua formazione, alla sua difesa ed al suo sviluppo, con speciale riguardo alle famiglie numerose». Art. 24 «Il matrimonio è basato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. La legge ne regola la condizione a fine di garantire l'indissolubilità del matrimonio e l'unità della famiglia»; BARBA V., *La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso*, in *genIUS*, n. 2, 2018, p. 71.*

<sup>1103</sup> A seguito della l. 1 dicembre 1970, n. 898, che disciplina i casi di scioglimento del matrimonio.

<sup>1104</sup> L'espressione è un prestito delle terminologie utilizzate dallo storico Paolo Grossi; GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2001.

<sup>1105</sup> Sul punto preme sottolineare anche le parole di un'illustre giurista - a commento della riforma del diritto di famiglia di metà anni Settanta - il quale rilevava il carattere bivalente del rapporto di influenza tra diritto e società, per cui *“alla lunga il ius può essere a sua volta un potente fattore nella formazione del mos”*; CIAN G., *Introduzione*, in (a cura di) CARRARO L., OPPO G., TRABUCCHI A., *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, CEDAM, 1977, p. 26.

<sup>1106</sup> BARBA V., *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 865 ss.

collocazione, e, dunque, dai seguenti artt. 30 e 31 che la pongono in connessione alla filiazione<sup>1107</sup>.

Per la verità, non è per niente casuale che il dibattito sulla c.d. “famiglia di fatto” si sviluppi proprio a partire dal primo intervento legislativo di attuazione dei principi costituzionali in tema di filiazione<sup>1108</sup>: la legge n. 151 del 19 maggio 1975<sup>1109</sup>.

Pervasa dal principio egualitario, infatti, la riforma del 1975 modellava la famiglia matrimoniale sul principio di eguaglianza dei coniugi, perseguiva l’eliminazione di distinzioni “di valore” tra i figli c.d. legittimi ed i figli naturali e “correggeva” la natura autoritaria del rapporto tra genitori e figli, rivestendo entrambi i genitori delle *potestates* riconosciute dalla legge e formulandole in maniera più ampia come diritti del minore, piuttosto che come poteri del genitore. Sul piano sistematico, essa spingeva dunque l’asse concettuale della famiglia verso il rapporto di filiazione (di cui agli artt. 30 e 31 della Costituzione), il quale presenta un’estensione più ampia di quella coniugale. Man mano che vi si comprendono, infatti, prima forme di filiazione naturale non legittima e poi di filiazione legittima ‘artificiale’, imitativa di quella naturale (con l’adozione della legge sull’adozione nel 1984), il “minimo concettuale” della famiglia finisce per assumere il contenuto proprio del rapporto educativo (inteso in senso ampio, ex art. 30, co. 1, Cost.)<sup>1110</sup>. La riforma del 1975, tuttavia, pur contribuendo a suo modo all’erosione della primazia della famiglia legittima, costruisce un impianto normativo pedissequamente ricalcato sul ruolo preminente di quest’ultima, in virtù dell’art. 29 Cost., poiché attua un assetto regolamentare “costruito sulla differenziazione del matrimonio rispetto a ciò che matrimonio non è”<sup>1111</sup>. E’ solo con la riforma della filiazione – lo si vedrà ampiamente nel prosieguo – che si intravede una vera prospettiva di “slacciamento” della famiglia dal presupposto

---

<sup>1107</sup> In tal senso anche la Consulta nella celeberrima sentenza n. 138/2010 in cui la Corte ha rigettato la questione di costituzionalità relativa alla necessaria eterosessualità del matrimonio, di cui più ampiamente *infra*, para 5.5.

<sup>1108</sup> PEDRAZZA GORLERO M., FRANCO L., *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Diritto Pubblico*, 2010, p. 250.

<sup>1109</sup> Già nel 1980, in un’opera allora pionieristica, Prospero sottolineava che il matrimonio non è l’unico modello di famiglia, ma solo quello ritenuto - all’epoca dell’Assemblea Costituente - consolidato. La tutela privilegiata alla famiglia fondata sul matrimonio è dunque accordata come manifestazione di un luogo favorevole alla realizzazione personale dei singoli membri della comunità familiare, ma non è esclusiva, dovendosi estendere a tutte quelle formazioni sociali che mostrino di realizzare questa stessa finalità; PROSPERI F., *La famiglia non “fondata sul matrimonio”*, Esi, Napoli, 1980, p. 83.

<sup>1110</sup> PEDRAZZA GORLERO M., FRANCO L., *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Diritto Pubblico*, 2010, p. 252.

<sup>1111</sup> SCHLESINGER P., *Quarant’anni di riforme del diritto di famiglia*, in *Fam. e Dir.*, 2015, p. 969.

matrimoniale. Ciò in virtù del fatto che il matrimonio non riesce più ad avere alcuna incidenza nell'attribuzione degli *status* familiari e nella propagazione dei vincoli di parentela, se non esclusivamente in relazione al rapporto di coppia<sup>1112</sup>.

La semplice considerazione del trittico di artt. 29,30, 31 Cost. come sistema che non si presti ad una lettura frammentaria, non è in sé da sola sufficiente ad aprire le maglie della famiglia a confini diversi da quelli della c.d. *imitatio naturae*. Segnatamente, permane dunque per parte della dottrina, all'esito di una lettura sistematica degli artt. 29, 30, 31 Cost., la convinzione che la Carta costituzionale delinei perlomeno un modello di relazioni familiari e nella specie – qualora veramente si ritenga l'asse della famiglia spostato sul fronte della filiazione - genitoriali, improntato evidentemente sull'eterosessualità e la biologicità<sup>1113</sup>. In sostanza, "l'interpretazione sistematica dell'art. 30 e dell'art. 29 Cost. mette in evidenza che si tratta della procreazione all'interno del matrimonio, e anche fuori da esso, ma sempre nell'ottica di quella "società naturale" alla quale si riferisce l'art. 29<sup>1114</sup>".

Le impostazioni più recenti sulla tutela costituzionale della famiglia tendono dunque a guardare all'art. 2 della Costituzione, il quale costituirebbe il vero fulcro del carattere di relatività e storicità della famiglia. Situato nella Carta costituzionale in apertura ai principi fondamentali, l'art. 2 esprime il c.d. principio personalista<sup>1115</sup>, da intendersi come centralità nell'ordinamento giuridico dei diritti inviolabili dell'uomo. La centralità dei diritti umani della persona nella Costituzione vale a fondamento di diverse sfere di tutela della persona<sup>1116</sup>. Esso dunque esprime il riconoscimento e la garanzia per le formazioni sociali all'interno delle quali si svolge la personalità dell'individuo e nel cui catalogo si ritiene che possa essere inserita anche la famiglia<sup>1117</sup>.

---

<sup>1112</sup> Sicché la stessa idea ormai consolidata sottesa alla nozione giuridica di "famiglia di fatto" andrebbe ripensata e semmai riservata alla sola dimensione della relazione di coppia; SESTA M., *Manuale di diritto di famiglia*, CEDAM, 2015, p. 5.

<sup>1113</sup> SENIGAGLIA R., *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017, p. 952.

<sup>1114</sup> CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, p. 78.

<sup>1115</sup> Senza alcun carattere di esaustività, stante la vastità dei commenti in materia, sul principio personalista e le sue proiezioni sui diritti fondamentali e la dimensione familiare: PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1992; CARETTI P., TARLI BARBIERI G., *I diritti fondamentali*, Giappichelli, 2002, p. 136, RUGGERI A., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, n. 17, 2013.

<sup>1116</sup> CARETTI P., TARLI BARBIERI G., *I diritti fondamentali*, Giappichelli, 2002, p. 140.

<sup>1117</sup> Per tutti, v. PARADISO M., *La comunità familiare*, Giuffrè, 1984; GIACOBBE G., *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 481; MORRONE A., *sub art. 2*, in *Codice della famiglia*, a cura di SESTA M., Vol. I, Giuffrè, Milano 2009, pp. 34 ss.;



Se si riconosca che esso assurge ad autentica norma di principio dell'intero ordinamento giuridico della famiglia<sup>1118</sup>, si dovrebbe riconoscere nella famiglia nella visione costituzionale una forma associativa, impregnata dalla dimensione degli affetti e caratterizzata da un impegno reciproco di cure e solidarietà<sup>1119</sup>. Il rapporto tra art 2 e art. 29 Cost. si risolverebbe in una relazione tra *genus* e *species*<sup>1120</sup>, per cui nel disegno costituzionale la famiglia legittima di cui all'art. 29 Cost. ed il rapporto di filiazione (art. 30 Cost.) poggerebbero le loro basi sulla più ampia tutela fornita dall'art. 2 Cost. il quale diverrebbe la vera base della "architettura" della famiglia<sup>1121</sup>.

## 5.2. La Riforma italiana della filiazione: unicità dello *status* di figlio e problemi interpretativi a margine della riforma.

Nel quadro costituzionale, l'allargamento delle maglie familiari in Italia è reso astrattamente possibile - fermo il disposto dell'art. 29 Cost. - dalla tutela che l'art. 2 offre a tutte quelle formazioni sociali in cui si svolge, in un'interazione significativa con l'altro,

---

CALIFANO L., *La famiglia ed i figli nella Costituzione italiana*, in NANIA R., RIDOLA P., *I diritti costituzionali*, Giappichelli, 2001, p. 697.

<sup>1118</sup> L'odierna dottrina privatistica è pressoché unitaria nel ritenere che la tutela costituzionale fornita alla famiglia risieda non esclusivamente nell'art. 29 Cost. ma nel trittico costituito dagli artt. 2, 29, 30 Cost. e che dunque il riconoscimento di forme familiari non fondate sul matrimonio non solo non sia contrario a Costituzione, ma sia demandato dalla stessa. Si veda, tra tutti, CENDON P., *La famiglia e le persone*, UTET, 2008; MANETTI M., *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista AIC*, 2010; BALESTRA L., *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010, p. 1105 ss.; BUSNELLI F., VITUCCI M.C., *Frantumi europei della famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 10767; DONATI F., *La famiglia nella legalità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014; RINALDI F., *Dinamiche evolutive in materia di diritti della famiglia nella giurisprudenza costituzionale e di merito, e nuove formazioni sociali*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2015; PAPA A., *Il "mosaico della famiglia" tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2015; AUTORINO G., *Profili evolutivi del diritto di famiglia (per un'introduzione storico-sistemica)* in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), 2018. Inoltre, la gran parte della manualistica di diritto di famiglia destinata agli studenti universitari apre la trattazione della materia con la ricostruzione del quadro di tutela della famiglia nella Costituzione, aderendo a tale visione "aperta" della famiglia nel nostro ordinamento. Si segnalano, a titolo esemplificativo, SESTA M., *Manuale di diritto di famiglia*, CEDAM, 2013; FERRANDO G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli, 2017.

<sup>1119</sup> CENDON P., *La famiglia e le persone*, UTET, 2008, p. 298.

<sup>1120</sup> Tale rapporto comporterebbe comunque una tutela privilegiata dell'ipotesi tipizzata rispetto alle altre formazioni sociali di carattere familiare; in tal senso, BESSONE M., *Commento agli artt. 29, 30, 31 Cost.*, in BRANCA G., *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 1976. La famiglia fondata sul matrimonio sarebbe infatti oggetto di una tutela specifica e autonoma, mentre la famiglia non fondata sul matrimonio vivrebbe di una tutela che è il riflesso dell'esigenza di garantire lo sviluppo della personalità dei suoi componenti; DI MARIA R., *Aggregati familiari e Costituzione*, in ROMEO F., *Le relazioni affettive non matrimoniali*, UTET, 2014, P. 219.

<sup>1121</sup> BUSNELLI D., *Il diritto di famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 1447.

lo sviluppo della persona. L'effettiva realizzazione di un tale ampliamento ha seguito, tuttavia, un percorso graduale.

Gli studi della dottrina italiana sull'evoluzione della nozione di famiglia in senso giuridico sono caratterizzati da una ricchezza di figure retoriche, in grado di tratteggiare la sentita complessità della frammentazione dell'istituto familiare<sup>1122</sup>.

L'immagine maggiormente evocata è quella dell'arcipelago familiare<sup>1123</sup>, per cui l'istituzione familiare si presenterebbe oggi come un "susseguirsi di terre emerse di diversa consistenza"<sup>1124</sup>, a seguito della disgregazione di quella "roccia che il mare del diritto lambisce, ma non attraversa"<sup>1125</sup>, cioè dall'isola primigenia della famiglia, che l'ordinamento faceva corrispondere alla coppia unita in matrimonio e alla filiazione che trovasse luogo in essa. Si fa così riferimento a quel processo che ha portato "dalla famiglia alle famiglie"<sup>1126</sup>, tramite il depotenziamento del modello della famiglia fondata sul matrimonio, che si è gradualmente trovato disinvestito dalla sua esclusività<sup>1127</sup>, ma soprattutto ha visto separarsi la sua appendice, fino ad allora "penisola congiunta"<sup>1128</sup> in maniera salda: la filiazione<sup>1129</sup>.

---

<sup>1122</sup> Tra le tante, vale la pena di menzionare anche "il mosaico della famiglia", per la sua capacità di porre l'attenzione su una realtà che presenta intersezioni non esattamente sovrapponibili; PAPA A., *Il "mosaico della famiglia" tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2015, p. 2.

<sup>1123</sup> L'espressione è coniata nei suoi studi da Francesco Donato Busnelli ed entra a far parte dell'immaginario diffuso con cui la dottrina privatistica guarda al progressivo allargamento delle maglie familiari in Italia ed alla situazione di attuale pluralismo familiare; v. BUSNELLI F. D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 520. L'espressione si ritrova poi con una frequenza che sembra quasi una costante. Tra gli altri, si veda: GIACOBBE G., *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale*, in *Dir. famiglia*, 2006, p. 1230; PARADISO M., *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 1306 ss.;

<sup>1124</sup> PARADISO M., *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 1308.

<sup>1125</sup> JEMOLO A.C., *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sen. Giur. Università di Catania*, 1948, p. 38.

<sup>1126</sup> Sul punto, si vedano le esaustive ricostruzioni fornite in questi termini da Scalisi nei suoi studi di diritto di famiglia ed in particolare, SCALISI V., "Famiglia" e "famiglie" in Europa, in *www.comparazioneDirittocivile.it*, 2012. Egli peraltro ritiene che la pluralità di modelli familiari che si verifica all'esito di tale processo di "frantumazione" non trovi adeguato riscontro a livello normativo, sicché il legislatore avrebbe fallito - pur a seguito della riforma della filiazione - nel rispondere adeguatamente a tale pluralità, prefigurando un solo regime per fenomeni differenti (quello della famiglia legittima, applicato per assimilazione a realtà alternative); SCALISI V., *Studi sul diritto di famiglia*, CEDAM, Padova, 2014, p. 10 ss.

<sup>1127</sup> Un processo che ha trovato nella dottrina definizioni diverse. Per citarne alcune si può parlare di "démariage"; così THERY I., *Le Démariage*, Odile Jacob, Paris, 1993; o di "deinstitutionalization of marriage"; così CHERLIN A. J., *The Deinstitutionalization of American Marriage*, in *Journal of Marriage and Family*, 2004, p. 849.

<sup>1128</sup> PARADISO M., *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 1308.

<sup>1129</sup> Riprendendo un'idea proposta da Thery nella supracitata opera, si può vedere una prima propaggine dell'indissolubilità del matrimonio nell' "indissolubilità" *latu sensu* della filiazione che si genera al suo interno, e dunque nelle regole che vanno a impostare la continuazione della co-

L'assetto attuale della famiglia in Italia, a fronte di “*quarant’anni di riforme del diritto di famiglia*”<sup>1130</sup> e soprattutto degli interventi più recenti - e nell’inciso della legge n. 219/2012 e del successivo decreto legislativo n. 154 del 2013, nonché della legge n. 76/2016 - apparirebbe “capovolto” rispetto a quello tradizionale.

In conseguenza delle riforme relative alla filiazione ed ai rapporti di coppia emerge, infatti, una nuova dimensione di contrapposizione tra un fronte unitario ed una realtà plurale. Prima della riforma della filiazione vi era una pluralità di *status filiationis* - legittima, naturale riconosciuta, naturale non riconosciuta o non riconoscibile<sup>1131</sup> - ed un unico modello legale regolante la relazione di coppia, cioè il matrimonio. Ora, il rapporto di filiazione si conforma all’unicità di *status*, mentre quello di coppia è divenuto plurale, potendo assumere le forme del matrimonio, dell’unione civile, delle - a loro volta multiformi - convivenze, che assurgono a possibili modelli familiari.

E’ tale realtà rinnovata che impone anche all’interprete che voglia mantenere una visione quanto più aderente ad una ermeneutica stringente del dato legislativo di confrontarsi nella ricostruzione della famiglia nel nostro ordinamento con lo spostamento d’asse dal presupposto matrimoniale a quello della filiazione<sup>1132</sup>.

---

genitorialità anche dopo il divorzio anche dopo la disgregazione che vede un antidoto al *démariage* nelle nuove regole sulla continuazione della co-genitorialità dopo il divorzio, quasi a sostituire la indissolubilità del matrimonio con la indissolubilità della filiazione (p. 327 ss.); RONFANI P., *Il diritto di famiglia in Europa*, in M. BARBAGLI-D.I. KERTZER, *Storia della famiglia in Europa, vol. 3, Il Novecento*, Roma-Bari 2005, p. 219. Se si voglia, riprendendo la metafora di Busnelli, essa potrebbe farsi risalire alla necessaria presenza di almeno una conformazione insulare che appaia non disgregabile.

<sup>1130</sup> Così titola le sue riflessioni sull’assetto familiare italiano Piero Schlesinger all’indomani del quarantennio dalla riforma del diritto di famiglia avvenuta con la legge del 19 maggio 1975, n. 151; SCHLESINGER P., *Quarant’anni di riforme del diritto di famiglia*, in *Fam. e Dir.*, 2015, p. 969.

<sup>1131</sup> Nel ripercorrere l’evoluzione del diritto di famiglia italiano, secondo Carbone sarebbe possibile connettere mutamenti epocali ad ogni passaggio generazionale. Il diritto del dopoguerra, in particolare, sarebbe ancorato ad un’impostazione che “infligge” patimenti ai figli in virtù delle colpe dei genitori. Dopo la riforma del 1975 tale squilibrio sarebbe già parzialmente, rimanendo in una posizione nettamente disagiata - e che lo carica delle azioni *contra ius* poste in essere dai genitori, il solo figlio incestuoso; CARBONE V., *Le riforme generazionali del diritto di famiglia: luci ed ombre*, in *Fam. Dir.*, 2015, p. 972.

<sup>1132</sup> Da uno studio pubblicato dall’Istat nel 2014 e dedicato alle indagini condotte dall’Istituto sull’andamento della natalità in Italia negli anni 2000, emerge come, se a partire dagli anni 2000 il numero dei nati al di fuori del matrimonio abbia un andamento crescente costante, fino a raggiungere il doppio delle unità, nei due anni antecedenti alla Riforma della filiazione del 2012 (figura 1.2. dello studio, p. 11). Tale circostanza è espressamente individuata dall’Istituto nazionale in apertura all’indagine stessa come “importante peculiarità degli anni 2000”: “*I nati al di fuori del matrimonio, al contrario, sono passati dal 10 per cento del totale delle nascite nel 1999 (53 mila e 500 unità) al 20 del 2009 e raggiungono il 25 per cento nel 2012 (132 mila unità): attualmente, dunque, un bambino su quattro ha i genitori non coniugati*”; Avere figli in Italia negli anni 2000. Approfondimenti dalle indagini campionarie sulle nascite e sulle madri, Istituto Nazionale di Statistica, Roma, 2014, p.

Come ben descritto da Paradiso<sup>1133</sup>, riprendendo l'originaria metafora di Busnelli sull'arcipelago familiare: "Oggi è la filiazione l'isola principale, per dimensioni e importanza, e da essa in vario modo dipendono - o sono comunque tributarie - le isolette in cui si sono ridotti a vivere gli adulti, riuniti in coppie variamente assortite: piccole isole di diversa struttura e consistenza, formate da residui dell'isola madre e da lande sabbiose emerse dalle profondità del mare, dalle profondità oscure e ribollenti del desiderio"<sup>1134</sup>".

Tale esito sarebbe il frutto della Riforma della filiazione - intervento legislativo solo apparentemente "ordinario" - che sembrerebbe proporre nell'individuazione della famiglia in senso giuridico un elemento centrale "nuovo"<sup>1135</sup>, apparentemente capace di far rilevare per il diritto situazioni tra loro distanti nella conformazioni familiare.

Per comprendere come tale affermazione sia possibile - nonostante le innovazioni apportate dalla riforma, ed in particolare dal successivo decreto legislativo attuativo siano innumerevoli<sup>1136</sup> - è fondamentale considerare in particolare il combinato disposto di tre disposizioni normative: l'art. 74 c.c., l'art. 315 c.c. e l'art. 258 c.c.

Come noto, la disciplina codicistica così come modificata dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, aveva eliminato molte delle distinzioni tra figli, ma lasciato aperta la

---

10-11. Tale dato resta in costante aumento. Stando all'ultimo report disponibile sul sito ISTAT, relativo all'anno 2016 e pubblicato il 28 novembre 2017, i bambini nati fuori dal matrimonio rappresentano oggi una percentuale pari al 29,9% del totale dei nati; Report Natalità e Fecondità della popolazione residente, Istat, p. 2 (disponibile all'indirizzo: <https://www.istat.it/it/files/2017/11/Report-Nascite-e-fecondit%C3%A0.pdf>, ultimo accesso: 12.8.2017).

<sup>1133</sup> Nella relazione da egli originariamente tenuta al Convegno dal titolo evocativo "La famiglia all'imperfetto?".

<sup>1134</sup> Nelle riflessioni di Paradiso il rapporto tra famiglia e diritto sembra quasi virare verso il nichilismo. L'arcipelago familiare si presenterebbe come una realtà che potrebbe apparire senza un vero punto di riferimento, in quanto mosso da una legge che segue nei suoi mutamenti la realtà dei desideri umani, alla base della moderna ottica individualistica dei diritti umani. All'assecondare del desiderio umano si affianca il principio di uguaglianza, che impone di garantire "a ciascuno lo stesso", in un percorso evolutivo in cui "Itaca non c'è", richiamando alla mente la famosa meta del viaggio di Odisseo. La sola chiave di lettura resta quella della filiazione come territorio in cui si estrinseca l'interesse superiore della famiglia, l'unico punto fermo della materia: il diritto della famiglia diviene così "diritto della filiazione"; PARADISO M., *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 1306 ss.

<sup>1135</sup> Sull'evoluzione della disciplina della filiazione italiana e la perdita di centralità del requisito matrimoniale, v. GIARDINI F., *Filiation inside and outside marriage: the principle of Equality in Family Relations from a historical and comparative legal perspective*, in *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, 2013, p. 263 ss.

<sup>1136</sup> Sul punto, si rimanda, senza alcuna pretesa di esaustività ai contributi dottrinali di DOSSETTI M., MORETTI M., MORETTI C., *La riforma della filiazione*, Zanichelli, 2013; MOROZZO DELLA ROCCA P., *La nuova disciplina della filiazione*, 2014; Maggioli Editore, 2015; PANE R., *Nuove frontiere della famiglia*, ESI, 2014; BIANCA C.M., *La riforma della filiazione*, CEDAM, 2014.

distinzione tra figli legittimi - in quanto nati in costanza di matrimonio, successivamente legittimati o inseriti nella famiglia legittima a seguito di adozione piena ex art. 6 l. adoz. – e figli naturali, pur liberati dallo stigma terminologico dell'illegittimità<sup>1137</sup>.

Alcune residue disparità di trattamento avevano subito la censura della Corte costituzionale, che aveva ad esempio ampliato la possibilità di accertare la filiazione naturale<sup>1138</sup>. Essa era stata tuttavia inamovibile su alcune distinzioni, ritenute non discriminative, ma pienamente rispondenti alla discrezionalità del legislatore. Tra queste, l'affermazione che il rapporto tra parenti naturali andasse guardato, ai sensi del combinato disposto degli allora vigenti artt. 74 e 258 c.c.<sup>1139</sup>, come una mera relazione fattuale di consanguineità e non dunque come un vincolo di parentela, escludendosi, in conseguenza, la nascita di diritti successori in linea collaterale<sup>1140</sup>.

Con la riforma della filiazione la prospettiva è radicalmente mutata.

La legge n. 219 del 2012 è costituita di appena 6 articoli, il secondo dei quali contenente un'ampia delega al governo perché adottati tutte le modifiche della disciplina della filiazione atte ad eliminare ogni discriminazione tra figli, anche adottivi – precisazione si vedrà, da considerarsi importante - in ossequio al neo-introdotta principio di unicità dello *status* di figlio di cui all'art. 1 della stessa legge.

Tra le innovazioni direttamente contenute nella legge delega e non nel successivo decreto legislativo – d. lgs. n. 154 del 2013 – vi è la riscrittura dell'art. 315 del codice civile, attuata dal comma 7 dell'art. 1. La nuova formulazione stabilisce che “tutti i figli hanno lo stesso

---

<sup>1137</sup> MANTOVANI M., *La filiazione legittima*, in ZATTI P., *Trattato di diritto di famiglia. Vol. II. Filiazione*, Giuffrè, 2002, p. 45.

<sup>1138</sup> FERRANDO G., *Diritto di famiglia – Aggiornamento 2014: La riforma della filiazione*, Zanichelli, 2014, p. 2.

<sup>1139</sup> Il combinato disposto dei previgenti articoli era infatti interpretato come preclusivo della propagazione della parentela. In particolare, preclusivo – nella vigenza di una nozione di parentela come persone che discendono dallo stesso stipite – risultava l'art. 258 c.c., il quale recitava che il riconoscimento non produce effetti che riguardo al genitore da cui fu fatto. Per tutti, UBALDI P., *La posizione del figlio naturale*, in ZATTI P., *Trattato di diritto di famiglia. Vol. II. Filiazione*, Giuffrè, 2002, p. 262. All'indomani della riforma, tratta il problema in maniera critica anche MORACE PINELLI A., *Il problema della rilevanza giuridica della c.d. parentela naturale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, p. 345.

<sup>1140</sup> Con la sentenza n. 53 del 2000 della Corte Costituzionale che escludeva l'illegittimità costituzionale dell'art. 565 c.c. nella parte in cui non prevedeva, in considerazione degli artt. 3 e 30 Cost. l'estensione della categoria degli eredi legittimi oltre le persone verso cui produceva effetti l'accertamento della filiazione naturale in base all'art. 258 c.c. e dunque ai soli genitori naturali, ricomprendendovi anche i parenti naturali. In considerazione di tale pronuncia, la Corte di Cassazione aveva più volte ribadito che in assenza del riconoscimento di un unico *status filiationis*, in grado di far pervenire ad una concezione organica della parentela, dove escludersi la successione legittima dei c.d. parenti naturali, all'infuori del rapporto tra genitore e figlio; v. da ultimo, Cass., 10 settembre 2007, n. 19011.



stato giuridico”. In apertura, al co. 1, è collocata – non casualmente - la modifica che più di tutte concretizza l’unicità di statuto giuridico dei figli: quella che incide sull’art. 74, riformando la nozione di parentela. Alla tradizionale nozione di parentela come vincolo tra persone che discendono da uno stesso stipite, si affianca la precisazione di irrilevanza delle circostanze della nascita, sicché la parentela si propaga per il diritto “sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all’interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo” e salvo l’eccezione prevista per l’adozione di persone maggiori di età, prevista dagli artt. 291 e ss. c.c.

Con la soppressione delle etichette di “figli legittimi” e “figli naturali”<sup>1141</sup>, ai sensi del nuovo art. 315 c.c. la legge italiana “conosce solo figli”<sup>1142</sup>, non attuando alcuna distinzione in termini di diritti e doveri nel rapporto tra genitori e figli e nell’inserimento nel nucleo familiare. L’art. 315**bis** c.c., introdotto sempre dalla stessa legge n. 219/2012 esplicita, infatti, tra le altre cose, il diritto di crescere in famiglia.

Lo stato unico dei figli, dunque, non si prospetta esclusivamente come un divieto di disparità di trattamento o una proclamazione di eguaglianza di tutti i figli<sup>1143</sup>, ma significa anche che il matrimonio non ha più rilevanza nella definizione della condizione giuridica dei figli<sup>1144</sup>.

Sul piano del diritto sostanziale, l’unificazione dei figli comporta l’abrogazione degli istituti che si fondavano su una posizione privilegiata della legittimità, come la legittimazione ed il diritto di commutazione nella comunione ereditaria<sup>1145</sup>. Viene inoltre

---

<sup>1141</sup> “Segno e radice delle superstiti disparità di trattamento”, così PARADISO M., *L’unificazione terminologica in tutta la legislazione vigente*, in BIANCA C.M., *La riforma della filiazione*, CEDAM, 2014, p. 27.

<sup>1142</sup> BIANCA C. M., *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013.

<sup>1143</sup> FERRANDO G., *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali, jus civile*, 2013, p. 134. Secondo parte della dottrina, che guarda alla Riforma attuata in maniera critica, l’effetto dello stato unico della filiazione sarebbe quello di eliminare implicitamente la stessa nozione di *status*, in quanto il figlio diviene tale in virtù della nascita, senza alcuna frapposizione del diritto nel rendere una realtà sociale anche realtà giuridica; GORASSINI A., *Un nuovo fonema giuridico: figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell’eclissi del diritto civile*, in *Europa e Diritto Privato*, 2018, p. 387.

<sup>1144</sup> FERRANDO G., *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 952. La dottrina è unanime sul punto, v. anche LENTI L., *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 207, per il quale il principio dell’unicità dello *status* si erige a “canone interpretativo generale di tutta la materia”. Ancora, SESTA M., *Manuale di diritto di famiglia*, p. 281; DOSSETTI M., MORETTI M., MORETTI C., *La riforma della filiazione*, Zanichelli, 2013; MOROZZO DELLA ROCCA P., *La nuova disciplina della filiazione*, 2014; Maggioli Editore, 2015; BIANCA C.M., *La riforma della filiazione*, CEDAM, 2014.

<sup>1145</sup> BIANCA M., *L’unicità dello stato di figlio*, in BIANCA C.M., *La riforma della filiazione*, CEDAM, 2014, p. 7. Permane, invece, destando non poche perplessità, la norma di cui all’art. 252 c.c., relativa all’inserimento del figlio nato fuori dal matrimonio nella famiglia del suo genitore. Non si percepisce, infatti, come lo stesso debba seguire regole diverse da quelle – anche informali –



eliminato il preesistente divieto di riconoscimento dei c.d. “figli incestuosi”. La nuova regola di cui all’art. 251 c.c. ammette in ogni caso il riconoscimento del figlio nato da relazioni incestuose tra parenti o affini, salva la necessità di autorizzazione giudiziale. Quest’ultima è chiamata ad evitare al figlio qualunque pregiudizio e viene prestata in considerazione del suo interesse<sup>1146</sup>.

Tutti i figli godono poi dello stesso statuto giuridico, enucleato nell’art. 315 bis c.c.

Come si è anticipato, la maggiore innovazione dell’unicità di *status* muove sul piano della propagazione della parentela.

L’art. 74 c.c. va infatti letto in combinato disposto con quanto previsto dall’art. 258 c.c. in tema di riconoscimento<sup>1147</sup>, il quale prevede espressamente che l’atto di riconoscimento produca effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso. La norma che ne risulta è volta a eliminare la pre-esistente distinzione tra uno *status* di figlio rilevante solo nei rapporti con il genitore ed uno *status* in grado di inserire il figlio anche nella famiglia parentale di quest’ultimo<sup>1148</sup>.

La norma suscita per la verità dubbi interpretativi con riferimento all’adozione.

Il testo dell’art. 74 c.c. si premura di inserire tra le circostanze irrilevanti ai fini della propagazione del vincolo di parentela anche l’occorrenza che essa sia il risultato di un

---

che regolano la convivenza di un qualsiasi parente (si pensi ad es. ad un ascendente) nel nucleo familiare, nonché come la situazione si possa distinguere dall’inversa prospettiva in cui sia un figlio di un precedente matrimonio a essere inserito in un nuovo nucleo familiare formatosi senza vincoli tra gli adulti della coppia; FERRANDO G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli, 2017, p. 264.

<sup>1146</sup> In commento all’eliminazione delle conseguenze delle colpe dei genitori sullo statuto giuridico dei figli, v. AULETTA T., *La filiazione derivante da incesto*, in BIANCA C. M. (a cura di), *La riforma della filiazione*, Wolters Kluwer CEDAM, 2015, p. 230 ss.; LISELLA G., *Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), 2013, p. 5. Resta peraltro, una tutela minima riconosciuta a quei figli che si trovino nella “impossibilità” di accedere allo “status”, garantita dagli artt. 279, 580, 594 c.c. i quali nel complesso assicurano al figlio “senza status” il diritto al mantenimento e limitati diritti successori; TROIANO S., *Diritto allo stato e figli “senza stato”, ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2015, p. 223 ss; FAZIO E., *Status filiationis e tutele dei figli non riconosciuti e non riconoscibili*, in *juscivile*, 2018, p. 31 ss.

<sup>1147</sup> La dottrina ritiene in ogni caso che la sola nuova formulazione dell’art. 74 c.c. contenuta nell’art. 2 della l. n. 219/2012 fosse di per sé sufficiente ad eliminare le differenze tra status in termini di propagazione di parentela. Sicché una lettura costituzionalmente orientata di tutte le disposizioni dell’ordinamento sulla filiazione avrebbe dovuto condurre già a partire dal 1 gennaio 2013 a desumere l’irrelevanza giuridica del vincolo coniugale ai fini della propagazione della parentela tra figli e ascendenti dei genitori; VELLETTI M., *La parentela a seguito della riforma*, BIANCA C. M., *La riforma della filiazione*, CEDAM, 2014, p. 175.

<sup>1148</sup> CAREDDA V., *Spunti evolutivi sull’art. 258 c.c.: il riconoscimento, la parentela, la famiglia*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2015, p. 392.

provvedimento di adozione. Prevede poi espressamente l'eccezione dell'adozione di persone maggiori di età, di cui agli artt. 291 ss. c.c.

La formulazione della norma solleva nella dottrina perplessità circa gli effetti da attribuirsi alle adozioni in casi particolari a seguito della riforma.

Il diritto italiano riconosce infatti, accanto all'adozione piena di cui all'art. 6 della l. n. 184/1983, una forma speciale di adozione, contenuta nelle ipotesi tassative di cui alle lettere da a) a d) dell'art. 44 della l. adoz., la c.d. adozione in casi particolari. Considerato lo scopo a cui è chiamata nell'*intentio* originaria del legislatore<sup>1149</sup>, l'adozione in casi particolari viene studiata come strumento dotato di una maggiore duttilità sotto diversi profili. Innanzitutto si esclude la necessità della dichiarazione di adottabilità e diviene necessario l'assenso all'adozione del genitore titolare della responsabilità genitoriale ex art. 46 c.c.<sup>1150</sup>. Si apre, inoltre, all'accoglienza del minore anche da parte di una famiglia sostitutiva che non coincida necessariamente con quella legittima. Nei casi di cui alle lettere a), c) e d) l'adozione è infatti possibile tanto per le coppie di fatto che per i singoli<sup>1151</sup>. Quanto ci interessa maggiormente, tuttavia, sono gli effetti limitati che il legislatore, nella formulazione originaria della legge, riconduceva a tali ipotesi, anche per quanto attiene alla sua stabilità<sup>1152</sup>. L'art. 55 della l. adoz. effettua infatti un richiamo espresso agli artt. 293, 294, 295, 299, 300 e 304 del codice civile, i quali regolano gli effetti dell'adozione dei maggiori di età. In virtù del rinvio, si riteneva che l'adozione in casi particolari realizzasse un rapporto adottivo limitato all'adottante e all'adottato, senza la creazione di rapporti civili di parentela tra il minore e la famiglia dell'adottante<sup>1153</sup>.

---

<sup>1149</sup> Si tratta di uno strumento agevolativo dell'inserimento del minore in un ambiente familiare non esclusivo, nel quale egli possa ricevere adeguata assistenza morale e materiale, in una serie di casi in cui l'adozione piena non risulti opportuna o percorribile. Ad esempio, qualora la famiglia di origine sia gravemente carente ma non assente, o ancora vi siano impedimenti o difficoltà a trovare per il minore una famiglia che risponda ai requisiti di cui all'art. 6 della l. n. 184/1983; v. ZACCARIA A., *Commentario breve al diritto di famiglia*, CEDAM, 2008, p. 1678.

<sup>1150</sup> Sul punto, si segnala che la Suprema Corte ha recentemente chiarito che il dissenso da parte del genitore titolare della responsabilità, anche qualora egli non conviva con il minore da prolungato tempo, è assolutamente ostativo all'adozione, con la possibilità di valutazione del giudice del preminente interesse del minore in considerazione delle modalità di svolgimento delle relazioni tra il genitore ed il minore. Sicché esso è da considerarsi preclusivo all'adozione, salvo non sia stato accertato il protratto venir meno di un rapporto effettivo con il minore; Cass., ordinanza 16 luglio 2018, n. 18827.

<sup>1151</sup> Art. 44, co. 3, l. 184/1983.

<sup>1152</sup> L'adozione in casi particolari è infatti revocabile ex art. 51 l. adoz.

<sup>1153</sup> E con la contemporanea preservazione di tutti i diritti e doveri verso la famiglia di origine ai sensi dell'art. 300 c.c.; COLLURA G., L'adozione in casi particolari, in ZATTI P., *Trattato di diritto di famiglia. Vol. II. Filiazione*, Giuffrè, 2002, p. 781.

Parte della dottrina ritiene che la situazione debba reputarsi invariata. Il rinvio dall'art. 55 della l. adoz. – su cui il legislatore non è intervenuto – dovrebbe considerarsi ancora operante, e non implicitamente abrogato dal nuovo art. 74 c.c.<sup>1154</sup>, sicché sarebbe necessario operare un'interpretazione estensiva dell'eccezione prevista dalla legge per le adozioni delle persone maggiori di età anche ai minori adottati ai sensi dell'art. 44 l. adoz. Tale soluzione non convince.

Tanto l'interpretazione letterale, quanto quella sistematica, condurrebbero infatti a ritenere che se si rispetta lo spirito della Riforma della Filiazione non possano ritenersi ancora in atto - né comunque legittimi - trattamenti differenziati tra i minori nei rapporti con la famiglia parentale<sup>1155</sup>.

La logica dell'esclusione legislativa dell'adozione delle persone maggiori di età<sup>1156</sup> appare conforme con la diversa *ratio* dell'istituto, la quale storicamente risponde alle esigenze di carattere successorio delle persone che non abbiano figli a cui trasmettere il proprio patrimonio<sup>1157</sup>. Tant'è vero che la dottrina ha in passato ritenuto di esplicitare come l'istituto dell'adozione in casi particolari dovesse essere tenuto ben distinto da quest'ultima<sup>1158</sup>, non potendo essa fungere da strumento volto ad assicurare una funzione meramente patrimoniale<sup>1159</sup>. A contrario, l'adozione in casi particolari è un istituto chiamato a garantire al minore una famiglia<sup>1160</sup>. In conseguenza, un allineamento tra gli effetti dell'adozione in casi particolari e quelli dell'adozione piena appare pienamente conforme allo scopo perseguito dalla Riforma della Filiazione<sup>1161</sup>.

---

<sup>1154</sup> In tal senso, Sesta, il quale evidenzia come l'abrogazione implicita operata dall'art. 74 c.c. stravolgerebbe gli effetti tipici dell'istituto, equiparandolo all'adozione ordinaria; SESTA M., *Manuale di diritto di famiglia*, 2013, p. 353; VELLETTI M., *La parentela a seguito della riforma*, BIANCA C.M., *La riforma della filiazione*, CEDAM, 2014, p. 179; AULETTA T., *Diritto di famiglia*, Giappichelli, 2014, p. 403.

<sup>1155</sup> FERRANDO G., *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 952.

<sup>1156</sup> Si sottolinea peraltro la *littera legis* dell'art. 74 c.c. e come la norma espliciti che ad essere esclusa è l'adozione dei "maggiori di età".

<sup>1157</sup> V. ZACCARIA A., *Commentario breve al diritto di famiglia*, CEDAM, 2008, p. 704; CENDON P., *La famiglia e le persone*. Vol. III, UTET, 2008, p. 347.

<sup>1158</sup> BIANCA C. M., *Diritto civile. Vol. 2. La Famiglia. Le Successioni*, Giuffré, 2001, p. 470.

<sup>1159</sup> ZACCARIA A., *Commentario breve al diritto di famiglia*, CEDAM, 2008, p. 1679.

<sup>1160</sup> L'articolo 44 contiene infatti una pluralità di fattispecie diverse per presupposti e disciplina, ma che possono essere comprese in termini unitari se si guardi ai presupposti a cui mirano: la realizzazione dell'interesse del minore ad una famiglia; RUGGERI A. in BIANCA C.M., ROSSI CARLEO L., *Adozione nazionale, Commentario alla l. 28 marzo 2001, n. 149*, NLCC, 2002, p. 540.

<sup>1161</sup> In tal senso, BARELA V., *L'adozione all'indomani della legge n. 219/2012*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it) (ultimo accesso: 29.6.2018); DOSSETTI M., *La Parentela*, in DOSSETTI M., MORETTI C., *La riforma della filiazione*, Zanichelli, 2013, p. 20; GORINI M., *Adozione*, in BONILINI G., *Codice di Famiglia, Minori, Soggetti deboli*, UTET, 2014, p. 4750. La persistente distinzione tra i due istituti non smetterebbe infatti, in virtù della parificazione di

D'altronde, la discrepanza di un diverso *status* riconosciuto al minore all'interno del sistema dell'adozione dei minori era già stata sollevata da parte della dottrina prima dopo l'introduzione della legge n. 184/1983<sup>1162</sup>, non si comprende come essa dovrebbe persistere oggi in presenza di un unico *status filiationis* riconosciuto dalla legge<sup>1163</sup>.

### **5.3 La filiazione in Italia: le regole di attribuzione della genitorialità nella procreazione naturale e nei casi di adozione e procreazione medicalmente assistita.**

Il quadro legislativo sull'instaurazione del rapporto di filiazione per il diritto non assume un aspetto unitario: la regolamentazione dell'attribuzione degli *status* familiari di figlio e genitore risulta frazionata in almeno tre sedi dislocate. Si potrebbe dunque dire che l'unico rapporto di filiazione conosciuto dal diritto - sotto il profilo dello *status* e dello statuto giuridico di diritti e doveri ad essa connessi - è l'esito di regole di attribuzione della genitorialità non solo differenziate – come può d'altronde risultare decisamente opportuno in virtù delle specificità delle stesse - ma anche di diversa collocazione<sup>1164</sup>.

---

effetti di avere una funzionalità. Essa rimarrebbe per i differenti requisiti tanto circa gli adottanti che con riferimento agli adottati, la cui sussistenza l'autorità giurisdizionale è chiamata a verificare nella rispondenza del superiore interesse del minore; MOROZZO DELLA ROCCA P., *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. e Dir.*, 2013, p. 838. Non risolve la questione apertamente in senso affermativo, ma ammette perplessità circa la mancata estensione del disposto dell'art. 74 c.c. all'adozione in casi particolari, soprattutto nei casi del minore orfano, anche FERRANDO G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli, 2017, p. 355.

<sup>1162</sup> In tal senso, FINOCCHIARO A. e M., *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, Giuffrè, 1983, p. 448; BESSONE M., FERRANDO G., *Minori e maggiori di età (Adozione dei)* in *Novissimo Dig. Civ.*, 1984, p. 90.

<sup>1163</sup> Sulla necessità di porre chiarezza sullo status dei figli adottivi in seguito alla Riforma della Filiazione, si è di recente espressa anche la Commissione Permanente Giustizia presso la Camera dei Deputati nella *“Indagine conoscitiva sullo stato di attuazione delle disposizioni legislative in materia di adozioni ed affido”* del 7 marzo 2017. Al punto 4.3 del documento finale, intitolato *“superamento della distinzione tra adozione legittimante e non legittimante”*, si trovano infatti alcune importanti affermazioni sulla valenza della Riforma del 2012 ad *“ampliare la nozione giuridica di famiglia”* tramite lo *“sganciamento”* della relazione tra genitori e figli dal vincolo matrimoniale, nonché sull'anacronicità della persistenza di una adozione legittimante; II COMMISSIONE PERMANENTE (GIUSTIZIA), *Indagine conoscitiva sullo stato di attuazione delle disposizioni legislative in materia di adozioni ed affido*, 7 marzo 2017, p. 125, disponibile sul sito della Camera dei Deputati all'indirizzo: <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2017/03/07/leg.17.bol0779.data20170307.com02.pdf> (ultimo accesso: 13.8.2018).

<sup>1164</sup> La stessa collocazione di alcune *“tipologie”* di filiazione al di fuori della normativa codicistica – soprattutto di quella adottiva – può risultare una scelta distintiva rispetto alle più recenti riforme della filiazione attuate in alcuni ordinamenti occidentali, le quali hanno cercato di inserire in un unico testo i diversi *“tipi legali”* di filiazione, creando un sistema armonioso di attribuzione della genitorialità; cfr. *supra*, para 3.6, 4.2.5, 4.3.5.

Volendo effettuare una scomposizione delle fattispecie di filiazione presenti nel nostro ordinamento e considerare quali siano i presupposti della nascita di un rapporto di filiazione per il diritto - con l'attribuzione dei relativi *status* familiari in ognuna - pare possibile isolarle nei termini che seguono<sup>1165</sup>.

