

Status, identità genetica ed affettività secondo l'ultima nomofilachia

di Stefania Stefanelli

Sommario: 1. Il diritto allo status, tra biologia e affettività. – 2. Adozione coparentale. – 3. Riconoscimento dell'atto di nascita straniero da due madri. – 4. La protezione del figlio, tra i diritti all'identità ed alla conservazione dell'affettività.

1. Il diritto allo status, tra biologia e affettività

Due decisioni depositate dalla prima sezione della Corte di Cassazione a distanza di poco più di tre mesi si legano non solo testualmente¹, ma ontologicamente, nell'esprimere la più consapevole adesione ad un processo preparato dalla dottrina² e gradualmente attuato dal legislatore ordinario³, di affermazione del diritto del minore⁴ a vedersi costituito e conservato uno statuto giuridico coerente con i rapporti affettivi che egli ha consolidato, nel tempo, con gli adulti che di lui si prendono cura svolgendo funzioni genitoriali. Diritto di rilievo fondamentale, presidiato

¹ Il riferimento a Cass., sez. I, 22-6-2016, n. 12962, è espresso in Cass., 30-9-2016, n. 19599: «che le coppie dello stesso sesso ben possano adeguatamente accogliere figli e accudirli, è ora confermato dalla possibilità di adottarli, a norma dell'art. 44, comma 1, lett. d) della legge 4 maggio 1983, n. 184 (cfr. Cass., n. 12962 del 2016). Il testo di entrambe le decisioni è liberamente accessibile attraverso il portale *Sentenze web* della Suprema Corte di Cassazione, all'indirizzo www.italgiure.giustizia.it/sncass/

² A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, spec. 171 ss.; *Tratt. Cicu-Messineo*, 2a ed., Milano, 2013, spec. 251 ss.; e, dopo la riforma del 2012, ID., *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 245 ss.; ID., *I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012*, in R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013, spec. 12 ss.; E. RUSSO, *Il problema della filiazione*, in *Dir. fam.*, 2001, 3 ss., ora in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, Roma, 2009, 513 ss., spec. 517 ss.; C. MAZZÚ, *La famiglia degli affetti*, in in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE e A. SASSI (a cura di), *Diritto privato*, Studi in onore di A. Palazzo, Torino, 2007, 2, 527 ss., oggi in Id., *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, Torino, 2011, 1, 1 ss.

³ Cfr. *infra*, in questo paragrafo, con riferimento ai termini cui soggiacciono le azioni di contestazione dello status e all'art. 9 l. n. 40/2004.

⁴ Bambino o adolescente, tale essendo «ogni essere umano avente un'età inferiore a diciotto anni, salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile», per l'art. 1 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo siglata il 20-11-1989.

dagli artt. 2, 3 e 30 Cost., che si declina attraverso il canone primario del rispetto dell'interesse del bambino e dell'adolescente, superiore ma non «"tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente garantite alla persona, che costituiscono nel loro insieme la tutela della sua dignità»⁵.

Il diritto costituzionale a ricevere cura, istruzione, educazione e mantenimento si specifica, infatti, in una pretesa concretamente esigibile nei confronti di soggetti determinati in conseguenza – ed in dipendenza – di un titolo costitutivo dello *status filiationis*, riconducibile ad atti di autoresponsabilità, quali sono: *a*) il riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio e *b*) la dichiarazione giudiziale per quelli matrimoniali, ovvero a titoli giudiziali, quali le sentenze che dichiarano la genitorialità accogliendo *c*) l'azione *ex art.* 269 ss. o quelle *d*) fondate sugli artt. 239 e 239 c.c., ancorate all'accertamento della verità biologica della generazione, ovvero quelle che ne pronunciano *e*) l'adozione, in conseguenza dello stato di abbandono in cui versino e del proficuo tentativo di affidamento preadottivo (art. 24 ss. l. n. 184/1983, anche per conseguenza di provvedimento straniero adottato nel rispetto della Convenzione de L'Aja sull'adozione internazionale, artt. 29 ss. l. cit.), o *f*) anche quando non ricorrano tali presupposti (art. 44 ss. l. cit.).