Un presupposto universalmente accolto per la costituzione del vincolo di filiazione è quello della procreazione<sup>1166</sup>: la filiazione che definiremo “biologica” - onde evitare qualsiasi possibile confusione riconducibile alla pre-esistente sovrapposizione tra l'espressione filiazione naturale e le circostanze della nascita del figlio fuori dal matrimonio - è quella che origina nella procreazione naturale e dunque nell'unione sessuale della coppia di sesso diverso. Genitore è dunque colui che, mediante il proprio contributo genetico e funzionale<sup>1167</sup>, ha provveduto alla generazione di un'altra persona (c.d. filiazione di sangue). Essa trova la propria regolamentazione all'interno della disciplina codicistica, nel Titolo VII, i cui articoli sono quasi tutti stati interamente rinnovati dal d. lgs. 154 del 2013.

Come noto, l'introduzione dell'unico stato di figlio non porta con sé l'estinzione delle distinzioni circa l'accertamento legale dello stesso. Permangono distinti i modi in cui lo stato di figlio viene costituito: da un lato, su un insieme di presunzioni; dall'altro, sull'elemento volontaristico, manifestato a mezzo di apposita dichiarazione. In

---

<sup>1165</sup> In dottrina, vi è chi ha sostenuto che alle classificazioni proposte andrebbe aggiunta una fattispecie della filiazione “illegale”, cioè ottenuta per mezzo di pratiche non consentite dalla legge (come ad es. quelle di maternità surrogata di cui all'art. 12 della l. n. 40/2004); SENIGAGLIA R., *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017, p. 952. A tale apostrofazione ci si oppone fermamente sin d'ora, non solo per lo stigma connesso alla sintesi verbale scelta, ma perché parlare di illegalità in relazione alla filiazione rappresenta un nonsenso giuridico, essendo il fenomeno della filiazione in sé scevro da possibilità di connessione a giudizi di liceità. Quanto avviene è piuttosto una sovrapposizione di piani che ricorda le vicende che hanno visto fino in tempi moderni interessare i c.d. figli incestuosi. Ad essere illecita è semmai la condotta procreativa posta in essere dai genitori sociali, la quale può portare a mettere in dubbio l'opportunità del riconoscimento di una responsabilità di cura del minore, ma non trasferirsi in maniera automatica e di riflesso sulla posizione del figlio.

<sup>1166</sup> La filiazione equivale, in questo senso, a “generazione”; MANTOVANI M., *I fondamenti della filiazione*, in ZATTI P., *Trattato di diritto di famiglia. Vol. II. Filiazione*, Giuffrè, 2002, p. 8.

<sup>1167</sup> Il c.d. principio della responsabilità della procreazione sarebbe posto dalla stessa Costituzione, la quale pone un rapporto diretto tra colui che procrea e colui che è stato procreato. Il rapporto derivante dalla procreazione si profila nella dimensione del diritto-dovere; GIACOBBE G., *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, Giappichelli, 2006, p. 66. L'individuazione della procreazione come momento genetico del dovere comporta nel nostro ordinamento, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalente - la configurabilità di una responsabilità c.d. *endo-familiare* connessa alla mancata assunzione del ruolo genitoriale. La tematica è ovviamente ampia e di problematica profilazione. Si rimanda, per tutti, alle trattazioni svolte da CENDON P., *La famiglia e le persone. Vol. II.*, UTET, 2008, pp. 368 ss.; FACCI G., *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, in SESTA M., *La responsabilità nelle relazioni familiari*, UTET, 2008, p. 204.

particolare, con riguardo all'acquisizione dello stato, si considerano in maniera separata tanto la posizione della madre rispetto a quella del padre, quanto l'assenza o la presenza del vincolo matrimoniale.

Nel matrimonio l'accertamento dello stato avviene nei confronti di entrambi i coniugi per effetto della dichiarazione di nascita effettuata dalla donna sposata (art. 231 c.c.).

Nel codice civile, la maternità è collegata al parto, in ossequio al principio riassunto dal brocardo latino per cui *mater sempre certa est* e l'individuazione della madre risulterebbe facilitata da eventi difficilmente occultabili come la gravidanza ed il parto. Infatti, benché l'art. 269, co. 2, c.c. genericamente ammetta ogni mezzo di prova per accertare la maternità e la paternità, il terzo comma del medesimo articolo chiarisce che la prova della maternità deve confermare la identità tra colui che asserisce di essere figlio di una determinata donna ed il bambino dalla stessa partorito. Sicché, il dato naturalistico del parto rappresenta l'elemento decisivo per qualificare giuridicamente come madre colei che ha partorito il figlio, salvo l'esercizio del diritto all'anonimato<sup>1168</sup>. Le prove genetiche assumono, pertanto, rilevanza non in sé medesime, bensì quale elemento di supporto ad

---

<sup>1168</sup> A norma dell'art. 30, co. 1, d.P.R. 396/2000, contenente il regolamento dello stato civile, è fatta infatti salva per la partoriente la possibilità di dichiarare l'eventuale volontà di non essere nominata nell'atto di nascita. L'esercizio del diritto all'anonimato meriterebbe in sé tutta una serie di riflessioni che non rientrano negli spazi della ricerca, in particolare in considerazione della sua prevalenza o soccombenza in un bilanciamento di interessi con il diritto del figlio a conoscere le sue origini. La Corte costituzionale, con sentenza additiva, ha infatti modificato il comma 7 dell'art. 28, L. n. 184/1983, introducendo la possibilità, su richiesta del figlio, di interpellare nuovamente la madre, al fine di verificare se intendesse revocare la propria dichiarazione di anonimato. L'irreversibilità della scelta materna all'anonimato, infatti, è stata giudicata costituzionalmente illegittima, stante la necessità di coordinare il diritto all'anonimato materno da un lato e, dall'altro, il diritto a conoscere le proprie origini, quale espressione del diritto alla identità personale (Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278). Nell'inerzia legislativa protrattasi per anni, interviene poi la Suprema Corte a definire le modalità dell'accesso; v. per tutti GRANELLI C., *Il c.d. "parto anonimo ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti*, in *Juscivile*, 2016, p. 564 ss. Di recente la Corte ha stabilito che il diritto del figlio a conoscere le proprie origini prevale qualora nel tempo intercorso tra la nascita e la domanda avanzata dal figlio la madre sia mancata; Cass. 7 febbraio 2018, n. 3004. Per quanto attiene a diverso profilo, si sottolinea che in passato la Corte di Cassazione ha ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità della norma, per violazione del principio di uguaglianza, legata alla mancanza di un'analogia facoltà per il padre. La Corte di Cassazione ha escluso che la *quaestio* potesse essere portata di fronte alla Corte costituzionale, trattandosi di una facoltà concessa alla donna nell'intento di evitare che la stessa ricorra a misure estreme come l'aborto o l'infanticidio al solo fine di non risultare madre del neonato, non sussistendo la stessa esigenza, evidentemente, per il padre; Cass., 23 aprile 2010, n. 9727.



altre prove che evidenzino il collegamento tra la partoriente ed il neonato, essendo la circostanza del parto quella fondante l'attribuzione della genitorialità<sup>1169</sup>.

La determinazione della paternità è affidata, come noto, per i nati nel matrimonio, ad una presunzione (art. 231 c.c.). Fuori dal matrimonio, l'accertamento della filiazione presuppone il riconoscimento (art. 250 c.c.)<sup>1170</sup> o la dichiarazione giudiziale (art. 269 c.c.). Al di fuori della normativa codicistica si collocano invece i due tipi di filiazione c.d. legale, che trovano il loro fondamento su un presupposto – pur diverso- di assunzione volontaria del ruolo di cura del minore: l'istituto dell'adozione e la procreazione medicalmente assistita.

Come noto, in Italia l'adozione piena, storicamente nota come legittimante, preserva una natura di c.d. *imitatio naturae*<sup>1171</sup>, sicché la famiglia adottiva è plasmata ad immagine e somiglianza della filiazione nella procreazione naturale.

L'adozione piena di cui all'art. 6 della legge n. 184/1983 si sviluppa intorno all'idea che il minore debba essere affiancato nella crescita da un nucleo bi-genitoriale eterosessuale<sup>1172</sup>, ma soprattutto si rivela - tra i tre tipi di filiazione riconosciuti dal nostro ordinamento - quella in cui il modello strutturale familiare di stampo tradizionale, basato sul matrimonio, non solo preserva un ruolo anche dopo la riforma della filiazione, ma lo fa in maniera "forte". Dalla sua entrata in vigore, infatti, la legge sull'adozione è stata sottoposta a

---

<sup>1169</sup> L'accertamento del rapporto di filiazione è assicurato dall'atto di nascita, iscritto nei registri dello stato civile, il quale ne costituisce anche mezzo privilegiato di prova (art. 236 c.c.). In assenza, lo si ricordi, vale la regola del possesso di stato di cui all'art. 237 c.c.

<sup>1170</sup> Fermo restante il principio che vuole l'identità tra madre e partoriente, fuori dal matrimonio, nel nostro ordinamento, anche la maternità è stabilita sulla base di un atto volontario, al contrario degli automatismi che opererebbero in gran parte degli ordinamenti europei; FERRANDO G., *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in *GenIUS*, n. 2, 2017, p. 8. cfr. supra, para 3.6.

<sup>1171</sup> Si segnala che la Corte Costituzionale già nel 1994 ha evidenziato, con riferimento al criterio dell'*imitatio naturae*, che i principi costituzionali esprimono solamente "una indicazione di preferenza per l'adozione da parte di una coppia di coniugi, essendo prioritaria l'esigenza, da un lato, di inserire il minore in una famiglia che dia sufficienti garanzie di stabilità, e dall'altro di assicurargli la presenza, sotto il profilo affettivo ed educativo, di entrambe le figure dei genitori". Si tratta dunque di un criterio preferenziale, sicché non è preclusa un'innovazione legislativa che si discosti da tale modello, per esempio valutando in astratto che anche l'adozione piena da parte di una persona singola risponda in via generale all'interesse del minore; Corte cost. 16 maggio 1994, n. 183, in *Foro it.*, 1995, p. 3408.

<sup>1172</sup> Si trae dai lavori preparatori della legge n. 184/1983 che l'introduzione dell'adozione legittimante con i caratteri statuiti dalla legge risponde tra le altre cose all'esigenza di sottrarre il "bene" minore alla contrattazione tra privati "che consente l'adozione anche da parte di una singola persona, privando il minore dell'esperienza di una coppia educatrice, con gravi conseguenze per il suo globale sviluppo di personalità"; VIII Legislatura. Camera dei Deputati. Atti Parlamentari C-496, p. 3 (disponibile sul sito ufficiale della Camera: <http://legislature.camera.it/dati/leg08/lavori/stampati/pdf/04960001.pdf>).

modifiche strutturali pervasive solo nel 2001, anno in cui assume come titolo lo scopo che persegue: il “diritto del minore ad una famiglia<sup>1173</sup>”. La stessa declamazione iniziale rischia di essere messa in crisi dalla rigidità con cui la legge delinea come nucleo idoneo alla crescita “volontaria” di un minore la coppia coniugata da almeno tre anni e non separata, neppure di fatto<sup>1174</sup> - con preclusivi requisiti anche in ordine alla differenza d’età con l’adottando - sicché parte della dottrina non ha mancato di evidenziare come il diritto del minore ad una famiglia risulti circostanziato ad un piuttosto ristretto incontro tra “domanda e offerta<sup>1175</sup>”.

L’esclusività del presupposto matrimoniale per l’accesso all’adozione piena – in passato nota come c.d. adozione legittimante<sup>1176</sup> - riflesso della tradizionale famiglia legittima di cui all’art. 29 della Costituzione, rimane immutata nel nostro sistema dall’introduzione negli anni Ottanta e fino ad oggi, nonostante lo stesso legislatore intervenga con il

---

<sup>1173</sup> La dottrina ha sottolineato come sia un primo caso nell’ordinamento italiano in cui un diritto entra nel titolo di una legge; DOGLIOTTI M., *L’adozione di minori*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 1021. E’ anzitutto, come viene inserito dalla stessa l. 28 marzo 2001, n. 149 tra i principi generali di cui all’art.1, il diritto a crescere nell’ambito della propria famiglia, con un’obbligazione positiva a carico dello Stato di garantire tale diritto dalle condizioni di indigenza in cui potrebbero versare i genitori. Nella legge del 1983, infatti, la tutela del minore si articola in due istituti dalle funzioni opposte. Da un lato, vi sono gli strumenti di sostegno, che realizzano l’interesse del minore a crescere nella propria famiglia, qual’è l’affidamento (art. 2). Dall’altro, vi è l’adozione, quale garanzia del diritto del minore ad una famiglia “sostitutiva”.

<sup>1174</sup> Art. 6, l. n. 183/1984.

<sup>1175</sup> Secondo parte della dottrina infatti, la legge sull’adozione imporrebbe parametri sul modello familiare adottivo che avrebbero “l’esito di escludere dal «mercato» delle adozioni una serie troppo ampia di soggetti”; MARELLA M. R., *Digesto civile, voce: Adozione*, UTET Giuridica, 2001. Il diritto del minore alla famiglia sarebbe in realtà doppiamente depotenziato, sia con riferimento all’esclusione di una serie di “possible matches” qualora egli sia in stato di abbandono, sia con riferimento alle possibilità effettive di crescere all’interno della famiglia di origine. Quest’ultimo profilo emerge qualora si consideri anche la circostanza che le stesse possibilità di intervento degli enti locali, regionali e dello Stato nel consentire al minore di rimanere nel suo nucleo familiare d’origine anche in casi di indigenza trovano comunque il limite delle “risorse disponibili”; DOGLIOTTI M., *L’adozione di minori*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 1021.

<sup>1176</sup> Dovrebbe porsi il dubbio circa non solo l’opportunità ma la stessa legittimità del persistente utilizzo del termine dopo la riforma della filiazione. Espunto dal nostro ordinamento il concetto di figlio legittimo - e abolito in conseguenza anche l’istituto della legittimazione - l’utilizzo del termine legittimante per distinguere l’adozione dei minori da quella degli adulti contenuta nella disciplina codicistica sembrerebbe quantomeno impropria. Tra la dottrina che ha considerato la problematica, vi è che propone la distinzione tra adozione parentale in luogo di legittimante e adozione genitoriale per l’adozione dei minori in casi particolari; STEFANELLI S., *L’adozione genitoriale*, in ALBANO F., CASSANO G., CORDER P., OBERTO G., *Le tutele nella famiglia*, Giuffrè, 2018, p. 866. Tale terminologia non appare comunque condivisibile, in quanto aderente all’idea della persistenza di una distinzione di effetti tra le due tipologie di adozione di minore nel nostro ordinamento. Da un lato, infatti un’adozione che comporta la propagazione della parentela (parentale), dall’altro una che lega il minore esclusivamente al genitore adottante.

progressivo riconoscimento di realtà familiari diverse anche nel contesto della riforma della filiazione<sup>1177</sup>.

Lo squilibrio è infatti evidente se si raffronti l'adozione ad un altro tipo di filiazione che nel nostro ordinamento trova il suo fondamento nell'assunzione volontaria del ruolo genitoriale, cioè la procreazione medicalmente assistita. Sin dalla sua introduzione, infatti, la legge n. 40 del 2004 consente l'accesso anche alle coppie stabilmente conviventi (art. 5 della l. n. 40/2004).

Si è visto<sup>1178</sup> come il legislatore abbia riconosciuto, all'atto di introduzione della legge 184/1983, che possono verificarsi situazioni in cui, sebbene l'adozione piena non sia possibile o non si presenti quale soluzione opportuna, l'istituto adottivo appare comunque lo strumento giuridico maggiormente idoneo a garantire il diritto del minore a crescere in famiglia<sup>1179</sup>. Basterà qui ribadire come la Riforma della Filiazione abbia messo in dubbio la persistenza di una ricostruzione per cui dalle c.d. adozioni in casi particolari conseguano effetti limitati in termini di inserimento nella famiglia parentale dell'adottante. Si rimanda invece alla trattazione che segue per le riflessioni sulle formazioni di carattere familiare che possono formarsi in seguito alla creazione del vincolo di filiazione con pronuncia di adozione in casi particolari<sup>1180</sup>, limitandosi a

---

<sup>1177</sup> Lo sfavore nei confronti delle coppie di fatto, dettato al tempo dell'introduzione della legge da una - allora maggiormente ancorabile, in virtù del contesto sociale - presunzione di correlazione tra matrimonio e maggiore stabilità del vincolo affettivo, risulta meno comprensibile man mano che l'esclusiva idoneità della coppia di coniugi a qualificarsi come "nuova famiglia" per il minore si affievolisce, non solo perché statisticamente aumenta il numero dei divorzi e si dilata il fenomeno delle convivenze di fatto, anche come luogo in cui, socialmente, con frequenza e stabilità nascono e crescono i minori, ma soprattutto in virtù della progressiva ascesa delle stesse ad aggregazioni di natura familiare secondo il diritto. Gli ultimi dati ISTAT disponibili relativi al numero di separazioni e divorzi risalgono al 2016 e risentono fortemente di due maggiori novità legislative introdotte nei due anni immediatamente precedenti l'ultima rilevazione: la negoziazione assistita (l. n. 132/2014) e il c.d. divorzio breve (legge n. 107/2015). Quest'ultimo, in particolare, falsa notevolmente il trend dei divorzi, per cui risulta un aumento pari al 40%. Essendo per l'adozione tuttavia rilevante anche solo l'esistenza di una separazione, assumeremo questo dato, per cui il trend di incremento è maggiormente attendibile, in quanto in linea con le progressioni registrate negli anni precedenti. In particolare, nel giro di un decennio (dal 1995 ad oggi) il numero medio di separazioni e divorzi per mille matrimoni è passato da 158,3 a 339,8, cioè è quasi raddoppiato, portando all'evidenza che circa un terzo dei matrimoni arriva ad una fase patologica; ISTAT, Report Matrimoni, Separazioni e divorzi. Anno 2015, 14 novembre 2016 (reperibile sul sito ufficiale all'indirizzo: <https://www.istat.it/it/files//2016/11/matrimoni-separazioni-divorzi-2015.pdf>).

<sup>1178</sup> Cfr. *supra*, para. 5.2.

<sup>1179</sup> FERRANDO G., *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, Relazione all'incontro di studio "Il minore e il diritto alla genitorialità" presso la Corte di Cassazione, 13 dicembre 2016, p. 1.

<sup>1180</sup> Cfr. *infra*, para. 5.6.1.

ricordare che ai sensi dell'art. 44 co. 3 l. adoz. l'adozione in casi particolari è consentita in alcune delle sue ipotesi anche a soggetti non coniugati o ad una persona singola.

Il diritto del minore alla famiglia si configura nella legge n. 184/1983 *in primis* come diritto alla propria famiglia di origine<sup>1181</sup>. In attuazione di un principio di gradualità negli interventi di supporto del minore in difficoltà<sup>1182</sup>, l'art. 2 della legge n. 184/1983 prevede l'istituto dell'affidamento familiare. L'affidamento familiare è disposto per quei casi in cui il minore si trovi temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, sicché risulta opportuno fornirgli un nucleo familiare che gli assicuri l'assistenza materiale e morale, nonché le relazioni affettive di cui necessita, senza necessariamente recidere i rapporti con la famiglia di origine. L'elemento essenziale sarebbe costituito dalla provvisorietà<sup>1183</sup>, sicché la famiglia affidataria fornirebbe nei fatti un "servizio"<sup>1184</sup> di stampo solidale, volto a supportare le difficoltà della famiglia d'origine, ritenute comunque superabili.

Sebbene dunque la normativa configuri l'affidamento quale temporaneo, la prassi applicativa ha finito per instaurare nel nostro ordinamento un abuso del c.d. affidamento *sine die*<sup>1185</sup>.

Nel 2015 il Parlamento interviene sull'assetto dell'adozione, per consentire agli affidatari un accesso privilegiato all'adozione del minore, qualora quest'ultimo sia infine dichiarato in stato di adottabilità<sup>1186</sup>. La legge 19 ottobre 2015, n. 173 inserisce all'art. 4 della l. adoz.

---

<sup>1181</sup> Ciò diviene ancora più evidente a seguito della legge n. 149 del 2001, la quale premette all'art. 1 il diritto del minore ad essere educato nell'ambito della propria famiglia. A tale fine, la legge specifica espressamente che le condizioni di indigenza dei genitori "non possono essere di ostacolo al diritto del minore alla propria famiglia", indicando varie possibilità di intervento, per lo Stato, le regioni e gli enti locali; DOGLIOTTI M., *L'adozione di minori*, in *Fam. e Dir.*, 2015, p. 1021.

<sup>1182</sup> In linea anche con il preambolo della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale.

<sup>1183</sup> L'art. 4. co. 4, l. adoz. impone perciò nel provvedimento di affidamento l'indicazione della presumibile durata dello stesso, con il limite di ventiquattro mesi. La stessa norma prevede tuttavia la possibilità di proroga – senza stabilire un ulteriore termine – quando la cessazione dell'affido risulti pregiudizievole per il minore.

<sup>1184</sup> DOGLIOTTI M., *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, in *Fam. e Dir.*, 2015, p. 1107.

<sup>1185</sup> Si intende un affido caratterizzato dall'assenza di una previsione di termine preciso. Significative in tal senso le Linee guida per l'affidamento familiare nel Veneto, datate 2008, che prevedono una definizione dell'affido a tempo indeterminato ed esplicitano che sebbene "non rappresenti una tipologia prevista dalla norma", esso "è rappresentativo delle situazioni che si possono determinare in relazione ai "fallimenti" prognostici di recuperabilità delle famiglie di origine". Il documento è disponibile sul sito della Regione Veneto: [https://www.regione.veneto.it/c/document\\_library/get\\_file?uuid=cdd193a5-ed82-4ef7-a764-a083c3150d7f&groupId=10797](https://www.regione.veneto.it/c/document_library/get_file?uuid=cdd193a5-ed82-4ef7-a764-a083c3150d7f&groupId=10797) (p. 174; ultimo accesso: 15.9.2018).

<sup>1186</sup> In precedenza, gli affidatari con frequenza chiedevano alle Corti di pronunciare l'adozione nei loro confronti ai sensi dell'art. 44 lett. d) l. adoz. La risposta delle Corti non era tuttavia sempre

il co. 5-bis, il quale dispone che, in caso il minore sia dichiarato adottabile dopo un lungo periodo di affidamento e la coppia di affidatari, in possesso dei requisiti di cui all'art. 6 della l. n. 184/1983 avanzi domanda di adozione, il Tribunale per i minorenni debba tenere conto dei legami affettivi significativi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi fra il minore e la famiglia affidataria ai fini della decisione. L'art. 4 della l. n. 173/2015 interviene inoltre sull'ipotesi di adozione in casi particolari di cui all'art. 44 lett a)<sup>1187</sup>, ammettendo che si possa far luogo all'adozione del minore orfano da parte di soggetti a cui è legato da un rapporto stabile e duraturo anche maturato a seguito di un prolungato periodo di affidamento<sup>1188</sup>.

La legge n. 173 del 2015 non è tuttavia rilevante solo per le innovazioni che comporta sull'assetto delle adozioni, ma anche perché costituisce un indice dell'avvenuta considerazione da parte del legislatore di una – pur specifica – forma di c.d. genitorialità sociale.

Il titolo della legge è infatti estremamente significativo, introducendo nel nostro ordinamento un “diritto alla continuità affettiva”. Si assiste cioè all'affermazione del diritto del minore a vedersi costituito e conservato uno statuto giuridico che risulti conforme ai legami affettivi che egli ha instaurato nel tempo con gli adulti che hanno svolto su di lui la funzione genitoriale<sup>1189</sup>. Si tratta, all'evidenza, di una situazione che appare nella sua potenzialità di espandersi ben oltre i confini dell'affido familiare e che

---

accomodante, al punto che sulla situazione interviene anche una condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo nel 2010 (*Moretti e Benedetti c. Italia*). Il caso riguardava una coppia di coniugi a cui era stata affidata una neonata abbandonata in ospedale per la quale il Tribunale di Venezia aveva in corso una procedura di adottabilità. Quest'ultima viene ultimata a favore di un'altra coppia di coniugi diciotto mesi dopo, ignorando la domanda di adozione ex art. 44 lett. d) nel frattempo proposta dai coniugi. Il caso diviene la dimostrazione dell'opportunità dell'azione legislativa; MOROZZO DELLA ROCCA P., *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173/2015*, in *Famiglia e Diritto*, 2017, p. 602.

<sup>1187</sup> Non si comprende se la disposizione introduca una restrizione rispetto al quadro normativo previgente. Nella prassi, infatti, si consentiva l'adozione in casi particolari agli affidatari anche in ipotesi diverse da quella della lettera a) ed in particolare ai sensi dell'art. 44 lett. d); MOROZZO DELLA ROCCA P., *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173/2015*, in *Famiglia e Diritto*, 2017, p. 602.

<sup>1188</sup> In entrambi i casi è richiesta che il minore abbia sviluppato dei legami affettivi forti con gli adottanti o l'adottante durante l'affido e che risulti dunque nel suo interesse la preservazione degli stessi. L'espressione prolungato, pur dando valore ai c.d. affidi lunghi, è stata comunque plaudita dalla dottrina, per la circostanza di non precludere al giudice la valutazione del caso concreto; DOGLIOTTI M., *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, in *Fam. e Dir.*, 2015, p. 1107.

<sup>1189</sup> STEFANELLI S., *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. e Dir.*, 2017, p. 83.

concretizza una “sordità” del legislatore nei confronti di tutto un altro spettro di situazioni in cui il minore può sviluppare rapporti affettivi con un adulto di riferimento. Se anche, tuttavia, si volesse limitarlo al contesto in cui esso è inserito, il diritto del minore alla continuità familiare sembrerebbe vulnerato dalla stessa legge che lo introduce. Il diritto alla continuità affettiva del minore nasce infatti con una serie di opportunità applicative che rimangono nell’ombra.<sup>1190</sup>

In primo luogo, la legge n. 173 del 2015 non tiene in alcun modo in considerazione l’opportunità di preservare i legami con la famiglia di origine<sup>1191</sup>. In secondo luogo, la situazione personale degli adottanti può rivelarsi di ostacolo alla realizzazione del diritto del minore ed essere fonte di trattamenti differenziati nei confronti di bambini che versino nella medesima situazione da un punto di vista degli affetti. Nell’esclusività matrimoniale di accesso alla c.d. adozione piena, infatti, la preservazione dello stesso rapporto sviluppato da un minore durante l’affido con una coppia di adulti non sposata o composta da persone dello stesso sesso rischia di sopperire di fronte ai requisiti dell’art. 6 l. n. 184/1983, negando lo stesso scopo di dare veste giuridica ad una concretezza affettiva perseguito dalla legge<sup>1192</sup>.

L’attribuzione della genitorialità nei casi di procreazione medicalmente assistita<sup>1193</sup> deve tenere conto, da un lato, delle norme espressamente previste dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40, dall’altro delle disposizioni applicabili contenute nella disciplina codicistica<sup>1194</sup>.

Innanzitutto, va posto in evidenza che in Italia il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito esclusivamente per ovviare ai problemi della sterilità e infertilità umana. La circostanza che la legge sia chiamata a dare soluzione a problemi

---

<sup>1190</sup> CORDIANO A. *Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, p. 255.

<sup>1191</sup> Sull’opportunità di istituire forme di c.d. adozione aperta o mite era stato ammonito l’ordinamento italiano anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, nel caso *Zhou c. Italia* del 21 gennaio 2014; PASQUALETTO A, *L’adozione mite al vaglio della Corte europea dei diritti dell’uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, p. 20155.

<sup>1192</sup> Salva l’applicazione dell’art. 44 lett. D) l. adoz; cfr. *infra*, para 5.6.1.

<sup>1193</sup> Con la terminologia “procreazione medicalmente assistita” si fa riferimento all’insieme delle tecniche mediche che consentono di dare luogo al concepimento di un essere umano senza la congiunzione fisica di un uomo e di una donna, operando all’interno (fecondazione artificiale intracorporea o *in vivo*) oppure al di fuori (fecondazione artificiale extracorporea o *in vitro*) delle vie genitali della donna e impiegando gameti appartenenti alla stessa coppia che si sottopone alle tecniche (fecondazione omologa) oppure provenienti in tutto o in parte da donatori esterni (fecondazione eterologa; FACCIOLI M., *Procreazione medicalmente assistita* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche*, UTET Giuridica, Torino, 2007.

<sup>1194</sup> FACCIOLI M., *Procreazione medicalmente assistita* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche*, UTET Giuridica, Torino, 2007.



riproduttivi di carattere patologico<sup>1195</sup> spiega anche le disposizioni sui soggetti legittimati all'accesso alle tecniche, i quali non possono non essere fisiologicamente inidonei a procreare naturalmente. Di conseguenza, ai sensi dell'art. 5, co. 1, l. n. 40/2004 possono accedere solo le coppie in età potenzialmente fertile, maggiorenni e sposate o conviventi, di sesso diverso. Sono dunque escluse le donne single e le coppie dello stesso sesso<sup>1196</sup>. La fecondazione eterologa è poi stata resa possibile a seguito di un arresto della Corte Costituzionale, la quale, con la sentenza del 18 giugno 2014, n. 162, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4, co. 3, l. 19 febbraio 2004, n. 40, e, insieme, dell'art. 9, co. 1 e 3 (limitatamente alle parole “in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3”) e dell'art. 12 co. 1 della stessa legge<sup>1197</sup>. La Consulta finisce per ritenere irragionevole la scelta del legislatore italiano di vietare la fecondazione eterologa. In estrema sintesi, la tesi della Corte è che l'assolutezza del divieto, in contrasto con la stessa finalità della l. n. 40/2004 di “favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana<sup>1198</sup>”, discriminerebbe le coppie affette da patologie più gravi di sterilità e infertilità. Queste ultime sarebbero infatti impedito nell'esercizio della propria libertà

---

<sup>1195</sup> BELLELLI A., *La procreazione medicalmente assistita*, in PATTI S., CUBEDDU M.G., *Diritto della famiglia*, Giuffrè, 2011, p. 851.

<sup>1196</sup> Si segnala tuttavia che il Tribunale di Pordenone, con ordinanza del 2 luglio 2018, ha rimesso alla Consulta la questione di costituzionalità degli artt. 5 e 12 della legge n. 40/2004 nella parte in cui non consentono l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie di donne. A tale proposito, il giudice rimettente rileva anche che, in virtù degli attuali orientamenti giurisprudenziali sui riconoscimento di *status* familiari formati all'estero – egli cita in particolare Cass. 19599/2016) su cui cfr. *infra*, para. 5.6.2 – si attua una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in quanto possono accedere all'estero le sole coppie in grado di sostenere il costo di un c.d. “esilio procreativo”; SCHILLACI A., *Coppie di donne e p.m.a.: la legge n. 40/2004 torna alla Consulta*, in *articolo29.it*, 4 luglio 2018 (ultimo accesso: 12.9.2018). Sul tema, v. anche; NAZZARO A.C., *Discrezionalità legislativa e ruolo del giudice nella nuova dimensione (bio)etica della famiglia*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018, p. 5.

<sup>1197</sup> Le vicende che hanno portato all'ammissione della fecondazione eterologa ed esulano dagli spazi della ricerca. Basti tuttavia ricordare come esse originino da una decisione non definitiva resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; Corte eur. dir. uomo, *S.H. e altri c. Austria*, 1 aprile 2010 in *Fam. e dir.*, 2010, p. 977 ss. A seguito della sentenza diverse coppie italiane adiscono i competenti giudici nazionali affinché, in via cautelare, dispongano la disapplicazione del divieto di cui all'art. 4, co. 3, l. 40/2004 e ordinino alle strutture ospedaliere di eseguire in loro favore i richiesti interventi di fecondazione eterologa. I giudici aditi rigettano l'istanza di disapplicazione, ma investono il giudice delle leggi della questione di legittimità costituzionale; NICOLUSSI A., RENDA A., *Fecondazione eterologa: il pendolo tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 212 ss. Si segnala che la nostra Corte Costituzionale arriva sul tema ad una decisione opposta rispetto alla Grande Camera, in seguito adita dal Governo austriaco, che ha ritenuto il divieto di fecondazione eterologa ricompreso nel margine di discrezionalità degli Stati parti; MURGO C., *Il giudizio di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa dopo la decisione della Grande Chambre della Corte di Strasburgo*, in *Nuova giur. civ. Comm.*, 2012, p. 870 ss.

<sup>1198</sup> Art. 1, co. 1, l. 19 febbraio 2004, n. 40.

fondamentale di autodeterminarsi in ordine alle scelte procreative, libertà garantita dagli artt. 2, 29 e 31 Cost<sup>1199</sup>. Tale situazione determina un grave pregiudizio, soprattutto di ordine psicologico, sulla salute delle coppie, con ulteriore violazione dell'art. 32 Cost<sup>1200</sup>. In tal modo, viene effettivamente introdotta nell'ordinamento italiano una genitorialità legale spezzata dal dato genetico (*split parenthood*) non per fatti sopravvenuti - come l'abbandono o la perdita dei genitori - ma quale condizione imposta alla nascita e impostata sul criterio volontaristico<sup>1201</sup>.

Le norme sull'attribuzione della genitorialità sono contenute nell'art. 6, co. 3 e negli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004. Da tali disposizioni si evince che l'utilizzo della PMA comporta l'attribuzione della maternità, della paternità e dello *status* del nascituro secondo regole distinte rispetto a quanto disposto per la filiazione dal codice civile; tutti ricondotti a una volontà irrevocabile alla quale l'ordinamento riconduce effetti non modificabili<sup>1202</sup>. Dopo la fecondazione dell'ovulo, non si ammette più la revoca del consenso alla procreazione assistita<sup>1203</sup> e i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche hanno lo stato di figli della coppia che vi ha ricorso<sup>1204</sup>, escludendosi così la rilevanza di comportamenti e di eventi successivi alla fecondazione dell'ovulo. Ai sensi dell'art. 9, co. 1, della l. n. 40/2004, infatti, in caso di ricorso a tecniche di PMA eterologa, al coniuge o convivente consenziente è precluso esercitare l'azione di disconoscimento della paternità e l'impugnazione del riconoscimento<sup>1205</sup>. Allo stesso tempo, è preclusa l'instaurazione di qualsiasi vincolo parentale tra il figlio e il donatore (art. 9, co. 3, l. n. 40/2004). Per l'effetto

---

<sup>1199</sup> Verrebbe così affermato un "diritto di procreare"; ANGELINI F., *Procreazione medicalmente assistita (voce)*, in *Digesto Civile*, 2015, p. 2.

<sup>1200</sup> BILOTTI E., *Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale e diritto alla conoscenza delle origini biologiche*, in *Quaderni di diritto mercato tecnologia*, 2014, p. 68 ss.

<sup>1201</sup> RENDA A., NICOLUSSI A., *Ragioni e implicazioni della "riforma" della filiazione*, in AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli Editore, 2014, p. 31.

<sup>1202</sup> CIRAULO C., *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, 2014, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it).

<sup>1203</sup> Art. 6, co. 3, l. 19 febbraio 2004, n. 40. Si segnala che in data 17.2.2017 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il Decreto n. 265 del 28.12.2016 che ha rinnovato modalità e termini per l'espressione del consenso informato delle coppie che intendano ricorrere a PMA. In particolare, sono state introdotte una serie di disposizioni sui rischi connessi all'impiego di tecniche eterologhe; CORDER P., BARCATI J., *Procreazione medicalmente assistita*, in ALBANO F., CASSANO G., CORDER P., OBERTO G., *Le tutele nella famiglia*, Giuffrè, 2018, p. 55.

<sup>1204</sup> Art. 8, l. 19 febbraio 2004, n. 40.

<sup>1205</sup> Il comma 2 dell'art. 9 vieta alla madre del nato l'esercizio del diritto all'anonimato. "La libertà di procreare si è esercitata ed esaurita con la fecondazione", e parimenti dovrà ritenersi escluso che possano influire sull'attribuzione dello *status filiationis* eventi naturali quali la morte del padre dopo che il consenso era stato validamente manifestato e l'ovulo fecondato; così OPPO G., *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 332.

di tali norme, si afferma nel nostro ordinamento un principio di responsabilità per la procreazione distinto dalla generazione: è padre colui che ha voluto la nascita<sup>1206</sup>. Permane nel nostro ordinamento, ai sensi dell'art. 12 della l. n. 40/2004 il divieto di surrogazione di maternità<sup>1207</sup>. Volendo riservare la trattazione del fenomeno a separata sede<sup>1208</sup>, ci si limiterà a considerare ivi che, di recente, la Corte Costituzionale è stata investita di questione di costituzionalità attinente all'impugnativa del riconoscimento materno ex art. 263 c.c., con riferimento ad un caso di gestazione per altri<sup>1209</sup>. Nella sentenza interpretativa di rigetto n. 272 del 2017, la Corte Costituzionale ha statuito che, pur in presenza di un accentuato favore del nostro ordinamento alla corrispondenza tra *status* e realtà della procreazione (il c.d. *favor veritatis*)<sup>1210</sup>, si prospetta in ogni caso come necessario il bilanciamento tra tutti gli interessi in gioco. Poiché l'accertamento della verità genetica non è un valore di rilevanza costituzionale assoluta, deve essere bilanciato con l'interesse del minore. In conseguenza, la disciplina della filiazione italiana dovrebbe ritenersi attualmente piuttosto improntata al *favor filiationis* o *favor minoris*<sup>1211</sup>.

---

<sup>1206</sup> FERRANDO G., *Diritto di Famiglia*, Zanichelli, 2017, p. 332. Di recente, la Suprema Corte ha chiarito come la centralità del consenso induca a contemplare la fecondazione eterologa di cui il marito sia all'oscuro tra le ipotesi di disconoscimento di paternità ex art. 244 c.c.; Cass. 28 marzo 2017, p. 7965. Sul punto anche, CORDER P., BARCATI J., *Procreazione medicalmente assistita*, in ALBANO F., CASSANO G., CORDER P., OBERTO G., *Le tutele nella famiglia*, Giuffrè, 2018, p. 66.

<sup>1207</sup> Sull'estensione e la ragionevolezza del divieto di maternità surrogata, da interpretarsi non come volto a colpire i nati da accordi di surrogazione, ma a vietare l'attività di intermediazione commerciale che la gestazione per altri può postulare v. NICCOLAI S., *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIus*, n. 2017, p. 49 ss; OLIVITO E., *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2018, p. 2. Quest'ultima evidenza come la Corte confermi in apertura la contrarietà della maternità surrogata ai principi fondamentali dell'ordinamento interno in quanto offensiva della dignità della donna.

<sup>1208</sup> Cfr. *infra*, para 5.6.2.

<sup>1209</sup> L'ordinanza della Corte d'appello di Milano (25 luglio 2016) solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. – per contrasto con gli artt. 2,3,20,31 e 117 Cost. – nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo qualora valutata dal giudice come rispondente all'interesse del minore. Per un'analisi del caso, v. FERRANDO G., *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in *GenIUS*, n. 2/2017, p. 8.

<sup>1210</sup> Corte Cost., sent. n. 272/2017, cons. in dir. 4.1.

<sup>1211</sup> SCHILLACI A., *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 0385B; BUGETTI M. N., *Favor veritatis, favor stabilitatis, favor minoris: disorientamenti applicativi*, in *Fam. e Dir.*, 2017, p. 845. Tale bilanciamento emergerebbe in maniera chiara anche dalla disciplina della azioni di stato; CAPRIOLI A., *Le azioni di stato*, in ALBANO F., CASSANO G., CORDER P., OBERTO G., *Le tutele nella famiglia*, Giuffrè, 2018, p. 582.

Un'ultima considerazione sul quadro legislativo italiano in materia di attribuzione della genitorialità riguarda un'importante precisazione di linguaggio. Benché si dia per acquisita la terminologia “genitorialità” - utilizzata per riferirsi in maniera generica allo *status familiare* a cui sono riconnessi i diritti e doveri di cura di un figlio, in virtù della sua neutralità di genere - è bene sottolineare sin da subito che - per quanto essa sia diffusamente in uso tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza<sup>1212</sup> - potrebbe mettersi in dubbio che trovi una sede “legislativa” all'interno del nostro ordinamento.

Ovviamente, non si vuole con questa considerazione affermare l'impossibile - e dunque che il termine genitore non sia ampiamente in uso nel diritto - ma avanzare una considerazione sul linguaggio legislativo, onde constatare che la materia della filiazione in Italia nel diritto positivo è ancora fortemente “per generi”, ed anzi, fundamentalmente impostata sul paradigma eterosessuale<sup>1213</sup>. A ricorrere nel diritto di famiglia italiano sono i ruoli di “madre” e “padre”, in maniera sempre correlata tra loro, senza che sia così scontata la possibilità di considerarli come slegati e ancora meglio come “accoppiati” con il medesimo genere, cioè con un genitore che sia caratterizzato dal dividerne l'identità sessuale<sup>1214</sup>.

---

<sup>1212</sup> Si riporteranno due diverse definizioni - intercorse a distanza di poco meno di un decennio - date dalla dottrina italiana nella manualistica destinata alla formazione dei giovani studiosi del diritto, per comprendere come la sensibilità circa l'opportunità di utilizzo di termini connotati dalla neutralità di genere sia una questione piuttosto recente. In un manuale di diritto di famiglia del 2007, la filiazione è definita come un vincolo giuridico filiazione “che lega il figlio alla madre e al padre e che costituisce il fondamento del rapporto di parentela da entrambe le parti”; DIURNI A., *La filiazione nel quadro europeo. Vol. III, Filiazione e adozione*, in G. FERRANDO (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia, vol. III*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 45. Nemmeno dieci anni dopo, nella diversa opera di Auletta, scompare il riferimento al sesso degli adulti che si curano del minore e la filiazione diviene “il rapporto che si instaura fra due soggetti, l'uno dei quali dicesi genitore e l'altro figlio”; AULETTA T., *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 237.

<sup>1213</sup> Per taluni autori le formulazioni legislative sarebbero un indice della circostanza che la diversità di sesso rappresenterebbe un principio ordinatore della filiazione nel nostro ordinamento: “La filiazione come «stato giuridico», ovvero come rapporto che lega un soggetto alla comunità familiare (artt. 315 e 74 c.c.), è ammessa soltanto nel contesto della coppia eterosessuale”; così SENIGAGLIA R., *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017, p. 952.

<sup>1214</sup> Se nella filiazione all'interno del matrimonio, in persistenza del carattere esclusivamente eterosessuale del vincolo coniugale, le presunzioni sul figlio sono esclusivamente e necessariamente di paternità (art. 231 c.c.), anche nella disciplina attinente alla filiazione fuori dal matrimonio il linguaggio è tale per cui ad essere considerata è sempre la coppia di genitori eterosessuale. Per non dare una lettura fuorviante del dato legislativo va innanzitutto dunque evidenziato che maternità e paternità, sono spesso trattate unitariamente, in maniera connessa. Perciò il riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio (artt. 250 c.c.) può essere effettuato “dalla madre e dal padre” e l'art. 269 c.c. affronta in un unico sistema di norme la dichiarazione giudiziale di maternità e di paternità. Vero che l'apposizione di regole di accertamento per ambo i sessi in maniera congiunta non comporta anche che i ruoli, essendo accertati ed attribuiti in

Non volendo trattare in questa sede gli esempi in cui il diritto vivente ha ritenuto la percorribilità nel nostro ordinamento dell'utilizzo di strumenti atti a "immettere" nel mondo dei "genitori in senso giuridico" figure dello stesso sesso<sup>1215</sup> - argomento che può non bastare in sé a testimoniare la conformità sul piano assiologico<sup>1216</sup> - occorre però premettere due dati legislativi. Si segnala che un primo recente indice – per lo meno di presa di coscienza, da parte del legislatore, della possibilità concreta che il minore cresca in contesti omogenitoriali - è dato dalla legge 11 gennaio 2018, n. 4, contenente modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici. L'art. 1 è infatti introdotto dal legislatore per ammettere al gratuito patrocinio i figli rimasti orfani a seguito dell'uccisione del genitore da parte di un soggetto che era o è stato a quest'ultimo legato da una relazione di carattere affettivo, sia essa un matrimonio, un'unione civile o una convivenza stabile e dunque a prescindere dalla diversità o uguaglianza di sesso degli adulti coinvolti. Inoltre, non va mai dimenticato che l'esistenza della legge 14 aprile 1982, n. 164 in materia di rettificazione di attribuzione di sesso risulta già in sé sufficiente ad indicare l'esistenza di genitori dello stesso sesso "in virtù di legge"<sup>1217</sup>, stante che, ai sensi dell'art. 5, tutte le attestazioni di stato civile riferite a persona della quale sia stata giudizialmente rettificata l'attribuzione di sesso sono rilasciate con la sola indicazione del nuovo sesso e nome. Sicché gli atti di nascita di figli di persona *transgender* - e come noto, l'atto di nascita è, ai sensi dell'art. 236 c.c. – prova privilegiata dello stato di filiazione – risultano "per volontà di legge" come attributivi della genitorialità in capo a due persone dello stesso sesso. Infine, nel corso del 2018, gli Ufficiali di Stato Civile di alcuni Comuni italiani hanno ritenuto di provvedere all'iscrizione dei nominativi di due madri o due padri nel certificato di nascita di bambini nati all'estero da tecniche di procreazione medicalmente assistita

---

maniera disgiunta, debbano necessariamente coesistere nella loro alterità di sesso. E vale la pena rilevare che è infatti proprio nel momento in cui uno dei due ruoli genitoriali è già accertato che il codice abbandona la terminologia "sessuata" per adottare quella comunque singolare e neutrale di "genitore". Così sempre all'art. 250 c.c., qualora il riconoscimento intervenga per uno dei genitori in un secondo momento - con atto separato e disgiunto - vi è l'utilizzo del termine neutrale genitore (non essendo poi presunto il sesso del "primo" genitore in termini di tempi in quello materno, anche in virtù della possibilità per la madre di esercitare il diritto all'anonimato).

<sup>1215</sup> Cfr. *infra*, para. 5.6.1-5.6.2.

<sup>1216</sup> FERRANDO G., *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corriere Giur.*, 2017, p. 181.

<sup>1217</sup> VENUTI M. C., *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 284.

non consentita in Italia<sup>1218</sup>. In particolare, al di fuori dei casi di trascrizione di atti formati all'estero, di cui ci si occuperà più ampiamente nel prosieguo<sup>1219</sup>, vi sono Sindaci che hanno ritenuto di ricevere il riconoscimento ex art. 254 c.c. da parte del genitore dello stesso sesso, annotando come genitrice una seconda donna nei confronti del figlio di altra donna.

Due casi sono finiti innanzi ai giudici del Tribunale di Torino, adibito dalle genitrici, e chiamato non tanto a pronunciarsi sulla legittimità dei provvedimenti – valutazione che perciò esula dal *petitum* dei giudizi – quanto sull'aggiunta del cognome ai sensi dell'art. 262 c.c., essendo gli stessi stati qualificati come riconoscimenti successivi di figli nati fuori dal matrimonio.

Nei due decreti del 21 maggio e 11 giugno 2018 del Tribunale di Torino, i giudici prendono atto dell'operato dell'Ufficiale di Stato di civile<sup>1220</sup>, e procedono a valutare solo la domanda che loro concerne<sup>1221</sup> pervenendo ad esito positivo. Scrive la Corte nella motivazione di entrambi i provvedimenti, infatti, che l'accoglimento risulta l'esito rispettoso dell'interesse del minore: *“a fronte del riconoscimento del figlio registrato dall'Ufficiale dello stato civile, deve trovare applicazione l'art. 262 c.c. anche nel caso di specie, ancorché il riconoscimento successivo sia stato effettuato non dal padre, in conformità alla littera legis, bensì dall'altra genitrice di sesso femminile. Diversamente opinando, infatti si opererebbe una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti del figlio minore, il quale si vedrebbe preclusa (rispetto al figlio nato da genitori di sesso diverso) la possibilità di acquisire il cognome di entrambi i soggetti che risultano, sulla base dei registri dello stato civile, suoi genitori”*.

---

<sup>1218</sup> Vi è chi ha parlato di una “primavera dei Comuni”, in qualche modo sul calco del fenomeno che aveva interessato la registrazione delle coppie dello stesso sesso prima dell'introduzione delle unioni civili. Mentre quest'ultima poteva nella sostanza definirsi un fenomeno politico (cfr. *infra*, para 5.5), la ricezione di una dichiarazione di riconoscimento del figlio è attività in grado di porre effetti giuridici alquanto rilevanti e, nello specifico, di attribuire uno *status* familiare sin dalla nascita; GATTUSO M., *Figli alla nascita: dal tribunale di Torino una prima conferma per la “primavera dei comuni”*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), punto 1.

<sup>1219</sup> Cfr. *infra*, para 5.6.2.

<sup>1220</sup> Come si legge nella motivazione del decreto dell'11 giugno 2018, “non essendo questa la sede processuale per valutare né la veridicità del riconoscimento né la legittimità dell'atto dell'Ufficiale dello stato civile, trattandosi di atti soggetti a specifiche impugnative previste dalla legge”, ex artt. 263 ss. c.c. ed ex artt. 95 ss. DPR 396/2000”.

<sup>1221</sup> Si sottolinea che entrambe le sentenze contengono un pur minuto paragrafo che, pur escludendo che la legittimità dell'attività posta in essere dall'ufficiale di stato civile rientri nelle questioni pregiudiziali per la risoluzione del caso, esprime una valutazione di non abnormità della registrazione, che appare “coerente con la tutela dell'interesse del minore”, citando la giurisprudenza formatasi in materia di riconoscimento di atti di nascita e provvedimenti stranieri accertativi della genitorialità in capo a due soggetti dello stesso sesso; cfr. *infra*, para 5.6.2.



Si tratta dunque di casi in cui si affronta la questione della supposta “non neutralità” di genere della normativa codicistica, in virtù dell’unicità di *status* e dell’uguaglianza dei figli, in combinazione – e talvolta in coincidenza – con il principio del superiore interesse del minore. Il Tribunale torinese, infatti, fa espresso riferimento alla lettera della legge per escludere che da essa derivi un divieto di interpretazione analogica: la circostanza che vi siano due mamme non interferisce certamente con l’individuazione, alla luce della normativa codicistica, di ognuna di loro quale “madre” e della loro relazione col minore quale “maternità”, e dunque non creerebbe alcuna confusione né presenterebbe alcuna preclusione con riguardo ai relativi diritti e doveri che ne conseguono<sup>1222</sup>.

Da ultimo, la questione della ricostruzione dell’attuale normativa interna sull’attribuzione della genitorialità come necessariamente eterosessuale è stata rimessa alla Corte Costituzionale. Con ordinanza del 19 maggio 2018, il Tribunale di Pisa ha sollevato questione di costituzionalità della norma risultante dal combinato operare dell’ artt. 449 c.c., 29, comma 2, del D.P.R. n. 396/2000 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile), dell’art. 250 c.c. (riconoscimento) e degli artt. 5 e 8 della legge n. 40/2004, nella parte in cui non consente all’ufficiale di stato civile di formare l’atto di nascita di un bambino con l’indicazione di due genitori dello stesso sesso, qualora ciò sia corrispondente allo *status* a questo riconosciuto dalla sua legge nazionale, ed applicabile in base all’art. 33 della legge n. 218/1995<sup>1223</sup>.

#### **5.4 I caratteri della di responsabilità genitoriale.**

Una delle maggiori innovazioni apportate dalla riforma della filiazione è il passaggio dalla nozione di potestà genitoriale alla nozione di responsabilità genitoriale.

La “responsabilità genitoriale” non è introdotta dalla legge n. 219 del 2012, ma direttamente dal d. lgs. n. 154 del 2013<sup>1224</sup>, il quale sostituisce l’art. 316 del codice civile, che regolava l’esercizio della potestà da parte dei genitori.

---

<sup>1222</sup> GATTUSO M., *Figli alla nascita: dal tribunale di Torino una prima conferma per la “primavera dei comuni”*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), punto 3.

<sup>1223</sup> La Corte ritiene dunque che nell’ordinamento italiano la formazione di un atto di nascita con l’indicazione di due genitori del medesimo sesso sia preclusa; SCHILLACI A., *L’omogenitorialità a Palazzo della Consulta: osservazioni a prima lettura dell’ordinanza del Tribunale di Pisa del 15 marzo 2018*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2018.

<sup>1224</sup> Si osserva che per parte della dottrina ci si troverebbe di fronte ad una violazione del criterio direttivo espressamente dettato dall’ art. 2, comma 1°, lett. h, della l. n. 219/12. Ai sensi di quest’ultimo, infatti, si prevedeva che il Governo dovesse procedere ad unificare le disposizioni

Il mutamento di terminologia è attuato per la sentita esigenza di adeguare la disciplina della filiazione italiana al trend evolutivo europeo<sup>1225</sup> in materia di rapporti tra genitori e figli. La nuova nozione<sup>1226</sup>, dunque, dovrebbe superare una nozione autoritaria<sup>1227</sup> per accoglierne una che pone in risalto il superiore interesse del minore, avendo riguardo ai rapporti tra genitori e figli dal punto di vista di questi ultimi<sup>1228</sup>.

Secondo la dottrina, si tratterebbe tuttavia di una nuova qualificazione che nulla aggiungerebbe alla complessità delle situazioni soggettive riconosciute ai genitori ed ai figli<sup>1229</sup>.

La potestà genitoriale era infatti concepita come autorità personale e patrimoniale che l'ordinamento attribuiva ai genitori sul minore, pur nell'interesse di quest'ultimo: un insieme di poteri decisionali e di rappresentanza finalizzati alla cura e all'educazione del minore, nonché alla gestione del suo patrimonio<sup>1230</sup>.

Il legislatore delegato abdica ad una definizione della responsabilità genitoriale in maniera consapevole e volontaria<sup>1231</sup>, nell'intento di renderla "elastica", cioè di consentirne un

---

in materia di diritti e doveri dei genitori nei confronti dei figli nati nel matrimonio e fuori dal matrimonio, "delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale". La sostituzione della potestà genitoriale con la responsabilità genitoriale, dunque, non solo non era imposta dalla legge delega, ma neppure autorizzata. Il Parlamento aveva infatti profilato la continuazione della potestà genitoriale come categoria in cui ricomprendere la responsabilità genitoriale, quale uno - neppure unico - dei suoi contenuti; DE CRISTOFARO G., *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di un'innovazione discutibile*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014, p. 4.

<sup>1225</sup> La Relazione illustrativa al d. lgs. n. 154/2013 richiama la nozione contenuta in strumenti di diritto internazionale, su tutti il Regolamento (CE) n. 2201/2003 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale; Relazione illustrativa al d. lgs. n. 154/2013, disponibile tra gli atti della Camera dei Deputati all'indirizzo, p. 5: [http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0025\\_F001.pdf&leg=XVII](http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0025_F001.pdf&leg=XVII), ultimo accesso: 20.9.2018). Cfr. anche *supra*, para. 3.2.

<sup>1226</sup> Vi è chi osserva che la necessità di intervenire sulla terminologia delle responsabilità di cura del minore non è stata sentita in altri ordinamenti, che hanno piuttosto inciso sui contenuti della stessa; DE CRISTOFARO G., *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di un'innovazione discutibile*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014, p. 9. Cfr. anche *supra*, para. 3.7.

<sup>1227</sup> Peraltro, la dottrina sottolinea che non vi era dubbio che i rapporti tra genitori e figli ed i contenuti della potestà - i quali, si vedrà, si ritengono nella sostanza invariati - già risultassero informati al superiore interesse del minore; CICERO C., *Filiazione (riforma della)* in *Digesto Civile*, 2016, p. 4.

<sup>1228</sup> Relazione illustrativa al d. lgs. n. 154/2013, p. 5

<sup>1229</sup> RUSCELLO F., *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento "pubblico"*; in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, p. 20717.

<sup>1230</sup> BIANCA C. M., *Diritto civile. Vol. 2. La Famiglia. Le Successioni*, Giuffrè, 2001, p. 285.

<sup>1231</sup> Si tratta di una scelta inusuale. Si raffrontino, infatti, le normative degli ordinamenti analizzati nei Capitoli 3 e 4. Come si è visto i singoli ordinamenti provvedono spesso a dare una

mutamento adattativo dei contenuti all'evoluzione sociale<sup>1232</sup>. Da quanto complessivamente emerge dalla Relazione Illustrativa del d. lgs. n. 154 del 2013, la nozione di responsabilità genitoriale nell'ordinamento italiano si dovrebbe presentare quale mutevole<sup>1233</sup>, dai contenuti non rigidamente predeterminati, nonché più ampi rispetto a quelli della sostituita potestà genitoriale<sup>1234</sup>.

I profili contenutistici della stessa, tuttavia emergerebbero proprio dal preposto art. 315 *bis* c.c. che sviluppa in una disposizione di carattere generale i diritti del figlio<sup>1235</sup>. Sicché dovrebbe ritenersi che il mutamento sia solo formale<sup>1236</sup> e la stessa ricomprenda i contenuti previamente attribuiti ai genitori dalla potestà, sebbene ancora più votati alla funzione dello sviluppo armonioso del minore.

Qualora si guardi all'essenza delle modifiche apportate, tuttavia, è evidente almeno un'innovazione radicale. A partire dall'entrata in vigore della modifica<sup>1237</sup>, l'ordinamento italiano conosce un'unica norma attributiva della titolarità della responsabilità di cura del minore ai genitori nonché un unitario dettato sull'esercizio della stessa<sup>1238</sup>. Divengono espressamente irrilevanti le circostanze della nascita. Si potrebbe, tuttavia, sostenere in via più generale che una volta che un rapporto di genitorialità sia accertato dal diritto, se da un lato esiste un "*unico statuto dei diritti del figlio*"<sup>1239</sup>, di questo potrebbe fare parte anche un'unica posizione giuridica goduta dai genitori nei confronti quest'ultimo.

---

delimitazione, a volte anche estremamente puntuale - si pensi al Portogallo - delle responsabilità di cura del minore; cfr. *supra*, para. 3.7; 4.1.3; 4.2.5; 4.3.5.

<sup>1232</sup> Relazione illustrativa al d. lgs. n. 154/2013, p. 26

<sup>1233</sup> Ciò sarebbe testimoniato dalla scelta, di eliminare ogni riferimento alla "durata" della responsabilità genitoriale, laddove il previgente art. 316 c.c. apriva con la precisazione che la responsabilità genitoriale si riteneva terminata con il raggiungimento della maggiore età o l'avvenuta emancipazione. Il legislatore dunque inserisce tale specificazione solo dove necessario, come nelle norme che prevedono il dovere del genitore di intervenire a tutela del figlio non ancora capace di agire (ad esempio, l'articolo 318 c.c.); Relazione illustrativa al d. lgs. n. 154/2013, p. 27.

<sup>1234</sup> Cfr. *infra*, nota 1244.

<sup>1235</sup> FERRANDO G., *Diritto della famiglia, Aggiornamento 2014*, Zanichelli, 2014, p. 8.

<sup>1236</sup> RUSCELLO F., *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento "pubblico"*; in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, p. 20717.

<sup>1237</sup> Ai sensi dell'art. 108, d.lgs. n. 154 del 2013 la modifica entra in vigore a partire dal 7 febbraio 2014.

<sup>1238</sup> GIARDINI F., *Unification of Child Status and Parental Responsibility: the Reform of Filiation Remodels the Family in the Legal Sense in the Italian Legal System*, in *Interdisciplinary Journal of Family Studies*, 2017, p. 7.

<sup>1239</sup> RECINTO P., *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *federalismi.it*, 17 gennaio 2018, p. 3.

Il previgente testo dell'art. 316 c.c., prevedeva che il figlio fosse soggetto alla potestà di entrambi i genitori, i quali la esercitavano di comune accordo<sup>1240</sup>.

Esisteva, tuttavia, *in primis*, una deroga nella parità tra genitori riconnessa alle differenze di genere: l'ex art. 316, co. 4, c.c. attribuiva al solo padre il potere di adottare provvedimenti urgenti ed indifferibili, se sussistesse un pericolo di grave pregiudizio per il figlio.

In secondo luogo, la norma dell'ex art. 316 c.c. aveva come destinatari i coniugi, circostanza confermata dall'attiguo ex art. 317-*bis* c.c., che regolava l'esercizio della responsabilità genitoriale sui figli nati fuori dal matrimonio. Sui c.d. figli naturali, infatti, la titolarità della responsabilità genitoriale spettava al genitore o ai genitori che avessero effettuato il riconoscimento. Nella formulazione originaria, l'esercizio della responsabilità genitoriale era congiunto solamente se i genitori del c.d. figlio naturale convivessero, dovendosi diversamente riconoscere l'esercizio esclusivo al genitore con cui il minore risiedeva (ex art. 317-*bis*, co. 2). Già prima dell'avvento della riforma della filiazione si riteneva, tuttavia, che la disposizione di cui all'ex art. 317-*bis*, co. 2 c.c. fosse stata implicitamente abrogata, con l'entrata in vigore della legge n. 54/2006 sul c.d. affidamento condiviso<sup>1241</sup>. La norma che prevedeva che la fine della convivenza *de facto* conducesse alla cessazione della potestà genitoriale sui c.d. figli naturali, risultava infatti totalmente incompatibile con la *ratio* della legge che regolamenta *ex novo* la sorte dell'esercizio della potestà genitoriale in caso di disgregazione del nucleo familiare<sup>1242</sup>.

Quanto preme evidenziare è che la riforma della filiazione, oltre ad istituire l'unicità dello stato di figlio, realizza una situazione di generalizzata parità dei genitori – tutti – nella loro posizione giuridica nei confronti dei figli, in termini di diritti e doveri.

La solidità di tale affermazione è desumibile da una serie di circostanze.

---

<sup>1240</sup> La previgente formulazione era stata introdotto dalla Riforma del diritto di famiglia del 1975, che aveva posto titolarità ed esercizio della responsabilità genitoriale in mano ad ambo i genitori. Prima di allora, nonostante la titolarità spettasse ad ambedue i genitori – salvo si fosse verificata una causa di decadenza – l'esercizio spettava solo al padre; AULETTA T., *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, 2008, p. 329.

<sup>1241</sup> Si veda, per tutti, AULETTA T., *Il diritto di famiglia*, Giappichelli, 2008, p. 330; SESTA M., *Le norme sull'affidamento condiviso*, in *Fam. E Dir.*, 2006, pp. 377 ss.

<sup>1242</sup> La legge n. 56/2006, che ha introdotto l'affidamento condiviso, prevede una disciplina unitaria della crisi familiare. Essa impone il trattamento omogeneo tra i figli c.d. legittimi e i figli c.d. naturali con riguardo alle conseguenze della disgregazione della relazione affettiva tra i genitori, anche per quanto attiene all'esercizio delle responsabilità nei confronti dei minori. Essa costituisce un'attuazione del diritto del minore alla bigenitorialità, diritto che si pretende sussistere indipendentemente dalle circostanze della nascita; SESTA M., ARCIERI A., *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, UTET, 2011, p. 16.

Innanzitutto, vi è ora nel nostro ordinamento un unico articolo ad occuparsi in maniera unitaria della responsabilità genitoriale, nella dimensione tanto della sua titolarità, quanto del suo esercizio: l'art. 316 c.c.<sup>1243</sup>

Discriminante diviene esclusivamente l'accertamento dello *status filiationis*.

Al momento dell'instaurarsi del rapporto di filiazione per il diritto e, dunque, all'attribuzione della genitorialità sono riconnesse tre conseguenze che attengono ai diritti e doveri ricompresi nella posizione di genitore.

*In primis*, il dovere di mantenimento ai sensi dell'art. 315 *bis* c.c.<sup>1244</sup>.

L'instaurarsi del rapporto di filiazione comporta poi l'acquisto della titolarità della responsabilità genitoriale. Il sorgere della responsabilità genitoriale è dunque strettamente connesso alle regole attributive della genitorialità, in quanto la titolarità delle responsabilità di cura del minore coincide nel suo momento iniziale con il momento in cui "opera" la regola di attribuzione della genitorialità.

---

<sup>1243</sup> L'articolo 317-*bis* c.c., che prima del d.lgs. n. 154/2013 disciplinava la responsabilità genitoriale sui figli nati fuori dal matrimonio, contiene ora le norme sul diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i minori.

<sup>1244</sup> Sul punto, una precisazione. Del mantenimento del figlio si occupano due articoli della normativa codicistica. L'art. 315 *bis* c.c. configura il mantenimento quale diritto del figlio. L'art. 316 *bis* c.c. disciplina il concorso dei genitori nel mantenimento. La seconda norma – la quale mutua il contenuto dell'ex art. 148 c.c. – sembra chiamata a regolare i rapporti tra i genitori, più che a dettare il dovere nei confronti dei figli. Tale impostazione parrebbe rispondere all'intento che il legislatore delegato esplicita nella Relazione Illustrativa al d.lgs. n. 154 del 2013. In essa infatti si legge che si è preferito non indicare un termine finale della responsabilità genitoriale e ciò in virtù della circostanza che *"il concetto di responsabilità genitoriale è necessariamente più ampio, in quanto nella sua "componente" economica vincola i genitori al mantenimento dei figli ben oltre il raggiungimento della maggiore età, fino cioè al raggiungimento della indipendenza economica"* (p. 26 della Relazione illustrativa al d. lgs. n. 154/2013). Di una concezione per cui il diritto al mantenimento dovrebbe farsi rientrare nella nozione di responsabilità genitoriale è unanimemente critica la dottrina. Essa continua a configurare il dovere di mantenimento come conseguenza che – al pari della responsabilità genitoriale – sorge autonomamente in capo ai genitori per il solo fatto dell'accertamento del vincolo di filiazione. Esso dunque spetterebbe per effetto del rapporto di filiazione, indipendentemente dalla titolarità della responsabilità genitoriale. Una diversa conclusione, infatti, dovrebbe ritenersi non conforme all'art. 30, co. 1, Cost., il quale pone il mantenimento come diritto fondamentale del figlio. Tale configurazione del dovere di mantenimento che grava sui genitori sarebbe confermata anche dalla norma di cui all'art. 279 c.c., la quale prevede per il figlio non riconoscibile l'azione per il mantenimento. Ciò varrebbe a ribadire che il mantenimento è diritto di natura economica che non ha a che vedere con l'esistenza di un profilo relazionale tra genitore e figlio. Si veda, tra tutti: MOROZZO DELLA ROCCA P., *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli Editore, 2015, p. 125; DE CRISTOFARO G., *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di un'innovazione discutibile*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014, p. 8. Come si è visto, inoltre – cfr. *supra*, para 3.7 – il collegamento tra attribuzione della genitorialità e dovere di mantenimento è conforme alle scelte legislative effettuate dalla gran parte degli ordinamenti europei; sul punto, v. anche CICERO C., *Filiazione (riforma della)* in *Digesto Civile*, 2016, p. 4.

E' quanto si desume dal combinato disposto dei commi 1 e 4 dell'art. 316 c.c. il quale prevede che entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale, facendo dunque discendere la stessa dalla genitorialità. L'eventuale struttura unilaterale o duale della responsabilità genitoriale<sup>1245</sup>, è esclusivamente frutto dell'assenza del riscontro della genitorialità in capo ad uno dei due soggetti. Dunque, il genitore di un figlio nato all'interno del matrimonio diviene titolare della responsabilità genitoriale nel momento della nascita del figlio, in virtù dell'operare delle presunzioni di legge. Per i genitori di figli nati fuori dal matrimonio la titolarità della responsabilità genitoriale sarà connessa al riconoscimento del figlio o all'eventuale dichiarazione giudiziale che accerti il rapporto di filiazione. Il perfezionamento del procedimento di adozione segna invece il sorgere della titolarità per il genitore del figlio adottivo.

Si assiste, infine, ad una estensione generalizzata dell'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale. Tutti i titolari della responsabilità genitoriale<sup>1246</sup> sono legittimati all'esercizio della stessa con poteri identici, per contenuto ed estensione, a quelli che competono all'altro. Ciò in virtù dell'art. 316, co. 1, c.c., che detta l'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale (*"di comune accordo"*).

A seguito della riforma della filiazione, il principio dell'irrilevanza della relazione che intercorre tra i genitori sull'esercizio della responsabilità genitoriale<sup>1247</sup> assume una dimensione concreta, dal momento della sua attribuzione e per tutto il tempo in cui essa sussiste. L'indifferenza della presenza del vincolo matrimoniale fa sì infatti che non siano consentite distinzioni che su ciò si fondino nell'esercizio della responsabilità.

Tale circostanza si configurerebbe come una peculiarità dell'ordinamento italiano, in quanto negli altri ordinamenti occidentali la responsabilità genitoriale continua ad incontrare regole differenziate in virtù delle circostanze della nascita, tanto quanto alla sua titolarità, quanto al suo esercizio<sup>1248</sup>. Il risultato – come si è visto – è che i genitori si trovino in una posizione non sempre paritaria nei confronti dei figli. Si potrebbe invece affermare che nell'ordinamento italiano, con la riforma della filiazione si è creato un

---

<sup>1245</sup> BONILINI G., *Trattato di diritto di famiglia, Volume IV. La filiazione e l'adozione*, UTET, 2016, p. 4114.

<sup>1246</sup> Si prescinde dalla circostanza che i genitori siano coniugati, che convivano e persino che abbiano mai formato un gruppo familiare; AL MUREDEN E., *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità dei modelli familiari*, in *Fam. e Dir.*, 2014, p. 475.

<sup>1247</sup> BONILINI G., *Trattato di diritto di famiglia, Volume IV. La filiazione e l'adozione*, UTET, 2016, p. 4114.

<sup>1248</sup> Cfr. *supra*, para. 3.7.



vincolo biunivoco tra genitorialità e responsabilità genitoriale<sup>1249</sup>. Sicché se da un lato vi è un unico *status filiationis*, appare unitaria anche la posizione giuridica del genitore<sup>1250</sup>, una volta che il rapporto di filiazione sia acquisito al diritto.

### **5.5 La dimensione dei rapporti di coppia ed il loro carattere familiare: la legge n. 76/2016 sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto.**

La configurabilità della qualificazione familiare delle unioni affettive non matrimoniali – e dunque delle c.d. convivenze *more uxorio*, a prescindere dal piano della filiazione – radica in riflessioni risalenti<sup>1251</sup>.

La legge 20 maggio 2016, n. 76 – che contiene sia la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso che una disciplina delle convivenze - è il frutto di un lungo percorso, che nell’ordinamento italiano ha interessato un ampio “dialogo tra Corti”. All’attivismo giurisprudenziale interno - a fronte di un’inerzia protratta per anni dal legislatore sul tema – si sono infatti aggiunti i moniti intervenuti con riferimento all’esigenza di dare una tutela a realtà affettive “effettive” da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo.

La storia della difficile intersezione tra il diritto italiano e le unioni di carattere affettivo extra-coniugali colloca il suo punto iniziale già nel tardo Novecento, alla fine degli anni Ottanta<sup>1252</sup>.

---

<sup>1249</sup> Fatte salve, evidentemente, le situazioni patologiche che portano il genitore ad essere escluso dalla titolarità della responsabilità genitoriale *ex art.* 330 c.c.

<sup>1250</sup> Al punto che vi è chi sostiene che una riforma dichiaratamente “puerocentrica” si riveli in realtà “adultocentrica”. Di tale tendenza avrebbe preso coscienza la giurisprudenza. L’adesione ad un’impostazione di questo tipo apparirebbe infatti in alcune recenti pronunce in tema di attribuzione della genitorialità e delle responsabilità ad essa connessa. Un esempio sarebbe dato dalla vicenda del c.d. scambio di embrioni presso l’Ospedale Pertini di Roma. I giudici hanno infatti negato al minore ogni eventuale rapporto con i c.d. genitori biologici e ciò in virtù del rilievo che le due coppie di adulti non avrebbero potuto e voluto attuare rapporti collaborativi nella crescita del minore; RECINTO P., *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *federalismi.it*, 17 gennaio 2018, p. 10.

<sup>1251</sup> La dottrina ha scritto numerose monografie in materia già a partire dagli anni Ottanta, da quando l’attenzione si è rivolta agli interventi legislativi in materia adottati dai Paesi del Nord Europa. Senza alcuna pretesa di esaustività si segnalano: GAZZONI F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, 1983; OBERTO G., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991; BERNARDINI M., *La convivenza fuori dal matrimonio*, CEDAM, 1992; BALESTRA L., *La famiglia di fatto*, CEDAM, 2004; ZAMBRANO V., *La famiglia di fatto: epifanie giuridiche di un fenomeno sociale*, Ipsoa, 2005.

<sup>1252</sup> In una celebre relazione dal titolo alquanto evocativo, “*Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*” - svoltasi presso l’Università di Roma Tor Vergata nel dicembre del 1987 - l’illustre privatista Alberto Trabucchi perviene a conclusioni negative tanto sulla legittimità quanto sull’opportunità di un regolamento normativo delle unioni non matrimoniali – da affidarsi

Nel 1988, per iniziativa del gruppo “Interparlamentare Donne Comuniste”<sup>1253</sup>, è presentata la prima proposta per la “Disciplina della famiglia di fatto”<sup>1254</sup>.

Il disegno di legge di cui è firmataria Cappiello – deputata socialista e giurista - tuttavia non viene mai discusso dal Parlamento, nemmeno calendarizzato. La questione resta sopita nel decennio seguente<sup>1255</sup> e riemerge nel 2001<sup>1256</sup>, con la proposta di istituire una “Disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto”<sup>1257</sup>.

Il riferimento alla qualificazione delle convivenze extra-matrimoniali in termini di famiglia è espunto dal titolo della legge, ma rimane in relazione ad alcuni istituti contenuti nella regolamentazione, che, oltre ad essere modellati sul regime matrimoniale, ne conservano anche la natura familiare (si parla, ad esempio di dovere di contribuzione alla vita familiare<sup>1258</sup> e responsabilità solidale per i debiti contratti nell'interesse della famiglia<sup>1259</sup>). Anche tale progetto resta lettera morta.

---

all'attività della giurisprudenza e all'autonomia della parti – nonché sulla correttezza di una ricostruzione in chiave familiare delle stesse; TRABUCCHI A., *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, p. 19.

<sup>1253</sup> DONÀ A., *From Pacs to Didore: Why Are Civil Partnerships Such a Divisive Issue in Italian Politics?*, in *Bulletin of Italian Politics*, 2009, p. 336.

<sup>1254</sup> L'interprete potrebbe essere indotto a ritenere tali disposizioni formulate in tempi talmente distanti da poter sembrare inverosimile la loro attualità. Quanto preme sottolineare è che tale prima proposta volta a dare rilevanza alla convivenza *more uxorio* - senza precisazioni sul sesso dei conviventi - si spinge fin dal titolo ove non azzarda la c.d. legge Cirinnà: ad utilizzare apertamente e convintamente il termine “famiglia”, in virtù anche di un'adesione ad un'interpretazione della famiglia nella Costituzione che faccia perno sull'art. 2. Atti parlamentari. Camera dei Deputati. X Legislatura, PdL n. 2340, in [http://legislature.camera.it/\\_dati/leg10/lavori/stampati/pdf/23400001.pdf](http://legislature.camera.it/_dati/leg10/lavori/stampati/pdf/23400001.pdf) (ultimo accesso: 23.8.2018).

<sup>1255</sup> Nel frattempo, la sensibilità alla tematica si era diffusa a livello europeo. Il Parlamento europeo già a partire dal 1994 esorta i Paesi membri a provvedere in maniera sollecita al riconoscimento ed alle garanzie di nuove tipologie familiari presenti nel tessuto sociale; CORDIANO A., *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, in *Famiglia*, 2004, p. 107.

<sup>1256</sup> Una prima proposta di legge è relativa alla sola istituzione dei patti di convivenza. L'obiettivo - volutamente limitato - è quello di fornire ai privati uno strumento negoziale per regolare i loro rapporti di dipendenza in virtù di un'iniziata convivenza. E' esplicitamente escluso che esso intenda “intervenire sul controverso problema della disciplina giuridica della famiglia di fatto in rapporto alla famiglia fondata sul matrimonio”; Atti Parlamentari. Camera dei Deputati. XIV Legislatura. PDL n. 795, p. 1 ([http://legxiv.camera.it/\\_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL0005940.pdf](http://legxiv.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL0005940.pdf)).

<sup>1257</sup> Due sono le situazioni che ci si propone di disciplinare: il patto civile di solidarietà e l'unione di fatto. Ad entrambi sono ricondotti alcuni diritti di natura assistenziale, mentre alla conclusione di un patto civile di solidarietà, il quale ha a tutti gli effetti natura contrattuale, è riconnessa una gamma di diritti e doveri più ampia: PdL n. 3296, Disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto, presentata il 22 ottobre 2002. Il testo è reperibile sul sito della Camera dei Deputati, al seguente indirizzo: [http://www.camera.it/\\_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL0050850.pdf](http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL0050850.pdf).

<sup>1258</sup> Art. 11 co. 1 PdL n. 3296.

<sup>1259</sup> Art. 11 co. 2 PdL n. 3296.

La successiva proposta portata all'attenzione del Parlamento è probabilmente quella più conosciuta da parte dell'opinione pubblica: il disegno di legge governativo sui “Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi” del febbraio 2007<sup>1260</sup>, noto con la nomenclatura “DICO”. Anche tale disegno di legge sfocia in un nulla di fatto.

Negli anni che seguono, il panorama italiano assume una conformazione singolare, nel quale, in assenza di una disciplina organica di tutela della coppia non coniugata, emergono numerosi indici di rilevanza normativa e consistenti prassi applicative giurisprudenziali allo scopo di rispondere alle ragionevoli esigenze di tutela nel caso concreto. Si diffondono anche strumenti para-normativi<sup>1261</sup>: vi rientrano le iniziative di alcuni Comuni, diffuse nella prima metà degli anni Duemila, di predisporre registri *ad hoc* deputati alla registrazione delle convivenze *more uxorio*<sup>1262</sup>.

---

<sup>1260</sup> DDL n. 1339, Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi, presentato al Senato il 20 febbraio 2007. Il testo è disponibile nel sito del Senato della Repubblica: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00253559.pdf>. La proposta di legge si pone in una mentalità di raffronto con le iniziative sino ad allora intraprese da altri ordinamenti a livello europeo. Si cerca infatti di tradurre normativamente la situazione di fatto esistente tra due persone: l'assenza di un accordo tra i conviventi, nell'idea dei proponenti, dovrebbe valere a differenziare nettamente il modello italiano dalle soluzioni presenti in altri ordinamenti. Se l'obiettivo che il legislatore si propone appare chiaro, le discrepanze interne alla normativa sono innumerevoli, in grado di instillare nell'interprete il dubbio di una stessa funzionalità applicativa dell'istituto. Titolari dei diritti, doveri e facoltà stabiliti dal disegno di legge sono “due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale”. La definizione fa dunque pensare ad un vincolo solidaristico che non richiede i caratteri della convivenza *more uxorio* e che ha carattere puramente fattuale. Non fosse che, da quanto emerge successivamente, il presupposto dell'applicazione delle disposizioni discende dalle dichiarazioni all'anagrafe civile, anche di uno solo dei conviventi (pur con obbligo di comunicazione all'altro); ROSSI E., *La Costituzione e i DICO, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa per le convivenze*, in *Politica del Diritto*, 2008, p. 124.

<sup>1261</sup> Gli avvicinamenti di tutela di queste diverse tipologie familiari all'unione coniugale avvengono gradualmente, già dalla fine degli anni Settanta, ad opera tanto di interventi legislativi specifici che di arresti giurisprudenziali. Si ricorda, per esigenza di brevità, a latere della materia privatistica, esclusivamente la nota estensione delle garanzie nel processo penale a mezzo della sentenza n. 6 del 1977 della Corte Costituzionale; Corte cost. 12 gennaio 1977, n. 6. Con riguardo al diritto privato si menzioneranno limitatamente la risalente assimilazione ad opera del formante giurisprudenziale del convivente di fatto al coniuge nella successione del contratto di locazione (poi confermata da Corte Cost., 7 aprile 1988, n. 404) e la scelta effettuata dal legislatore in tema di procreazione medicalmente assistita con la legge n. 40/2004. Per una sintesi più completa della rilevanza gradualmente assunta dalle convivenze *more uxorio* per il diritto si v. CORDIANO A., *Le unioni omoaffettive nell'ordinamento italiano. Troppo poco o... forse, troppo?*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), p. 3 ss.

<sup>1262</sup> Il quadro è piuttosto variopinto: vi sono Comuni che predispongono un Registro delle unioni civili (così, tra gli altri, Livorno, Pisa, Arezzo, Ferrara) e Comuni che decidono di rilasciare alle coppie omosessuali l'attestazione di famiglia anagrafica (Bologna, Bari, Padova, Torino, Santo Stefano di Cadore); LAZZARO C., *Identità di sesso ed istituzione matrimoniale*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), Gennaio 2015, p. 10.

Nel 2010, la Corte Costituzionale italiana è chiamata a confrontarsi apertamente per la prima volta con il carattere necessitato dell'eterosessualità in riferimento all'istituto matrimoniale nel nostro ordinamento. Si tratta della celebre sentenza n. 138 del 14 aprile 2010<sup>1263</sup>.

I giudici costituzionali trattano innanzitutto l'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione, statuendo che l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, rientri nelle formazioni sociali costituzionalmente rilevanti ai sensi di tale disposto. Da ciò discende un *“diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”*<sup>1264</sup>.

L'affermazione è importante, ma sembra perdere immediatamente di precettività nell'argomentazione della Consulta: se, da un lato, essa riconosce un diritto fondamentale della coppia, a cui riconnette la necessità di tutela giuridica, dall'altra, sembra lasciare un'ampia discrezionalità al legislatore sulle tempistiche, quasi legittimando un rinvio *ad libitum*<sup>1265</sup>. Altrettanta ampiezza discrezionale, apparentemente non sembra consentita al legislatore, invece, per quanto attiene alle modalità della tutela. La Corte, infatti, ricorrendo all'argomento comparatistico, non solo esclude che l'aspirazione al riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali possa essere realizzato solo attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio<sup>1266</sup>, ma sembra anche indirizzare

---

<sup>1263</sup> La questione giunge all'esame della Consulta attraverso due ordinanze di rimessione della Corte d'appello di Trento e del Tribunale di Venezia. I giudici *a quo* ritengono rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis* c.c., in rapporto agli artt. 2, 3, e 29 della Costituzione, nella parte in cui non prevedono la possibilità di contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso. In aggiunta, la Corte d'Appello di Trento emargina anche l'ulteriore parametro dell'art. 117 co. 1 Cost., in quanto la mancata previsione di un istituto giuridico di riconoscimento delle coppie dello stesso sesso violerebbe il diritto comunitario, ed in particolare le previsioni di cui agli artt. 7, 9 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che sanciscono il diritto di sposarsi e costituire una famiglia; FERRARI D., *La Corte Costituzionale e il Conseil Constitutionnel davanti ai matrimoni omosessuali*, in *Politica del diritto*, 2012, p.502 ss.

<sup>1264</sup> Corte cost., n. 138 del 2010, cons. dir., n. 8.

<sup>1265</sup> MASSA PINTO I., TRIPODINA C., *“Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”*. *Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, in *Diritto Pubblico*, 2010, p. 474.

<sup>1266</sup> La Consulta effettua infatti un *“[...] esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate”*; Corte cost., n. 128 del 2010, cons. dir., n. 8. In virtù di tale attività svolta, essa motiva anche circa l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sotto il profilo ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost., considerato che la disciplina straniera ed internazionale in materia di matrimonio *“non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna”*; Corte cost., n. 138 del 2010, cons. dir., n. 10.

il legislatore verso una soluzione diversa. Al momento di motivare l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale con riferimento alla lettura degli artt. 3 e 29 della Costituzione, i giudici utilizzano l'argomento "originalista"<sup>1267</sup> come limite all'interpretazione evolutiva. In virtù di tale tecnica ermeneutica, la Consulta reputa che la duttilità e versatilità dei concetti costituzionali non possa spingere l'interprete comunque ad incidere sul nucleo fondamentale delle sue norme, finendo per includere nelle stesse fenomeni e problematiche nemmeno prese in considerazione quando esse furono emanate<sup>1268</sup>. La Corte afferma che del nucleo dell'art. 29 Cost. faccia parte anche l'intendimento del matrimonio come unione necessariamente tra uomo e donna<sup>1269</sup>. Di conseguenza, la normativa del codice civile censurata dai giudici rimettenti, che contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. E' proprio nel motivare che la compatibilità della differenza del regime tra coppie dello stesso e di diverso sesso con l'art. 3 Cost., e dunque nel pronunciarsi sulla sua ragionevolezza, che la Consulta pone l'affermazione maggiormente laconica<sup>1270</sup>, sostenendo che "la normativa medesima non dà luogo ad una

---

<sup>1267</sup> L'argomento originalista è un tecnica argomentativa per cui "a ciascun enunciato normativo deve essere attribuito il significato che corrisponde alla volontà dell'emittente o autore dell'enunciato". Con riguardo alla Corte Costituzionale se ne parla per indicare il riferimento all'intento del costituente e dunque ai Lavori preparatori dell'Assemblea Costituente come limite all'interpretazione estensiva del testo costituzionale; così: TRIPODINA C., *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007, Quaderni del "gruppo di Pisa", Giappichelli, Torino, 2008.

<sup>1268</sup> Corte cost., n. 138 del 2010, cons. dir., n. 9.

<sup>1269</sup> La Corte fa leva sull'argomento storico ed evidenzia che il paradigma dell'unione tra persone dello stesso sesso era totalmente estraneo alla mentalità dei costituenti. Ad esso affianca l'argomento sistematico. La *sedes materiae* è dunque il fatto che la Carta, dopo aver trattato del matrimonio, si occupi della tutela dei figli testimonierebbe la natura prodromica alla procreazione dell'istituto: "La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio, che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale"; Corte cost., n. 138 del 2010, cons. dir., n. 9.

<sup>1270</sup> Per parte della dottrina, stante la frequente affermazione della discrezionalità dell'intervento del legislatore, per logica, la Corte avrebbe dovuto riconoscere al Parlamento la libertà di muoversi tra un minimo ed un massimo, non vincolandolo a un obbligo di riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma nemmeno precludendoglielo. Sul suo finale, la pronuncia parrebbe, in altri termini, statuire che il requisito dell'eterosessualità non possa essere superato perché il matrimonio "è sempre stato così", cioè poiché il carattere dell'istituto matrimoniale di unione stabile tra un uomo e una donna, rappresenterebbe una tradizione sedimentata di fronte alla quale vi è un'impotenza del legislatore. Cfr. PUGIOTTO A., *Una lettura non reticente della sent. n. 138 del 2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2011, p.7; MASSA PINTO I., TRIPODINA C., "Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio". *Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, cit., p. 487. Altra parte della dottrina ha invece accolto la pronuncia come un monito al legislatore a non superare questo significato del precetto,

irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio<sup>1271</sup>”.

Nel 2012 la Corte di Cassazione affronta la questione delle unioni omosessuali sotto il profilo del diritto privato internazionale e del riconoscimento di *status* familiari formatisi in conformità alla normativa straniera, con riferimento alla trascrivibilità di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero<sup>1272</sup>.

La Suprema Corte, pur rigettando la domanda, corregge la motivazione della sentenza della Corte d'Appello di Roma, affermando la non contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>1273</sup>. Forte del consolidato *trend* europeo nel riconoscere alle coppie dello stesso sesso lo *status* di unità familiari - richiamando sul punto anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*<sup>1274</sup> - la Cassazione conclude che la scelta di aprire il diritto al matrimonio alle coppie dello stesso sesso rientri a pieno titolo tra le possibilità a cui il legislatore può far ricorso<sup>1275</sup>. Di conseguenza, non si può parlare di inesistenza del matrimonio

---

non potendo includere le unioni omosessuali nella disciplina vigente del matrimonio. In questo senso, tra gli altri: CROCE M., *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); DAL CANTO F., *La Corte Costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, p. 1369.

<sup>1271</sup> Corte cost., n. 138 del 2010, cons. dir., n. 9.

<sup>1272</sup> I fatti di causa risalgono al 2004, quando una coppia italiana dello stesso sesso che ha contratto matrimonio nei Paesi Bassi nel 2002 ottiene il rifiuto dell'ufficiale di stato civile del comune di Latina di procedere alla trascrizione dell'atto di matrimonio. In primo grado il ricorso viene rigettato (Trib. Latina, 10 giugno 2005 (decr. n. 3), in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 1095) e la decisione è confermata anche dalla Corte d'Appello di Roma (App. Roma, 13 luglio 2006 (decr.), in *Riv. dir. int. priv. Proc.*, 2007, p. 426). I due collegi giudicanti argomentano che il matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero non sia suscettibile di essere nemmeno configurato come matrimonio nell'ordinamento interno, in quanto privo di un elemento essenziale, la diversità di sesso dei coniugi e sia dunque da ritenersi inesistente; GALIZIA D. A., *Sull'inesistenza e non trascrivibilità del matrimonio per identità di sesso*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 637 ss.

<sup>1273</sup> Tale impostazione è condannata dalla Suprema Corte sia perché determina effetti palesemente discriminatori in base all'orientamento sessuale, sia perché renderebbe incompatibile l'appartenenza dello Stato italiano all'Unione Europea, dal momento che alcuni Stati membri prevedono il matrimonio tra persone dello stesso sesso; Cass., Sez I, n. 4184 del 2012, motivi della decisione, punto 1.

<sup>1274</sup> DI BARI M., *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n.138/2010 della Corte Costituzionale*, in *Rivista giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, p. 1 ss.

<sup>1275</sup> Distanziandosi dunque dall'opinione che, a seguito della sentenza n.138/2010 della Corte Costituzionale, vedeva l'attuale testo dell'art. 29 come una preclusione alla discrezionalità del legislatore: “Ed allora, il limitato ma determinante effetto dell'interpretazione della Corte Europea - secondo cui “la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'articolo 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto” -, sta nell'aver fatto cadere il postulato implicito, il requisito minimo



omosessuale contratto all'estero, ma di una sua inidoneità a produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano, per la mancanza di un intervento legislativo che ne traduca la rilevanza in efficacia<sup>1276</sup>.

Per quanto attiene al profilo della spinta giurisprudenziale interna verso il riconoscimento delle unioni omo-affettive resta da considerare la pronuncia della Corte Costituzionale sul c.d. "divorzio imposto" nella sentenza n. 170 del 2014<sup>1277</sup>. Il c.d. "caso Bernaroli"<sup>1278</sup> approda a Palazzo della Consulta con un'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione, che solleva la *quaestio legitimitatis* degli artt. 2 e 4 della legge n.164/1982, nella parte in cui imporrebbero l'automatica cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio ove intervenga la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso. Vi è dunque, da un lato, l'interesse statale a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio. Dall'altro, si prefigura l'interesse della coppia a che la scelta

---

*indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi e, conseguentemente, nell'aver ritenuto incluso nell'art. 12 della CEDU anche il diritto al matrimonio omosessuale. La Corte Europea, in altri termini, sulla base della ricognizione delle differenze, anche profonde, delle legislazioni nazionali in materia, "che spaziano dal permesso dei matrimoni omosessuali al loro esplicito divieto", ha (soltanto) rimosso l'ostacolo - la diversità di sesso dei nubendi appunto - che impediva il riconoscimento del diritto al matrimonio omosessuale, riservando tuttavia la garanzia di tale diritto alle libere opzioni dei Parlamenti nazionali.";* Cass., Sez I, n. 4184 del 2012, motivi della decisione, punto 4.1.