È l'attenzione alla gradata efficacia preclusiva di tali titoli che ha consentito, mentre il codice conosceva ancora "figli illegittimi", di evidenziare come "invero non si può parlare di una diversità della natura degli effetti giuridici dei fatti di filiazione, ma soltanto di diversificazione quantitativa nelle conseguenze, secondo il grado di illegittimità"⁶.

Quella concezione istituzionale della famiglia⁷, la cui unità anche solo formale era tutelata in quanto presidio dello stato etico di matrice confessionale, sì da poterla descrivere come «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto»⁸, è stata intaccata dall'introduzione dello scioglimento del matrimonio nel 1970, del

⁵ Cass., 30-9-2016, n. 19599 cit.; Convenzione del Consiglio d'Europa sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, del 25-1-1996, art. 6; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, art. 24, par. 2.

⁶ A.C. JEMOLO, *Recensione ad Antonio Palazzo, La filiazione fuori del matrimonio*. Milano, Giuffrè, 1965, in *Arch. Giur. Serafini*, 1966, 224.

⁷ A. CICU, *Il diritto di famiglia*, cit., 157; ID., *Principi generali del diritto di famiglia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1955, 1 ss.; ID., *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in ID., *Scritti minori*, I, 1, cit., 145 ss.; ID., *Il matrimonio e la famiglia nello Stato italiano*, ivi, 229 ss., su cui v. la lettura di M. SESTA, *Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2013, 805 ss.

⁸ A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, III, 1948, 57, ora in ID., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e coordinate da L. Scavo Lombardo, Milano, 1957, 241.

principio di parità dei coniugi e dalla riconoscibilità della filiazione adulterina nel 1975, dalla novella sull'adozione di minorenni nell'1983, incisa da ultimo con l. 173 del 2015 a garanzia del diritto all'affettività dei minori in affidamento prolungato, dagli strumenti di protezione contro gli abusi familiari nel 2001.

Soprattutto con l'eliminazione di ogni residuo della permanente discriminazione dei figli non matrimoniali con l. n. 219/2019 e d.lgs. n. 154/2013, che hanno attuato finalmente il canone paritario scolpito nell'art. 30 Cost.⁹ tutti coloro che sono, per l'ordinamento, "figli" hanno identico statuto giuridico, ai sensi dell'art. 315 c.c.

Deriva un ruolo diverso¹⁰ dell'aggregato familiare, tutelato in quanto cellula privilegiata per lo sviluppo della personalità individuale, ma anche del diritto¹¹, che interviene a garantire l'effettività di quella tutela, e prioritariamente di quella del minore. La sintesi della consapevolezza di questo percorso è scolpita nell'affermazione per cui «La famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti: al diritto spetta di tutelare proprio tali rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di contemperare gli interessi eventualmente in conflitto, avendo sempre come riferimento, ove occorra, il prevalente interesse dei minori»¹².

In questo quadro è determinante il ruolo degli atti costitutivi del titolo di appartenenza a quella famiglia, giacché abbiamo visto che gli obblighi di cui all'art. 30 Cost. e all'art. 24 della Carta di Nizza, che costituiscono la responsabilità da procreazione, si specificano nel rapporto tra il nato e soggetti determinati solo in conseguenza dell'accertamento della filiazione nei confronti di entrambi i genitori, ovvero anche di uno solo. È l'accertamento che costituisce il rapporto e, quindi, il soggetto nei cui confronti è possibile far valere quei diritti fondamentali, che si acquisiscono con la nascita ma la cui titolarità sostanziale, concreta ed attuale, dipende dalla giuridica individuazione del genitore¹³.

⁹ Cfr. Corte cost. 13-5-1998, n. 166, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1419 ss.

¹⁰ Diverso da quello inteso dalla dottrina più risalente, ma conforme a quello disegnato dal Costituente negli artt. 2, 3, 29, 30, 31, 37 Cost., ed attuato dal legislatore ordinario.

¹¹ G.FERRANDO, *Questo matrimonio non si può fare?*, in AA.VV., *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, Torino, 2010, 140.

¹² Cass., 30-9-2019, n. 19599, cit.