<sup>1276</sup> Si legge, a conclusione delle motivazioni della decisione: "Infatti, se nel nostro ordinamento è compresa una norma - l'art. 12 della CEDU appunto, come interpretato dalla Corte Europea -, che ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi nel senso dianzi specificato (cfr., supra, n. 4.1.), ne segue che la giurisprudenza di questa Corte - secondo la quale la diversità di sesso dei nubendi è, unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante, requisito minimo indispensabile per la stessa "esistenza" del matrimonio civile, come atto giuridicamente rilevante - non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire "naturalistico", della stessa "esistenza" del matrimonio. Per tutte le ragioni ora dette, l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende -non più dalla loro "inesistenza" (cfr., supra, n. 2.2.2.), e neppure dalla loro "invalidità", ma - dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano"; Cass., Sez I, n. 4184 del 2012, motivi della decisione, punto 4.3.

<sup>1277</sup> Il caso è richiamato anche dalla Scheda di lettura del Progetto di Legge sulle unioni civili come "ennesima sollecitazione al Parlamento a legiferare".

<sup>1278</sup> Noto anche come il caso "delle due Alessandre", riguarda una coppia di coniugi in cui il marito aveva fatto ricorso alla rettificazione dell'attribuzione di sesso. A seguito del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del Tribunale di Bologna, il Comune di Finale Emilia procede all'annotazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio nei registri. La volontà delle coniugi è tuttavia quella di rimanere sposate. La questione giunge dunque in Cassazione dopo che la Corte d'Appello ha riformato la decisione del Tribunale di Modena e ritenuto che le disposizioni di legge comportino comunque lo scioglimento automatico del matrimonio, pur in assenza di domanda e manifestazione di volontà in tal senso. La Suprema Corte, pur reputando che le disposizioni legislative non lascino margini d'incertezza, riscontra nei loro effetti una perplessità di ordine costituzionale e rimette la questione alla Consulta; BALBONI M., GATTUSO M., *Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e "diritti fondamentali"*, in *GenIUS*, 2014, p. 6 ss.

compiuta da un coniuge con il consenso dell'altro - e relativa a un aspetto così significativo dell'identità personale - non sia penalizzata in maniera così totalizzante, con il sacrificio, sul piano giuridico, di tutto il pregresso vissuto. Secondo la Consulta<sup>1279</sup>, l'assetto legislativo risolve il contrasto in termini di tutela esclusiva dell'interesse statale, realizzando una violazione dell'art. 2 Costituzione, sicché si deve dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate, nella parte in cui non prevedono che, a seguito della sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi non sia consentito, ove ciò rispecchi la volontà di entrambi gli ex coniugi, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima<sup>1280</sup>.

La persistente inerzia del legislatore italiano comporta, l'anno successivo, la condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (*Oliari c. Italia*, 21 luglio 2015). La Corte infatti riscontra una violazione dell'art. 8 CEDU nell'assenza di una qualsiasi forma di tutela delle unioni omosessuali nell'ordinamento italiano, in virtù delle ripetute pronunce giurisprudenziali che hanno ribadito l'illegittimità della mancanza di una forma di regolamentazione delle unioni affettive tra persone dello stesso sesso<sup>1281</sup>.

Nella primavera del 2016<sup>1282</sup>, a seguito di strenui dibattiti che hanno interessato tanto il Parlamento quanto – e forse ancora più – l'opinione pubblica, viene approvata la legislazione italiana sull'unione civile<sup>1283</sup>. Il risultato è che le “forme” familiari riconosciute

---

<sup>1279</sup> Corte cost., sent. n. 170 del 2014, cons. dir., punto 5.6.

<sup>1280</sup> Quando la questione torna innanzi alla Corte di Cassazione essa si trova nella posizione di dover necessariamente mantenere in vita il matrimonio tra i coniugi fino all'intervento – nuovamente sollecitato - del Parlamento a regolamentare le unioni omosessuali. A tale proposito vi è dunque chi ha parlato con riferimento al caso Bernaroli del “primo (e forse unico) matrimonio omosessuale in Italia”; WINKLER M. M., *Same Sex Marriage, Italian Style*, in *Cardozo J. L. & Gender*, 2016, p. 1 ss. V. anche PATTI S., *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione “ancorché non più matrimoniale”*, in *Corriere Giuridico*, 2015, pp. 1048 ss.; AZZALINI M., *Dal “divorzio imposto” al matrimonio “risolutivamente condizionato”: le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, pp. 780 ss.

<sup>1281</sup> Per tutti, v. WINKLER M. M., *Il piombo e l'oro: riflessioni su caso Oliari c. Italia*, in *GenIUS*, n. 2, 2016, p. 46; SAVARESE E., *In margine al caso Oliari: ovvero di come il limbo italiano delle coppie omosessuali abbia violato gli obblighi positive dell'art. 8 CEDU*; in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 655.

<sup>1282</sup> E' bene sottolineare sin da ora che ben prima dell'introduzione della legge sulle unioni civili si collocano inoltre le aperture giurisprudenziali sotto il profilo dell'omogenitorialità per lo meno in materia di c.d. *stepchild adoption*, di cui disquisiremo ampiamente nel prosieguo.

<sup>1283</sup> In un saggio estremamente articolato e comprensivo del dibattito politico intorno alle unioni civili, Schillaci ripercorre l'iter parlamentare della legge, evidenziando la forte pressione esercitata dall'opinione pubblica. In particolare, rimarca la situazione di stallo che ha portato all'introduzione del maxi emendamento e all'apposizione della fiducia nel febbraio del 2016, con una rivoluzione dell'intero impianto della legge, che lasciasse fuori lo snodo di maggiore criticità

in Italia subiscono un importante cambiamento, il secondo “a stretto giro”, dopo la riforma della filiazione<sup>1284</sup>.

Con considerazione alla disciplina della convivenza di fatto, si è visto come la stessa sia, con riferimento a gran parte degli ordinamenti europei caratterizzata da una debole se non assente connotazione familiare<sup>1285</sup>. Lo stesso deve dirsi per quanto attiene all’istituto introdotto nell’ordinamento italiano. Secondo l’art. 1, co. 36 della legge n. 70/2016, infatti, conviventi di fatto sono due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza materiale e morale, ma non vincolate da rapporti di parentela, affinità, adozione, da matrimonio o unione civile. La stabile convivenza, in presenza dei presupposti di legge è accertata dalla dichiarazione anagrafica di cui all’art. 4 e alla lett. b) dell’art 13, D.P.R. n. 223 del 1989. La distinzione tra il trattamento della convivenza di fatto e la famiglia emergerebbe da una serie di circostanze: l’assenza di conseguenze sullo *status* civile<sup>1286</sup>, il limitato statuto giuridico di diritti contenuto nella legge<sup>1287</sup>, ma soprattutto la natura dei diritti riconosciuti che è stata

---

nella capacità aggregativa all’interno del Parlamento: l’omogenitorialità; SCHILLACI A., *Le unioni civili in Senato: diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento*, in *GenLus*, n. 2, 2016, pp. 18 ss.

<sup>1284</sup> SESTA M., *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge unione civile e convivenze: dall’unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1771. Numerosi i commenti dottrinali seguiti all’approvazione della legge. Tra tutti, AULETTA T., *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, p. 367; CASABURI G., *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 3.3.2016; CARIMINI F., *Le unioni civili: tra la famiglia “tradizionale” e nuovi “modelli” di comunione familiare*, in [www.comparazionediritto civile.it](http://www.comparazionediritto civile.it), 2016; SESTA M., *La disciplina dell’unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e Dir.*, 2016, p. 881; BUFFONE G., GATTUSO M., WINKLER M.M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017.

<sup>1285</sup> Cfr. *supra*, para 3.5.

<sup>1286</sup> Ed anzi, il legislatore limita in base allo stato civile dei conviventi l’insorgenza della convivenza; LENTI L., *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e Dir.*, 2016, p. 931.

<sup>1287</sup> Parte della dottrina individua comunque come vi siano una serie di indicatori di parificazione alla posizione del coniuge in relazione a diritti di assistenza, in particolare quelli di assistenza, che potrebbero far parlare di una pu “minima” tipologia di famiglia di fatto; GORASSINI A., *Convivenze di fatto e c.d. famiglie di fatto. Per una nuova definizione dello spazio topologico di settore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, p. 854. Per una conformazione familiare di tipo debole, in virtù dell’importanza dell’introduzione di uno statuto giuridico unitario che porta i conviventi fuori dalla sfera di indifferenza della legge anche AULETTA T., *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, p. 367. La natura “commista” a famiglia sarebbe data anche dai contenuti dei contratti di convivenza, previsti dall’art. 1, co. 53. Essi contengono, da un lato, alcune indicazioni estranee alla nozione di obbligazione, quale la fissazione della residenza (art. 1, co. 53, lett. a), dall’altro limitano la stessa autonomia negoziale sotto i profili dei regimi patrimoniali, ad esempio prevedendo la possibilità di fissare le modalità di contribuzione alla vita comune, ma solo sulla scorta del principio di proporzionalità dettato per i coniugi (art. 1, co. 53, lett. b); BALESTRA L., *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge - unioni civili, convivenze di fatto e “modello matrimoniale”*: prime riflessioni, in *Giur. It.*, 2016, p. 1771. In tal senso,

definita “in transito”<sup>1288</sup>. La differenza tra le situazioni giuridiche derivanti dalla convivenza e quelle di natura familiare si coglierebbe, infatti, nella considerazione che i primi sono destinati a nascere e morire con la convivenza, mentre i secondi, connessi ad uno *status* hanno una stabilità legata ad un dato giuridico e non solo fattuale<sup>1289</sup>.

Per quanto attiene ai profili di interesse per la ricerca, non risulta invece utile ripercorrere l’esatta ed articolata disciplina che conduce le coppie dello stesso sesso ad uscire “dal limbo dell’inesistenza giuridica”<sup>1290</sup>, quanto piuttosto considerare i caratteri che attengono a materie in grado di fornire indici di rilevanza della stessa sotto il profilo familiare.

Ad una prima lettura della legge, la natura giuridica dell’unione civile può non apparire immediata.

Come per il matrimonio, il legislatore non dà una definizione dell’unione civile<sup>1291</sup> – si limita ad “istituirla” (art. 1) – e a qualificarla come “specifica formazione sociale ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost.”. Già questa affermazione appare, secondo la dottrina prevalente, direzionata a distinguere l’istituto dal matrimonio di cui all’art. 29 Cost, ma non di per sé a differenziarlo dalla nozione giuridica di famiglia<sup>1292</sup>, la quale come noto è riconosciuta come formazione sociale ai sensi dell’art. 2<sup>1293</sup>.

A questa premessa non si può tuttavia non aggiungere che il legislatore sembra dirigere una particolare attenzione a non utilizzare né il termine “famiglia”, né tantomeno l’aggettivo “familiare” nella quasi totalità della legge. Il termine “sfugge” esclusivamente

---

anche SESTA M., *La disciplina dell’unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e Dir.*, 2016, p. 881.

<sup>1288</sup> BUFFONE G., *Nozione ed elementi costitutivi*, in ALBANO F., CASSANO G., CORDER P., OBERTO G., *Le tutele nella famiglia*, Giuffrè, 2018, p. 467.

<sup>1289</sup> Si pensi alla solidarietà post-coniugale e all’assegno divorzile; BUFFONE G., *Nozione ed elementi costitutivi*, in ALBANO F., CASSANO G., CORDER P., OBERTO G., *Le tutele nella famiglia*, Giuffrè, 2018, p. 866.

<sup>1290</sup> CASABURI G., *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 3.3.2016, p. 1. L’immagine del limbo ricorre anche in un saggio di Savarese, in cui egli analizza la decisione della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso Oliari, definendo la violazione riscontrata dalla Corte di Strasburgo quale frutto del contrasto tra l’insieme dei principi e decisioni giudiziarie anche interne e “il panorama desertico di forme di tutela interna”; SAVARESE E., *In margine al caso Oliari: ovvero di come il limbo italiano delle coppie omosessuali abbia violato gli obblighi positive dell’art. 8 CEDU*; in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 655.

<sup>1291</sup> Non è mancato chi, sulla base dei caratteri dell’unione e degli indici normativi ne ha tentato una definizione. Così ad esempio si è parlato di “relazione ufficializzata di natura affettiva, intercorrente tra due persone dello stesso sesso, che si estrinseca in una convivenza, connotata da un comune progetto di vita e assistenza reciproca e materiale”; CARIMINI F., *Le unioni civili: tra la famiglia “tradizionale” e nuovi “modelli” di comunione familiare*, in [www.comparazionediritto.it](http://www.comparazionediritto.it), 2016, p. 4.

<sup>1292</sup> GATTUSO M., *Unione civile: tecnica legislativa, natura giuridica e assetto costituzionale*, in (a cura di) BUFFONE G., GATTUSO M., WINKLER M.M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017, p. 50.

<sup>1293</sup> Cfr., *supra*, para 5.1.

all'art. 12, che prevede che le parti dell'unione civile concordino tra loro "l'indirizzo della vita familiare". Esso potrebbe apparire quasi più come una svista, che quale implicito riconoscimento del carattere della relazione affettiva portata avanti dalle parti, se si consideri non solo che l'intera legge opta per il più generico aggettivo "comune", ma che lo stesso comma 12, che risulta "ricalcato" sull'art 144 c.c., parla subito dopo non di residenza della famiglia, ma di residenza comune. E ancora all'art. 1, comma 11 della l. n. 76/2016, che riprende il contenuto dell'art. 143 c.c. sui diritti e doveri dei coniugi, si prevede un obbligo di contribuzione "ai bisogni comuni" e non della famiglia. Gli esempi di questo tipo sono plurimi.

Va tuttavia evidenziato che ad escludere che la qualifica di "vita familiare" si debba ascrivere ad un *lapsus* del legislatore<sup>1294</sup> potrebbe valere già anche la Relazione illustrativa allo Schema del decreto legislativo attuativo delle modifiche alle norme di diritto internazionale privato - ai sensi della delega contenuta all'art. 1, co. 28, lett. b) della legge n. 76/2016 (d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 7) – la quale, nel porsi come attuativa di quel trattamento omogeneo rispetto al matrimonio demandato dalla Costituzione, esprime tra le sue finalità quelle di adeguarsi al contesto europeo, richiamando tanto la nozione di "familiare" nelle direttive comunitarie, quanto la nozione di "vita familiare" ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>1295</sup>.

In ogni caso – e se anche non si voglia considerare che l'adozione della stessa legge è sollecitata proprio dalla condanna intervenuta per la violazione del diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU nel caso *Oliari c. Italia*<sup>1296</sup> - appare comunque doveroso interrogarsi sulla natura "sostanziale" dell'istituto, nonché qualificarlo alla luce

---

<sup>1294</sup> In questi termini, invece tanto CASABURI G., *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, in *www.articolo29.it*, 3.3.2016, p. 18, che DOGLIOTTI M., *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?)*, in *Fam. E Dir.*, 2016, p. 874.

<sup>1295</sup> Si legge infatti nel documento che: "La necessità di introdurre nel sistema giuridico l'istituto e di disciplinarne le conseguenze legali è nata sulla spinta di un ampio consenso europeo, dimostrato anche dall'adozione, nell'ambito dell'Unione, di una legislazione che ha incluso il partner dello stesso sesso tra i familiari (Direttiva 2003/86 sul diritto al ricongiungimento familiare e 2004/38 sul diritto alla libera circolazione). La Corte di Strasburgo ha definito "artificiale" un approccio che continui ad escludere dal concetto di vita familiare le coppie dello stesso sesso stabilmente legate, con la conseguenza che Governi sono tenuti ad assicurare il rispetto della vita familiare alle coppie omosessuali"; Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante: "Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76", p. 18 (reperibile al sito della Camera: [http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0346\\_F001.pdf&leg=XVII](http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0346_F001.pdf&leg=XVII)).

<sup>1296</sup> Cfr. *supra*, para. 3.2.

dell'assetto costituzionale, così come risultante anche dalle pronunce costituzionali e di legittimità – nonché delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo - che si sono viste intervenire a partire dal 2010 e fino all'istituzione dell'unione civile.

Sotto il profilo sostanziale, infatti, sono numerosi gli indici che si tratti di un modello familiare: il riscontro di una forma familiare andrebbe ricercato nella sua funzione di promozione della persona, attraverso un consolidato modello di vita improntato alla collaborazione, alla contribuzione e all'assistenza morale e materiale<sup>1297</sup>.

Innanzitutto, va considerato che la costituzione dell'unione civile incide sullo stato civile della persona, *status* che – come noto – rappresenta storicamente il dominio del diritto di famiglia rispetto all'ambito contrattuale<sup>1298</sup>. Dalla legge n. 76/2016, d'altronde, viene modificata anche la nozione di stato libero ai sensi dell'art. 86 c.c., il quale si qualifica ora come una nozione unitaria che comprende l'assenza di ogni vincolo giuridico “familiare”, sia esso matrimonio o unione civile<sup>1299</sup>.

La dottrina è largamente concorde nel ritenere, dunque, che la costituzione dell'unione civile generi un nuovo rapporto di natura familiare, che si pone accanto al coniugio, alla parentela o all'affinità<sup>1300</sup>.

Militano in tal senso le identità di norme con il matrimonio in riferimento agli impedimenti ed alla validità dell'atto, la previsione di un cognome comune, la circostanza che ad essere regolati non siano solo rapporti di natura patrimoniale e dunque obbligatoria – notoriamente, gli unici a risultare nella disponibilità dell'autonomia negoziale privata e a contribuire alla qualificazione del contratto – ma vi sia il riferimento all'affettività del legame di coppia<sup>1301</sup>.

Va inoltre considerata, a chiusura del sistema, la norma di cui all'art. 1, co. 20 della legge n. 76/2016 - della quale si disquisirà più ampiamente nel prosieguo – che assicura un trattamento omogeneo con i coniugi in tutta una serie di materie in cui a venire in evidenza sono istituti di natura familiare (ad es. l'espreso rinvio all'art. 146 c.c.

---

<sup>1297</sup> AULETTA T., *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?* (L. 20 maggio 2016, n. 76), in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, p. 367.

<sup>1298</sup> Cfr. *supra*, para 2.5.

<sup>1299</sup> FERRANDO G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli, 2017, p. 221.

<sup>1300</sup> GATTUSO M., *Unione civile: tecnica legislativa, natura giuridica e assetto costituzionale*, in (a cura di) BUFFONE G., GATTUSO M., WINKLER M.M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017, p. 50. In tal senso si veda anche CASABURI G., *La costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*, in *GenIus*, n. 2, 2016, p. 64.

<sup>1301</sup> Pur se in sede di definizione delle convivenze (art. 1, co. 36).



sull'allontanamento dalla residenza familiare o all'art. 167 c.c. il quale disciplina il fondo patrimoniale in funzione dei "bisogni della famiglia").

Non basterebbe ad ostacolare il riconoscimento della natura familiare, dunque, quella che viene percepita come una delle maggiori divergenze rispetto all'assetto familiare fondato sul matrimonio: l'assenza dei vincoli giuridici di affinità e dunque l'entrata a pieno titolo nella famiglia del partner<sup>1302</sup>.

Per quanto attiene alla conformità a Costituzione della qualifica come famiglia della coppia unita civilmente, si è già ampiamente disquisito di come non si condivida l'idea che possa configurarsi una famiglia solo qualora fondata sul matrimonio e si aderisca piuttosto ad una visione familiare pluralista, risultante dal combinato disposto degli artt. 2 e 29 Cost., per la quale la famiglia legittima costituirebbe esclusivamente *species* del più ampio *genus* famiglia.

La qualifica familiare non assume solo un valore simbolico, ma è rilevante per tutti gli effetti che in altri ambiti (ad esempio, amministrativo o penale) il diritto riconduca all'esistenza di una famiglia<sup>1303</sup>.

Nel concludere le nozioni sulla natura familiare della coppia unita civilmente, vanno innestati alcuni spunti che derivano dalla comparazione.

Si è visto infatti che nel tendenziale allargamento delle maglie familiari, la tutela delle coppie dello stesso sesso è riferibile a scelte di strumenti normativi differenziati, riconducibili ad istituti che si collocano su due piani di intento.

Da un lato, vi è il "modello parificativo" dato dall'estensione dell'istituto matrimoniale; dall'altro, un modello "assimilativo", ottenuto con l'introduzione di istituti di diversa valenza (pubblicistica come l'unione registrata o privatistica, per tramite di strumenti contrattuali) che rappresentino un'alternativa al matrimonio<sup>1304</sup>.

---

<sup>1302</sup> AULETTA T., *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?* (L. 20 maggio 2016, n. 76), in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, p. 367.

<sup>1303</sup> Peraltro si evidenzia come la giurisprudenza amministrativa si sia trovata a confrontarsi quasi immediatamente dopo l'entrata in vigore della legge con l'esigenza di eliminare trattamenti differenziati tra matrimonio ed unione civile per quanto attiene alla "celebrazione" (*sensu lato*, posto che il legislatore sceglie di non utilizzare tale termine nella legge, ma di parlare di "costituzione"). Nel dichiarare illegittima la delibera comunale che prevedeva la conclusione dell'unione civile in sedi diverse da quelle che il Comune adibiva al matrimonio, il Tribunale amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione di Brescia argomenta sulla base della natura familiare del diverso istituto voluto dal legislatore, la quale esclude il trattamento discriminatorio delle coppie formate da persone dello stesso sesso; Tribunale amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia, 29.12.2016.

<sup>1304</sup> CORDIANO A., *Le unioni omoaffettive nell'ordinamento italiano. Troppo poco o... forse troppo?*, in [www.comparazionediritto civile.it](http://www.comparazionediritto civile.it), p. 2.

Il modello italiano si porrebbe secondo taluni, sul piano di un'assimilazione atipica<sup>1305</sup>, per la circostanza di attingere parzialmente da entrambi i modelli.

Per quanto invece attiene al secondo profilo che ci interessa, va sottolineata l'assenza nella legge di disposizioni attinenti al c.d. piano verticale della famiglia e dunque che riguardino aspetti giuridici della pur concreta possibilità di crescita di figli nell'ambito della coppia omosessuale.

Come rimarcato da autorevole dottrina, la legge italiana sulle unioni civili viene approvata con “un buco nel cuore<sup>1306</sup>”.

Il riferimento è all'adozione co-parentale, ovvero alla c.d. *stepchild adoption*. L'anglicismo è utilizzato per fare riferimento in maniera unitaria all'utilizzo dell'istituto adottivo ai fini di dare riconoscimento giuridico al legame familiare sociale già esistente tra il figlio ed il convivente del genitore, il quale può essere con quest'ultimo in una relazione formalizzata o meno.

Il disegno di legge originariamente presentato in Senato nel gennaio del 2016 - d.d.l. n. 2081, cosiddetto Cirinnà, intitolato “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze” - nella sua formulazione originaria, si presentava come un testo che, in maniera “ordinata” distingueva nettamente due ipotesi. Da un lato (Capo I, artt. 1-10), esso prevedeva per le coppie dello stesso sesso il diritto di costituire un'unione civile, introducendo dunque nell'ordinamento italiano il relativo *status*, connotato da una pluralità di diritti ed obblighi. Dall'altro (Capo II, artt. 11-22), riconosceva alle coppie di fatto sia eterosessuali (non sposate) sia omosessuali (non unite civilmente) l'attribuzione di alcuni diritti, connessi all'esistenza di un rapporto affettivo stabile alla base della convivenza<sup>1307</sup>.

Esso includeva due articoli in tema di adozione.

Il primo (art. 3, co. 4) escludeva espressamente le parti dell'unione civile dall'adozione piena, cioè dalla possibilità di adottare congiuntamente un minore ai sensi dell'art. 6 l. n. 184/1083. Si prospettava, invece, all'art. 5, l'estensione della possibilità di adozione in casi particolari ex art. 44, primo comma, lett. b della legge sull'adozione – storicamente

---

<sup>1305</sup> CORDIANO A., *Le unioni omoaffettive nell'ordinamento italiano. Troppo poco o... forse troppo?*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), p. 7.

<sup>1306</sup> SCHILLACI A., *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 26.2.2016.

<sup>1307</sup> Per un'analisi si veda, tra tutti: TRIMARCHI M., *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci ed ombre*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2016.

riservata al coniuge - anche alla parte dell'unione civile, nel caso in cui il minore sia figlio (anche adottivo) dell'altra parte dell'unione civile.

Da queste pur scarse disposizioni normative era possibile rinvenire dunque tre distinte valutazioni da parte del legislatore.

La prima coincidente con una conferma della convinzione che il minore in stato di abbandono possa diventare figlio adottivo in senso pieno solo di una coppia di coniugi sposata da almeno tre anni, non separata neppure di fatto e capace di educarlo, istruirlo e mantenerlo, ribadendo una posizione privilegiata del matrimonio nella filiazione adottiva.

La seconda atteneva l'esigenza di tenere comunque in considerazione la situazione dei minori che concretamente si trovassero a veder coincidere il loro nucleo di crescita con una coppia omogenitoriale, prevedendo la possibilità di rendere tale legame sociale un vincolo giuridico. Alla base, dunque, vi era la preminente considerazione dell'interesse del minore a veder coincidere il piano della realtà fenomenica con il piano del diritto, ma se ne doveva desumere anche una valutazione con riguardo alla stabilità del rapporto di coppia tra persone unite civilmente, da equipararsi a quella matrimoniale.

La terza considerazione si ricava in via combinata dal trattamento riservato alle coppie dello stesso sesso e alle coppie di fatto: queste ultime infatti, pur ricevendo una disciplina nello stesso atto legislativo, nemmeno vengono considerate ai fini dell'adozione.

In altre parole, il legislatore - a distanza di oltre trent'anni dall'adozione della legge n. 184/1983 - conferma che al minore che versi in stato di abbandono debba in via quasi esclusiva - restano salve infatti le ipotesi residuali di cui all'art. 44 della stessa legge - essere "fornita" una nuova famiglia che presenti i caratteri non solo della forma strutturale storicamente ricalcata sul modello che deriva dalla procreazione naturale e dunque eterosessuale e bigenitoriale, ma anche dotata di quella formalizzazione prevalutata dal diritto come garanzia di "serietà d'intenti": il matrimonio.

Questo approccio muta drasticamente nella legge effettivamente approvata.

Con l'intensificarsi del dibattito nell'opinione pubblica si assiste ad un inversamente proporzionale depotenziamento del disegno originale, il cui effetto ultimo è che il testo confluisce - a stretto giro per la sua approvazione - all'interno di un maxi-emendamento composto da un unico articolo, ma suddiviso in ben 69 commi, una formulazione che,

oltre a rendere macchinosa l'individuazione delle norme in esso contenute, confonde i piani dei due istituti regolati, ontologicamente invece radicalmente distinti<sup>1308</sup>.

Con riguardo all'adozione, la disposizione normativa relativa alla c.d. *stepchild adoption* sparisce.

L'unica menzione all'adozione è contenuta all'interno di un paragrafo dell'art. 1, co. 20, della legge n. 76/2016, il quale inserisce la c.d. clausola generale di equivalenza fra unione civile e matrimonio.

La norma di cui al comma 20 è unanimemente ritenuta centrale nella legge, in quanto affonda le radici nella necessità di assicurare all'unione civile un trattamento omogeneo a quello del matrimonio. Come evidenziato da alcuni commentatori, ne getta lo statuto dei diritti e doveri (non a caso, sostituisce l'art. 3 dell'originario disegno di legge, che titolava al "regime giuridico" dell'unione): ne rappresenta il "cuore pulsante"<sup>1309</sup>.

Si tratta di una clausola strutturata sull'antinomia tra regola ed eccezione.

Il comma 20 rappresenterebbe una norma nomopoietica<sup>1310</sup>, in quanto stabilisce la traslazione della disciplina matrimoniale (tutte le norme "che si riferiscono al matrimonio") con un'espressione di comando ("si applicano"), non lasciando dubbio circa la sua valenza precettiva.

Sono previste due eccezioni.

La prima attiene alla disciplina codicistica non espressamente richiamata.

Tra le ipotesi di non applicazione nell'ambito del codice civile, quella che assume indubbio rilievo per la nostra ricerca è l'esclusione degli artt. 74 e ss. c.c., la quale comporta che dall'unione civile non derivino rapporti di parentela o affinità.

Tale scelta – se come si è già detto non incide sulla qualificazione familiare dell'istituto – divide la dottrina circa la sua legittimità. Da un lato, vi è chi la ritiene coerente con la volontà legislativa di attuare delle differenziazioni tra matrimonio e unione civile, sotto profili che non siano tacciabili di una disomogeneità - onde evitare anche il rischio di duplicazione dell'istituto matrimoniale – in quanto non si tratterebbe di esclusione in

---

<sup>1308</sup> CASABURI G., *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 3.3.2016, punto 2.

<sup>1309</sup> SCHILLACI A., *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 26.2.2016.

<sup>1310</sup> GATTUSO M., *La clausola generale di equivalenza*, in (a cura di) BUFFONE G., GATTUSO M., WINKLER M. M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017, p. 223.

grado di incidere sui diritti e doveri reciproci delle parti<sup>1311</sup>. Dall'altro, vi è chi non ritiene l'esclusione in linea con la coscienza sociale, secondo la quale dal formarsi della coppia deriva un ingresso a pieno titolo di ciascun membro nella famiglia dell'altro<sup>1312</sup>.

A noi pare piuttosto che le due questioni della parentela e dell'affinità dovrebbero andare trattate separatamente.

Da un lato, l'esclusione della parentela, non potendo assiologicamente prescindere dal profilo della discendenza e dunque dall'esistenza della filiazione, si presenta come priva di contraddizione all'interno di una legge caratterizzata dall'assenza di strumenti che considerino il verificarsi di contesti omogenitoriali e dunque priva dell'estensione di istituti (quali l'adozione o la PMA) che consentano a soggetti che non sono naturalmente in grado di procreare di diventare genitori di un minore. D'altronde, qualora il minore si trovasse comunque a crescere all'interno di una coppia dello stesso sesso ed il legame con gli adulti fosse un vincolo di filiazione accertato per il diritto nei confronti di uno o di entrambi i genitori ad impedire il propagarsi della parentela non basterebbe l'esclusione dell'art. 1, co. 20, della l. n. 76/2016, applicandosi la regola di cui all'art. 74 c.c. necessariamente in virtù dell'unicità di *status*, in quanto il minore sarebbe comunque a tutti gli effetti da considerarsi figlio nato fuori dal matrimonio.

Diverso è quanto attiene all'affinità, riguardando la stessa legami che si instaurano in virtù della costituzione del vincolo tra la coppia di adulti. Essa sì, dunque, probabilmente è stata considerata dal legislatore, che, nel non prendere una posizione esplicita sulla natura familiare dell'istituto, ha anche scelto di escludere l'applicazione di una norma che è "comunemente sentita" come entrata reciproca nel nucleo familiare dell'altro componente della coppia. Apparirebbe una volontà di distinguere la famiglia legittima come più permeante sotto gli effetti della trasposizione del sentire sociale in sentire giuridico e dunque, come ha sottolineato parte della dottrina, di confermare un'impostazione per la quale gli effetti dell'unione civile riguarderebbero solo i membri della coppia che la costituiscono<sup>1313</sup>. In un certo senso, dunque, parrebbe delinearsi una volontà del legislatore di creare una distinzione tra l'istituto matrimoniale e quello dell'unione civile, che più che guardare alla sostanza dei diritti o alla sua natura familiare

---

<sup>1311</sup> CIANCI A.G., *Le altre disposizioni riferite al coniuge e al matrimonio*, in (a cura di) BIANCA C.M., *Le unioni civili e le convivenze*, Giappichelli, 2017, p. 290.

<sup>1312</sup> AULETTA T., *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?* (L. 20 maggio 2016, n. 76), in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, p. 367.

<sup>1313</sup> SESTA M., *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e Dir.*, 2016, p. 855.

guarda alla volontà di isolarne gli effetti alla dimensione c.d. orizzontale della famiglia, precludendo una dimensione giuridica che esuli da quella dei rapporti dei membri della coppia.

Ciò anche e soprattutto in virtù della seconda grossa e comprensiva eccezione alla clausola generale di equivalenza.

La seconda proposizione contenuta all'art. 1, co. 20, della l. n. 76/2016, esclude l'equivalenza tra matrimonio e unione civile con riguardo alle disposizioni della legge sull'adozione (l. n. 184/1983).

Questa posizione di chiusura apparirebbe immediatamente attenuata, dalla terza proposizione contenuta al comma 20 dello stesso articolo, la quale contiene quella che è stata definita da alcuni come "clausola di salvaguardia"<sup>1314</sup>. La formulazione della norma appare per la verità a prima lettura un'apposizione priva di potenzialità precettiva o comunque tautologica. Essa recita infatti: "Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti". Quale esigenza si può riscontrare per il legislatore di rimarcare che ciò che è consentito dal diritto è lecito e tale rimane anche a seguito di una modifica che non lo intende intaccare?

Per parte della dottrina, dunque, quel "resta fermo" confermerebbe l'intangibilità dell'attuale assetto normativo e la volontà del legislatore di escludere la coppia dello stesso sesso *in toto* dall'istituto adottivo<sup>1315</sup>.

La dottrina prevalente ritiene invece che tale atteggiamento di chiusura sia solo apparente e che la clausola, in virtù del sistema ermeneutico che governa l'intero ordinamento,

---

<sup>1314</sup> GATTUSO M., La clausola generale di equivalenza, in (a cura di) BUFFONE G., GATTUSO M., WINKLER M.M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017, p. 237.

<sup>1315</sup> SESTA M., *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1771. Per taluni, la legge sarebbe interamente indirizzata all'esclusione della filiazione nel contesto omosessuale, testimoniata non solo dalla mancata estensione dell'istituto adottivo, ma anche dall'assenza di disposizioni riguardo ai figli per il caso di scioglimento dell'unione (art. 1, co. 25); MORACE PINELLI A., *Il problema della filiazione nell'unione civile*, in (a cura di) BIANCA C. M., *Le unioni civili e le convivenze*, Giappichelli, 2017, p. 303. Tale ultima affermazione andrebbe invece corretta da una considerazione sistematica dei rinvii effettuati dalla legge. Sicché se è vera l'assenza di norme che considerino la nascita del vincolo di filiazione e dunque di norme che attengano a qualsiasi *species* dell'attribuzione della genitorialità, lo stesso non può dirsi con riguardo alla fase patologica dello scioglimento del vincolo, il quale lo si ricordi, è sottoposto alla procedura semplificata di cui all'art.1, co. 24. A titolo non esaustivo, il comma 25 dell'art. 1 della l. n. 76/2016 rinvia a diverse disposizioni della legge sul divorzio nella loro interezza, le quali contengono ovviamente espliciti riferimenti ai figli della coppia. Su tutti, l'art. 4, co. 4, della l. n. 898/1970 prevede l'esigenza di indicare l'esistenza di eventuali figli comuni nella domanda di scioglimento, l'art. 4, co. 8 l'ordinanza del Presidente del Tribunale, contenente i provvedimenti provvisori e urgenti nell'interesse della prole; BUFFONE G., GATTUSO M., WINKLER M.M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017, p. 252.



debba interpretarsi in modo tale da farvi risalire una “utilità” *sensu lato*: l'apposizione di una norma effettivamente in grado di mutare la realtà giuridica, con un contenuto affermativo. L'effetto della clausola di salvaguardia sarebbe quello di consentire determinati standard “minimi” di tutela nell'interesse del minore<sup>1316</sup> e dunque di ammettere alcune ipotesi adottive, per le quali l'eventuale distinzione si risolverebbe in una discriminazione eminentemente fondata sull'orientamento sessuale e non su un vincolo diversamente qualificato dall'ordinamento. Ciò avverrebbe con riferimento a due circostanze. Da un lato, consentendo l'applicazione di tutte quelle norme comunque contenute nella legge sull'adozione in cui la presenza del rapporto di coniugio non costituisca requisito di applicazione<sup>1317</sup>, dall'altro ammettendo – o se non altro prendendo una posizione di tolleranza, nei confronti della prassi applicativa in materia di adozioni in casi particolari - già consolidata al tempo dell'adozione della legge - pur evitando di prendere un'esplicita posizione a riguardo<sup>1318</sup> e non precludendosi così l'ottenimento della maggioranza necessaria per l'approvazione della legge<sup>1319</sup>.

### **5.6.1. Formante giurisprudenziale e nozione di famiglia: l'adozione in casi particolari di cui alla legge 183/1984**

Negli ultimi anni l'istituto dell'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, lett. d) della l. n. 183/1984 – discutibilmente mai residuale<sup>1320</sup> – ha visto dilatarsi i margini del suo

---

<sup>1316</sup> A ritenere che la disposizione di cui all'art. 1, co. 2 non escluda *in toto* l'applicazione della legge sull'adozione, tra i tanti: BELLELLI A., *La disciplina della filiazione nella legge sulle unioni civili*, in (a cura di) BIANCA C. M., *Le unioni civili e le convivenze*, Giappichelli, 2017, p. 320; FERRANDO G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli, 2017, p. 231; BUFFONE G., GATTUSO M., WINKLER M.M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017, p. 250; MOROZZO DELLA ROCCA P., *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1023.

<sup>1317</sup> Nella legge sull'adozione si fa infatti riferimento ai coniugi da un lato per l'adozione c.d. legittimante ex art. 6, dall'altro, per l'ipotesi di cui all'art. 44 lett.b), cioè per l'adozione da parte del coniuge del figlio dell'altro coniuge. Non si riscontrano invece preclusioni per quanto attiene all'affido familiare; BUFFONE G., GATTUSO M., WINKLER M.M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017, p. 248.

<sup>1318</sup> Definita da taluni come “*abdicazione alla giurisprudenza, da parte del legislatore, di quella funzione, che pure dovrebbe istituzionalmente competergli, di interprete e protagonista dell'adeguamento dell'ordinamento alla coscienza sociale*”; QUADRI E., *Unioni civili: la disciplina del rapporto*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2016, p. 1689.

<sup>1319</sup> MOROZZO DELLA ROCCA P., *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corr. giur.*, 2016, at p. 1023.

<sup>1320</sup> Secondo il Ministero della Giustizia, nel 2015 sono intervenute un totale di 1057 adozioni c.d. legittimanti sul territorio italiano e 621 pronunce di accoglimento di domande di adozione in casi particolari. Tra queste ultime, vi sono 417 adozioni ai sensi dell'art. 44, lett. b) e 163 sentenza

utilizzo. Proprio in tale materia il formante giurisprudenziale ha dimostrato estrema vivacità, in un susseguirsi di pronunce che hanno reso quanto mai vivo il dibattito sul ruolo creativo della giurisprudenza. Soprattutto, “l’attivismo giurisprudenziale<sup>1321</sup>” parrebbe aver evidenziato i confini “estensibili” della nozione familiare nell’ordinamento italiano, nella sua nuova “isola centrale<sup>1322</sup>”, quella della filiazione e dei relativi *status*.

Sebbene la maggior parte delle pronunce intervenute e considerate riguardino figli cresciuti in contesti omogenitoriali, questi minori non sono gli unici interessati, essendo l’istituto previsto dall’art. 44, co. 1, lett. d) della legge n. 184/1983 di ampio utilizzo anche per l’adozione da parte di genitori eterosessuali che non possiedano i requisiti per la c.d. adozione legittimante, e ciò non in virtù del loro orientamento sessuale, ma per l’assenza del vincolo matrimoniale.

Nel trattare la filiazione adottiva si è accennato come, accanto all’adozione c.d. legittimante aperta esclusivamente alle coppie coniugate aventi i requisiti di cui all’art. 6 l. n. 183/1984 - l’unica che nel previgente regime era anche con sicurezza considerabile quale adozione piena<sup>1323</sup> - il legislatore si sia premurato di inserire una serie di ipotesi di adozione “speciale”, c.d. adozione in casi particolari, soggetta a requisiti talvolta meno stringenti e comunque a presupposti differenziati.

Tra queste ipotesi rientra quella di cui all’art. 44, lett. d), che consente l’adozione anche a soggetti non coniugati – con ciò dovendosi intendere tanto una persona singola quanto una coppia, qualora vi sia la “constata impossibilità di affidamento preadottivo”. E’ tale espressione ad essere al centro di un dibattito interpretativo, dal cui esito sembra dipendere, allo stato attuale, la tutela riconosciuta ai minori che crescano nelle c.d. “famiglie arcobaleno”, cioè con genitori – uno dei quali “solo sociale” – dello stesso sesso.

Secondo l’interpretazione più risalente - ora considerata restrittiva - la funzione dell’ipotesi contemplata dalla lettera d) dell’art. 44 è quella di fornire uno strumento di tutela in quei casi in cui, indubbio lo stato di abbandono del minore, l’adozione piena

---

pronunciate ai sensi dell’art. 44, lett. d). I dati rimangono stabili nel 2016, anno che conta 380 adozioni ai sensi dell’art. 44, lett. b) e 165 ai sensi dell’art. 44, lett. d). I dossier sull’adozione sono disponibili al Centro Studi Statistici del Ministero della Giustizia: [http://www.centrostudinisida.it/Statistica/Adozione\\_affidamento.html](http://www.centrostudinisida.it/Statistica/Adozione_affidamento.html) [ultimo accesso: 19.1.2018].

<sup>1321</sup> CASTRONOVO C., *L’aporia tra ius dice e ius facere*, in *Europa e Diritto Privato*, 2016, p. 981.

<sup>1322</sup> Cfr. *supra*, para. 5.1., PARADISO M., *Navigando nell’arcipelago familiare. Itaca non c’è*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, p. 1306 ss

<sup>1323</sup> Cfr. *supra*, para 5.2.

non rappresenti un'opzione effettivamente percorribile, a causa di circostanze di fatto attinenti il minore. Tale "impossibilità di fatto"<sup>1324</sup> nella dichiarazione di adozione piena può risiedere in tutta una serie di situazioni e caratteristiche del minore che incidono sulla "appetibilità" della sua adozione, come ad esempio l'età avanzata o la presenza di condizioni di salute precarie o complesse o ancora una storia o un passato personale travagliato, in grado di complicare il suo collocamento presso una famiglia adottiva.

Tale interpretazione è stata a lungo ritenuta prevalente tanto in dottrina quanto dalla giurisprudenza, anche di legittimità. Appena nel 2015, la Corte di Cassazione, infatti, ritiene che le fattispecie di adozione in casi particolari previste dalla norma di cui all'art 44 siano tassative e di stretta interpretazione ed evidenzia dunque che l'adozione per impossibilità di affidamento pre-adoztivo rappresenta un'ipotesi "subordinata al mancato esito dell'adozione legittimante" e risulta "contrario alla ratio legis dell'art. 44 dilatare la nozione di "impossibilità di affidamento pre-adoztivo" ricomprendendovi non solo l'ipotesi del mancato reperimento (o del rifiuto) di aspiranti all'adozione legittimante ma anche l'ipotesi del contrasto con l'interesse del minore, in quanto criterio guida di tutta la normativa sull'adozione"<sup>1325</sup>". In altre parole, l'art. 44 lett. d) della l. n. 183/1984 è interpretato come rispondente all'esigenza di garantire una famiglia a quei minori che, pur soffrendo lo stato di abbandono, riscontrino delle effettive difficoltà nel trovare una coppia in possesso degli stringenti requisiti di cui all'art. 6 della stessa legge che sia disposta ad adottarli.

Nell'estate del 2014 il Tribunale per i minorenni di Roma rende la prima sentenza italiana che si pronunci a favore dell'adozione in un contesto omogenitoriale<sup>1326</sup>. La decisione

---

<sup>1324</sup> In tal senso, v. BESSONE M., FERRANDO G., *Minori e maggiori di età (Adozione dei)* in *Novissimo Dig. Civ.*, 1984, p. 90; DOGLIOTTI M., CATTANEO G., in SESTA M., *Codice della famiglia*. Tomo I, Giuffrè, 2007, p. 2453.; GIUSTI A., *L'adozione dei minori in casi particolari*, in BONILINI G., CATTANEO G., *Il diritto di famiglia. III. Filiazione e adozione*, UTET, 2007, p. 540; CENDON P., *La famiglia e le persone*, UTET, 2008, p. 298.

<sup>1325</sup> Vedi Cass., 2.2.2015, n. 1792, la quale richiama anche come proprio precedente Cass., n. 22292 del 2013.

<sup>1326</sup> Nel caso di specie, la ricorrente e la madre biologica dell'adottanda avevano una relazione stabile da anni, formalizzata da un matrimonio in Spagna, dove avevano concordato che una delle due donne si sottoponesse ad inseminazione eterologa. La figlia nata aveva dunque da sempre convissuto con entrambe le donne. Volendo formalizzare il suo ruolo, la compagna della madre biologica aveva dunque avanzato la domanda di adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, lett. d) della legge n. 184/1983. Sulla decisione del Tribunale per i minorenni di Roma del 30 luglio 2014 la dottrina è copiosa. Si segnalano, fra i tanti, i commenti di CARRANO R., PONZANI M., *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali*, in *Fam. e Dir.*, 2014, p. 1533; LONG J., *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*; in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, p. 10109; RUO M. G., *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, in *Fam e Dir.*, 2015, p. 574.

affronta una questione preliminare slegata da considerazioni legate all'orientamento sessuale<sup>1327</sup>. La Corte si interroga, *in primis*, su se sia possibile nel nostro ordinamento dare riconoscimento alla figura del c.d. *step-parent* tramite l'istituto dell'adozione, qualora il genitore sociale sia il convivente e non il coniuge del genitore del figlio biologico o adottivo.