¹³ Cfr. A. SASSI, *Accertamento indiretto di stato e diritti successori nella riforma della filiazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, I, 611 ss.; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *op. cit.*, 11 ss. Per C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, V ed., Milano, 2014, 359 ss. la titolarità sostanziale dei diritti fondamentale deriva automaticamente dal fatto naturale della procreazione, ma i diritti stessi non sono esercitabili in via giudiziaria finché il rapporto non sia formalmente accertato (332, nt. 21).

In difetto di un atto di autoresponsabilità¹⁴ del genitore emerge, di conseguenza, la pretesa di vedersi attribuito dal giudice quello *status*, in presenza dei presupposti fissati per legge, e così – rispettivamente – per i casi *sub c)* e *d)* la discendenza biologica, per il caso *e)* il fatto che il bambino non abbia mai visto costituirsi lo *status* verso il genitori biologici, in conseguenza di parto anonimo o abbandono non protetto, ovvero sia stato dichiarato adottabile versando in stato di abbandono, affidato per l'adozione, ed assenta alla stessa, se quattordicenne, e per il caso *f)* la domanda di adozione in casi particolari, l'assenso del genitore esercente la responsabilità (oltre quello del minore quattordicenne) e la verifica della conformità del provvedimento al suo interesse.

Di diritto fondamentale allo *status* corrispondente all'identità biologica discuteva la giurisprudenza costituzionale, nel dichiarare illegittima la preclusione dell'azione diretta alla dichiarazione della filiazione da genitori incestuosi, derivante dal precedente art. 278, co 1, c.c.¹⁵, e poi a proposito dell'incostituzionalità della subordinazione dell'azione diretta ad accertare la paternità naturale ad un giudizio di ammissibilità¹⁶, indicazioni recepite nell'attuale articolato codicistico, che porta a compimento quel processo di parificazione ammettendo coll'art. 251 c.c. novellato il riconoscimento della filiazione tra parenti prossimi, quando il tribunale per i minorenni lo ritenga conforme all'interesse del minore, ed eliminando la previgente fase camerale di ammissibilità col nuovo art. 269 c.c.

In senso conforme si dirigono le fonti sovranazionali, ed in

¹⁴ Con la precisazione per cui il riconoscimento o la dichiarazione di nascita possono mancare anche perché preclusi dall'ordinamento, come è per il caso di colei che abbia partecipato al progetto procreativo realizzato all'estero consentendo all'inseminazione eterologa della compagna, la quale non può riconoscere il figlio che nasca in Italia, ovvero, in caso di coppia ormata da uomini, del *partner* non legato geneticamente al nato da gestazione per altri in Paese che la ammetta. V., tuttavia, a proposito del riconoscimento degli effetti dell'atto di nascita all'estero da due madri in caso di ovodonazione Cass., 30-9-2016, n. 19599 cit.; Cass. pen., 10-3/5-4-2016, n. 13525, in www.foroitaliano.it, escludendo che il ricorso all'estero alla gestazione integri il reato di cui all'art. 12, co. 6 della l. n. 40/2004, e che la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita integri quello di alterazione di stato, riconosce che è possibile costituire al nato lo *status* di figlio della coppia, attraverso la trascrizione del titolo estero (la dichiarazione di nascita).

¹⁵ C. cost., 28-11-2002, n. 494, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, I, 4058, con nota di C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità naturale di cui all'art. 278 comma 1 c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono)*. Secondo la Corte, dalla previsione derivava, in forza dell'applicabilità degli artt. 580 e 594 c.c., una «*capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti», in violazione del «diritto ad uno *status filiationis* riconducibile all'art. 2 Cost., e del principio costituzionale di eguaglianza come pari dignità sociale e divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali».

¹⁶ C. cost., 10-2-2006, n. 50, in *Giurisprudenza italiana*, 2006, 2242.

particolare l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che l'identità biologica protegge in quanto espressiva della vita privata dell'individuo, anche sotto l'aspetto del diritto a conoscere le proprie origini genetiche in caso di nascita da donna che non consente di essere nominata, in piena coincidenza col dettato costituzionale¹⁷.