Come noto, infatti, la lettera b) dell'art. 44, co. 1, l. n. 184/1983 è l'unica ipotesi espressa nel nostro ordinamento di adozione co-parentale, cioè di adozione del figlio biologico o adottivo del partner. Essa postula che tra adottante e genitore legale dell'adottando sussista il coniugio, risultando esclusa dall'applicazione di tale articolo ogni altra situazione di genitorialità sociale. Peraltro, l'art. 48, co. 1, della l. adoz. detta una regola in materia di responsabilità genitoriale, prevedendo che tanto nei casi di adozione congiunta dei coniugi, quanto in quella di adozione del minore da parte del coniuge di uno dei genitori, la responsabilità genitoriale sul minore ed il relativo esercizio spettino ad entrambi<sup>1328</sup>. Dal dettato dell'art. 48, co. 1, l. adoz. deriverebbe un'implicazione spesso non dovutamente considerata da dottrina e giurisprudenza: tutte le altre ipotesi di adozione del minore in casi particolari avrebbero il naturale effetto di trasferire la responsabilità genitoriale all'adottante, con conseguente perdita della titolarità e dell'esercizio della stessa in capo al precedente genitore legale<sup>1329</sup>.

Il percorso motivazionale dalla sentenza del Collegio di Roma influenza profondamente i successivi arresti giurisprudenziali. Esso inizia dall'enfatizzare come la disciplina dell'adozione in casi particolari sia essenzialmente improntata alla verifica che l'adozione realizzi il preminente interesse del minore, da intendersi come tutela prioritaria delle sue

---

<sup>1327</sup> La sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma non rappresenta la prima decisione che si occupi della questione dell'omogenitorialità. Nel 2013, infatti la Corte di Cassazione si era occupata del tema in relazione alla domanda di affidamento esclusivo avanzata da un padre in ragione della circostanza che la madre convivesse stabilmente con una donna. Nel rigettare la richiesta dell'uomo, la Corte afferma che il diniego dell'affidamento al genitore in ragione del suo orientamento sessuale non solo si configura come discriminatorio, ma si basa sulla presunzione – senza riscontro probatorio – che tale circostanza pregiudichi il minore; Cass., 11 gennaio 2013, n. 601.

<sup>1328</sup> La previsione è riformata dal d. lgs. n. 154/2013 esclusivamente per quanto attiene alla nozione di responsabilità genitoriale in luogo di potestà, ma ricalca la norma generale prevista dall'art. 316 c.c. sull'attribuzione tanto della titolarità, quanto dell'esercizio della responsabilità genitoriale; cfr. *supra*, para. 5.3.

<sup>1329</sup> BONILINI G., CONFORTINI M., *Codice commentato di famiglia, minori, soggetti deboli*, UTET, 2014, p. 4743.

migliori condizioni di sviluppo psico-fisico<sup>1330</sup>. Tra le tassative ipotesi previste dalla legge, tanto la lettera a) che la lettera b) dell'art. 44, co. 1, l. adoz. configurano l'adozione in casi particolari come strumento di protezione giuridica di un legame esistente socialmente tra il bambino ed un adulto<sup>1331</sup>. La Corte osserva, tuttavia, che anche l'applicazione della fattispecie prevista dalla lettera d) del medesimo articolo della legge n. 184/1983 per formalizzare i legami creatisi con gli affidatari<sup>1332</sup> rivela come l'asservimento della disciplina adottiva al superiore interesse del minore legittimi l'utilizzo dell'istituto per preservare legami affettivi di carattere familiare che sussistano in concreto<sup>1333</sup> tra il minore ed una coppia di adulti o un adulto singolo<sup>1334</sup>. La Corte aderisce all'impostazione che emerge da tali ampliamenti giurisprudenziali, volti ad evidenziare come l'idea di "impossibilità di affidamento pre-adoztivo" ricomprenda ipotesi più ampie della sola impossibilità di fatto e comprensive della c.d. impossibilità "di diritto"<sup>1335</sup>. Il Collegio Capitolino ritiene perciò che l'"impossibilità dell'affido preventivo" sia soddisfatta anche quando ricorra un ostacolo giuridico, dato dall'assenza di stato di abbandono del minore,

---

<sup>1330</sup> La Corte ritiene peraltro che la disciplina dell'adozione in casi particolari risponda in via generale alla *ratio* di favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e persone che si prendano già cura di lui nella concreta realtà dei suoi affetti; Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, p. 2.

<sup>1331</sup> Si ricordi che l'ipotesi di cui alla lett. a) riguarda l'adozione dell'orfano da parte dei parenti o da persona legata preesistente rapporto stabile e duraturo – dopo l'intervento della legge n. 173/2015 – anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento. Esso presume dunque presuma una garanzia del suo sviluppo psico-fisico nella preservazione della realtà familiare in cui ha mosso i primi passi la sua identità. Cfr. *supra*, para 5.5.

<sup>1332</sup> Prima dell'introduzione della legge n. 173 del 2015 era infatti invalsa la prassi di utilizzare l'art. 44, co. 1, lett. d) della l. n. 184/1983 per dichiarare l'adozione del minore in situazioni in cui l'affidamento familiare si era protratto a lungo ed il forzoso distacco dagli affidatari e la conseguente rottura dei legami affettivi così formati sarebbe risultato contrario al suo interesse; RUO M. G., *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, in *Fam e Dir.*, 2015, p. 574. Cfr. anche *supra*, para 5.3.

<sup>1333</sup> A titolo non esaustivo, l'"impossibilità di affidamento preadoztivo" è anche alla base di pronunce che, prima dell'adozione della legge n. 40/2004 hanno consentito alla coppia di genitori intenzionale di instaurare il rapporto di filiazione con il bambino nato da madre surrogata, nonché per dare veste giuridica a rapporti di cura del minore sconosciuti alla tradizione giuridica occidentale, quale l'istituto di diritto islamico della *Kafalah*. Sulla varietà di prassi applicative che – prima della pronuncia del Tribunale Capitolino - hanno interessato la lettera d) dell'art. 44, co. 1, l. n. 184/1983 si veda, per tutti, FERRANDO G., *L'adozione in casi particolari del figlio naturale del coniuge*, in *Corriere Giur.*, 2012, p. 91. Si segnala anche che, recentemente, la Corte di Cassazione ha confermato l'interpretazione estensiva dell'impossibilità di affidamento preadoztivo della lettera d) come impossibilità non solo di fatto ma anche di diritto nel respingere la domanda di revoca dell'adozione in casi particolari pronunciata ai sensi dell'art. 44 lett d) in favore di una coppia eterosessuale di affidatari proposta dai genitori biologici del minore; Cass., 16 aprile 2018, n. 9373.

<sup>1334</sup> Il co. 3 dell'art. 44 consentono infatti – nei casi di cui alle lett. a), c) e d) – l'adozione anche a chi non è coniugato.

<sup>1335</sup> Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, pp. 4-5.

la quale preclude la dichiarazione di adottabilità. Tale impostazione sarebbe peraltro fedele alla *littera legis* dell'art. 44, co. 1, la quale prevede che in tutte le ipotesi di adozione in casi particolari si possa prescindere dalla sussistenza delle condizioni di cui all'art. 7, co. 1 e dunque dall'avvenuta dichiarazione di adottabilità. Se è vero che la stessa, infatti, radica generalmente sullo stato di abbandono del minore, una preclusione allo stato di adottabilità può sussistere anche in circostanze differenti, quale la presenza di un genitore che già si prenda cura del minore<sup>1336</sup>. Per i giudici, inoltre, non vale ad escludere la pronuncia di adozione a favore del partner non coniugato la circostanza che l'adozione coparentale prevista dalla lett. b) del medesimo articolo richieda il rapporto di coniugio, avendo volontariamente il legislatore inteso che il riscontro dei requisiti previsti alla lettera d) potesse portare ad una pronuncia in favore anche di persone non coniugate<sup>1337</sup>. In ultimo, l'esclusione di partner dello stesso sesso sulla base dell'orientamento sessuale si porrebbe in ovvio contrasto con il principio di uguaglianza posto dalla nostra Costituzione, nonché con l'interpretazione del divieto di discriminazione derivante dal rispetto degli obblighi internazionali<sup>1338</sup>.

La decisione del Tribunale per i minorenni di Roma del 2014 diviene un c.d. *leading case*. Negli anni a venire si susseguono un crescente numero di richieste di adozione a favore del partner del genitore legale ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. d) l. adoz. – soprattutto in contesti di coppie del medesimo sesso – le quali portano in maggioranza ad esiti favorevoli<sup>1339</sup>.

---

<sup>1336</sup> Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, p. 5.

<sup>1337</sup> Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, p. 6.

<sup>1338</sup> I giudici citano espressamente la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed in particolare la sentenza *X e altri c. Austria* della Grande Camera, la quale era intervenuta l'anno precedente; Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, p. 8. Cfr. anche *supra*, para 3.2.

<sup>1339</sup> Si segnalano tra le pronunce favorevoli intervenute prima dell'entrata in vigore della legge n. 76/2016, altre due pronunce del Tribunale Capitolino: Trib. Min. Roma, 22 ottobre 2015 e Trib. Min. Roma, 23 dicembre 2015. L'ultima pronuncia – ad esito della quale il legame di filiazione è accertato nei confronti di una coppia di padri – è in realtà la prima sentenza che disponga l'adozione coparentale a favore del partner omosessuale a passare in giudicato; SCHILLACI A., *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2016, p. 1. Emergono anche alcune pronunce che si discostano dalla proposta lettura dell'impossibilità di affidamento preadottivo quale impossibilità di diritto. In particolare, due sentenze del Tribunale per i minorenni di Torino dell'11 settembre 2015, le quali rigettano due domande di adozione, entrambe avanzate dalla compagna della madre biologica. Esse analizzano le pretese sia ex lett. b) che ex lett. d) dell'art. 44, co. 1, della l. n. 184/1983, aderendo alle letture originaliste di entrambe le ipotesi e dunque escludendone l'applicabilità; NOCCO A., *L'adozione del figlio del convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44 lett. d), l. n. 184/1983*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, p. 10205. Un'altra decisione del Tribunale per i minorenni di Torino del 23 ottobre 2015, la quale nega l'adozione da parte del convivente viene ribaltata in appello l'anno successivo (App. Torino, 27 maggio 2016). Si segnala in questa sede anche la decisione della Corte



Nella primavera del 2016, la discussione parlamentare sulla legge sulle unioni civili genera aspettative sulla fine delle ambivalenze e dei possibili doppi standard in materia. Come si è anticipato, l'attesa netta presa di posizione da parte del legislatore non avviene ed anzi, la soluzione adottata genera – se possibile – maggiori incertezze interpretative<sup>1340</sup>. In concomitanza all'approvazione della legge sulle unioni civili il 21 maggio 2016, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 12962 del 26 maggio 2016, conferma l'interpretazione dell'art. 44, co., 1, lett. d) della l. n. 184/1983 data dal tribunale di Roma nella sentenza n. 299 del 30 luglio 2014<sup>1341</sup>.

La Corte Suprema ritiene che tutte le ipotesi di adozione speciale condividano la circostanza di prescindere dalla sussistenza di uno stato di abbandono del minore adottando<sup>1342</sup>. In particolare, sostenere la necessità della situazione di abbandono nei casi di cui alla lettera d), condurrebbe ad escludere sempre che la pronuncia di adozione possa intervenire per consolidare una relazione già instaurata con il minore, la quale è condizione relazionale assiologicamente incompatibile con la nozione di abbandono<sup>1343</sup>. Per l'applicazione della norma è dunque irrilevante se l'impedimento all'adozione sia fattuale o giuridico perché il principio ispiratore della materia resta l'effettiva realizzazione dell'interesse del minore<sup>1344</sup>. In conclusione, la Corte di Cassazione considera

---

d'appello di Milano del 16 ottobre 2015. La questione affrontata dalla Corte non attiene all'applicazione diretta dell'art. 44, co. 1, lett. d) della l. adoz., ma ad una vicenda complessa che contiene la domanda di riconoscimento di un provvedimento di adozione legittimante intervenuto in Spagna a favore della coniuge della madre. Negata la trascrizione del matrimonio estero, la Corte d'appello, nel riconoscere l'efficacia del provvedimento di adozione straniero ai sensi degli artt. 64 ss. della l. n. 218/1995, individua nella prassi applicativa dell'art. 44, co. 1, lett. d) della l. adoz. la prova essenziale dell'astratta ammissibilità dell'adozione in favore di un soggetto non coniugato con la madre nel nostro ordinamento; ATTADEMO L., *La "stepchild adoption" omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), l. n. 184/1983 e nella l. n. 218/1995*, in *Corriere Giur.*, 2016, p. 1203.

<sup>1340</sup> Cfr. *supra*, para 4.5.

<sup>1341</sup> Il gravame e proposto dal Governo era già stato rigettato in secondo grado (App. Roma, 23 dicembre 2015) e la posizione di favore nei confronti dell'adozione coparentale da parte del partner dello stesso sesso del genitore legale è confermata con l'ultimo grado di giudizio.

<sup>1342</sup> Secondo i giudici la circostanza sarebbe confermata anche dal disposto dell'art. 11 co.1 della l. adoz. che prevede che il Tribunale per i minorenni debba dichiarare lo stato di adottabilità "salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'art. 44"; Cass., 26 maggio 2016, n. 12962, p. 32.

<sup>1343</sup> Cass., 26 maggio 2016, n. 12962, p. 33.

<sup>1344</sup> Cass., 26 maggio 2016, n. 12962, p. 36. Per la Corte il riconoscimento di forti legami sociali è sicuramente nell'interesse del minore, qualunque sia la relazione (formalizzata o *de facto*) che intercorre tra gli adulti. Un'affermazione desumibile tanto dalle linee ispiratrici degli interventi legislativi nazionali in tema di filiazione quanto dalla nozione di vita familiare che emerge dall'art. 8 CEDU così come interpretata dalla Corte di Strasburgo. In particolare, la sentenza *X e altri c. Austria* della Grande Camera è ancora una volta citata in relazione all'applicazione del paradigma

l'applicazione dell'art. 44, co. 1, lett. d) l. n. 184/1983 come basata su due elementi. Il presupposto applicativo imprescindibile è la riscontrata assenza dei requisiti per l'adozione piena ai sensi dell'art. 6 l. adoz. Se tale condizione è soddisfatta, il requisito dell'impossibilità di affidamento preadottivo deve ritenersi riscontrato quando l'adottando viva già in una c.d. famiglia di fatto con l'adottante e l'adozione appaia come rispondente al suo superiore interesse<sup>1345</sup>.

Subito dopo l'approvazione della legge sulle unioni civili, quindi, le Corti di merito si trovano ad operare in una situazione di incertezza. Da un lato, il legislatore evita espressamente di prendere una posizione chiara sulle relazioni tra minori e genitori in

---

antidiscriminatorio; Cass., 26 maggio 2016, n. 12962, p. 37. Si ritiene di sottolineare in questa sede come appaia impropria l'esclusiva considerazione della giurisprudenza della Grande Camera nel caso *X e altri c. Austria* e non anche del precedente *Gas e Dubois c. Francia*. I casi differiscono per circostanze importanti e vi è maggiore affinità dell'ordinamento italiano alla censurata normativa francese piuttosto che a quella austriaca. L'assenza del riscontro di un trattamento discriminatorio nel caso che interessa lo Stato francese è infatti dettata dalla circostanza che la normativa francese non consentisse l'accesso alla c.d. *stepchild adoption* alle coppie non sposate, sicché doveva ritenersi non concretata una violazione degli artt. 8 e 14 trovandosi le coppie eterosessuali ed omosessuali non sposate innanzi ad un trattamento omogeneo. Per contro, la normativa austriaca censurata dalla Corte di Strasburgo prevedeva la possibilità di adozione coparentale per tutte le coppie, anche di fatto, purché eterosessuali. E' evidente dunque come si tratti di situazioni molto differenti e quella dell'ordinamento italiano corrisponda maggiormente alla situazione francese. Dalla lettura delle sentenze, altrettanto evidente è che ad essere censurata dalla Corte non è mai la scelta – ritenuta nel margine discrezionale degli Stati parti – circa la necessità del vincolo coniugale ma un trattamento disomogeneo in sola virtù dell'orientamento sessuale; cfr. *supra*, para 3.2.

<sup>1345</sup> A seguito dell'arresto della Suprema Corte, i contributi dottrinali in tema di adozione coparentale e omogenitorialità sono numerosi. Alcune posizioni verranno in rilievo nell'effettuare alcune riflessioni critiche nel prosieguo, ma si evidenzia sin d'ora che sulla tematica la dottrina risulta estremamente divisa, con prese di posizioni talvolta forti. Tra gli autori che plaudono la posizione assunta dalla giurisprudenza di merito e di legittimità e guardano alle pronunce come "pietre miliari" nella protezione dei minori e nel divieto di discriminazioni fondate su ragioni di genere e orientamento sessuale: FERRANDO G., *Il problema dell'adozione del figlio del partner: commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, p. 1213; STEFANELLI S., *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, in *GenIus*, Anno III: numero 2, dicembre 2016, p. 102; SCALERA A., *Adozione incrociata del figlio del partner e omogenitorialità tra interpretazione del diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Fam. e Dir.*, 2016, p. 584. Escludono che l'attività interpretativa posta in essere dalla Corte di Cassazione non si configuri come ultronea rispetto allo scopo per cui è concepita la disposizione, rihiedendosi un intervento legislativo o della Consulta: MOROZZO DELLA ROCCA P., *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corriere Giur.*, 2016, p. 1203; SPADAFORA A., *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*, in *Giur. It.*, 2016, p. 2573. Arrivano invece a ritenere che la giurisprudenza ponga in essere un "malizioso" sconfinamento nella discrezionalità legislativa: CASTRONOVO C., *L'aporia tra ius dice e ius facere*, in *Europa e Diritto Privato*, 2016, p. 981; GIACOBBE E., *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, "vivens", condendum*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2016, p. 237; MORACE PINELLI A., *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. e Dir.*, 2017, p. 719.

coppie omosessuali e di fatto<sup>1346</sup>. Il valore da attribuirsi alla c.d. “clausola di salvaguardia<sup>1347</sup>” per cui “*resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*” suscita dubbi interpretativi tanto in dottrina quanto in giurisprudenza: una chiusura totale o una conferma validativa di una prassi applicativa giurisprudenziale nota al legislatore? Dall’altro lato, vi è la Corte di Cassazione, che, con la sua autorità nomopoietica, conferma la legittimità della c.d. *stepchild adoption* ai sensi dell’art. 44, lett. d) della legge sull’adozione.

In questo panorama non lineare, la prima presa di posizione dei giudici di merito successiva all’approvazione della legge sulle unioni civili è di diniego della c.d. *stepchild adoption* in assenza di un vincolo di coniugio. Si tratta di due decisioni del Tribunale per i minorenni di Milano della fine del 2016<sup>1348</sup>. Anche in questo caso, le argomentazioni sono fondanti per la comprensione della situazione di incertezza venutasi a creare. Il Tribunale meneghino ritiene che i presupposti di applicazione dell’art. 44 lett. d) legge 184/1983 non sussistano. L’esigenza di rafforzare legami affettivi in una nuova unità familiare, costituitasi in presenza di un genitore che eserciti adeguatamente la responsabilità genitoriale – in cui rientrano i casi di specie – risponde infatti alla *ratio* della lettera b) dell’art. 44<sup>1349</sup>. Per questo motivo, l’ipotesi è anche l’unica “equipaggiata” per far fronte all’esigenza di mantenere la responsabilità in capo al genitore che già eserciti la responsabilità genitoriale sul minore. Tale circostanza è confermata dall’art. 48 della l. adoz., che prescrive che il genitore adottivo possa esercitare la responsabilità genitoriale congiuntamente con l’altro genitore solo in riferimento alla lett. b). Non vi è dubbio, dunque, che i casi di specie si configurino in realtà come casi di adozione ex art. 44 lett. b) in cui manca l’imprescindibile presupposto di legge del coniugio<sup>1350</sup>. Secondo i giudici

---

<sup>1346</sup> L’iniziale apertura espressa alla c.d. *stepchild adoption* nei confronti delle parti dell’unione civile contenuta nell’originario disegno di legge c.d. Cirinnà, nel mirino dell’opinione pubblica scompare, onde semplificare l’iter di approvazione della legge in Parlamento. Si ribadisce, peraltro, che mai viene comunque presa in considerazione, nemmeno nel progetto originario, l’estensione dell’art. 44, co. 1, lett. b) alle coppie di fatto; CASABURI G., *Convivenze e unioni civili: una prima lettura della nuova legge*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it). Cfr. anche *supra*, para 5.5.

<sup>1347</sup> Cfr. *supra*, para 5.5.

<sup>1348</sup> La prima riunisce in un unico procedimento due domande di c.d. adozione incrociata e riguardano due minori “socialmente sorelle”, cresciute in un nucleo familiare composto da due madri. Ciascuna delle due donne chiede dunque alla Corte di pronunciare l’adozione nei confronti della figlia biologica dell’altra (Trib. Min. Milano, 13 settembre 2016, n. 261). Una seconda pronuncia riguarda la domanda di adozione avanzata dal convivente eterosessuale della madre biologica dell’adottando (Trib. Min. Milano, 20 ottobre 2016, n. 268). Avverso la sentenza n. 261/2016 è proposto appello, accolto dalla Corte d’appello di Milano il 9 febbraio 2017.

<sup>1349</sup> Trib. Min. Milano, 13 settembre 2016, n. 261, p. 3-4.

<sup>1350</sup> Trib. Min. Milano, 13 settembre 2016, n. 261, p. 12.

di Milano, le più recenti riforme legislative confermano la volontà del legislatore di mantenere tale requisito saldo. Infatti, sia la legge n. 173 del 2015 che la legge n. 76 del 2016 rappresentano indizi della circostanza che il legislatore abbia ragionato sulla genitorialità sociale e sull'opportunità di estendere la c.d. *stepchild adoption* al di fuori del matrimonio, e abbia scelto di non esercitare la propria discrezionalità in tal senso<sup>1351</sup>.

Nell'anno successive, la giurisprudenza di merito è caratterizzata da un'alternanza di pronunce affermative dell'adozione coparentale in assenza del vincolo di coniugio<sup>1352</sup> e dinieghi<sup>1353</sup>, alcuni dei quali successivamente appellati. Una situazione che esemplifica l'estensione dell'incertezza che ruota intorno alla posizione dei c.d. *stepchildren*, cioè di quei figli che crescano in nuclei familiari con un genitore legale ed un genitore sociale – indipendentemente dal sesso di quest'ultimo – e della – tangibile – possibilità di estese discriminazioni nel trattamento degli stessi.

La logica delle sentenze di diniego della *stepchild adoption* in assenza di un legame di coniugio tra adottante e genitore legale dell'adottando sposa tuttavia le preoccupazioni di quella parte della dottrina che si interroga sul grado di interferenza di siffatta ermeneutica sulla discrezionalità del legislatore<sup>1354</sup>.

Le perplessità sull'orientamento giurisprudenziale che afferma la possibilità di disporre la *stepchild adoption* a favore del partner del genitore legale emergono con considerazione al sistema complessivo dell'adozione in casi particolari. Innanzitutto, l'attenta analisi delle tassative ipotesi di legge rende evidente la natura residuale e di “norma di chiusura del

---

<sup>1351</sup> Trib. Min. Milano, 13 settembre 2016, n. 261, p. 21.

<sup>1352</sup> In tal senso, Trib. Min. Venezia, 31 maggio 2017; Trib. Min. Bologna, 6 luglio 2017, Trib. Min. Bologna 31 agosto 2017.

<sup>1353</sup> In particolare, la sentenza resa dal Tribunale dei Minorenni di Palermo il 3 luglio 2017 adotta un interessante percorso argomentativo. I giudici infatti aderiscono all'interpretazione estensiva dell'art. 44 lett d) l. adoz. così come confermata anche dalla Cassazione nella sentenza n. 12962/2016. Evidenziano, tuttavia, come né la Cassazione né i giudici che si siano interrogati della questione in precedenza abbiano preso propriamente in considerazione gli effetti delle adozioni così pronunciate. Secondo i giudici palermitani, stante che la *littera legis* dell'art. 48 l. adoz. consente la prosecuzione della responsabilità genitoriale in capo al genitore pre-esistente solo nei casi di coniugio, il consenso prestato dal genitore all'adozione ai sensi dell'art. 46 avrebbe gli effetti equivalenti ad un'abdicazione della responsabilità genitoriale. L'adozione viene dunque rigettata nella convinzione che la pronuncia dell'adozione in favore del convivente che intervenga non ai sensi dell'art. 44, lett. b) non potrebbe che implicare la terminazione del precedente legame genitoriale; Trib. Min. Palermo, 3 luglio, 2017, p. 4. Rigetta la richiesta di *stepchild adoption* ai sensi dell'art. 44 lett. d) anche il Tribunale per i minorenni di Napoli, con sentenza n. 48 dell'8 marzo 2018, riformata in appello (App. Napoli, 15 giugno 2018).

<sup>1354</sup> Sul punto, si è parlato di un passaggio “dall'interpretazione della legge all'interpretazione in supplenza della legge”; MOROZZO DELLA ROCCA P., *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corriere Giur.*, 2016, p. 1203.

sistema” della lett. d). Per contro, le pronunce in merito di *stepchild adoption* avrebbero l’effetto di trasformare la lettera d) in strumento generale di riconoscimento della filiazione giuridica in capo al genitore sociale<sup>1355</sup>. Una generalizzazione che avrebbe l’effetto di rendere superflua la stessa lettera a) dell’art. 44. Non si vedrebbe, infatti, la necessità di specificare la rilevanza di un previo rapporto affettivo con il minore nell’adozione dell’orfano se la sussistenza dello stesso fosse sufficiente al riscontro dei presupposti per l’adozione ai sensi dell’art. 44, lett. d), anche quando vi sia presente un genitore che esercita la responsabilità genitoriale<sup>1356</sup>. E’ però il rapporto tra lett. b) e lett. d) a creare le maggiori perplessità, in quanto appare evidente come la *ratio* sottesa alle pronunce di adozione del figlio a favore del partner del genitore sia perfettamente sovrapponibile con quella che il legislatore ha tutelato espressamente con l’ipotesi di cui alla lettera b)<sup>1357</sup>. L’interpretazione estensiva della lett. d) produrrebbe un risultato non previsto dalla legge, in quanto si risolverebbe in ogni caso in un’innovazione del quadro normativo previsto dalla legge. A seconda dell’impostazione alla quale si preferisca aderire, essa opererebbe una “integrazione pretoria” dell’art. 44 co. 1 lett. b)<sup>1358</sup> o, ancora, l’implementazione di un nuovo criterio che va ad abrogare l’art. 44 lett. b)<sup>1359</sup> della legge sull’adozione. Vi è infine chi parla dell’introduzione di un’adozione “consensuale<sup>1360</sup>” ogni qualvolta sia coinvolta la genitorialità sociale.

---

<sup>1355</sup> Un problema, quello della genitorialità sociale, che invece andrebbe affrontato e risolto dal legislatore. In tal senso, MORACE PINELLI A., *Per una riforma dell’adozione*, in *Fam. e Dir.*, 2017, p. 721; BIANCA C. M., *Note per una revisione dell’istituto dell’adozione*, in *jusvile*, 2018, p. 62.

<sup>1356</sup> BILOTTI E., *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2017, p. 870.

<sup>1357</sup> In altre parole, la differenza di nomen iuris tra le due fattispecie si limiterebbe infatti alla non coincidenza dei legittimati, configurandosi la lettera b) quale fattispecie tipizzata di una tutela genericamente rientrante nella lettera d). Sicché la lettera d) da ipotesi residuale diverrebbe il contenitore di una serie di situazioni tra cui quelle analoghe alla fattispecie tipizzata dalla lettera b) per cui manchino i requisiti di legittimazione attiva. Si tratta di una evidente inversione di prospettiva rispetto alla *intentio legis* alla sua introduzione.

<sup>1358</sup> In tal senso si esprime Castronovo, il quale eterna una visione estremamente critica dell’attività ermeneutica esercitata dalle Corti in materia di adozione coparentale. Si tratterebbe infatti di un campo in cui la giurisprudenza avrebbe aggiunto una fattispecie a quelle tassativamente previste dalla legge, in spregio del dato letterale della stessa. Né tantomeno sarebbe invocabile una necessità evolutiva, in quanto l’iter parlamentare dell’intervento in tema di unioni civili varrebbe a manifestazione di conferma di escludere chi non è coniuge dall’adozione coparentale; CASTRONOVO C., *L’aporia tra ius dice e ius facere*, in *Europa e Diritto Privato*, 2016, p. 981.

<sup>1359</sup> CIPRIANI M., *La prima sentenza italiana a favore dell’adozione nelle famiglie omogenitoriali*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2015, p. 179.

<sup>1360</sup> GIACOBBE E., *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, “vivens”, condendum*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2016, p. 237.

Quanto emerge, in ogni caso, è che, per l'effetto di tale interpretazione, i requisiti prescritti per l'adozione ex art. 44 lett. b) diventano parametri "esiliati"<sup>1361</sup>. Non convincono pienamente, infatti, le motivazioni addotte onde escludere che la lettura evolutiva della lettera d) non "aggiri" il dato letterale della lettera b). Si è parlato infatti della tipizzazione del presupposto del matrimonio nella lett. b) come di un modello di riferimento non esclusivo<sup>1362</sup>, il quale non esclude che nell'apprezzamento giudiziale possa essere applicata la clausola residuale della lettera d) a situazioni analoghe<sup>1363</sup>, considerate equamente meritevoli di tutela. Parte della dottrina ha attaccato le sentenze di rigetto, definendole più interessate a negare il desiderio di genitorialità degli adulti<sup>1364</sup>, che a riflettere sui diritti dei minori<sup>1365</sup>. Indubbio è infatti che, nel merito e nei suoi esiti,

---

<sup>1361</sup> Significativa in tal senso, l'articolata pronuncia che ha riformato la sentenza n. 261 del Tribunale per i minorenni di Milano (App. Milano, 9.2.2017). In essa, la Corte d'appello di Milano, si indirizza ai requisiti previsti dalle singole ipotesi di adozione in caso particolare come "semplici" pre-condizioni, le quali si piegherebbero innanzi a ben più pregnante valore del superiore interesse del minore; App. Milano, 9.2.2017, pp. 43-44.

<sup>1362</sup> Così, Ferrando, che ritiene che il fatto che la legge preveda espressamente l'adozione del coniuge non indichi nella famiglia tradizionale fondata sul matrimonio un modello esclusivo, circostanza che sarebbe confermata anche dall'ammissione dell'adozione a favore dell'ex coniuge da parte della giurisprudenza, qualora si ravvisi un legame significativo con il minore. Il riferimento è a Cass., 19 ottobre 2011, n. 21651; FERRANDO G., *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, p. 171.

<sup>1363</sup> L'interpretazione estensiva della lettera d) sarebbe conforme ad una risalente pronuncia di rigetto della Corte Costituzionale in tema di adozione in casi particolari (Corte Cost., 7 ottobre 1999, n. 383), nella quale essa configura la lettera d) quale ulteriore "valvola" per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle lettere a) e b). Di conseguenza, ciò varrebbe a confermare la possibilità di attuare un'interpretazione evolutiva, conforme tanto ai principi costituzionali del nostro ordinamento quanto agli obblighi internazionali. L'illegittimità dell'estensione non potrebbe affermarsi solo in virtù della circostanza che le potenzialità espansive della lettera d) possono talvolta coincidere con situazioni che presentano similarità con quelle previste dalla lettera b), in quanto non esauriscono il suo campo applicativo; CIRAIOLO C., *Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La stepchild adoption*, in *Corriere Giur.*, 2017, p. 798.

<sup>1364</sup> Per la dottrina, l'atteggiamento chiuso di alcune Corti radicherebbe sul timore di avvallare la formazione di un c.d. "diritto ad adottare" degli adulti e non piuttosto a riflettere approfonditamente nel caso concreto sull'interesse di minori che sono già nati ed accuditi nel contesto genitoriale di cui si discute la creazione *ex novo* come rapporto di filiazione giuridicamente rilevante; NOCCO A., *Un'altra pronuncia di secondo grado dice sì all'adozione co-parentale in contesti omogenitoriali: un nuovo passo verso la costruzione di una nozione giuridica inclusiva di "famiglia" con l'aiuto dei principi internazionali*, in *GenIus*, n. 2, 2018, p. 119.

<sup>1365</sup> L'adozione coparentale si presenterebbe infatti come garanzia dell'affettività del minore. Risponderebbe all'esplicazione di un diritto del minore "allo status", conforme anche all'assetto assunto dalla disciplina italiana della filiazione dopo la Riforma del 2012-2013 a vedere costituito per il diritto e da esso preservato uno statuto giuridico che sia coerente con i rapporti affettivi che egli ha consolidato nel tempo con le figure adulte che di lui si prendono cura svolgendo ruoli genitoriali; STEFANELLI S., *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. e Dir.*, 2017, p. 83.



l'interpretazione estensiva corrisponda al peso assunto dal principio del superiore interesse del minore nella legge nazionale ed internazionale, il quale si esplica nel diritto del bambino ad una realtà giuridica che sia quanto più possibile conforme alla sua realtà affettiva<sup>1366</sup>. Tale finalità risponderrebbe allo stesso spirito della Riforma della Filiazione. L'uguaglianza dei minori richiederebbe infatti anche un accesso paritario al riconoscimento dei legami affettivi, qualunque sia la relazione tra gli adulti coinvolti<sup>1367</sup>. Tale impostazione, pur perseguendo il lodevole intento di dotare di stabilità gli affetti del minore nel caso concreto, ha tuttavia due strascichi non trascurabili.

Da un lato, rischia di ampliare l'estensione di alcuni interventi legislativi recenti oltre i confini degli stessi, equiparando – in ragione dei principi di sistema – l'astensione del legislatore a prese di coscienza che convalidano le prassi applicative giurisprudenziali<sup>1368</sup>. Se è indubbio infatti che la Riforma della filiazione introduca un unico *status* di figlio con la finalità di garantire l'irrilevanza delle circostanze della nascita, è altrettanto chiaro che le poche norme che riguardano l'adozione e ne modificano la disciplina intervengono esclusivamente con l'intento di garantire lo *status* unico dei figli e l'uniformità terminologica per quanto attiene all'attribuzione della responsabilità genitoriale.

Esse lasciano invece totalmente invariato l'assetto normativo che stabilisce i requisiti degli adottanti, tanto ex art. 6 l. n. 184/1988 tanto ex art. 44 lett. b), sicché si può ritenere che, se nel nostro ordinamento persiste una rilevanza del matrimonio in relazione alla filiazione essa è esclusivamente circa la possibilità di instaurare rapporti di filiazione legale *ex novo*, per il tramite dell'adozione.

In tal senso, depongono anche gli interventi successivi.

La legge n. 173 del 2015, come si è visto, pur introducendo l'ampio diritto alla conservazione dei legami sociali, ha limitato il riconoscimento ai legami intervenuti in contesti di affidamento familiare. L'*iter* parlamentare della legge n. 76/2016 dimostra

---

<sup>1366</sup> Su un "diritto alla conservazione dell'affettività consolidata", il quale costituirebbe espressione della dimensione identitaria, ancora STEFANELLI S., *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. e Dir.*, 2017, p. 83. In maniera aderente e con ampia esemplificazione dei principi di diritto interno ed internazionale coinvolti anche CIRAIOLO C., *Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La stepchild adoption*, in *Corriere Giur.*, 2017, p. 800; FERRANDO G., *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, p. 172.

<sup>1367</sup> TROISI C., *Dall'adozione in casi particolari alla tutela della coppia omoaffettiva*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2017, p. 578.

<sup>1368</sup> CIRAIOLO C., *Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La stepchild adoption*, in *Corriere Giur.*, 2017, p. 800.

come si sia considerata l'estensione della lettera b) alla parte dell'unione civile – e peraltro mai al convivente di fatto – per poi escludere di intervenire sul testo dell'art. 44 l. adoz. Se anche si voglia guardare a tali scelte del Parlamento quali “eclissi del legislatore”<sup>1369</sup> – e considerare le estensioni giurisprudenziali alla stregua di “rischi collaterali” – resta che – al netto delle valutazioni sull'attività parlamentare - non si può comunque eludere che all'esito delle stesse si è di fronte ad una serie di dati normativi rimasti invariati<sup>1370</sup>.

Si fa riferimento soprattutto alle possibili preclusioni derivanti dal dettato dell'art. 48 della legge sull'adozione. Recentemente, sia in dottrina<sup>1371</sup> che in giurisprudenza<sup>1372</sup> - obiettando alla ricostruzione fornita dal Tribunale di Palermo – si è avanzato che l'art. 48 l. n. 184/1983 costituisca esclusivamente una regola sull'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale. La Riforma della Filiazione, con l'introduzione dell'art. 316 c.c. avrebbe dunque dettato la sua obsolescenza<sup>1373</sup>. Il nostro ordinamento conosce ora infatti un'unica norma sull'attribuzione della responsabilità genitoriale<sup>1374</sup>, la quale prescinde dal legame che intercorre tra i genitori.

La tesi non convince pienamente. Limitare la portata dell'art. 48 l. adoz. a norma sull'esercizio della responsabilità genitoriale sembra ignorare la *littera legis*, la quale esplicitamente parla anche della titolarità della responsabilità genitoriale. Vero è infatti che il nostro ordinamento conosce un'unitarietà tra titolarità ed esercizio della responsabilità genitoriale. In conseguenza, chi sia riconosciuto genitore e abbia la titolarità della responsabilità genitoriale, la esercita congiuntamente con l'altro genitore, qualsiasi sia il rapporto tra i due adulti. Il presupposto imprescindibile dell'esercizio congiunto è però che entrambi i soggetti “siano e restino” genitori. La lettura dell'art. 48,

---

<sup>1369</sup> SPADAFORA A., *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi dell'eclissi della volontà legislativa*, in *Giur. It.*, 2016, p. 2573.

<sup>1370</sup> MOROZZO DELLA ROCCA P., *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corriere Giur.*, 2016, p. 1203. Secondo l'autore dovrebbe concludersi per un assetto normativo invariato che continua ad ispirare l'adozione esclusivamente ad *imitatio naturae*. La posizione non si condivide, in quanto non si vede come potrebbe essere esclusa sulla base del dato normativo l'adozione ex art. 44 lett d) da parte di una coppia omosessuale, stante che la stessa è riconosciuta alle coppie non sposate di sesso diverso. Ciò anche alla luce della sentenza *X e altri c. Austria* della Corte europea dei diritti dell'uomo; cfr. *supra*, para 3.2.

<sup>1371</sup> GATTUSO M., SCHILLACI A., *Il dialogo fra le corti minorili in materia di stepchild adoption*, 2017 in *www.articolo29.it*, 11.9.2017 (ultimo accesso: 31.1.2018).

<sup>1372</sup> Trib. Min. Bologna, 6.7.2017; App. Napoli, 5.7.2018.

<sup>1373</sup> Il combinato disposto degli artt. 48 e 50 l. adoz. andrebbe dunque letto come norma che indica che sicuramente l'esercizio della responsabilità è congiunto qualora i genitori siano sposati, senza renderla ipotesi esclusiva; GATTUSO M., SCHILLACI A., *Il dialogo fra le corti minorili in materia di stepchild adoption*, 2017 in *www.articolo29.it*, 11.9.2017 (ultimo accesso: 31.1.2018).

<sup>1374</sup> Cfr. *supra*, para. 5.4.

co. 1, l. n. 184/1983 non può prescindere dunque dalla considerazione degli effetti tipici del provvedimento di adozione, il quale comporta in via generale il trasferimento del ruolo di cura del minore ad un “nuovo” adulto, con contestuale perdita del ruolo genitoriale in capo ai soggetti che la esercitavano in precedenza. Tale circostanza rimane immutata anche qualora si voglia aderire ad un’impostazione per cui l’adozione in casi particolari resti caratterizzata da effetti limitati dopo la Riforma della Filiazione<sup>1375</sup>. Ciò è testimoniato anche dall’art. 50 l. n. 184/1983, dettato in materia di effetti dell’adozione in casi particolari. Esso testimonierebbe che la responsabilità genitoriale è in via generale nelle mani del solo adottante, nel momento in cui chiarifica che, per il caso in cui cessi l’esercizio della stessa da parte dell’adottante o degli adottanti, il Tribunale può valutare se ritiene conveniente che l’esercizio della responsabilità genitoriale torni in capo ai genitori. La legge conosce un’unica ipotesi in cui, a seguito di adozione, la responsabilità genitoriale resti anche in capo al genitore biologico: quella dell’adozione del coniuge ex art. 44 lett. b) e art. 48 l. n. 184/1983.

Infine, queste criticità evidenziano la debolezza primaria delle pronunce di *stepchild adoption* intervenute sinora: la generalizzata assenza di considerazione degli effetti dell’ordine di adozione emesso. Le pronunce di accoglimento fondano con frequenza le loro argomentazioni anche sui principi e scopi perseguiti dalla Riforma della Filiazione, per poi mai considerarne l’effetto sullo *status* dei figli, anche adottivi.

Ed anzi, sembrano proprio voler mantenere viva la distinzione tra i due modelli di adozione. La stessa sentenza n. 12962/2016 della Corte di Cassazione argomenta in diritto quasi esclusivamente sulla preferibilità dell’interpretazione estensiva della lettera d) dell’art. 44, ma non contiene statuizioni che considerino gli effetti sistematici della pronuncia di adozione in casi particolari. Emerge invece, nelle parole della Corte, la considerazione delle quattro ipotesi di adozione in casi particolari come fattispecie di “*una diversa categoria di genitorialità adottiva*”<sup>1376</sup>. Un’affermata posizione giuridica differenziata dei genitori che non pare avere fondamento alcuno nel nostro ordinamento, in considerazione di tutte le innovazioni sistematicamente apportate dalla Riforma della Filiazione, sia sullo *status* unico dei figli che sulla titolarità e esercizio della responsabilità genitoriale<sup>1377</sup>.

---

<sup>1375</sup> E comporti dunque la preservazione dei legami con la famiglia d’origine ed eviti l’inserimento nel nuovo nucleo parentale Cfr., *supra*, para. 5.2.

<sup>1376</sup> Cass. n. 12962/2106, p. 34.

<sup>1377</sup> Cfr. *supra*, para 5.4.

Le perplessità sulla prassi giurisprudenziale in materia di *stepchild adoption* dunque non muovono sul piano del merito delle decisioni<sup>1378</sup>, animate dal pur ammirevole scopo di tutelare il minore, rivestendo di giuridicità la sua realtà affettiva. A non convincere, piuttosto, sono un insieme di altri profili. Innanzitutto, la discussa sovrapposizione dell'ambito di applicazione dell'art. 44 lett. d) alla funzionalità svolta dall'art. 44 lett. b). In secondo luogo, l'assenza di una presa di coscienza sistematica degli effetti dell'accoglimento dell'adozione pronunciata, sia con riguardo alla posizione dei genitori che allo *status* dei figli adottivi a seguito di quella che è stata a lungo ritenuta una c.d. adozione "mite".

Infine, la preoccupazione maggiore attiene ai verificatisi trattamenti disomogenei tra c.d. *stepchildren*, connotati al riconoscimento di una posizione giuridica di favore ad opera del formante giurisprudenziale e non di quello legislativo. Evidente è, infatti, che *"in nessun caso si può dire che i giudici creino diritto nello stesso in cui diciamo che crea diritto la legislazione"*<sup>1379</sup>. L'esame del susseguirsi di pronunce di merito in materia di *stepchild adoption* ai sensi dell'art. 44 lett. d. l. adoz. evidenzia come, in virtù della "normatività debole"<sup>1380</sup> della giurisprudenza – anche della Suprema Corte – non si verifichi il riconoscimento di una posizione giuridica uniforme in capo ai figli, i quali si trovano innanzi al rischio tangibile – ed anzi verificatosi - di vivere realtà sociali analoghe che non godono della stessa tutela giuridica. Un'aporia che parrebbe risolvibile in maniera definitiva, in assenza di una presa di posizione del legislatore, esclusivamente con il ricorso alla Consulta<sup>1381</sup>.

---

<sup>1378</sup> Condivisibile l'interpretazione dell'impossibilità come giuridica, nonché la necessità di preservare legami affettivi sociali – anche in virtù delle considerazioni svolte sulla giurisprudenza della Corte EDU – in ragione del principio del *best interest of the child* ed il neo-introdotta diritto alla continuità affettiva; cfr. *supra*, para 3.2.; 5.3.

<sup>1379</sup> GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in CICU A., MESSINEO F., MENGONI L., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 1998, p. 101.

<sup>1380</sup> Così Castronovo, che ricorda come a fronte dell'ineluttabilità della decisione passata in giudicato per le parti, i giudici successivi non siano comunque vincolati nemmeno dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione; CASTRONOVO C., *L'aporia tra ius dice e ius facere*, in *Europa e Diritto Privato*, 2016, p. 981.

<sup>1381</sup> MOROZZO DELLA ROCCA P., *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corriere Giur.*, 2016, p. 1203. Si sottolinea che sinora solo il Tribunale per i Minorenni di Bologna ha sollevato, nel corso del 2015, una questione di costituzionalità in materia di c.d. *stepchild adoption*. Essa atteneva per la verità alla normativa di diritto internazionale privato. Il rimettente sollevava, infatti, questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36, L. n. 184/1983, nella parte in cui non consentono al giudice di merito di valutare se corrisponda all'interesse del minore adottato all'estero, il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, in fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso. La Consulta ha dichiarato inammissibile la questione, avendo il rimettente male individuato il quadro normativo di riferimento, senza entrare nel merito (Corte

## 5.6.2 Il problema del riconoscimento degli *status* familiari formatisi all'estero: l'ordine pubblico nella giurisprudenza di legittimità e i diritti del minore

La discussione su un possibile ampliamento della nozione familiare a nuclei omogenitoriali e monogenitoriali nel nostro ordinamento si è ulteriormente acuita di recente. Ciò anche a fronte dei mutamenti di orientamento della giurisprudenza con riguardo alla nozione di ordine pubblico in materia di riconoscimento di atti di nascita e provvedimenti attributivi della genitorialità intervenuti all'estero, eventualmente anche a mezzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita non consentite in Italia.

La questione riguarda più precisamente il riconoscimento di *status* familiari formatisi in conformità alla normativa straniera. Può dunque attenersi a tre tipi di atti provenienti da un ordinamento straniero: atti di nascita, sentenze di adozione e provvedimenti giurisdizionali attributivi della genitorialità (come ad esempio i c.d. *parental order* inglesi<sup>1382</sup>). A tal fine, risulta indispensabile premettere alcune nozioni di diritto internazionale privato. L'art. 33 della l. n. 31 maggio 1995, n. 218 designa la legge applicabile e prevede che lo stato di figlio sia determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita<sup>1383</sup>. Si sottolinea l'innovazione apportata dal d. lgs. n. 154 del 2013, che ha inserito all'art. 33, co. 4 della l. n. 218/1995 che sono di applicazione necessaria le norme del diritto italiano che sanciscono l'unicità dello stato di figlio.

Occorre tuttavia fare chiarezza con riguardo alla normativa applicabile alle diverse ipotesi in cui l'ordinamento italiano può entrare in contatto con rapporti di filiazione costituitisi all'estero secondo la legge nazionale dell'autorità straniera – amministrativa o giurisdizionale – che ha emesso il provvedimento. Una prima possibilità è costituita dalla

---

cost. n. 76/2016); v. anche SPADAFORA A., *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi dell'eclissi della volontà legislativa*, in *Giur. It.*, 2016, p. 2573.

<sup>1382</sup> Cfr. *supra*, para. 4.1.2.

<sup>1383</sup> Attraverso il concorso alternativo di più leggi, il legislatore italiano ha infatti inteso favorire l'accertamento formale del rapporto di filiazione (c.d. *favor filiationis*); v. per tutti, CAMPIGLIO C., *Filiazione*, in BARATTA R., *Diritto internazionale privato*, Giuffrè, 2010, p. 181. Dopo la riforma della filiazione il *favor filiationis* ne esce ulteriormente fortificato: il richiamo a leggi straniere è subordinato al fatto che in questo modo si giunga all'applicazione di una legge più favorevole allo stabilimento della filiazione (si vedano anche le norme sulla contestazione dello stato ai sensi del nuovo art. 33., co. 3 della l. n. 218 del 1995); BAREL B., *La filiazione nel diritto internazionale dopo la riforma*, in MOROZZO DELLA ROCCA P., *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli Editore, 2014, p. 265.

circostanza che venga richiesta all'Ufficiale dello stato civile la trascrizione di un atto di nascita. In tal caso, ai sensi dell'art. 18 D.P.R. n. 369/2000 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile) l'Ufficiale di stato civile può rifiutare la trascrizione qualora ritenga l'atto contrario all'ordine pubblico e l'opposizione al rifiuto della trascrizione è proposta con ricorso ai sensi all'art. 95 D.P.R. n. 369/2000. Il procedimento rileva con riguardo a situazioni in cui lo stato sia attribuito dall'ordinamento straniero in virtù delle dichiarazioni rese innanzi all'autorità competente o di presunzioni di legge. Qualora, invece, lo *status filiationis* derivi dalla statuizione contenuta in un provvedimento giurisdizionale (quale ad es. un *parental order* inglese o un *parental judgment* canadese<sup>1384</sup>) è la sentenza ad essere costitutiva del rapporto di filiazione, mentre l'atto di nascita esaurisce la sua funzione nel – tradizionale – valore probatorio dello *status*<sup>1385</sup>. Sicché il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero che stabilisca la filiazione è soggetto alla disciplina di cui all'art. 65 della l. n. 218/1995, il quale contiene una forma di delibazione semplificata dei provvedimenti relativi all'esistenza di rapporti familiari<sup>1386</sup>. Anche in questo caso, la legge ritiene precluso il riconoscimento in caso di contrarietà all'ordine pubblico. Infine, una disciplina speciale, parzialmente derogatoria, è contenuta in tema di adozione. Ai sensi dell'art. 41 della legge n. 218/1995 il riconoscimento delle adozioni interne straniere segue la generale disciplina di cui all'art. 65 della stessa legge. Con riferimento alle adozioni internazionali si applicano invece gli artt. 35 e 36 della l. n. 184/1983, le quali richiedono il rispetto dei criteri convenzionali o nazionali in tema di adozione<sup>1387</sup>.

Una precisazione finale: in ambito europeo, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha più volte richiesto agli Stati membri il rispetto degli *status* personali conferiti dallo Stato

---

<sup>1384</sup> E' questo il caso deciso da App. Trento, 23.2.2017.

<sup>1385</sup> Sulla distinzione tra i presupposti applicativi dei due procedimenti, per tutti, CARDACI G., *La trascrizione dell'atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, p. 657.

<sup>1386</sup> Parallela alla norma generale di cui all'art. 64 l. 218/1995; CAMPIGLIO C., *Filiazione*, in BARATTA R., *Diritto internazionale privato*, Giuffrè, 2010, p. 185.

<sup>1387</sup> Se i cittadini italiani risiedevano nello Stato straniero che ha pronunciato l'adozione per il riconoscimento è sufficiente il rispetto da parte delle autorità straniere dei parametri convenzionali. Diversamente, l'art. 35 della l. adoz. esige il rispetto dei principi che governano l'adozione nel nostro ordinamento, e proibisce espressamente la trascrizione dell'adozione pronunciata a favore di adottanti che non posseggano i requisiti previsti dalla legge italiana per l'adozione piena. Segnatamente dunque, vi è un divieto espresso di riconoscimento delle adozioni a favore di cittadini italiani singoli o di coppie non sposate (eterosessuali o omosessuali) che non soddisfino il presupposto della residenza; TONOLO S., *Filiazione e adozione*, in CONETTI G., TONOLO S., VISMARA F., *Manuale di diritto internazionale privato*, Giappichelli, 2017, p. 194.



d'origine in quanto la libera circolazione sarebbe pregiudicata dall'esistenza di situazioni c.d. claudicanti<sup>1388</sup>, esistenti in uno Stato membro e non negli altri<sup>1389</sup>.

Premesse brevemente le rilevanti nozioni di diritto internazionale privato, a rilevare ai fini dell'indagine sono le ipotesi in cui - all'esito dell'eventuale riconoscimento di taluni atti e provvedimenti stranieri - nell'ordinamento italiano potrebbero far ingresso forme familiari a vario titolo non espressamente previste dal nostro diritto di famiglia. Ciò in particolare con riferimento a nuclei omogenitoriali o *ab origine* monogenitoriali. La casistica delle ipotesi costitutive del rapporto di filiazione non espressamente previste dal nostro ordinamento - ed invece normate da ordinamenti stranieri - è infatti concretamente molto vasta e differenziata. A titolo non esaustivo, quanto si è finora verificato innanzi alle nostre Corti è la domanda di riconoscimento di adozione piena a favore di una persona singola<sup>1390</sup>, di adozioni nazionali congiunte a favore di coppie dello stesso sesso<sup>1391</sup>, di adozione coparentale disposta a favore del coniuge dello stesso sesso<sup>1392</sup>. Vi sono poi casi di richiesta di trascrizione di atti di nascita formati a seguito del ricorso all'estero di tecniche di fecondazione eterologa da parte di coppie di donne<sup>1393</sup>, nonché richieste di trascrizione di atti di nascita o provvedimenti attributivi della genitorialità in casi di gestazione per altri<sup>1394</sup>.

In via generale, come si è visto, la riconoscibilità di un atto o provvedimento straniero che stabilisca un rapporto di filiazione è subordinata all'eccezione di ordine pubblico. Come noto, la nozione di ordine pubblico internazionale<sup>1395</sup> individua il complesso dei

---

<sup>1388</sup> CGUE, 2 dicembre 1997, C-336/94, *Dafeki*.

<sup>1389</sup> BAREL B., *La filiazione nel diritto internazionale dopo la riforma*, in MOROZZO DELLA ROCCA P., *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli Editore, 2014, p. 272. Sul punto si ricorda anche la recente sentenza della CGUE nel caso *Relu Adrian Coman e a. contro Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne* del 5 giugno 2018, la quale ha imposto agli Stati membri il riconoscimento dello *status* di coniuge ai fini delle libertà di circolazione, indipendentemente dalla previsione nell'ordinamento nazionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso; cfr. *supra*, para 3.1.

<sup>1390</sup> Cass., 14.2.2011, n. 3572; Trib. Min. Genova, 8.9.2017.

<sup>1391</sup> App. Milano, 5.10.2016; Trib. Min. Firenze, 7.3.2017; App. Genova, 1.9.2017.

<sup>1392</sup> App. Milano, 16.10.2015; App. Napoli, 5.4.2016; Cass., 13.4.2018, n. 14007.

<sup>1393</sup> Cass., 30.9.2016, n. 19599; Cass., 14.6.2017, n. 14878; Trib. Perugia, 26.3.2018, poi confermata da App. Perugia, 7.8.2018.

<sup>1394</sup> App. Trento, 23.2.2017; Trib. Roma, 11.5.2018; App. Venezia, 28.6.2018

<sup>1395</sup> Sulla nozione e l'evoluzione dell'ordine pubblico internazionale, anche in materia familiare e sulla sua distinzione dal c.d. ordine pubblico interno, v. anche, per tutti, LOTTI P., *L'ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, 2005. In generale, si ritiene che l'ordine pubblico internazionale - che è comunque concetto di diritto interno - abbia una estensione più limitata rispetto al c.d. ordine pubblico interno, onde evitare che il riconoscimento di un atto straniero o l'applicazione della legge straniera sia sempre escluso se non coincidente con la normativa nazionale; COACCIOLI A., *Manuale di diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè, 2011, p. 144 ss.

principi ordinamentali – posti dalla Costituzione, dal diritto internazionale e dalla legge ordinaria - che in un determinato momento storico determinano i valori fondamentali e irrinunciabili che devono essere rispettati per mantenere l'armonia del sistema giuridico interno<sup>1396</sup>. Esso, dunque, opera come limite concreto successivo e negativo<sup>1397</sup>: ad essere sottoposti al giudizio di compatibilità sono gli effetti che concretamente produrrebbe il riconoscimento del singolo atto o provvedimento straniero.

Con riferimento alla materia familiare, si è di recente affermato un orientamento giurisprudenziale che ha ridefinito i confini dell'eccezione di ordine pubblico qualora siano coinvolti *status filiationis*.

La giurisprudenza si era in passato confrontata con alcune delle ipotesi di riconoscimento della filiazione sopra enumerate, con esiti in gran parte negativi per i soggetti che avessero fatto ricorso a strumenti di diritto non consentiti dal diritto interno. Ad esempio, con riguardo alle adozioni di minori stranieri da parte di single, la Suprema Corte aveva fermamente negato che le stesse fossero ammesse a spiegare nel nostro ordinamento gli effetti dell'adozione piena, potendosi alle stesse riconoscere esclusivamente i limitati effetti dell'adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d)<sup>1398</sup>. Nel 2015, l'opportunità di riconoscere l'efficacia di sentenze di c.d. *stepchild adoption* pronunciate a favore del coniuge dello stesso sesso aveva portato il Tribunale per i minorenni di Bologna a sollevare questione di costituzionalità, dichiarata inammissibile nella primavera del 2016<sup>1399</sup>.

La sorte della richiesta di trascrizione di atti di nascita di figli nati da surrogazione di maternità è notoris, complice la famosa sentenza *Paradiso c. Campanelli* della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>1400</sup>. Da ultimo nel 2014<sup>1401</sup>, la Corte di Cassazione aveva ribadito come il divieto di surrogazione di maternità di cui all'art 12, co. 6, l. n. 40/2004 -

---

<sup>1396</sup> In tal senso, BAREL B., ARMELLINI S., *Diritto internazionale privato*, Giuffrè, 2006, p. 365.

<sup>1397</sup> BARBA V., *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, in *Dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2018, p. 6.

<sup>1398</sup> Cass., 14.2.2011, n. 3572. Vedi anche TUO C., *Il riconoscimento delle adozioni straniere in Italia alla prova della CEDU: il caso dei single*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 850.

<sup>1399</sup> Le Corti d'appello iniziano ad ordinare la trascrizione delle sentenze di stepchild adoption ai sensi dell'art. 44 lett. d) dopo l'emersione dell'orientamento di merito che ammette l'adozione coparentale (Trib. Minorenni Roma, 30 luglio 2014, cfr. *supra*, para. 5.6.1.); v. App. Milano, 16.10.2015; App. Napoli, 5.4.2016; MARZIALETTI L., *Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di delibazione*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, p. 1172. Sulla sentenza della Corte Cost., 7.4.2016, n. 76, v. DOLSO G., *I profili processuali della sentenza costituzionale sulla stepchild adoption*, in *GenInus*, 2, 2016.

<sup>1400</sup> Cfr. *supra*, para 3.2.

<sup>1401</sup> Cass., 11.11.2014, n. 24001.

rafforzato da sanzione penale<sup>1402</sup> - rispondesse a principio di ordine pubblico in ragione della tutela costituzionalmente garantita alla dignità umana della gestante, e tenuto conto che, nel superiore interesse del minore, l'ordinamento giuridico affida la realizzazione di progetti di genitorialità privi di legame biologico con il nato solo all'istituto dell'adozione. In conseguenza, essa confermava la dichiarazione di adottabilità del minore, il quale si trovava nel territorio italiano in stato di abbandono.

Nel settembre del 2016, la Suprema Corte è chiamata a pronunciarsi per la prima volta sulla trascrivibilità di un atto di nascita spagnolo che attribuisce il secondo ruolo genitoriale alla coniuge della madre<sup>1403</sup>. Il figlio, nato da fecondazione eterologa in Spagna, è geneticamente legato alla co-madre, avendo le due donne concordato che una portasse a termine la gravidanza con donazione dell'ovocita dell'altra.

La Corte di Cassazione statuisce innanzitutto che la compatibilità dell'atto civile straniero non possa essere esclusa solo per la circostanza che la normativa interna sia difforme ed il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi della fattispecie nel territorio nazionale<sup>1404</sup>. Il Collegio ritiene, invece, che nella verifica di conformità all'ordine pubblico il giudice italiano debba fare riferimento esclusivamente a quei principi supremi ordinamentali – desumibili dalla Carta Costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo - che sono vincolanti per lo stesso legislatore<sup>1405</sup>. In altre parole, quei

---

<sup>1402</sup> Si sottolinea che la Suprema Corte ha di recente escluso la rilevanza penale della surrogazione di maternità praticata all'estero in Paesi in cui è consentita. Essa ha ritenuto insussistente il delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567 c.p. per la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita in Italia, in quanto condotta successiva alla formazione dell'atto. La Corte ha inoltre negato che possano considerarsi false le attestazioni di genitorialità da parte di chi abbia fatto ricorso all'estero alla gestazione per altri. Per quanto attiene alla punibilità per la violazione del divieto di surrogazione di cui all'art. 12, comma 6, L. n. 40/2004, nel caso di specie la Suprema Corte riscontra l'esistenza di errore inevitabile sulla legge (art. 9 c.p.), in quanto la coppia avrebbe agito all'estero nella convinzione che per la punibilità del reato di surrogazione di maternità fosse indispensabile la c.d. doppia incriminazione (ossia la previsione come reato della pratica anche nel *locus commissi delicti*); Cass. pen., 10.3.2016, n. 13525; v. anche MADEO A., *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*, in *Dir. Pen e Processo*, 2016, p. 1085.

<sup>1403</sup> Cass., 30.9.2016, n. 19599.

<sup>1404</sup> Cass., 30.9.2016, n. 19599, punto 8.4. La Corte ribadisce la necessità di rifarsi alla nozione di c.d. ordine pubblico internazionale e non di c.d. ordine pubblico interno.

<sup>1405</sup> La Corte cita espressamente la ricostruzione che fa la Corte federale di giustizia tedesca nella decisione del 10 dicembre 2014 in tema di surrogazione di maternità (cfr. *supra*, para. 3.8) dell'ordine pubblico internazionale. Secondo la stessa, infatti, una sentenza straniera non deve ritenersi incompatibile con l'ordine pubblico solo perché il giudice nazionale, applicando le norme imperative interne sarebbe arrivato a risultato diverso, essendo determinante solo che il risultato dell'applicazione del diritto straniero non sia in contraddizione radicale con i principi fondamentali di giustizia; punto 7.

valori fondamentali che non potrebbero essere sovvertiti nemmeno dal legislatore. Con riferimento al rapporto di filiazione, il principio cardine a cui fare riferimento è quello della tutela dell'interesse superiore del minore. In particolare, la Suprema Corte osserva come esso si articoli in una serie di situazioni giuridiche che fanno capo al minore, tra cui anche il “diritto alla continuità dello *status*<sup>1406</sup>”, cioè il diritto alla conservazione dello stato di figlio riconosciuto da un atto validamente formato all'estero. Per i giudici, è indubbio che nello *status* si espliciti anche la dimensione identitaria del minore, la quale risentirebbe della “situazione giuridica claudicante<sup>1407</sup>” che si verrebbe a creare nel caso di mancato riconoscimento del rapporto di filiazione. Secondo la Suprema Corte, tutti gli altri valori e principi dell'ordinamento interno invocati come preminenti non rappresentano scelte legislative costituzionalmente vincolate<sup>1408</sup> e non rivestono una rilevanza costituzionale tale da poter imporre il sacrificio dell'interesse del minore.

All'esito del percorso argomentativo, il Collegio conferma la decisione della Corte d'appello di Torino, che ordina la trascrizione dell'atto nei registri di stato civile. Per l'effetto, il nostro ordinamento riconosce un figlio con “due madri dalla nascita<sup>1409</sup>”.

La rilevanza delle affermazioni contenute nella sentenza n. 19599 del 2016<sup>1410</sup> è notevole: il quadro che ne deriva sembrerebbe ricostruire la nozione di ordine pubblico in materia

---

<sup>1406</sup> Cass., 30.9.2016, n. 19599, punto 8.2.

<sup>1407</sup> Il riferimento è nuovamente alla sentenza della Corte Federale Tedesca, che utilizza tale espressione; Cass., 30.9.2016, n. 19599, punto 8.2.

<sup>1408</sup> Le norme di diritto interno invocate come principi di ordine pubblico sono nell'ordine le regole inderogabili della l. n. 40/2004, che vietano l'accesso alle coppie dello stesso sesso, il principio c.d. *mater semper certa est* di cui all'art. 269, co. 3, c.c. e l'assenza di norme sulla filiazione nella l. n. 76/2016. Per quanto attiene alle norme sulla PMA la Cassazione si limita ad indicare che la tecnica procreativa utilizzata all'estero – che non corrisponde a surrogazione di maternità – rappresenta una possibile modalità di attuazione del potere legislativo. La Corte esclude anche che la norma di cui all'art. 269 c.c. comporti un'affermazione di tutela della maternità esclusivamente legata al parto e che anzi non si possa escludere che il nostro ordinamento riconosce anche l'importanza della discendenza biologica nell'identità del figlio. Infine, la Cassazione esclude che l'assenza di norme che consentano alle parti dell'unione civile di accedere alla filiazione coincida con un divieto di accogliere e generare figli, il quale sarebbe ingiustificato in virtù della riconosciuta rilevanza come formazione familiare ai sensi dell'art. 2 Cost.

<sup>1409</sup> V. anche App. Napoli, 5.7.2018, la quale nel dichiarare l'adozione coparentale ai sensi dell'art. 44, lett. d) l. adoz. si riferisce alle donne che rivestono il ruolo di genitore sociale come “madri dalla nascita”.

<sup>1410</sup> Numerosi i commenti dottrinali. Tra tutti, si segnalano PALMERI G., *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, p. 362; DIURNI A., *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*; in *Giur. It.*, 2017, p. 2365; FERRANDO G., *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Corriere Giur.* 2017, p. 935.

di *status filiationis* intorno al principio di tutela dell'interesse del minore<sup>1411</sup>. In una successiva pronuncia, la Suprema Corte conferma trascrivibilità dell'atto di nascita che riporti due donne come genitori del figlio nato a seguito di PMA anche in assenza di legame genetico con la madre non partoriente, rilevando come nel nostro ordinamento la genitorialità non sia fondata esclusivamente sul dato biologico<sup>1412</sup>. Più di recente, nel dichiarare la riconoscibilità di due adozioni piene incrociate<sup>1413</sup> a favore di una coppia di donne unite da un *pacs* in Francia, la Corte di Cassazione esplicita che il preminente interesse del minore “*vale ad integrare lo stesso concetto di ordine pubblico nella materia specifica*”<sup>1414</sup>. In ogni caso, è già la sentenza n. 19599/2016 ad aprire la strada ad una serie di pronunce di merito affermative di rapporti di filiazione costituitisi all'estero in contesti omogenitoriali o monogenitoriali. Si riconoscono come adozioni piene le adozioni intervenute all'estero a favore di cittadini italiani che non posseggano i requisiti per avanzare la domanda di adozione *ex art. 6 l. n. 184/1983* nel nostro ordinamento<sup>1415</sup>. In particolare, una sentenza del Tribunale per i minorenni di Firenze del marzo 2017<sup>1416</sup>, contiene due interessanti affermazioni. Con riguardo alla ricostruzione della famiglia nel

---

<sup>1411</sup> FERRANDO G., *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. Giur.*, 2017, p. 181; TONOLO S., *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Riv. Dir. Int.*, 2017, at p. 1070.

<sup>1412</sup> Cass., 15.6.2017, n. 14878; v. PALMERI G., *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, p. 1708. Cfr. anche *supra*, para. 5.3 sul c.d. principio del *favor filiationis*.

<sup>1413</sup> Il termine è utilizzato per indicare contesti in cui ciascuno dei partner o dei coniugi adottò il figlio biologico dell'altro; Cass., 13.4.2018, n. 14007.

<sup>1414</sup> Nello stesso passaggio, la Corte specifica anche il “contenuto” dello stesso interesse del minore, da intendersi come “diritto del minore a vivere in modo stabile in un ambiente domestico armonioso ed ad essere educato e assistito nella crescita con equilibrio e rispetto dei suoi diritti fondamentali”; Cass., 13.4.2018, n. 14007, p. 16.

<sup>1415</sup> Il Tribunale per i minorenni di Genova (8 settembre 2017) è la prima Corte a disattendere il consolidato orientamento giurisprudenziale che nega all'adozione da parte del single gli effetti della c.d. adozione legittimante, riconoscendo un'adozione piena del Benin a favore di una donna italiana; PESCE E., *La lunga marcia verso l'adozione piena del single: una decisione originale*, in *Fam. e Dir.*, 2018, p. 149.

<sup>1416</sup> Trib. Min. Firenze 7.3.2017. Si tratta di un decreto di riconoscimento dell'adozione congiunta pronunciata da una *Family Court* inglese a favore di una coppia di cittadini italiani residenti in Inghilterra ed ivi sposati. Il Tribunale ritiene che - alla luce dell'orientamento espresso dalla Cassazione nella sentenza n. 19599/2016 - non vi sia alcuna ragione per ritenere contrario all'ordine pubblico un provvedimento straniero che abbia statuito un rapporto di adozione piena con due coniugi dello stesso sesso, una volta valutato che in concreto il riconoscimento di tutti i diritti e doveri scaturenti dal rapporto corrisponde all'interesse del minore al mantenimento della vita familiare e dei rapporti affettivi costruiti con ambedue. La violazione dell'ordine pubblico non sussisterebbe, in quanto non esiste a livello costituzionale un divieto per le persone dello stesso sesso di accogliere e generare prole; PERRINO S.P., *Brevi note sul riconoscimento di sentenza straniera di adozione in favore di coppia dello stesso sesso*, in *Fam. e Dir.*, 2017, p. 659.

nostro ordinamento, i giudici guardano al nucleo formato dai due genitori dello stesso sesso e dal figlio come “*una vera e propria famiglia*”<sup>1417</sup> e si riferiscono a quest’ultima come una “*comunità di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti*”<sup>1418</sup>. Al diritto spetterebbe tutelare tali rapporti “*avendo sempre come riferimento il prevalente interesse dei minori*”<sup>1419</sup>. Si tratta peraltro, della prima sentenza che prende una posizione espressa sull’interpretazione dell’art. 74 c.c. e ritiene che lo *status* unico di figlio comporti che le due tipologie di adozione abbiano gli stessi effetti<sup>1420</sup>.

L’affermato diritto del minore alla continuità di *status* porta, infine, i giudici di merito a riconoscere per la prima volta la genitorialità in capo a soggetti che abbiano fatto ricorso alla gestazione per altri all’estero. La prima pronuncia in tal senso<sup>1421</sup> è della Corte di Appello di Trento, la quale, con ordinanza del 23 febbraio 2017, ordina la trascrizione di un *parental judgment* della *Superior Court of Justice* dell’Ontario, accertativo della genitorialità in capo ad un co-padre di due minori nati da gestazione per altri nella Provincia Canadese<sup>1422</sup>. La decisione si fonda quasi pedissequamente sulle argomentazioni svolte dalla Suprema Corte nella sentenza n. 19599/2016 ed esclude la contrarietà degli effetti

---

<sup>1417</sup> SCHILLACI A., “*Una vera e propria famiglia*”: da Firenze un nuovo passo avanti per il riconoscimento dell’omogenitorialità, in *www.articolo29.it*, 13.3.2017 (ultimo accesso: 31.1.2018).

<sup>1418</sup> Trib. Min. Firenze 7.3.2017, p. 20; CALDERAI V., *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, p. 986.

<sup>1419</sup> Trib. Min. Firenze 7.3.2017, p. 20.

<sup>1420</sup> Trib. Min. Firenze 7.3.2017, p. 23. Cionostante la Corte ritiene di escludere di riconoscere l’adozione straniera come adozione in casi particolari, essendo indubbio che essa abbia il carattere dell’adozione piena nell’ordinamento di provenienza e come tale debba entrare nel nostro ordinamento.

<sup>1421</sup> Si specifica che si tratta di casi in cui il minore acquista la cittadinanza dello Stato straniero, vigendo nei singoli Paesi considerati la *lex soli* e dunque non vi è dubbio circa la legge applicabile che risponde al c.d. favor minoris nell’attribuzione dello stato di figlio ai sensi dell’art. 33 l. 218/1995. Intervengono, nel corso dell’anno successivo, altre due sentenze che confermano l’opportunità del riconoscimento di una bi-genitorialità del medesimo genere (in capo ad adulti di sesso maschile) a seguito del ricorso a gestazione per altri all’estero. La prima (Trib. Roma, 11.5.2018) dispone il riconoscimento di un *prenatal judgment* californiano che dichiara la genitorialità di entrambi i padri. Per l’effetto, ordina la rettifica dell’atto di nascita con l’aggiunta del secondo padre - non biologico - del nato da maternità surrogata in California. Lo Stato della California aveva infatti formato un doppio atto di nascita, uno con indicazione del solo padre biologico ed uno che attribuiva la genitorialità in capo ad entrambi i padri. Di recente, la Corte d’Appello di Venezia (App. Venezia, 28.6.2018) ordina il riconoscimento di una sentenza della *Supreme Court of British Columbia* che esclude la genitorialità in capo alla donatrice dell’ovocita e della gestante e dichiara genitori i due cittadini italiani, coniugati in Canada.

<sup>1422</sup> Nel caso di specie due cittadini italiani coniugati in Canada avevano fatto ricorso a GPA in Ontario. Con un primo provvedimento giurisdizionale – sulla base del quale era stato formato l’atto di nascita trascritto dal Comune di Trento – era stato riconosciuto che la gestante non era genitore dei gemelli, il cui unico genitore era dunque il padre biologico. Con un secondo provvedimento – oggetto del giudizio – era stata riconosciuta la cogenitorialità dell’altro padre e disposto l’emendamento dei due atti di nascita.



del provvedimento – l’attribuzione della bigenitorialità in capo a due soggetti del medesimo sesso – all’ordine pubblico, in virtù del diritto del minore a conservare lo *status* validamente attribuito all’estero. In considerazione delle peculiarità del caso di specie, invece, i giudici rilevano come l’incontroversa insussistenza di un legame genetico tra il secondo padre ed il minore non rappresenti un ostacolo al riconoscimento del rapporto di filiazione, dovendosi escludere che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondata sul legame biologico<sup>1423</sup>. Importante rilevare, inoltre, come la Corte consideri la diversa opzione data al co-padre di adire il Tribunale per i minorenni per la pronuncia di adozione in casi particolari ed escluda che ciò risponda all’interesse dei minori, stante la presenza di pronunce contrastanti circa l’ammissibilità della stessa<sup>1424</sup>.

Contro la sentenza della Corte d’Appello di Trento è proposto ricorso in Cassazione e la Prima Sezione Civile, con ordinanza n. 4382/2018 rimette la questione alle Sezioni Unite<sup>1425</sup>. Tra le questioni proposte<sup>1426</sup>, due rilevano ai fini dell’indagine svolta.

La prima è di natura processuale ed attiene al supposto vizio di eccesso di potere giurisdizionale ex art. 360 c.p.c.<sup>1427</sup>. Il Ministero dell’Interno – ed il Sindaco di Trento

---

<sup>1423</sup> Ciò in virtù tanto dell’istituto dell’adozione, quanto della possibilità di fecondazione eterologa. La Corte esclude anche che abbia rilievo la c.d. sentenza *Paradiso e Campanelli bis* (cfr. *supra*, para. 3.2), per le circostanze che nel caso concreto hanno portato la Corte europea dei diritti dell’uomo ad escludere la persistenza di vita familiare. Dalla breve durata della relazione con il minore (appena qualche mese, in luogo dei sei anni in cui i due padri hanno esercitato il ruolo di genitori nel caso trentino) alla intervenuta violazione della stessa normativa estera, quando invece nel caso di specie l’atto di nascita canadese è formato in conformità alla legge dell’Ontario; App. Trento, 23.2.2017, p. 18.

<sup>1424</sup> App. Trento, 23.2.2017, p. 19. Cfr. anche *supra*, para 5.6.1.

<sup>1425</sup> Sottolinea la dottrina che la rimessione non era dovuta, in quanto ai sensi dell’art. 8 d.lgs. n. 40/2006 la sezione semplice è tenuta a rimettere alle Sezioni Unite la decisione del ricorso solo qualora non condivida un principio di diritto da esse enunciato in materia; DOGLIOTTI M., *I “due padri” e l’ordine pubblico... tra sezioni semplici e sezioni unite*, in *Fam. e Dir.*, 2018, p. 837.

<sup>1426</sup> Vi sono alcune questioni che attengono a profili di diritto sostanziale ed altre di natura processuale. Tra queste ultime, in particolare, è chiesto un chiarimento sui confini applicativi dei due rimedi ritenuti alternativi di cui all’art. 95 D.P.R. N. 396/2000 e all’art. 65 della l. 218/1995. Sul punto, vedi *supra*, CARDACI G., *La trascrizione dell’atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, p. 657.

<sup>1427</sup> Sul punto, si osserva esclusivamente che l’eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice abbia applicato una norma da lui creata, esercitando un’attività di produzione normativa che non gli compete, e non quando si sia attenuto al compito interpretativo della norma esistente, ricercando la *voluntas legis* applicabile nel caso concreto; DOGLIOTTI M., *I “due padri” e l’ordine pubblico... tra sezioni semplici e sezioni unite*, in *Fam. e Dir.*, 2018, p. 837. Si sottolinea poi che, proprio con riguardo al riconoscimento di provvedimenti stranieri, la stessa Corte di Cassazione ha evidenziato che se il giudice non rendesse operativi i provvedimenti stranieri escludivamente sulla riscontrata assenza di norme analoghe nel nostro ordinamento vanificherebbe lo scopo del diritto internazionale

quale ufficiale di Governo – denunciano il provvedimento come frutto di un intervento creativo invasivo della sfera discrezionale del legislatore, il quale “afferma una regola inesistente”, individuata nella “completa equiparazione delle coppie omosessuali alle famiglie tradizionali<sup>1428</sup>”. La seconda attiene ad un supposto contrasto tra la nozione di ordine pubblico elaborata dalle Sezioni semplici in tema di accertamento del rapporto di filiazione e quanto disposto a Sezioni Unite dalla Suprema Corte con riferimento ai c.d. danni punitivi (sentenza n. 16601 del 2017<sup>1429</sup>). In particolare, si suppone che la nozione di ordine pubblico elaborata in materia di filiazione non tenga in adeguata considerazione le norme imperative costituenti esercizio della discrezionalità legislativa in materie connesse o direttamente implicate e dunque annichilisce la considerazione del c.d. ordine pubblico interno in virtù unicamente del principio – di valenza costituzionale ed internazionale – del preminente interesse del minore<sup>1430</sup>.

La questione della riconoscibilità di atti e provvedimenti stranieri accertativi dello stato di filiazione con il ricorso a strumenti non ammessi o addirittura vietati all'interno del nostro ordinamento ha dato adito ad accesi contrasti dottrinali.

Secondo parte della dottrina, infatti, l'assunzione dell'interesse del minore a principio ordinatore della filiazione rischierebbe di rivestire di funzione normativa un fatto<sup>1431</sup>, rendendo irrilevante l'intero contesto normativo<sup>1432</sup> ogni qual volta l'interprete sia

---

privato e la diversità tra sistemi giuridici; CARDACI G., *Questioni processuali in materia di riconoscimento dell'efficacia della sentenza straniera ex art. 67 L.n. 218/1995*, in *Dieci brevi contenuti per un dibattito attuale*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2018, p. 4.

<sup>1428</sup> Cass., ord. n. 4382/2018, p. 10.

<sup>1429</sup> Nel dare ingresso per la prima volta alle decisioni straniere contenenti i c.d. danni punitivi, la Corte di Cassazione riveste di un ruolo saliente la circostanza che il carattere sanzionatorio dell'istituto non sia ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano. Tale affermazione ha fatto discutere gli interpreti circa un plausibile favore manifestato dalla Corte nei confronti di una prevalenza del c.d. ordine pubblico interno sul c.d. ordine pubblico internazionale; sul punto, per tutti, FRANZONI M., *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, p. 283; LAMORGESE A., *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, p. 317.

<sup>1430</sup> L'arresto della Suprema Corte a Sezioni Unite in tema di danni punitivi è stato per la verità considerato da alcune recenti pronunce in materia di filiazione, anche dalla stessa Corte di Cassazione, onde escludere il contrasto. Così, in Cass. n. 14007/2018 e in App. Perugia, 22.8.2018. In particolare, in quest'ultima si evidenzia come il principio del preminente interesse del minore sia di ordine pubblico interno, nonché alla base dell'intera disciplina in tema di filiazione. In particolare, i giudici evidenziano il ruolo della recente legge n. 173/2015 in tema di diritto alla continuità effettiva e la disciplina della p.m.a. eterologa come istitutiva di un concetto di genitorialità “psicologica ed affettiva”; App. Perugia, 22.8.2018, p. 13.

<sup>1431</sup> SCALISI V., *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, p. 405.

<sup>1432</sup> Con dubbi circa il verificarsi di volontarie disapplicazioni del principio di legalità. Sul punto, Scalisi fa espresso riferimento anche alla prassi giurisprudenziale in materia di c.d. *stepchild adoption*; SCALISI V., *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, p. 405.

chiamato a decidere la situazione fattuale che concretizza il miglior tipo di esistenza per il minore<sup>1433</sup>. In via generale, soprattutto, si ritiene che il bilanciamento effettuato dalle Corti non tenga in alcuna considerazione i valori di ordine costituzionale che sono sottesi al divieto di maternità surrogata, valori che per taluni autori rientrano equamente nella nozione di ordine pubblico internazionale<sup>1434</sup>.

All'opposto, vi è chi ha guardato alla valorizzazione del superiore interesse del minore nella conservazione degli *status familiae* formati all'estero – irrilevanti le circostanze della nascita, ma solo la legittimità delle stesse nell'ordinamento in cui sono stati accertati i rapporti di filiazione - quale pienamente rispondente all'assetto ordinamentale interno. In particolare, si è sostenuto che il nostro ordinamento riconosca attualmente una disciplina della filiazione in grado di poggiare su elementi diversi e variabili<sup>1435</sup>, le quali risultano atte a garantire l'attuazione dei diritti fondamentali del minore a prescindere dal tipo di legame esistente tra i genitori<sup>1436</sup>.

Al netto di valutazioni in ordine alle condotte dei genitori<sup>1437</sup>, nel riflettere sulla posizione giuridica dei bambini nati all'estero in contesti non previsti o espressamente vietati dal

---

<sup>1433</sup> All'interesse preminente del minore si guarda come “mina vagante”, trattato come in grado di determinare il consolidamento di situazioni inaccettabili, ma nella concretezza insondabile; RUGGERI A., *La maternità surrogata, overosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi da parte di giudici e legislatore*, in *GenIus*, n. 2, 2017, p. 66.

<sup>1434</sup> Vi è chi ha guardato all'interesse preminente del minore quale “valore tiranno”, in grado di annientare il disvalore della maternità surrogata, il cui divieto poggia sulla protezione di beni giuridici fondamentali ed in particolare sulla dignità umana della gestante; FERLITO I., “*Miglior interesse del minore del bambino*” e “*maternità surrogata*”: *il rischio di un valore-tiranno*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, 2017, p. 13. Si è anche parlato dell'opportunità di distinguere a seconda che la pratica di surrogazione di maternità si svolga in contesti che garantiscono il rispetto, la dignità e la libertà della gestante o meno. In conseguenza, una condanna ferma dovrebbe scendere sulla surrogazione commerciale, la quale stride con il principio costituzionale dell'extra-patrimonialità del corpo umano. Anche in contesti di altruità e legalità della pratica, tuttavia, apparirebbe conforme al nostro assetto costituzionale esclusivamente il riconoscimento del rapporto di filiazione con l'eventuale genitore biologico; CALDERAI V., *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, p. 986.

<sup>1435</sup> Si veda anche la ricostruzione della p.m.a. nel nostro ordinamento quale indicatore di una genitorialità in cui il “*favor veritatis*” coincide con l'assunzione consapevole della responsabilità genitoriale; GATTUSO M., *Corte d'appello di Napoli: i bambini arcobaleno sono figli di entrambi i genitori sin dalla nascita*, in *www.articolo29.it*, 5.8.2018.

<sup>1436</sup> PALMERI G., *(Ir) rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, p. 1708. In tal senso anche Dogliotti, il quale precisa che la trattazione paritaria dei figli nati da p.m.a. eterologa e da gestazione per altri sarebbe poi demandata dal principio di non discriminazione; DOGLIOTTI M., *I “due padri” e l'ordine pubblico... tra sezioni semplici e sezioni unite*, in *Fam. e Dir.*, 2018, p. 837.

<sup>1437</sup> Si evidenzia che secondo parte della dottrina nemmeno questa attività risulterebbe utile, rimanendo una valutazione impossibile se nell'interesse del minore fosse preminente la preservazione di legami biologici o quella dei rapporti affettivi sociali; RUGGERI A., *La maternità*

nostro ordinamento, non si può prescindere dalla considerazione che si tratta di un intervento *ex post*. Vi è già un assetto fattuale di affetti delineato e riguardo al quale l'ordinamento è posto davanti all'opportunità di attribuire corrispondente rilevanza sul piano degli effetti giuridici.

Sembra dunque condivisibile la ricostruzione della questione della riconoscibilità dello *status* dei nati da PMA e maternità surrogata all'estero nel nostro ordinamento quale affine al trattamento riservato dalla legislazione interna alla procreazione incestuosa<sup>1438</sup>. Anche in tal caso, è infatti sanzionata penalmente la condotta degli adulti (art. 564 c.p.), ma non incide sulla condizione dei figli: *ex* art. 251 c.c. il giudice può autorizzarne il riconoscimento, precluso solo ove egli ritenga l'accertamento pregiudizievole al figlio. Evidente appare l'analogia con la posizione giuridica dei figli nati all'estero da surrogazione di maternità: vi è una condotta riprovevole degli adulti ed il riconoscimento del rapporto di filiazione è subordinato al riscontro dell'interesse del minore.

Qualora, dunque, si guardi alle situazioni sottese ai casi decisi esclusivamente sotto la prospettiva dei figli è difficile negare che le soluzioni proposte non appaiano conformi con l'assetto in tema di rapporti tra genitori e figli creatosi nel nostro ordinamento interno a seguito della Riforma della Filiazione. In particolare, sull'opportunità del riconoscimento degli atti e provvedimenti stranieri pare a chi scrive che non possa non esercitare un ruolo il principio dell'unicità dello *status* di figlio. Sul punto, viene in aiuto l'indagine comparatistica svolta sulla ricostruzione dell'estensione del principio dell'unicità di *status* effettuata dalla dottrina e dalla giurisprudenza canadesi<sup>1439</sup>. L'unicità di *status* è infatti letta quale neutralità delle circostanze di nascita estensibile al di fuori della dicotomia tra figli nati all'interno e fuori dal matrimonio, e, nello specifico, anche ai nati nei contesti di procreazione assistita non regolamentati dall'ordinamento interno.

L'assetto complessivo sullo stato di figlio risultante dalle disposizioni di legge di cui agli artt. 74, 315, 315bis e 316 c.c. si reputa animato dalla ratio che la "*fonte*<sup>1440</sup>" dello *status* di

---

*surrogata, ovvero sia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi da parte di giudici e legislatore*, in *Genius*, n. 2, 2017, p. 66.

<sup>1438</sup> VENUTI M. C., *La condizione giuridica dei nati da gestazione per una coppia di uomini*, in *Dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2018, p. 6.

<sup>1439</sup> Il riferimento è in particolare alle sentenze rese dalle Corti dell'Ontario (v. *AA. v. BB*, 2007) che attribuiscono la genitorialità sui nati da tecniche di procreazione medicalmente assistita in capo a genitori dello stesso sesso, pur in assenza di un quadro legislativo di riferimento. Cfr. *supra*, para. 4.3.5.

<sup>1440</sup> In tal senso, App. Perugia, 22.8.2018, p. 17.

figlio non possa dare adito a trattamenti disomogenei nei rapporti genitori-figlio e più in generale con riguardo al suo inserimento in un nucleo parentale.

Non si può dunque infine ignorare che l'effetto del passaggio in giudicato delle pronunce accertative dello *status filiationis* in contesti omogenitoriali e monogenitoriali<sup>1441</sup> sia quello di inserire a pieno titolo i nuclei affettivi nella “isola della famiglia<sup>1442</sup>”. La circostanza che i genitori siano dello stesso sesso o che vi sia un solo genitore – come nei casi di riconoscimento di adozione piena a favore di un *single* – non può avere infatti rilevanza alla fine della negazione della qualifica familiare del gruppo.

In virtù dell'unicità di *status* di figlio<sup>1443</sup> delineato a seguito della Riforma della Filiazione, se per il minore venga ordinata la trascrizione o la rettifica dell'atto di nascita o disposta l'adozione *ex art. 44, lett. d)*, i genitori sono ammessi alla pienezza dello *status familiae* a loro riconosciuto dall'art. 316 c.c. - titolari ed esercenti la responsabilità genitoriale, nonché chiamati a comportarsi in conformità allo statuto di diritti e doveri contenuto all'art. 315*bis* c.c.

In conclusione, proprio ai sensi dell'art. 315*bis* c.c., il minore gode del diritto di crescere nella sua famiglia, così determinata, ed in conseguenza a vedere la sua realtà di affetti riconosciuta e “denominata” come tale.

---

<sup>1441</sup> Si fa qui riferimento non solo al riconoscimento di *status* esteri, ma anche alla prassi giurisprudenziale in materia di *stepchild adoption*, su cui v. *supra*, para 5.6.1.

<sup>1442</sup> BUSNELLI F. D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 520. Cfr. *supra*, para. 5.2.

<sup>1443</sup> Si ricordi anche l'art. 33 della l. n. 218 del 1995, il quale, così come modificato dal d.lgs. n. 154/2013, dispone che le norme sull'unicità di status siano comunque di applicazione necessaria.

## CONCLUSIONI

Le riflessioni che precedono sono state svolte con l'obiettivo di effettuare un'indagine comparatistica che consentisse una comprensione più approfondita dell'impatto della Riforma della Filiazione italiana sull'estensione raggiunta dalla nozione di famiglia in senso giuridico nell'ordinamento italiano. Ci si proponeva, inoltre, di trovare una collocazione al modello familiare italiano nell'ambito della tradizione giuridica occidentale, anche in relazione all'eventuale riscontro di evoluzioni simili degli istituti familiari negli ordinamenti occidentali.

A tale proposito, suscitavano delle perplessità le impostazioni teoretiche sottese alle c.d. teorie della convergenza degli ordinamenti occidentali ed, in particolare, europei. Muovendo dalle metodologie adottate nei lavori della *Commission on European Family Law (CEFL)*, l'isolamento di modelli familiari - svolto con un *focus* sulla rispondenza delle soluzioni adottate dai singoli ordinamenti ad una c.d. *better law* - appariva connotato dal rischio di dar luogo ad un'analisi dei diritti di famiglia occidentali poco attenta alle modalità evolutive degli stessi. In conseguenza, si è effettuata un'indagine comparatistica sulla famiglia in senso giuridico che soppesasse il ruolo dei formanti nell'individuazione della regola giuridica in materia familiare, l'influenza del diritto internazionale e della comparazione giuridica ed i principi costituzionali ed internazionali che incidono nell'evoluzione della nozione familiare.

Negli ordinamenti stranieri considerati, l'esame della disciplina interna in materia di tutela di coppia e di attribuzione della genitorialità ha consentito di circoscrivere con chiarezza quali siano le realtà familiari per il diritto. In altre parole, è stato possibile ricostruire - principalmente dall'esame del formante legislativo, dotato del carattere di generalità ed astrattezza - una nozione di famiglia in senso giuridico che appare delimitata nei suoi confini in maniera precisa.

Si ritengono estremamente esemplificativi gli ampliamenti del diritto di famiglia intervenuti nelle Province Canadesi. Nonostante si tratti di ordinamenti di *common law*, in cui vige la regola di c.d. *stare decisis* - la quale, come noto, comporta la vincolatività dei precedenti giurisprudenziali - sono spesso le Corti a sollecitare l'intervento del legislatore



provinciale e federale, riscontrata una violazione del principio di uguaglianza<sup>1444</sup>, nell'esigenza di garantire certezza e stabilità delle posizioni giuridiche dei soggetti interessati. Infine, anche ove si riscontrino profili di negoziabilità degli *status* - come nei c.d. "*pre-conception parentage agreements*" dell'ordinamento dell'Ontario - la legislazione è chiara nel definire limiti e presupposti, sicché la struttura familiare risulta sempre delimitata e gli *status familiae* vengono attribuiti secondo regole generali e certe.

All'esito dell'indagine comparatistica, sono effettivamente emerse alcune tendenze trasversali nell'evoluzione dei diritti occidentali. Nella gran parte degli ordinamenti considerati, alla famiglia fondata sul matrimonio sono state affiancate - a mezzo di successivi interventi legislativi - famiglie non fondate sul matrimonio<sup>1445</sup>, anche omogenitoriali o monogenitoriali.

Nell'investimento di giuridicità delle relazioni affettive tra persone dello stesso sesso un ruolo saliente è svolto dal principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale<sup>1446</sup>. In tutti gli ordinamenti stranieri considerati, si assiste all'introduzione del c.d. matrimonio *gender neutral*, ma secondo percorsi estremamente differenziati. L'apertura può essere, infatti, il frutto della volontà politica - esplicitata nell'iniziativa legislativa - oppure derivare da espressa richiesta delle Corti nazionali preposte al controllo di costituzionalità delle leggi. Di recente, le istanze di apertura del matrimonio alle coppie omosessuali risultano anche direttamente riconducibili alla volontà popolare<sup>1447</sup>.

La tutela delle relazioni extra-matrimoniali caratterizzate dalla c.d. *affectio maritalis* rappresenta il campo in cui le soluzioni adottate dai singoli ordinamenti differiscono tuttora sensibilmente. In assenza di formalizzazione del vincolo<sup>1448</sup>, il riconoscimento

---

<sup>1444</sup> A titolo esemplificativo, il Parlamento federale elimina il requisito dell'eterosessualità dei coniugi all'esito di diversi solleciti delle Corti Supreme Provinciali e dopo aver richiesto una pronuncia alla Corte Suprema Federale.

<sup>1445</sup> Fa eccezione l'ordinamento irlandese, che appare dotato di una Costituzione rigida, la quale fa coincidere la nozione di famiglia in senso giuridico con la famiglia fondata sul matrimonio.

<sup>1446</sup> L'introduzione del matrimonio *gender neutral* comporta l'abrogazione delle convivenze registrate che presentano i caratteri del c.d. modello nordico. Fa eccezione l'Inghilterra.

<sup>1447</sup> La volontà popolare assume rilievo sia con riguardo all'utilizzo degli strumenti di democrazia diretta (si veda il caso del referendum nell'ordinamento irlandese), sia nella forma dell'iniziativa legislativa popolare (è l'esempio dell'ordinamento finlandese).

<sup>1448</sup> Alcuni degli ordinamenti di *civil law* considerati - così, ad esempio, Francia, Belgio e Paesi Bassi - hanno predisposto istituti di formalizzazione della relazione alternativi al matrimonio aperti ad ambo gli orientamenti sessuali, aderendo ad un approccio di c.d. *opt-in*. Negli ordinamenti canadesi - ad eccezione del Québec - si assiste ad una piena equiparazione della convivenza *more uxorio* al coniugio in relazione ad alcuni diritti patrimoniali di stampo solidaristico, in virtù di una valorizzazione del principio di effettività e dell'analogia funzionale tra le due

puntuale ai conviventi *more uxorio* di diritti simili od analoghi ai coniugi è generalmente dettato da un approccio funzionalista e, dunque, dal riscontro di una effettività familiare nella realtà affettiva di coppia<sup>1449</sup>.

Per quanto attiene ai rapporti tra genitori e figli, a spiccare è, in via generale, il peso crescente dell'intenzionalità nell'assunzione del ruolo genitoriale, evidente, in particolare, nelle norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Tradizionalmente estranea al mondo della contrattualità<sup>1450</sup>, la genitorialità diviene pienamente negoziabile in alcuni ordinamenti, tramite appositi strumenti predisposti dalla legge<sup>1451</sup>. L'istituto della surrogazione di maternità trova poi maggiori resistenze all'interno dei sistemi di *civil law*, risultando invece diffuso negli ordinamenti di *common law* considerati<sup>1452</sup>.

Se una delle principali innovazioni risulta l'attribuzione della genitorialità in capo a due soggetti dello stesso sesso, la formazione di nuclei familiari omogenitoriali origina nei singoli ordinamenti da estensioni attuate in maniera diversificata. Alcuni ordinamenti di *civil law* rivedono le regole tradizionali di attribuzione della genitorialità, introducendo per la c.d. co-maternità norme speculari alla presunzione di paternità nel matrimonio o al riconoscimento volontario (così, ad esempio, in Belgio ed Olanda). In assenza di uniformità circa i requisiti di accesso all'adozione<sup>1453</sup>, in alcuni ordinamenti essa diviene accessibile alle coppie dello stesso sesso in ragione dell'estensione legislativa del matrimonio (così, ad esempio, in Francia e Norvegia). In altri casi, il requisito dell'eterosessualità della coppia di adottanti cade a seguito di uno specifico intervento di

---

situazioni; cfr. *supra*, para 4.3.3. Il semplice presupposto dell'esistenza della relazione di carattere affettivo è sufficiente ad instaurare l'applicazione di un regime legale minimo esclusivamente in Portogallo.

<sup>1449</sup> Si pensi al ruolo dei diritti garantiti in Carte internazionali, quale, ad esempio, il diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU.

<sup>1450</sup> Cfr. SWENNEN F., *Contractualisation of Family Law – Global Perspectives*, Springer, 2015, p. 11.

<sup>1451</sup> La normativa dell'Ontario esplicita la maggiore estensione raggiunta dalla contrattualizzazione della genitorialità: i “*pre-conception parentage agreements*” consentono ad un numero massimo di quattro persone di attribuirsi e regolamentare il ruolo genitoriale su un bambino non ancora nato, attraendo lo *status filiationis* nella disponibilità dei privati.

<sup>1452</sup> Fa eccezione l'Irlanda. Negli ordinamenti considerati l'istituto è comunque sorretto dallo spirito solidaristico, che ne demanda la gratuità. Nell'ordinamento inglese, inoltre, l'attribuzione della genitorialità nei casi di surrogazione di maternità è comunque sottoposta ad un vaglio giurisdizionale; cfr. *supra*, para. 4.1.2.

<sup>1453</sup> Non in tutti gli ordinamenti considerati rileva l'esistenza del vincolo matrimoniale per l'adozione congiunta o per la c.d. *stepchild adoption*.

riforma della disciplina dell'adozione<sup>1454</sup> (così, ad esempio, in Portogallo). La funzione che l'ordinamento attribuisce alla riproduzione assistita è con frequenza influente nella determinazione dei soggetti che possono accedere alle tecniche: fintanto che la stessa risponda al c.d. principio di sussidiarietà - andando a supplire ad un'infertilità patologica ma non fisiologica - essa rimane ad esclusivo appannaggio delle coppie eterosessuali<sup>1455</sup>. Con riferimento ai nuclei monogenitoriali, tutti gli ordinamenti stranieri considerati consentono la c.d. adozione piena alle persone singole. Inoltre, vi è una crescente tendenza a riconoscere come vero soggetto legittimato all'accesso alle tecniche di riproduzione assistita la donna, indipendentemente dalla sua situazione relazionale<sup>1456</sup>. Resta forte nella gran parte degli ordinamenti considerati il c.d. dogma bigenitoriale. Sicché, anche in ordinamenti che riconoscano la possibilità di delegare la responsabilità genitoriale ad un soggetto terzo (ad esempio, il genitore sociale<sup>1457</sup>), la genitorialità è attribuita in via esclusiva in capo a massimo due soggetti, di diverso o dello stesso sesso. Esclusivamente negli ordinamenti di Ontario e British Columbia si riscontra un'estensione degli *status familiae* oltre il nucleo bigenitoriale, attuata a mezzo di strumenti di natura negoziale che devono intervenire prima della nascita del minore e nel rispetto dei requisiti di legge. Da ultimo, le riforme che hanno decretato l'irrilevanza delle circostanze della nascita nell'attribuzione dello *status* di figlio non necessariamente hanno comportato l'eliminazione di ogni possibile distinzione tra figli: in particolare, raramente ad un unico *status* di figlio corrisponde una parificazione della posizione giuridica dei genitori<sup>1458</sup>. In tutti gli ordinamenti considerati si riscontra, infatti, la possibilità di una dissociazione tra l'attribuzione della genitorialità - a cui è sempre ricollegato il dovere di mantenimento

---

<sup>1454</sup> Eventualmente anche sollecitato dalla Corte costituzionale, come nel caso dell'ordinamento tedesco.

<sup>1455</sup> In tal senso, l'attuale situazione dell'ordinamento francese, nonché l'evoluzione dell'ordinamento portoghese.

<sup>1456</sup> Si vedano le considerazioni sugli ordinamenti di *common law* e sui Paesi Scandinavi, nonché la normativa di Portogallo e Quèbec.

<sup>1457</sup> Così, ad esempio, nell'ordinamento olandese ed in quello francese. Nell'ordinamento inglese, inoltre, è ammesso anche un margine negoziale attraverso l'utilizzo dei *parental responsibility agreements (PRA)*. Negli ordinamenti di British Columbia ed Ontario, il frazionamento delle responsabilità sul minore è ancora maggiore, non solo poiché può astrattamente risultare in capo ad un numero maggiore di soggetti, ma anche perché per legge vi è una distinzione tra la persona del minore ed il suo patrimonio, le quali vengono gestite a mezzo di istituti diversi.

<sup>1458</sup> Sintomatica dell'iniquità dei genitori è poi la circostanza che negli ordinamenti di *common law* - così, ad esempio in Inghilterra ed Irlanda - si riscontrino regole che differenziano la posizione dei genitori in ordine alla decadenza dalla responsabilità genitoriale, inattaccabile solo qualora origini nel matrimonio.

del minore – e la titolarità ed esercizio della responsabilità genitoriale. Nello specifico, in gran parte degli ordinamenti considerati, solo la partoriente vede indistintamente il suo ruolo genitoriale rivestito della pienezza dei poteri, diritti e doveri ad esso connessi ed il secondo genitore è investito della titolarità e dell'esercizio della responsabilità genitoriale al verificarsi di presupposti di legge differenziali. Spesso, l'attribuzione della responsabilità genitoriale alla nascita è connessa alla circostanza della convivenza tra i genitori o, in assenza, all'accordo con la madre<sup>1459</sup>.

Il raffronto tra l'evoluzione della famiglia in senso giuridico nei singoli ordinamenti occidentali considerati e l'estensione raggiunta dalla famiglia in senso giuridico nel nostro ordinamento ha permesso di riscontrare delle effettive singolarità del modello familiare italiano.

Escluso che l'allargamento delle maglie familiari oltre il nucleo matrimoniale sia astrattamente impedito dalla nostra Costituzione<sup>1460</sup>, dall'esame della legislazione ordinaria è emersa la centralità assunta nel nostro ordinamento, ai fini della determinazione della nozione di famiglia in senso giuridico, dallo *status filiationis*. In particolare, si ritiene che la Riforma della filiazione italiana rappresenti un primo ampliamento legislativo della nozione familiare e rivesta la famiglia non matrimoniale di dignità pari alla c.d. famiglia legittima. La Riforma dà infatti vita ad uno *status* di figlio unico e “forte”: il combinato disposto degli artt. 74 e 315 c.c. depone a favore di una più ampia irrilevanza delle circostanze della nascita nei rapporti tra genitori e figli e nella propagazione di parentela, sicché l'accertamento dello stato di figlio e la costituzione del rapporto di filiazione comportano che i figli siano posti in una posizione giuridica unitaria.

Tuttavia, la Riforma della filiazione italiana non concretizza esclusivamente l'introduzione di uno statuto giuridico unico dei figli, ma anche l'affermazione della posizione unitaria dei genitori. In virtù della neo-introdotta nozione di responsabilità genitoriale e del testo dell'art. 316 c.c., il diritto italiano conosce un'unica norma attributiva della responsabilità genitoriale. Si cristallizza nel nostro ordinamento un

---

<sup>1459</sup> Le difficoltà nel riconoscere una posizione equa in capo ai genitori con riguardo ai diritti e doveri sui figli è pienamente esemplificata dalle graduali riforme intervenute nell'ordinamento norvegese.

<sup>1460</sup> Fermo il disposto dell'art. 29 Cost. che “tipizza” la famiglia legittima, la tutela di altre formazioni familiari è consentita ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, il quale rappresenta il fulcro della tutela delle relazioni che contribuiscono al pieno sviluppo della personalità dell'individuo.

rapporto biunivoco tra genitorialità e responsabilità genitoriale, il quale costituisce un *unicum* tra gli ordinamenti occidentali considerati.

Un secondo ampliamento legislativo della nozione di famiglia in senso giuridico sembrerebbe attuatosi con la legge n. 76/2016, sebbene esclusivamente per quanto attiene al rapporto di coppia tra adulti. La circostanza che l'unione civile costituisca una formazione sociale tutelata ai sensi dell'art. 2 della Costituzione è confermata dalla stessa legge istitutiva, ma il carattere familiare della stessa si può desumere da una serie di risultanze univoche<sup>1461</sup>. Quanto non si rinviene nella legge sono disposizioni che consentano di ritenere che il legislatore abbia esplicitamente previsto l'attribuzione della genitorialità in capo a due soggetti dello stesso sesso. In assenza di indici legislativi che depongano in tal senso, è esclusivamente al formante giurisprudenziale che si può far risalire, allo stato attuale, il riconoscimento di un carattere familiare a situazioni sociali omogenitoriali e monogenitoriali.

Il riferimento è a due ipotesi specificamente individuate.

Da un lato, vi è la prassi interpretativa in materia di adozione in casi particolari. La giurisprudenza ricorre a tale istituto come strumento di acquisizione al diritto del legame affettivo del figlio con il partner – anche dello stesso sesso - del genitore biologico o adottivo. In virtù dell'unicità dello *status* di figlio, si dovrebbe ritenere che essa non presenti più gli effetti limitati della c.d. adozione mite, ma vada equiparata negli effetti all'adozione piena, con l'inserimento a pieno titolo del minore nel nucleo parentale dell'adottante.

Dall'altro lato, vi è il riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali o atti di nascita stranieri che accertino un rapporto di filiazione costituitosi in conformità alla normativa straniera<sup>1462</sup>. Di recente, le Corti di merito e legittimità hanno circoscritto la nozione di ordine pubblico internazionale, ritenendo ostativo al riconoscimento dei provvedimenti attributivi di *status familiae* esclusivamente il contrasto con principi fondamentali di ordine

---

<sup>1461</sup> Basti ricordare: l'*iter* da cui la legge origina; l'introduzione di un nuovo *status* nel diritto di famiglia italiano, quello di parte dell'unione civile; il carattere personale e non solo patrimoniale dei diritti ricondotti all'unione; il trattamento omogeneo assicurato alle parti dell'unione civile, anche a mezzo della generale clausola di equivalenza fra matrimonio ed unione civile, la quale delinea lo statuto giuridico dell'unione.

<sup>1462</sup> Diversa può essere la natura dei provvedimenti stranieri che vengono in considerazione: sentenze di adozione piena nei confronti di persone singole o coppie dello stesso sesso; atti di nascita che riportino come genitori due madri che abbiano fatto ricorso a tecniche di fecondazione eterologa; ancora, provvedimenti dichiarativi della genitorialità dei c.d. genitori intenzionali, in caso di ricorso a gestazione per altri.

costituzionale. Facendo leva sul preminente interesse del minore quale principio ordinatore in materia familiare, esse hanno statuito un diritto del figlio alla conservazione di *status*.

Per l'effetto del passaggio in giudicato dei provvedimenti di adozione in casi particolari e del riconoscimento dei provvedimenti ed atti stranieri attributivi dello *status filiationis*, fanno ingresso nel nostro ordinamento strutture familiari non direttamente prefigurate dall'assetto normativo interno<sup>1463</sup>, sia omogenitoriali che monogenitoriali. Pur in assenza della previsione legislativa di tali forme familiari, esse dovrebbero tuttavia godere della denominazione di famiglia anche nel nostro ordinamento. A parere di chi scrive, ciò diviene sostenibile proprio in virtù dell'intervenuta impossibilità di effettuare distinzioni nello *status* dei figli: la disciplina della filiazione, infatti, sembrerebbe creare nel diritto di famiglia italiano un'unica dimensione dei diritti e doveri riconducibili ai componenti della famiglia. Appaiono chiare le conseguenze "permeanti" dell'intervenuta valorizzazione nel nostro ordinamento dell'unicità di *status*: l'esigenza di non pregiudicare il figlio nell'accertamento delle sue relazioni familiari in ragione delle circostanze della sua nascita investe anche le modalità della nascita e l'eventuale utilizzo di tecniche non consentite, nonché rende irrilevante la struttura della formazione sociale che funge da nucleo affettivo del minore<sup>1464</sup>.

In conclusione, si ritiene che, a seguito della Riforma della Filiazione, la famiglia in senso giuridico nell'ordinamento italiano si sia estesa oltre il tradizionale nucleo matrimoniale, con un progressivo spostamento d'asse dal presupposto matrimoniale al piano della filiazione, che porta ad identificare nel nucleo di cura del minore una famiglia. Allo stato attuale, inoltre, la nozione di famiglia nel nostro ordinamento sembrerebbe non rigidamente determinata dal formante legislativo: appaiono in atto, infatti, alcune estensioni di tutela a forme familiari diverse dal nucleo bigenitoriale ed eterosessuale, effettuate dal formante giurisprudenziale. Tuttavia, queste aperture sono ascrivibili ad un

---

<sup>1463</sup> Si tratta di una circostanza che non si è riscontrata negli altri ordinamenti occidentali considerati. Nell'esaminare le prassi giurisprudenziali in materia di riconoscimento degli *status filiationis* acquisiti a seguito di gestazione per altri intervenuta all'estero, si è evidenziato come, per effetto del riconoscimento, non si "inserissero" negli ordinamenti considerati situazioni familiari che avessero una "struttura" non prevista dall'ordinamento interno.

<sup>1464</sup> In tal senso, l'importanza assunta dallo *status filiationis* con riferimento al riconoscimento di formazioni familiari non espressamente previste dal formante legislativo avvicina il nostro ordinamento alla concezione riscontrata nel *common law* delle Province Canadesi.



formante che nel nostro ordinamento è dotato di un carattere normativo debole, limitato negli effetti alla decisione del caso concreto. In quanto tali, non risultano in grado di fornire un modello familiare che sia valevole in maniera generale e astratta, idoneo a garantire un trattamento omogeneo di tutti i figli. Una situazione in cui è proprio il minore - alla cui protezione appare votata l'intera disciplina nazionale della filiazione - a vivere il rischio di trattamenti discriminatori o dell'assenza o precarietà della tutela della sua realtà affettiva.

## BIBLIOGRAFIA

- A.A.V.V., *International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. II: The legal systems of the world. Their comparison and unification*, J.C.B. MOHR/MOUTON, 1975.
- ALPA G., *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016.
- ALPA G., *Paolo Grossi, alla ricerca di un ordine giuridico*, in *Contratti e Impr.*, 2016.
- ALPA G., *Il diritto come veicolo di culture e strumento di mediazione interculturale*, in *I diritti dell'uomo*, 2, 2017.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, *The Federalization of Family Law*, in *Human Rights Magazine*, 2009 (Vol. 36).
- ANDO' B., *Alle radici del droit civil québécoise: ibridità e jus commune*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2016.
- ANGELINI F., *Procreazione medicalmente assistita (voce)*, in *Digesto Civile*, 2015.
- ANRO' I., *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche, Torino, 9-10 ottobre 2009*, ESI, Napoli, 2010.
- ANTOKOLSKAIA M., *Development of Family Law in Western and Eastern Europe: Common Origins, Common Driving Forces, Common Tendencies*, in *Journal of Family History*, vol. 28, 2003.
- ANTOKOLSKAIA M., *The Harmonisation of Family Law: Old and New Dilemmas*, in *European Review of Private Law*, 2003.
- ANTOKOLSKAIA M., *The better law approach and the harmonisation of family law*, in *European Journal of Law Reform*, 2004.
- ANTOKOLSKAIA M., *Objectives and values of Substantive Family law*, in (eds.) MEEUSEN J., PERTEGÁS M., STRAETMANS G., SWENNEN F., *International Family Law For The European Union*, Intersentia, 2007.
- ANTOKOLSKAIA M., *Family law and national culture. Arguing against the cultural constraints argument*, in *Utrecht Law Review*, vol. 4, 2008.
- ANTOKOLSKAIA M., *Harmonisation of substantive family law in Europe: myths and reality*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2010.
- ANTOKOLSKAIA M., *Parenting in step-parent families: legal status versus de facto roles*, in *Child & Fam. L. Q.*, 2015.
- ANTOKOLSKAIA M., BOELE-WOELKI K., *Dutch Family Law in the 21st Century: Trend-setting and Straggling Behind at the Same Time*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2002.

- ARAI-TAKAHASHI Y., *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001.
- ARENDT H., *Understanding and Politics (The Difficulties of Understanding)*, in (ed. by) KOHN J., *Essays in Understanding. 1930-1954*, Schocken Books, 1994.
- ATTADEMO L., *La "stepchild adoption" omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), l. n. 184/1983 e nella l. n. 218/1995*, in *Corriere Giur.*, 2016.
- AULETTA T., *Diritto di famiglia*, Giappichelli, 2014.
- AULETTA T., *La filiazione derivante da incesto*, in BIANCA C. M. (a cura di), *La riforma della filiazione*, Wolters Kluwer CEDAM, 2015.
- AULETTA T., *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016.
- AUTORINO G., *Profili evolutivi del diritto di famiglia (per un'introduzione storico-sistematica)* in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), 2018.
- AZZALINI M., *Dal "divorzio imposto" al matrimonio "risolutivamente condizionato": le bizze e inique sorti del matrimonio della persona transessuale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015.
- BAINHAM A., *The illegitimacy Saga*, in (ed. by) PROBERT R., BARTON C., *Fifty Years in Family Law. Essays for Stephen Cretney*, Intersentia, 2012.
- BAKHT N., *A v. B and Attorney General of Quebec (Eric v. Lola) - The implications for cohabiting couples outside Quebec*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2013.
- BALBONI M., GATTUSO M., *Famiglia e identità di genere: "divorzio imposto" e "diritti fondamentali"*, in *GenIUS*, 2014.
- BALDINI V., *Famiglia e diritti connessi alla vita familiare nella giurisprudenza nazionale ed europea*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it).
- BALESTRA L., *La famiglia di fatto*, CEDAM, 2004.
- BALESTRA L., *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, in AULETTA T. (a cura di), *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Giuffrè, Milano, 2007.
- BALESTRA L., *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010.
- BALESTRA L., *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge - unioni civili, convivenze di fatto e "modello matrimoniale": prime riflessioni*, in *Giur. It.*, 2016.
- BALESTRA L., BOLONDI E., *La filiazione nel contesto europeo*, in *Fam. E Dir.*, 2008.
- BARBA V., *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2014.
- BARBA V., *La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso*, in *genIUS*, n. 2, 2018.

- BARBA V., *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, in *Dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2018.
- BARDESEN A., *Interpreting the Norwegian Bill of Rights*, *Annual Seminar on Comparative Constitutionalism*, 21-22 novembre 2016.
- BAREL B., *La filiazione nel diritto internazionale dopo la riforma*, in MOROZZO DELLA ROCCA P., *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli Editore, 2014.
- BAREL B., ARMELLINI S., *Diritto internazionale privato*, Giuffrè, 2006.
- BARSOZZI V., VARANO V., *Il nuovo ruolo delle Corti Supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, ESI, 2012.
- BARTLETT K., *Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of Nuclear Family Has Failed*, in *VA Law Review*, 1984.
- BARTON C., DOUGLAS G., *Law and Parenthood*, Butterworths, 1995.
- BELLEAU H., CORNUT ST-PIERRE P., *Conjugal Interdependence in Quebec: From Legal Rules to Social Representations About Spousal Support and Property Division on Conjugal Breakdown*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 2013.
- BELLELLI A., *La procreazione medicalmente assistita*, in PATTI S., CUBEDDU M.G., *Diritto della famiglia*, Giuffrè, 2011.
- BELLELLI A., *La disciplina della filiazione nella legge sulle unioni civili*, in (a cura di) BIANCA C. M., *Le unioni civili e le convivenze*, Giappichelli, 2017.
- BÉNABENT A., *La liberté individuelle et le mariage*, in *Rev. trim. dir. Civ.*, 1973.
- BERMAN H.J., *Diritto e rivoluzione. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, Il Mulino, 2010.
- BERNARDINI M., *La convivenza fuori dal matrimonio*, CEDAM, 1992.
- BERNERI C., *Le pronunce Zambrano e McCarthy: gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulle unioni familiari tra cittadini comunitari ed extracomunitari*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2011.
- BESSONE M., *Commento agli artt. 29, 30, 31 Cost.*, in BRANCA G., *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 1976.
- BESSONE M., FERRANDO G., *Minori e maggiori di età (Adozione dei)* in *Novissimo Dig. Civ.*, 1984.
- BIANCA C. M., *Diritto civile. II. La famiglia e le successioni*, Giuffrè, 1989.
- BIANCA C. M., *La riforma della filiazione*, CEDAM, 2014.
- BIANCA M., *L'unicità dello stato di figlio*, in BIANCA C.M., *La riforma della filiazione*, CEDAM, 2014.
- BIANCA C. M., *Note per una revisione dell'istituto dell'adozione*, in *jusvile*, 2018.
- BIDAUD-GARON C., *A chronicle of French Family Law*, in *International Survey of Family Law*, 2014.

BIDDULPHU M., NEWMAN D., *Equality Rights, Ratio identification and the un/predictable judicial path not taken: Quebec (Attorney General) v. A and R v. Ibanescu*, in *UBC Law Review*, 2015.

BILAND E., SCHÜTZ G., *Les couples non-mariés ont-ils des droits? Comment juristes, intellectuels et journalistes ont construit l'affaire Eric c Lola*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 2015.

BILOTTI E., *Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale e diritto alla conoscenza delle origini biologiche*, in *Quaderni di diritto mercato tecnologia*, 2014.

BILOTTI E., *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2017.

BLACK'S LAW DICTIONARY, Thomas Reuters, 2009.

BOELE-WOELKI K., *The Road Towards a European Family Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 1997.

BOELE-WOELKI K., *The Working Method of the Commission on European Family Law*, in AA.VV., *Common Core and Better Law in European Family Law*, a cura di BOELE-WOELKI K., Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2005.

BOELE-WOELKI K., *Zwischen Konvergenz und Divergenz: Die CEFL-Prinzipien zum europäischen Familienrecht*, in *RabelsZ*, 2009.

BOELE-WOELKI K., FERRAND F., GONZÁLEZ BEILFUSS C., JÄNTERÄ-JAREBORG M., LOWE N., MARTINY D., PINTENS W., *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004.

BONILINI G., *Trattato di diritto di famiglia, Volume IV. La filiazione e l'adozione*, UTET, 2016.

BONILINI G., CONFORTINI M., *Codice commentato di famiglia, minori, soggetti deboli*, UTET, 2014.

BORNHEIM J.J., *Same-Sex Marriages in Canadian Private International Law*, in *Alberta Law Review*, 2014.

BOVEND'EERT P., KORTMANN C. A.J.M., *Constitutional Law in the Netherlands*, Wolters Kluwer, 2012.

BOYD S.B., *Illegitimacy in British Columbia, Saskatchewan, Ontario, and Nova Scotia: A Legislative History*, Allard Research Commons, 2015.

BOYRON S., *The Constitution of France*, Hart Publishing, 2013.

BRADLEY D., *Convergence in Family Law: Mirrors, Transplants and Political Economy*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1999.

BRADLEY D., *Regulation Of Unmarried Cohabitation In West-European Jurisdictions – Determinants Of Legal Policy*, in *International Journal Of Law, Policy and the Family*, 2001.

BRADLEY D., *A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, in BOELE-WOELKI K., *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, 2003.

BRANCA G., *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 1976.

- BRITZ G., *Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Juristenzeitung*, 2014.
- BROWN C., GARDINER K.T., *The rights of unmarried cohabitants in Canada*, in *Trusts & Trustees*, Vol. 24, No. 1, February 2018.
- BUFFONE G., *Nozione ed elementi costitutivi*, in ALBANO F., CASSANO G., CORDER P., OBERTO G., *Le tutele nella famiglia*, Giuffrè, 2018.
- BUFFONE G., GATTUSO M., WINKLER M.M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017.
- BUGETTI M. N., *Favor veritatis, favor stabilitatis, favor minoris: disorientamenti applicativi*, in *Fam. e Dir.*, 2017.
- BUREAU M.F., *Canada*, in *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, 2011.
- BUSNELLI F. D., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. Civ.*, 2002.
- BUSNELLI F., VITUCCI M.C., *Frantumi europei della famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013.
- CAGGIA F., *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017.
- CALDERAI V., *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017.
- CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, vol. VI, 1970.
- CAMPIGLIO C., *Filiazione*, in BARATTA R., *Diritto internazionale privato*, Giuffrè, 2010.
- CAMPIGLIO C., *Il diritto dell'Unione europea si confronta con la maternità su commissione*, in *Nuova Giur. Civ.* 2014.
- CAPOGRASSI G., *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1939.
- CAPONI R., *Dialogo tra Corti: alcune ragioni di un successo*, in (a cura di) BARSOTTI V., VARANO V., *Il nuovo ordine delle Corti Supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, ESI, 2012.
- CAPRIOLI A., *Le azioni di stato*, in ALBANO F., CASSANO G., CORDER P., OBERTO G., *Le tutele nella famiglia*, Giuffrè, 2018.
- CARDACI G., *La trascrizione dell'atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017.
- CARETTI P., TARLI BARBIERI G., *I diritti fondamentali*, Giappichelli, 2002.
- CARBONE S.M., TUO C., *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010.
- CARBONE V., *Le riforme generazionali del diritto di famiglia: luci ed ombre*, in *Fam. Dir.*, 2015.



- CARDACI G., *La trascrizione dell'atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017.
- CARDACI G., *Questioni processuali in materia di riconoscimento dell'efficacia della sentenza straniera ex art. 67 l.n. 218/1995*, in *Dieci brevi contenuti per un dibattito attuale*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2018.
- CAREDDA V., *Spunti evolutivi sull'art. 258 c.c.: il riconoscimento, la parentela, la famiglia*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2015.
- CARIMINI F., *Le unioni civili: tra la famiglia "tradizionale" e nuovi "modelli" di comunione familiare*, in [www.comparazionediritto civile.it](http://www.comparazionediritto civile.it), 2016.
- CARRANO R., PONZANI M., *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali*, in *Fam. e Dir.*, 2014.
- CASABURI G., *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 3.3.2016.
- CASABURI G., *La costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*, in *GenIus*, n. 2, 2016.
- CASABURI G., *Convivenze e unioni civili: una prima lettura della nuova legge*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).
- CASSESE S., *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2016.
- CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015.
- CASTRONOVO C., *L'aporia tra ius dice e ius facere*, in *Europa e Diritto Privato*, 2016.
- CATTANEO M. A., *Positivismo giuridico* (voce) in *Digesto Civile*, 1996.
- CECCHERINI E., *Diritto costituzionale dei Paesi dell'Unione Europea*, CEDAM, 2007.
- CENDON P., *La famiglia e le persone*, UTET, 2008.
- CENSI A., *Famiglia e sociologia. Dai classici al pensiero contemporaneo*, Pearson Italia, 2014.
- CERI P., *Sociologia. I soggetti, le strutture, i contesti*, Laterza, 2007.
- CERRINA FERONI G., FROSINI T.E., TORRE A., *Codice delle costituzioni*, Vol. 1, Giappichelli, 2009.
- CHENAL R., *La Corte Europea dei diritti dell'uomo e la nozione di "quarta istanza"*, in A.A.V.V., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, ESI, 2016.
- CHERLIN A. J., *The Deinstitutionalization of American Marriage*, in *Journal of Marriage and Family*, 2004.
- CHRISTIE A., *The Best Interests of the Child in UK Immigration Law*, in *Nottingham Law Journal*, 2013.
- CIAN G., *Introduzione*, in (a cura di) CARRARO L., OPPO G., TRABUCCHI A., *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, CEDAM, 1977.
- CIANCI A.G., *Le altre disposizioni riferite al coniuge e al matrimonio*, in (a cura di) BIANCA C.M., *Le unioni civili e le convivenze*, Giappichelli, 2017.

- CICERO C., *Filiazione (riforma della)* in *Digesto Civile*, 2016.
- CIPRIANI M., *La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2015.
- CIRAOLO C., *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2014.
- CIRAOLO C., *Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La stepchild adoption*, in *Corriere Giur.*, 2017.
- COACCIOLI A., *Manuale di diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè, 2011.
- COESTER-WALTJEN D., *Die Einfuehrung der gleichgeschlechtigen Ehe in ausgewaehlten Rechtsordnungen*, in *Zeup*, 2018.
- COLCELLI V., *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, Iseg Gioacchino Scaduto, Perugia, 2010.
- II COMMISSIONE PERMANENTE (GIUSTIZIA), *Indagine conoscitiva sullo stato di attuazione delle disposizioni legislative in materia di adozioni ed affido*, 7 marzo 2017.
- CONSEIL D'ETAT, Dossier de Presse – Mercredi 11 juillet 2018, «*Dignité, liberté, solidarité*» : le Conseil d'État livre sa lecture du modèle bioéthique français Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain?, 2008.
- CONTI R., *Gli effetti delle sentenze della Corte dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno. Alcuni "seguiti" nella giurisprudenza nazionale*, in A.A.V.V., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, ESI, 2016.
- COOK R., SCLATER S.D., KAGANAS F., *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart Publishing, 2003.
- COOKE L. P., BAXTER J., "Families" in International Context: Comparing Institutional Effects Across Western Societies, in *Journal of Marriage and Family*, 2010.
- COONTZ S., *The world historical transformation of marriage*, in *Journal of Marriage and Family*, 2004.
- COOPER L., *Marriage, Family, Discrimination & Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights*, in *German Law Journal*, 2011.
- CORDER P., BARCATI J., *Procreazione medicalmente assistita*, in ALBANO F., CASSANO G., CORDER P., OBERTO G., *Le tutele nella famiglia*, Giuffrè, 2018.
- CORDIANO A., *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, in *Familia*, 2004.
- CORDIANO A., *Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017.
- CORDIANO A., *Le unioni omoaffettive nell'ordinamento italiano. Troppo poco o... forse, troppo?*, in [www.comparazionediritto.civile.it](http://www.comparazionediritto.civile.it).

- COTTA S., DALLA TORRE G., D'AGOSTINO F., MONTANARI B., VENTURA P., AMATO S., *Famiglia, diritto e diritto di famiglia*, Editoriale Jaca Book spa, 1985.
- CRETNEY S., *Elements of Family Law*, Sweet and Maxwell, 1997.
- CRETNEY S., *Family Law in the Twentieth Century. A History*, Oxford University Press, 2003.
- CRISTOFARO G., *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di un'innovazione discutibile*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014.
- CROCE M., *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- CUBEDDU M. G., *I contributi al diritto europeo della famiglia*, in AA.VV., *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, a cura di PATTI S., CUBEDDU M. G., Giuffrè, Milano, 2008.
- CURRY-SUMNER I., *Registered Partnership in the Netherlands*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017.
- CURRY-SUMNER I., FORDER C., *The Dutch Family Law Chronicles: Continued Parenthood notwithstanding divorce*, in *International Survey of Family Law*, 2006
- CURRY-SUMNER I., VONK M., *Surrogacy in the Netherlands*, in (eds.) TRIMMINGS K., BEAUMONT P., *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Hart Publishing, 2013.
- CURRY-SUMNER I., VONK M., *Dutch Co-Motherhood in 2014*, in *International Survey of Family Law*, 2014.
- DAL CANTO F., *La Corte Costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010.
- DAMELE G., *Primo caso di GPA in Portogallo dopo l'approvazione della legge*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 6 ottobre 2017.
- DANISI C., *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010.
- DANISI C., *Tutela dei diritti umani non discriminazione e orientamento sessuale*, ESI, 2015.
- DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, CEDAM, 2004.
- DE BAERE G., GUTMAN K., *The impact of the European Union and the European Court of Justice on European Family Law*, in (ed. by) SCHERPE J. M., *European Family Law*, Vol. I, Edward Elgar Publishing, 2016.
- DE CRISTOFARO G., *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di un'innovazione discutibile*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014.
- DE FREITAS T. F., TEGA D., *Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples*, in GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-Sex Couples before National. Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014.

- DE OLIVEIRA G., MARTINS R., *National Report: Parental Responsibilities – Portugal, Commission on European Family Law*, 2005.
- DE S.O.P.E. LASSER M., *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, OUP, 2009.
- DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, 2010.
- DETHLOFF N., *Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Ein rechtsvergleichender Überblick*, in FUNCKE D., THORN P., *Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern*, Transcript, Bielefeld, 2010.
- DETHLOFF N., *Familienrecht in Europa – Quo vadis?* In NJW, 2018.
- DETHLOFF N., MARTINY D., *National Report: Parental Responsibilities – Germany*.
- DEWAR J., *The Normal Chaos of Family Law*, in *Modern Law Review*, 1998.
- DEWAR J., *Family Law and its Discontents*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2000.
- DI BARI M., *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n.138/2010 della Corte Costituzionale*, in *Rivista giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012.
- DI LORENZO N., *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari*, in (a cura di) RUGGERI A., RINOLDI D., PETRALIA V., *Vecchie e nuove "famiglie" nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, Editoriale Scientifica, 2016.
- DI MARIA R., *Aggregati familiari e Costituzione*, in ROMEO F., *Le relazioni affettive non matrimoniali*, UTET, 2014.
- DI NAPOLI E., *A Place Called Home: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2013.
- DI PAOLO C., *Spunti critici in tema di effettività della Convenzione per i diritti del fanciullo nell'ordinamento italiano*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n. 1, 2012.
- DIEDERICHSEN U., *Der besondere Schutz von Ehe und Familie – eine deutsche Utopie*, in *Familie Partnerschaftt Recht*, 2007.
- DIEL A., *Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus*, Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 2014.
- DIURNI A., *La filiazione nel quadro europeo. Vol. III, Filiazione e adozione*, in G. FERRANDO (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia, vol. III*, Zanichelli, Bologna, 2007.
- DIURNI A., *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*; in *Giur. It.*, 2017.
- DOGLIOTTI M., *L'adozione di minori*, in *Fam. Dir.*, 2015.
- DOGLIOTTI M., *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, in *Fam. e Dir.*, 2015.

- DOGLIOTTI M., *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?)*, in *Fam. E Dir.*, 2016.
- DOGLIOTTI M., *I “due padri” e l’ordine pubblico... tra sezioni semplici e sezioni unite*, in *Fam. e Dir.*, 2018.
- DOLSO G., *I profili processuali della sentenza costituzionale sulla stepchild adoption*, in *GenIus*, 2, 2016.
- DONÀ A., *From Pacts to Didore: Why Are Civil Partnerships Such a Divisive Issue in Italian Politics?*, in *Bulletin of Italian Politics*, 2009.
- DONATI A., *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, CEDAM, 2004.
- DONATI F., *La famiglia nella legalità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014.
- DONATI P., SCABINI E., *Nuovo lessico familiare*, Vita e Pensiero, 2002.
- DONATI PANFORTI M., *Affinità e discordanze del diritto di famiglia in Europa*, in BRUNETTA D’USSEAU F., *Il diritto di famiglia nell’Unione Europea*, CEDAM, 2005.
- DONOLO C., *La famiglia come ossimoro*, in *Parolechiave*, Fascicolo 1, 2008.
- DOSSETTI M., *La Parentela*, in DOSSETTI M., MORETTI C., *La riforma della filiazione*, Zanichelli, 2013.
- DOSSETTI M., MORETTI M., MORETTI C., *La riforma della filiazione*, Zanichelli, 2013.
- DOUGLAS G., *The changing concept of “family” and challenges for family law in England and Wales*, in (ed. by) SCHERPE J.M., *European Family Law. Volume II: The Changing Concept of “Family” and Challenges for Domestic Family Law*, Edward Elgar Publishing, 2016.
- DOYLE O., *Constitutional Law*, Clarus Press, 2008.
- DRIER H., *Grundgesetz Kommentar*, 1986.
- DZEHTSIAROU K., *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention of Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011.
- EEG T., *Recent Development in Law of Persons, Family and Inheritance in Norway*, in *FamRz*, 2017.
- EEG T., *Registered Partnership in Norway*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017.
- EEKELAR J.M., *Reforming the English Law Concerning Illegitimate Persons*, in *Family Law Quarterly*, 1980.
- EEKELAR J., *Family Law and Personal Life*, OUP, 2006.
- ENGLE MERRY S., *Introduction: States of Violence*, in (ed. by) GOODALE M., ENGLE MERRY S., *The Practice of Human Rights. Tracking Law Between the Global and the Local*, Cambridge University Press, 2007.
- ESKRIDGE W.N.JR., *United States: Lawrence v. Texas and the imperative of comparative constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, July 2004.

EUROPEAN AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European Law relating to the rights of the child*, 2015.

FABBIO P., *Sul ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2015.

FACCHI A., *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, il Mulino, 2007.

FACCI G., *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, in SESTA M., *La responsabilità nelle relazioni familiari*, UTET, 2008.

FACCIOLI M., *Procreazione medicalmente assistita (voce)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, UTET Giuridica, Torino, 2007.

FALETTI E., *Democrazia e diritti fondamentali: il caso dei referendum sui same-sex marriage in Irlanda e negli Stati Uniti*, in *DPCE online*, 2015.

FALETTI E., *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*, in *Fam. E Dir.*, 2017.

FARQUHAR K., *Termination of the in loco parentis obligation of child support*, in *Canadian Journal of Family Law*, 1990.

FAZIO E., *Status filiationis e tutele dei figli non riconosciuti e non riconoscibili*, in *juscivile*, 2018.

FENTON-GLYNN C., *The difficulty of Enforcing Surrogacy Regulations*, in *Cambridge Law Journal*, 2015.

FENTON-GLYNN C., *The regulation and recognition of surrogacy under English law: an overview of the case law*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2015.

FERLITO I., *“Miglior interesse del minore del bambino” e “maternità surrogata”: il rischio di un valore-tiranno*, in *www.comparazioneDirittocivile.it*, 2017.

FERRAND F., *National Report: France – Parental Responsibilities*, *Commission on European Family Law*, 2005.

FERRANDO G., *Famiglie ricomposte e nuovi genitori*, in *Giur. It.*, 2007.

FERRANDO G., *L'adozione in casi particolari del figlio naturale del coniuge*, in *Corriere Giur.*, 2012.

FERRANDO G., *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, *juscivile*, 2013.

FERRANDO G., *Diritto della famiglia, Aggiornamento 2014*, Zanichelli, 2014.

FERRANDO G., *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2015.

FERRANDO G., *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, Relazione all'incontro di studio *“Il minore e il diritto alla genitorialità”* presso la Corte di Cassazione, 13 dicembre 2016.

FERRANDO G., *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017.

FERRANDO G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli, 2017.



- FERRANDO G., *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in *GenIUS*, n. 2, 2017.
- FERRANDO G., *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corriere Giur.*, 2017.
- FERRARI D., *La Corte Costituzionale e il Conseil Constitutionnel davanti ai matrimoni omosessuali*, in *Politica del diritto*, 2012.
- FICHERA M., *Same-sex Marriage and the Role of Transnational Law: Changes in the European Landscape*, in *German Law Journal*, 2016.
- FIORINI A., *Which Legal Basis for Family Law? The Way Forward*, European Parliament Directorate General for Internal Policies. Policy Department C: Citizens' rights and constitutional affairs, 2012.
- FLICK G.M., *Il bambino, oggi: il diritto di avere diritti; la speranza di avere un futuro*, in *Rivista AIC*, no. 2, 2015.
- FORNASIER M., *The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?*, in *European Review of Private Law*, 2015.
- FRANCOZ TERMINAL L., *The Changing concept of "family" and challenges for family law in France*, in (ed) SCHERPE J. M., *European Family Law*. Vol. II, Elgar Edward Publishing, 2016.
- FRANCOZ TERMINAL L., *Registered Partnerships in France*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017.
- FRANZONI M., *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018.
- FREEMAN M., *Rethinking Gillick*, in *International Journal of Children's Rights*, 2005.
- FRIØRIKSDÓTTIR H., *The Nordic Model: Same-Sex Families in Love and Law*, in GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014.
- FROMMEL M., TAUPITZ J., OCHSNER A., GEISTHÖVEL F., *Rechtslage der Reproduktionsmedizin in Deutschland*, in *Journal für Reproduktionsmedizin*, 2010.
- FULCHIRON H., *Egalité, Vérité, Stabilité: The new French Filiation Law after the Ordonnance of 4 July 2005*, in *International Survey of Family Law*, 2006.
- FUSARO A., *"Il diritto come discorso" a confronto con le trattazioni dei comparatisti*, in *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ.*, 2015.
- GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014.
- GAMBARO A., *Categorie del diritto privato e linguaggio delle Carte dei diritti fondamentali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016.
- GAMBLE N., *Children of our time*, in *Family Law Journal*, 2008.

- GAGGERO P., *A proposito di definizioni legislative*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2002.
- GALIZIA D. A., *Sull'inesistenza e non trascrivibilità del matrimonio per identità di sesso*, in *Dir. fam. Pers.*, 2006.
- GARRISON M., *The changing face of marriage*, in EEKELAAR J., GEORGE R., *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Routledge, 2014.
- GARRISON M., *Let's Get Married? American Perspectives on Matrimony in the 21st Century*, in (ed. by) EEKELAR J., *Family Law in Britain and America in the New Century*, Brill - Nijhoff, 2016.
- GATTUSO M., *La clausola generale di equivalenza*, in (a cura di) BUFFONE G., GATTUSO M., WINKLER M. M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017.
- GATTUSO M., *Unione civile: tecnica legislativa, natura giuridica e assetto costituzionale*, in (a cura di) BUFFONE G., GATTUSO M., WINKLER M.M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017.
- GATTUSO M., *Corte d'appello di Napoli: i bambini arcobaleno sono figli di entrambi i genitori sin dalla nascita*, in *www.articolo29.it*, 5.8.2018.
- GATTUSO M., *Figli alla nascita: dal tribunale di Torino una prima conferma per la "primavera dei comuni"*, in *www.articolo29.it*.
- GATTUSO M., SCHILLACI A., *Il dialogo fra le corti minorili in materia di stepchild adoption, 2017* in *www.articolo29.it*, 11.9.2017.
- GAZZONI F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, 1983.
- GEANEY E., *Same-sex marriage*, in *Hibernian Law Journal*, 2012.
- GENOVESE A., *How to Write Feminist Legal History: Some Notes on Genealogical Method, Family Law and the Politics of the Present*, in (ed. by) KIRBY D., *Past Law, Present Histories*, ANU Press, 2012.
- GERARDS J.H., FLEUREN J.W.A., *Implementation of the ECHR and the case-law of the European Court of Human Rights in national case-law. A comparative study*, Intersentia, 2016.
- GIACOBBE E., *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, "vivens", condendum*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2016.
- GIACOBBE G., *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale*, in *Dir. Famiglia*, 2006.
- GIACOBBE G., *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. Civ.*, 2006.
- GIACOBBE G., *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, Giappichelli, 2006.
- GIARDINI F., *Filiation inside and outside marriage: the principle of Equality in Family Relations from a historical and comparative legal perspective*, in *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, 2013.
- GIARDINI F., *Unification of Child Status and Parental Responsibility: the Reform of Filiation Remodels the Family in the Legal Sense in the Italian Legal System*, in *Interdisciplinary Journal of Family Studies*, 2017.
- GIORGIANNI M., *Problemi attuali di diritto familiare*, in *Studi in memoria di F. Vassalli*, Giappichelli, 1960.

GIULIMONDI G., *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Sezione Seconda). Sentenza 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia. "Maternità surrogata" fra giurisprudenza della Corte di Strasburgo e diritto statale*, in DPCE online, 2015.

GIUNGI M., *Menesson c. Francia e Labasse c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità*, in *Quaderni costituzionali*, 2014.

GIUNTI P., *Il "best interest of the child". Una conquista del presente in dialogo con il passato*, in (a cura di) CONTE G., LANDINI S., *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Tomo II, 2017.

GIUSTI A., *L'adozione dei minori in casi particolari*, in BONILINI G., CATTANEO G., *Il diritto di famiglia. III. Filiazione e adozione*, UTET, 2007.

GLASS C.M., NUBASEK N., *The Evolution of Same-Sex Marriage in Canada: Lessons the U.S. Can Learn from their Northern Neighbor Regarding Same-Sex Marriage*, in *Michigan Journal of Gender and Law*, 2008.

GLENN P. H., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Il Mulino, 2011.

GLENN P. H., *Sustainable Diversity in Law*, in (ed. by) TAMANAH B.Z., SAGE C., WOOLCOCK M., *Legal Pluralism and Development. Scholars and Practitioners in Dialogue*, Cambridge University Press, 2012.

GLENN P. H., *Ripensando il pensiero giuridico. Lo Stato e le nuove logiche*, ESI, 2015.

GLENDON M.A., *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, 1989.

GLENDON M.A., *Introduction: Family Law In A Time Of Turbulence*, in *International Encyclopedia of Comparative Law: Persons and Family*, Brill, Leiden, 2007.

GORASSINI A., *Convivenze di fatto e c.d. famiglie di fatto. Per una nuova definizione dello spazio topologico di settore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017.

GORASSINI A., *Un nuovo fonema giuridico: figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile*, in *Europa e Diritto Privato*, 2018.

GORDLEY J., *Comparison, Law and Culture: A Response to Pierre Legrand*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 65, 2017.

GORINI M., *Adozione*, in BONILINI G., *Codice di Famiglia, Minori, Soggetti deboli*, UTET.

GRANELLI C., *Il c.d. "parto anonimo ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti*, in *juscivile*, 2016.

GRANELLI C., *"La giurisprudenza è fonte di diritto?". Introduzione ad un incontro di studi*, in *juscivile*, 2016.

GRASSETTI C., *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in CALAMANDREI P., LEVI A., *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, G. Barbéra Editore, 1950.

GRONDONA M., *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, Anno III, Numero III, luglio/settembre 2016.

- GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, 1995.
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2001.
- GROSSO E., *Francia*, il Mulino, 2006.
- GUARNERI A., *Lineamenti di diritto comparato*, CEDAM, 2012.
- GUARNERI A., *Comparazione e scibile giuridico: un rapporto fruttuoso*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016.
- GUARNERI A., *Lineamenti di diritto comparato*, CEDAM – Wolters Kluwer, 2016.
- GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in CICU A., MESSINEO F., MENGONI L., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 1998.
- GUERRERO PICO' C., *Corte Costituzionale, Servizio Studi Area di Diritto Comparato, Il Tribunale costituzionale si pronuncia sulla "gestazione per altri"*, 26.4.2018.
- HALLEY J., *After Gender: Tools for Progressives in a Shift from Sexual Domination to the Economic Family*, in *Pace Law Review*, 2011.
- HALLEY J., *What is Family Law?: A Genealogy Part I*, in *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2011.
- HALLEY J., RITTICH K., *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2010.
- HAMILTON V.E., *Principles of U.S. Family Law*, in *Fordham Law Review*, 2006.
- HARDING M., *Marriage equality: A Seismic Shift for Family Law in Ireland*, in *International Survey of Family Law*, 2016.
- HARVISON YOUNG A., *Reconceiving the Family: Challenging the Paradigm of the Exclusive Family*, in *Am. U. J. Gender & L.*, 1988.
- HAYWARD A., *Registered Partnerships in England and Wales*, in (eds.) SCHERPE J.M., HAYWARD A., *The future of registered partnerships. Family Recognition beyond marriage?*, Intersentia, 2017.
- HEIRBAUT D., STORME M.E., *The Belgian Legal Tradition: From a Long Quest for Legal Independence to a Longing for Dependence?*, in *European Review of Private Law*, 2006.
- HENRICH D., *La riforma della filiazione in Germania*, in *Annuario del diritto tedesco*, 1998.
- HEUN W., *The Constitution of Germany*, Hart Publishing, 2011.
- HODSON L., *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v. Austria*, in *Human Rights Law Review*, 2011.
- HOGAN H., *The Legal Impact of Marriage Equality*, in *King's Inns L. Rev.*, 2017.
- HONORATI C., *La responsabilità parentale del padre non sposato. L'approccio italiano e quello inglese a confronto*, in *Fam. E Dir.*, 2014.

- HORSTEN D., SWENNEN F., VERSCHULDEN G., *Novelties in Belgian Family Law: Co-Motherhood, Double Surnames and the New Family Courts*, in *International Survey of Family Law*, 2016.
- HUBER P., in AA.VV., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII*, C. H. Beck, München, 2002.
- HUSA J., *Nordic Constitutionalism and European Human Rights*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2015.
- IUDICA G., *Il mezzo secolo lungo*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016.
- IUDICA G., ZATTI P., *Linguaggio e regole del diritto privato*, Wolters Kluwer – CEDAM, 2015.
- JÄÄSKINEN N., *The place of the Eu Charter within the Tradition of Fundamental and Human Rights*, in (ed. by) MORANO-FOADI S., VICKERS L., *Fundamental Rights in the EU*, Bloomsbury, 2015.
- JACKSON E., *Assisted Conception and surrogacy in the UK*, in (ed. by) EEKELAAR J., GEORGE R., *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Routledge Handbooks, 2014.
- JEMOLO A.C., *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sen. Giur. Università di Catania*, 1948.
- JOHANSEN D., ROSEN P., *The Notwithstanding Clause of the Charter*, Background Paper BP-194-E, Canada Library of Parliament, 2008.
- JOHNSON P., “An Essentially Private Manifestation of Human Personality”: *Constructions of Homosexuality in the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2010.
- JONES A., *In the Best Interests of the Child – Who says?*, in *The Journal of Child Law*, April/June 1989.
- KÄHLER L., *Conflict and Compromise in the Harmonization of European Law*, in (ed. by) WILHELMSSON T., PAUNIO E., POHJOLAINEN A., *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Kluwer Law International, 2007.
- KATZ S., *Individual Rights and Family Relationships*, in (ed. by) KATZ S., *Cross Currents: Family Law and Policy in the United States and England*, 2000.
- KATZ S., *Family Law in America*, OUP, 2014.
- KELLY F., *Transforming Law’s Family: The Legal Recognition of Planned Lesbian Motherhood*, UBC Press, 2011.
- KELLY F., *Equal Parents, Equal Children: Reforming Canada’s Parentage Laws to Recognize the Completeness of Woman-led Families*, in *U.N.B. Law Journal*, 2013.
- KELLY F., *One of these families is not like the others: the legal response to non-normative queer parenting in Canada*, in *Alberta Law Review*, 2013.
- KELLY F., *Multiple-parent families under British Columbia’s new Family Law Act: A challenge to the Supremacy of the Nuclear Family or a Method by which to preserve biological ties and opposite sex-parenting?*, in *UBC Law*, 2014.
- KENNEDY D., *The Turn to Interpretation*, in *Southern California Review*, 1985.
- KENNEDY D., *Savigny’s Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2010.

- KIERNAN K., *Unmarried Cohabitation and Parenthood in Britain and Europe*, in *Law & Policy*, 2004.
- KLEIN E., Germany, in GERARDS J.H., FLEUREN J.W.A., *Implementation of the ECHR and the case-law of the European Court of Human Rights in national case-law. A comparative study*, Intersentia, 2016.
- KOULO S., *Towards a Negotiatory Ideal?, Contractualization of Family Law in Finland*, in SWENNEN F., *Contractualisation of Family Law*, Springer, 2015.
- KRINGS G., *Vom Differenzierungsgebot zum Differenzierungsverbot – Hinterbliebenerversorgung eingetragener Lebenspartner*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2011.
- LAMARCA MARQUÉS A., *The changing concept of “family” and challenges for family law in Spain and Catalonia*, in SCHERPE J.M., *European Family Law. Volume II*, Edward Elgar, 2016.
- LAMORGESE A., *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018.
- LANDO O., *Nordic Countries. A Legal Family?, A diagnosis and Prognosis*, in *Global Jurist Advances*, 2001.
- LAPPEGARD T., *Changing European Families*, in (ed. by) TREAS J., SCOTT J., RICHARDS M., *The Wiley Blackwell Companion to the Sociology of Families*, 2014.
- LAVAPURO J., OJANEN T., SCHEININ M., *Right-based constitutionalism in Finland and the development of pluralist constitutional review*, in *I.Con*, 2011.
- LAVRYSEN L., THEUNIS J., GOOSENS J., CANNOOT P., MEERSCHAERT V., *Developments in Belgian Constitutional law. The year 2016 in Review*, in *I-CON*, 2017.
- LAW S., *From Multiple Legal Cultures to One Legal Culture? Thinking About Culture, Tradition and Identity in European Private Law Development*, in *Utrecht Journal of International and European Law* 68, 2015.
- LAZZARO C., *Identità di sesso ed istituzione matrimoniale*, in [www.comparazonedirittocivile.it](http://www.comparazonedirittocivile.it), Gennaio 2015.
- LECKEY R., *Cohabitation and Comparative Method*, in *The Modern Law Review*, 2009.
- LECKEY R., *“Where the parents are of the same sex”: Quebec’s reforms to filiation*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2009.
- LEGRAND P., *Uniformità, tradizioni giuridiche e limiti del diritto*, in *Politica del diritto*, 1997.
- LEGRAND P., *Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 65, 2017.
- LEGRAND P., MUNDAY R., *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003.
- LENAERTS K., *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, in *European Review of Private Law*, 2017.



- LENAERTS K., GUTMAN K., "Federal Common Law" in the European Union: A Comparative Perspective from the United States, in *American Journal of Comparative Law*, 2016.
- LENNINGS N.J., *Forward, Gillick: Are competent children autonomous medical decision makers? New developments in Australia*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2015.
- LENTI L., *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. Comm.*, 2013.
- LENTI L., *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e Dir.*, 2016.
- LÉVI-STRAUSS C., *Razza e storia e altri studi di antropologia*, Einaudi, 1967.
- LEVIN I., TROST J., *Understanding the concept of Family*, in *Family Relations*, Vol. 41, no. 3, 1992.
- LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ.*, 2015.
- LIPARI N., *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2016.
- LISELLA G., *Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in [www.comparazioneditrirtocivile.it](http://www.comparazioneditrirtocivile.it), 2013.
- LOLLINI A., *Confronting comparative methods: approaches to using extra-systemic parameters by the Canadian Supreme Court and the South African Constitutional Court*, in (ed. by) MULLER A.S., LOTH M.A., *Highest Courts and the Internationalisation of Law. Challenges and Changes*, Hague Academic Press, 2009.
- LOLLINI A., *Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi "forte" e "debole" a confronto*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2012.
- LONG J., *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*; in *Nuova Giur. Civ.*, 2015.
- LOTTI P., *L'ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, 2005.
- LOWE N., DOUGLAS G., *Bromley's Family Law*, OUP, 2006.
- LOMBARDI VALLAURI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.
- LUND-ANDERSEN I., *Contracts in Danish Family Law – In the Cross Field Between Civil Law and Public Law*, in SWENNEN F., *Contractualisation of Family Law*, Springer, 2015.
- LUND-ANDERSEN I., *Registered Partnership in Denmark*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017.
- MADEO A., *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*, in *Dir. Pen e Processo*, 2016.
- MAGGIONI G., *La formazione delle famiglie. Sociologia del diritto di famiglia (prima parte)*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, Vol. 1, 2014.
- MANFREDI P., *The Use of United States Decisions by the Supreme Court of Canada under the Charter of Rights and Freedoms*, in *Canadian Journal of Political Science*, 1990.
- MANTOVANI M., *I fondamenti della filiazione*, in ZATTI P., *Trattato di diritto di famiglia. Vol. II. Filiazione*, Giuffrè, 2002.

- MASTERMAN R., *The United Kingdom*, in (ed. by) GERARDS J., FLEUREN J., *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the EctHR in National Case-Law*, Intersentia, 2014.
- MANZINI P., LOLLINI A., *Diritti fondamentali in Europa*, il Mulino, 2015.
- MARELLA M. R., *Digesto civile, voce: Adozione*, UTET Giuridica, 2001.
- MARKESINIS B., *Il metodo della comparazione*, Giuffrè, 2004.
- MARKESINIS B., FEDTKE J., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, 2009.
- MARTINS R., *Same-sex Partnerships in Portugal – From de facto to de jure*, in *Utrecht Law Review*, 2008.
- MARTINY D., *Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?*, in AA.VV., *Towards a European Civil Code*, a cura di HARTKAMP A. S., HONDIUS E. H., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2004.
- MARTINY D., *National Report: Parental Responsibility – Germany, Commission on European Family Law*, 2005.
- MASSA PINTO I., TRIPODINA C., “*Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*”. *Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, in *Diritto Pubblico*, 2010.
- MATTEI U., *Etnocentrismo, neutralità e discriminazione. Tensioni nel diritto occidentale*, in *Giur. It.*, 1994.
- MATTEI U., *Comparative Law and Economics*, University of Michigan Press, 1998.
- MAYER C., *Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leibmutterchaftsfällen*, in *RabelsZ*, 2014.
- McCANDLESS J., *The role of sexual partnership in UK family law: the case of legal parenthood*, in (ed. by) CUTAS D., CHAN S., *Families: Beyond the Nuclear Ideal*, Bloomsbury Academic, 2012.
- McGOWAN D., *Governed by Marriage Law*, in *Social and Legal Studies*, 2015.
- MEEUSEN J., *Judicial Disapproval of Discrimination against Illegitimate Children: A Comparative Study of Developments in Europe and the United States*, in *American Journal of Comparative Law*, 1995.
- MELEHI N., *The Right to Family Life Free from Discrimination on the Basis of Sexual Orientation: The European and Inter-American Perspectives*, in *Am. U. International Law Review*, 2014.
- MENGONI L., *La famiglia in una società complessa*, Iustitia, 1990.
- MERRYMAN J.H., *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, 1969 nella traduzione italiana a cura di DE VITA A., *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Giuffrè, 1973.
- MERRYMAN J.H., CLARK D.S., HALEY J.O., *The civil law tradition: Europe, Latin America, and East Asia, Cases and Materials*, LexisNexis, 1994.

- MEULDERS-KLEIN M. T., *Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means*, in AA.VV., *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law*, a cura di BOELE-WOELKI K., Intersentia, 2003.
- MEYER D., *The Constitutionalization of Family Law*, in *Family Law Quarterly*, 2008.
- MICHELI F., *Diritti fondamentali e incorporation: i diversi percorsi di Stati Uniti e Unione Europea*, in *Rivista AIC*, Fasc. 1, 2017.
- MILES J., *Unmarried Cohabitation in a European Perspective*, in SCHERPE J. M., *European Family Law. Vol. III*, Elgar Edward Publishing, 2016.
- MOHR S., KOCH L., *Transforming social contracts: the social and cultural history of IVF in Denmark*, in *Reproductive Biomedicine and Society Online*, 2016.
- MOL C., *Reasons for Regulating Informal Relationships: A comparison of nine European Jurisdictions*, in *Utrecht Law Review*, 2016.
- MONERGER F., *France: Biological and Social Parentage*, in (ed.) BOELE-WOELKI, DETHLOFF N., GEPHART W., *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, 2014.
- MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi, Libro XVI*, traduzione italiana tratta dal volume a cura di FELICE D., *Montesquieu. Opere complete (1721-1754)*, Bompiani, 2013.
- MORACE PINELLI A., *Il problema della rilevanza giuridica della c.d. parentela naturale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012.
- MORACE PINELLI A., *Il problema della filiazione nell'unione civile*, in (a cura di) BIANCA C. M., *Le unioni civili e le convivenze*, Giappichelli, 2017.
- MORACE PINELLI A., *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. e Dir.*, 2017.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. e Dir.*, 2013.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo*, in *Corriere Giur.*, 2013.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *La nuova disciplina della filiazione*, 2014.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corr. Giur.*, 2016.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173/2015*, in *Famiglia e Diritto*, 2017.
- MORRISON A., *Who is a family: cohabitation, marriage and the redefinition of family*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2015.
- MORRONE A., *sub art. 2*, in *Codice della famiglia*, a cura di SESTA M., Vol. I, Giuffrè, Milano 2009.

- MOSTACCI E., *Different Approaches, Similar Outcomes: Same-Sex Marriage in Canada and South Africa*, in (ed. by) GALLO D., PALADINI L., PUSTORINO P., *Same-sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, 2014.
- MOURA VICENTE D., *The Scope and Structure of the Portuguese Civil Code*, in RIVERA J. C., *The Scope and Structure of Civil Codes*, Springer, 2013.
- MÜLLER-FREIENFELS W., *The Emergence of Droit De Famille and Familienrecht in Continental Europe and the Introduction of Family Law in England*, in *Journal of Family History*, 2003.
- MUREDEN E., *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità dei modelli familiari*, in *Fam. e Dir.*, 2014.
- MURGO C., *Il giudizio di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa dopo la decisione della Grande Chambre della Corte di Strasburgo*, in *Nuova giur. civ. Comm.*, 2012.
- MURPHY J., *Circumscribing the Autonomy of Gillick Competent Children*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1992.
- NALBANDIAN E.G., *Positivist Theory of Law – H.L.A. Hart: Hart’s Concept of Law*, in *Mizan Law Review*, 2009.
- NALDINI M., LONG J., *Geographies of Families in the European Union: A Legal and Social Policy Analysis*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2017.
- NANIA R., RIDOLA P., *I diritti costituzionali*, Giappichelli, 2001.
- NAZZARO A.C., *Discrezionalità legislativa e ruolo del giudice nella nuova dimensione (bio)etica della famiglia*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018.
- NERGELIUS J., *The Nordic States and the European Convention of Human Rights*, in (ed.) RAINER A., *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe*, Springer, 2016.
- NICCOLAI S., *Alcune note intorno all’estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIus*, n. 2017.
- NICOLA F.G., *Family Law Exceptionalism in Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010.
- NICOLUSSI A., *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, in (a cura di) D’AGOSTINO F., *Valori costituzionali per i sessanta anni della Costituzione italiana*, Giuffrè, 2008.
- NICOLUSSI A., RENDA A., *Fecondazione eterologa: il pendolo tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in *Europa e dir. Priv.*, 2013.
- NOCCO A., *L’adozione del figlio del convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura “eversiva” dell’art. 44 lett. d), l. n. 184/1983*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016.
- NOCCO A., *Un’altra pronuncia di secondo grado dice sì all’adozione co-parentale in contesti omogenitoriali: un nuovo passo verso la costruzione di una nozione giuridica inclusiva di “famiglia” con l’aiuto dei principi internazionali*, in *GenIus*, n. 2, 2018.
- O’FLAHERTY M., FISHER J., *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles*, in *Human Rights Law Review*, 2008.

- OBERTO G., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*; 1991.
- OLIVITO E., *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2018.
- OPPO G., *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. Civ.*, 2005.
- ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987.
- OSTBERG C.L., WETSTEIN M.E., DUCAT C.R.; *Attitudes, Precedents and Cultural Change: Explaining the Citation of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada*, in *Canadian Journal of Political Science*, 2001.
- OTEIZA E., *L'uso del precedente nel dialogo tra corti nazionali e transnazionali*, in *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ.*, 2015.
- PALADINI C., *Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia. L'inerzia del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo*, in *DPCE online*, 2015.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1992.
- PAPA A., *Il "mosaico della famiglia" tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2015.
- PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, 2007.
- PALANDT O., *Bürgerliches Gesetzbuch, Nachtrag zu 64. Auflage*, Verlag C.H. Beck, München, 2005.
- PALICI DI SUNI E., *Diritto costituzionale dei Paesi dell'Unione europea*; CEDAM, 2011.
- PALMERI G., *(Ir) rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017.
- PALMERI G., *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017.
- PARADISO M., *La comunità familiare*, Giuffrè, 1984.
- PARADISO M., *L'unificazione terminologica in tutta la legislazione vigente*, in BIANCA C.M., *La riforma della filiazione*, CEDAM, 2014.
- PARADISO M., *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016.
- PARIOTTI E., *I diritti umani: concetto, teoria, evoluzione*, CEDAM, 2013.
- PASQUALETTO A., *L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015.
- PATTI S., *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione "ancorché non più matrimoniale"*, in *Corriere Giuridico*, 2015.

- PEDRAZZA GORLERO M., FRANCO L., *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Diritto Pubblico*, 2010.
- PEGNA O. L., *L'interesse superiore del minore nel regolamento n. 2201/2003*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2013.
- PELLEGRINI D., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU oltre il parere 2/13 CGUE*, in *federalismi.it*, n. 17, 2016.
- PERRINO S.P., *Brevi note sul riconoscimento di sentenza straniera di adozione in favore di coppia dello stesso sesso*, in *Fam. e Dir.*, 2017.
- PESCE E., *La lunga marcia verso l'adozione piena del single: una decisione originale*, in *Fam. e Dir.*, 2018.
- PINTENS W., *Entwicklungen im belgischen Personen-, Familien- und Erbrecht 2016-17*, in *FamRz*, 2017.
- PINTENS W., SCHERPE J. M., *Die Marckx Entscheidung des Europäischen Menschenrechts Hof als eine Keimzelle eines europäischen Familien- und Erbrechts*, in AA.VV., *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.
- PISANO' A., *I diritti umani come fenomeno cosmopolita. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*, Giuffrè, 2011.
- PONZANELLI G., TIZZANO A., *sentenza 31 marzo 1987; Giudice Sorkow; in re Baby M.*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 111, Parte quarta: *Giurisprudenza comunitaria e straniera*, 1988.
- PRINCIPATO L., *I profili costituzionali della famiglia, come canone ermeneutico, soggetto giuridico e fattispecie*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2, 2015.
- PROBERT R., *Family Law in England and Wales*, Wolters Kluwer, 2012.
- PROBERT. R., *The Changing Legal Regulation of Cohabitation. From Fornicators to Family. 1600-2010*; Cambridge University Press, 2012.
- PROSPERI F., *La famiglia non "fondata sul matrimonio"*, Esi, Napoli, 1980.
- PUGIOTTO A., *Una lettura non reticente della sent. n. 138 del 2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2011.
- PUGIOTTO A., *Alla radice dei "casi": la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- PUTTI P. M., *Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto*, in *Dir. Famiglia*, 2009.
- QUADRI E., *Unioni civili: la disciplina del rapporto*, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 2016.
- RABA K., *Accession of the Eu to the ECHR*, in MORANO-FOADI S., VICKERS L., *Fundamental Rights in the EU. A matter for two courts*, Bloomsbury, 2015.
- RAINEY B., WICKS E., OVEY C., *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014.



- RAMCHAND A.M., WEI HAN C., NGEOW YUEN LIAN J., *The Gillick Case: A giant step for little people*, in *Singapore Law Review*, 1990.
- RAPOSO V. L., *The new Portuguese law on surrogacy – The Story of how a promising law does not really regulate surrogacy arrangements*, in *Assisted Reproduction*, 2017.
- RATLIFF J., *Parens Patriae: An Overview*, in *Tulane Law Review*, 1999.
- RECINTO P., *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *federalismi.it*, 17 gennaio 2018.
- REIMER P., JESTAEDT M., *Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 13.02.2013*, in *Juristenzeitung*, 2013.
- RENDA A., NICOLUSSI A., *Ragioni e implicazioni della “riforma” della filiazione*, in AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli Editore, 2014.
- RINALDI F., *Dinamiche evolutive in materia di diritti della famiglia nella giurisprudenza costituzionale e di merito, e nuove formazioni sociali*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2015.
- RINOLDI D., *Il diritto vivente alla prova del rispetto della vita privata*, in (ed.) RUGGERI A., RINOLDI D., PETRALIA V., *Vecchie e nuove “famiglie” nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*. Atti del convegno Catania 29 maggio 2014, ESI, 2016.
- RODOTA' S., *Diritto d'amore*, Editori Laterza, 2015.
- RODOTA' S., *Relazione introduttiva*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016.
- ROMANO S., *Giuristi* (voce) in *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947.
- RONFANI P., *Il diritto di famiglia in Europa*, in M. BARBAGLI-D.I. KERTZER, *Storia della famiglia in Europa, vol. 3, Il Novecento*, Roma-Bari 2005.
- ROSSI E., *La Costituzione e i DICO, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa per le convivenze*, in *Politica del Diritto*, 2008.
- ROSSI P., *Scienze sociali*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, 1997.
- ROSSI CARLEO L., *Status e contratto nel mosaico della famiglia*, in *Dir. Fam. E Pers.*, 2016.
- ROSSOLILLO G., *Rapporti di famiglia e diritto dell'Unione europea: profili problematici del rapporto tra dimensione nazionale e dimensione transnazionale della famiglia*, in *Famiglia e Diritto*, 2010.
- ROTHENBACHER F., *Social Change in Europe and its Impact on Family Structures*, in (ed. by) EEKELAAR J., NHLAPO T., *The Changing Family*, Hart Publishing, 1998.
- ROUSSEAU J. J., *Du contrat social*, Gallimard, 1964.
- RUDAN D., *Unioni civili registrate e discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: il caso Vallianatos*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014.
- RUGGERI A. in BIANCA C.M., ROSSI CARLEO L., *Adozione nazionale, Commentario alla l. 28 marzo 2001, n. 149*, NLCC, 2002.

- RUGGERI A., *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, n. 17, 2013.
- RUGGERI A., *La maternità surrogata, ovvero sia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi da parte di giudici e legislatore*, in *GenIus*, n. 2, 2017.
- RUO M. G., *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, in *Fam e Dir.*, 2015.
- RUSCELLO F., *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento "pubblico"*; in *Nuova Giur. Civ.*, 2015.
- RÜTHERS B (nella traduzione di STELLA G.), *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo stato dei giudici. Costituzione e metodi: un saggio*, Mucchi, 2018.
- RYAN F., *Out of the shadow of the Constitution: civil partnership, cohabitation and the constitutional family*, in *Irish Jurist*, 2012.
- RYAN F., *Ireland's Marriage Referendum: A Constitutional Perspective*, in *DPCE online*, 2015.
- SACCO R., *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici* (voce), in *Digesto civile*, 1988.
- SACCO R., *Crittotipo* (voce) in *Digesto Civile*, 1989.
- SACCO R., *La dottrina, fonte del diritto*, Milano, 1990.
- SACCO R., *Il diritto muto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993.
- SACCO R., *Sistemi giuridici* (voce), in *Digesto Civile*, 1998.
- SACCO R., ROSSI P., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, 2015.
- SAEZ M., *Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families around the World: Why Same is So Different*, in *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2011.
- SAMUEL G., *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart Publishing, 2014.
- SAPORITI M., *Omogenitorialità, famiglia e "mero pregiudizio"*, in *Ragion Pratica*, n. 1, 2014.
- SARACENO C., *Sociologia della famiglia*, Il Mulino 1999.
- SARACENO C., NALDINI M., *Sociologia della famiglia*, il Mulino, 2007.
- SAVARESE E., *In margine al caso Oliari: ovvero di come il limbo italiano delle coppie omosessuali abbia violato gli obblighi positive dell'art. 8 CEDU*; in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015.
- SCALISI V., *"Famiglia" e "famiglie" in Europa*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, 2012.
- SCALISI V., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013.
- SCALISI V., *Studi sul diritto di famiglia*, CEDAM, Padova, 2014.
- SCALISI V., *Ritorno al diritto (dialogo con Paolo Grossi)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017.
- SCALISI V., *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018.

- SCARCIGLIA R., *Metodi e comparazione giuridica*, CEDAM Wolters Kluwer Italia, 2016.
- SCHERPE J. M., *The Legal Status of Cohabitants – Requirements for Legal Recognition*, in (ed.) BOELE-WOELKI K., *Common Core and Better Law in European Family Law*, 2005.
- SCHERPE J. M., *The Nordic Countries in the Vanguard of European Family Law*, in *Scandinavian Studies of Law*, 2007.
- SCHERPE J. M., *The Gametes of a European Family Law*, in *International Family Law*, 2008.
- SCHERPE J. M., *Nichteheliche Kinder, elterliche Sorge und die Europäische Menschenrechtskonvention*, in *RabelsZ*, 2009.
- SCHERPE J. M., *Germany*, in *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2011.
- SCHERPE J. M., *The legal recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights*, in *The Equal Rights Review*, 2013.
- SCHERPE J. M., *European Family Law. Volume II.*, Edward Elgar Publishing, 2016.
- SCHERPE J. M., *The present and future of European family law*, Edward Elgar Publishing, 2016.
- SCHERPE J. M., *Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni prematrimoniali nel common law – alcuni suggerimenti pratici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017.
- SCHERPE J. M., *Scheidungsrecht, Civil Partnership und Family Provision auf dem Prüfstand in England und Wales*, in *FamRZ*, 2017.
- SCHERPE J. M., FENTO-GLYNN C., HUGHES K., *Family Forms and Parenthood in England and Wales*, Intersentia, 2016.
- SCHERPE J. M., YASSARI N., *Die Rechtstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005; BRUNETTA D'USSEAU F., *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, CEDAM, 2005.
- SCHILLACI A., *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2016.
- SCHILLACI A., *Le unioni civili in Senato: diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento*, in *GenIus*, n. 2, 2016.
- SCHILLACI A., *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 26.2.2016.
- SCHILLACI A., *“Una vera e propria famiglia”: da Firenze un nuovo passo avanti per il riconoscimento dell'omogenitorialità*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 13.3.2017.
- SCHILLACI A., *Coppie di donne e p.m.a.: la legge n. 40/2004 torna alla Consulta*, in [articolo29.it](http://articolo29.it), 4 luglio 2018.
- SCHILLACI A., *Il Tribunale Costituzionale portoghese si pronuncia sulla gestazione per altri*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 25 aprile 2018.
- SCHILLACI A., *L'omogenitorialità a Palazzo della Consulta: osservazioni a prima lettura dell'ordinanza del Tribunale di Pisa del 15 marzo 2018*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2018.

- SCHILLACI A., *Oltre la “rigida alternativa” tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018.
- SCHLESINGER P., *Quarant’anni di riforme del diritto di famiglia*, in *Fam. e Dir.*, 2015.
- SCHUMANN E., *Das nichtbeliche Kindschaftsrecht – Perspektiven und Visionen*, in AA.VV., *Reformbedarf in nichtbelichen Eltern-Kind-Verhältnis*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2012.
- SCHWENZER I., *Methodological Aspects of the Harmonisation of Family Law*, in *European Journal of Law Reform*, 2004.
- SENIGAGLIA R., *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017.
- SESTA M., *Le norme sull’affidamento condiviso*, in *Fam. E Dir.*, 2006.
- SESTA M., *Codice della famiglia*. Tomo I, Giuffrè, 2007.
- SESTA M., *Famiglia e figli a quarant’anni dalla riforma*, in *Fam. E Dir.*, 2015.
- SESTA M., *Manuale di diritto di famiglia*, CEDAM, 2015.
- SESTA M., ARCIERI A., *L’affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, UTET, 2011.
- SESTA M., *La disciplina dell’unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e Dir.*, 2016.
- SESTA M., *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge unione civile e convivenze: dall’unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016.
- SIEMS M., *Comparative law*, Cambridge University Press, 2014.
- SIRENA P., *Il discorso di Portalis ed il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016.
- SLOAN B., *The changing concept of “family” and challenges for family law in Ireland*, in SCHERPE J.M., *European Family Law. Volume II*, Edward Elgar Publishing, 2016.
- SMITS J. M., *Legal Culture as Mental Software: How to Overcome National Legal Culture?*, in (ed. by) WILHELMSSON T., PAUNIO E., POHJOLAINEN A., *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Kluwer Law International, 2007.
- SNOW D., *Litigating Parentage: Equality Rights, LGBTQ Mobilization And Ontario’s All Families Are Equal Act*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 2017.
- SNOW R., COVELL K., *Adoption and the Best Interests of the Child: The Dilemma of Cultural Interpretations*, in *The International Journal of Children’s Rights*, 2006.
- SÖDERSTRÖM-ANTTILA V. et al., *Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families – a systematic review*, in *Human Reproduction Update*, Vol. 22, 2016.
- SOMMA A., *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Ars Interpretandi – Annuario di ermeneutica giuridica*, 2003.

- SOMMA A., *Tanto per cambiare... Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in *Politica del diritto*, 2005.
- SORKOW H., *Best Interests of the Child: By Whose Definition*, in *Pepperdine Law Review*, 1991.
- SORMUNEN M., KIRVESNIEMI L., OJANEN T., *Finland*, in *2017 Global Review of Constitutional Law*, 2017.
- SOSSON J., *Recent Evolutions (Or revolutions) in Belgian Family Law*, in (ed by.) ATKIN B., *International Survey of Family Law*, 2010.
- SPADAFORA A., *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa*, in *Giur. It.*, 2016.
- SPALLAROSSA M.R., *Il modello di famiglia: normativa vigente e prospettive di riforma nella dimensione delle "politiche sociali per le famiglie"*, in *Politica del diritto*, 2007.
- STAINES M., *The concept of "the family" under the Irish Constitution*, in *Irish Jurist*, 1976.
- STALFORD H., *EU Family Law: A human rights perspective*, in (ed. by) MEEUSEN J., PERTEGÁS M., STRAETMANS G., SWENNEN F., *International Family Law For The European Union*, Intersentia, 2007.
- STANZIONE P., *Rapporti personali nella famiglia: l'esperienza europea*, in *Familia*, 2001.
- STEFANELLI S., *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. e Dir.*, 2017.
- STEFANELLI S., *L'adozione genitoriale*, in ALBANO F., CASSANO G., CORDER P., OBERTO G., *Le tutele nella famiglia*, Giuffrè, 2018.
- STORROW R., *The Phantom Children of the Republic: International Surrogacy and the New Illegitimacy*, in *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2012.
- SVERDRUP T., *The changing concept of "family" and challenges for family law in the Nordic countries*, in (ed.) SCHERPE J. M., *European Family Law. Volume II*, Edward Elgar Publishing, 2016.
- SVERDRUP T., *The Changing Concept of "family" and challenges for family law in the Nordic Countries*, in (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017.
- SVERIGES RIKSDAG, *The Constitution of Sweden. The fundamental Laws and the Riksdag Act*, Stockholm, 2016.
- SWENNEN F., *Contractualisation of Family Law – Global Perspectives*, Springer, 2015.
- SWENNEN F., *The Changing concept of "family" and challenges for family law in the Benelux countries*, in (ed) SCHERPE J. M., *European Family Law. Vol. II*, Elgar Edward Publishing, 2016.
- SZEIBERT O., *The changing concept of "family" and challenges for family law in Hungary*, in (ed.) SCHERPE J. M., *European Family Law. Volume II*, Edward Elgar Publishing, 2016.
- TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, Bologna, 2007.

- TEDESCHI A. C., *La “famiglia” e il “matrimonio” nella Convenzione EDU*, in (a cura di) GIANNITI P., *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Zanichelli, 2015.
- TEXEIRA PEDRO R., *The Dawn of a Brave New World in Portugal? A critical Overview of the new legal framework applicable to Medically-Assisted Procreation*, in *International Survey of Family Law*, 2017.
- THERBORN G., *Between sex and power. Family in the world, 1900-2000*, Routledge, 2004.
- THERBORN G., *The Family Systems of the World: are they converging?*, in (ed. by) TREAS J., SCOTT J., RICHARDS M., *The Wiley Blackwell Companion to the Sociology of Families*, John Wiley and Sons, 2014.
- THERY I., *Le Démariage*, Odile Jacob, Paris, 1993.
- TIZZANO A., *Il ruolo della Corte di giustizia dell’Unione Europea*, in BARSOTTI V., VARANO V., *Il nuovo ruolo delle Corti Supreme nell’ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, ESI, 2012.
- TOBIN B., *Marriage Equality in Ireland: The Politico-Legal Context*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2016.
- TONNA-BARTHET C., *The regulation of DAHR in the Children and Family Relationships Act 2015: Donor information and Parentage*, in *Trinity College Law Review Online*, 2015.
- TONOLO S., *Filiazione e adozione*, in CONETTI G., TONOLO S., VISMARA F., *Manuale di diritto internazionale privato*, Giappichelli, 2017.
- TONOLO S., *L’evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Riv. Dir. Int.*, 2017.
- TORINO R., *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali*, Giappichelli, 2012.
- TORRES PEREZ A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, OUP, 2009.
- TRABUCCHI A., *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988.
- TRAPPE H., *Assisted Reproductive Technologies in Germany: A Review of the Current Situation*, in KREYENFELD M., KONYETZKA D., *Childlessness in Europe; Contexts, Causes and Consequences*, Demographic Research Monographs, 2017.
- TRELOAR R., BOYD S.B., *Family Law Reform in (Neoliberal) Context: British Columbia’s New Family Law Act*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2014.
- TRIMARCHI M., *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci ed ombre*, in *www.juscivile.it*, 2016.
- TRIPODINA C., *L’argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. GIUFFRÉ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007, Quaderni del “gruppo di Pisa”, Giappichelli, Torino, 2008.
- TROIANO S., *Diritto allo stato e figli “senza stato”, ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, in *www.juscivile.it*, 2015.



- TROISI C., *Dall'adozione in casi particolari alla tutela della coppia omoaffettiva*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2017.
- TUORI K., *Legal Culture and the General Societal Culture*, in (ed. by) WILHELMSSON T., PAUNIO E., POHJOLAINEN A., *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Kluwer Law International, 2007.
- UBALDI P., *La posizione del figlio naturale*, in ZATTI P., *Trattato di diritto di famiglia. Vol. II. Filiazione*, Giuffrè, 2002.
- VAN GYSEL A.C., *La cohabitation légale: quo vadis?*, in *Revue trimestrielle de droit familial*, n. 1, 2015.
- VARANESE G., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso nel modello tedesco*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n. 7, 2018.
- VARANO V., BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, Giappichelli, 2010.
- VELLETTI M., *La parentela a seguito della riforma*, BIANCA C. M., *La riforma della filiazione*, CEDAM, 2014.
- VENUTI M. C., *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. Priv.*, 2015.
- VENUTI M. C., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la non discriminazione tra coppie etero e omoaffettive*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018.
- VENUTI M. C., *La condizione giuridica dei nati da gestazione per una coppia di uomini*, in *Dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2018.
- VETTORI G., *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *juscivile*, 2017.
- VIGLIONE F., *We the Family: il significato della tradizione nel disegno giurisprudenziale della famiglia americana*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017.
- VILLA V., *Concetto e concezioni di diritto positivo nelle tradizioni del giuspositivismo*, in (a cura di) ZACCARIA G., *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, 1991.
- VITUCCI M. C., *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013.
- VON SAVIGNY F., *Das System des heutigem Roemisches Rechts*, Vol. I, 1840.
- VONK M., *Parent-child relationships in dutch family law: do social and legal reality coincide?*, in (ed.) SCHWENZER I., *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, 2007.
- VRANKEN M., *Western Legal Traditions. A comparison of Civil Law & Common Law*, The Federation Press, 2015.
- WAALDJK K., *Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands*, in WINTERMUTE R., ANDENAES M., *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, 2001.
- WATSON A., *Comparative Law and Legal Change*, in *Cambridge Law Journal*, 1978.
- WATSON A., *From Legal Transplants to Legal Formants*, in *Am. J. Comp. L.*, 1995.

- WEILL S., *The role of National Courts in applying International Humanitarian Law*, OUP, 2014.
- WEISS W., *Is the CJEU Turning into a Human Rights Court?*, in MORANO-FOADI S., VICKERS L., *Fundamental Rights in the EU. A matter for two courts*, Bloomsbury, 2015.
- WELLS-GRECO M., *The status of children arising from inter-country surrogacy arrangements*, Eleven International Publishing, 2016.
- WEYRAUCH V., *Zulässigkeit und abstammungsrechtliche Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung in deutschen und US-amerikanischen Recht*, TENEA, Berlin, 2003.
- WHITMAN J., *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, in *Yale Law Journal*, 2004.
- WIEGERS W., *Assisted Conception and Equality of Familial Status in Parentage Law*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2013.
- WILLEKENS H., *Long Term Developments in Family Law in Western Europe: an Explanation*, in (ed. by) EEKELAAR J., NHLAPO T., *The Changing Family*, Hart Publishing, 1998.
- WILLEKENS H., *Is Contemporary Western Family Law Historically Unique?*, in *Journal of Family History*, vol. 28, 2003.
- WILLEMS G., *Registered Partnerships in Belgium*, (ed.) SCHERPE J. M., HAYWARD A., *The future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?*, Intersentia, 2017.
- WILLS S., ENRIGHT M., *Commentary on Zappone and Gilligan v The Revenue Commissioners, Ireland and the Attorney General*, in (ed. by) ENRIGHT M., McCANDLESS J., O'DONOUGHUE A., *Northern/Irish Feminist Judgments*, Hart Publishing, 2017.
- WILSON R.A., *Tyrannosaurus Lex: the anthropology of human rights and transnational law*, in (ed. by) GOODALE M., ENGLE MERRY S., *The Practice of Human Rights. Tracking Law Between the Global and the Local*, Cambridge University Press, 2007.
- WINKLER M. M., *Il piombo e l'oro: riflessioni su caso Oliari c. Italia*, in *GenIUS*, n. 2, 2016.
- WINKLER M. M., *Same Sex Marriage, Italian Style*, in *Cardozo J. L. & Gender*, 2016.
- ZACCARIA A., *Commentario breve al diritto di famiglia*, CEDAM, 2008.
- ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, 2008.
- ZAMBRANO V., *La famiglia di fatto: epifanie giuridiche di un fenomeno sociale*, Ipsoa, 2005.
- ZATTI P., *Trattato di diritto di famiglia. Vol. II. Filiazione*, Giuffrè, 2002.
- ZATTI P., *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in (diretto da) ZATTI P., *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. 1, Giuffrè, Milano, 2012.
- ZIEGLER M., *What is sexual orientation*, in *Kentucky Law Review*, 2017.
- ZIMMERMAN R., *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo; la tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001.
- ZIMMERMAN R., *Challenges for the European Law Institute*, in *The Edinburgh Law Review* 16, 2012.

ZOPPINI A., *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" dell'Unione europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016.

ZWEIGERT. K., KOETZ H, *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, Giuffrè, 1998.