Dell'affermazione del *favor veritatis* è testimonianza il regime di imprescrittibilità delle azioni riconosciute al figlio per rimuovere lo *status* non corrispondente alla verità biologica della generazione¹⁸, anche allo scopo di costituirsi quello veritiero, ma non soltanto, posto che non risulta preclusione alcuna a tali azioni negatorie rispetto al nato da procreazione artificiale attraverso gameti esterni alla coppia, sebbene non gli sia permessa quella di accertamento positivo nei confronti del donatore, dall'art. 9, co. 3, l. n. 40/2004¹⁹.

Il termine cui soggiacciono, invece, le medesime azioni dei legittimati diversi dal figlio – la madre e il presunto padre nel disconoscimento di paternità, i medesimi ed anche qualsiasi interessato nell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità – testimoniano l'altro cardine su cui si regge il sistema dei titoli dello stato: la garanzia di stabilità dello statuto giuridico corrispondente all'affettività consolidata nel tempo, che finisce anch'essa per qualificare l'identità personale, a partire dalla nascita. Uguale indicazione si trae dall'art. 9, co. 1, della l. 40/2004 cit., in forza del quale colui che consenta all'inseminazione eterologa perde la legittimazione alle medesime azioni negatorie, immediatamente e per il fatto del consenso col quale si assume la responsabilità genitoriale nei confronti del figlio che non avrà con costui alcun legame genetico²⁰.

¹⁷ V. C. cost. n. 22-11-2013, n. 278, in *Rivista di diritto civile*, 2014, II, 3, con nota di B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*; su cui S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 4031 ss.

¹⁸ Come rilevano sia Cass., 22-6-2016 n. 12692, cit., secondo cui «La riforma della filiazione, di recente effettuata mediante la legge delega 10-12-2012 n. 219 ed il d.lgs. n. 154 del 2013 ha modificato incisivamente la preesistente disciplina normativa degli *status* filiali, stabilendo solo per il figlio l'imprescrittibilità del diritto a far prevalere la verità biologica: questa opzione evidenzia il riconoscimento del rilievo delle relazioni instaurate e consolidate nel tempo tra figlio e genitore sotto il profilo del diritto di quest'ultimo a conservare tale profilo caratterizzante l'identità personale fin dalla nascita», che Cass., 30-9-2016, n. 19599 cit., per la quale «l'imprescrittibilità riguardo al figlio delle azioni di stato (art. 270, co. 1, 263, co. 2, 244, co. 5) dimostra l'importanza della discendenza biologica e della connessa identità personale».

¹⁹ V. più ampiamente, ed anche per riferimenti bibliografici A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. Dir. Civ. Sacco, Le persone e la famiglia*, 4, Torino, 2015, 20 ss., 313 ss.; E. DEL PRATO, *Intento e procreazione*, in *www.dimt.it*, 2014.

²⁰ Nota Cass., 30-9-2016, n. 19599 cit., che del diritto alla continuità dei rapporti affettivi «è ben

Il figlio è dunque l'arbitro ultimo, raggiunta la maggiore età o almeno i quattordici anni ex art. 264 c.c. e art. 244, co. 5, c.c., della scelta di conservare lo *status* non veridico, ma corrispondente alla maturata affettività, oppure rimuoverlo provando che non sussiste il rapporto di filiazione (art. 243 *bis* c.c.). Prima di allora non è possibile ovviare alla prescrizione maturata in capo agli altri legittimati domandando la nomina di un curatore speciale, che postulerebbe secondo l'interpretazione costituzionale l'apprezzamento giudiziale dell'interesse del minore alla rimozione dello stato, ai sensi degli artt. 78 e 79 c.p.c., mancante nel caso in cui «l'eventuale mutamento dello *status* familiare del minore possa pregiudicarne gli equilibri affettivi e l'educazione. In questo caso la decisione deve essere lasciata allo stesso figlio, quando avrà compiuto i sedici (*oggi quattordici*) anni»²¹.

2. Adozione coparentale

Il diritto allo *status filiationis* si sostiene, dunque, sui due pilastri della verità biologica e dell'affettività, e di tale consapevolezza sono testimonianza e sintesi, tanto efficace quanto elegante, le decisioni in commento.

La meno recente, relativa alla domandata adozione in casi particolari del figlio generato dal convivente omosessuale, risolve innanzitutto la questione circa l'interpretazione della clausola di "impossibilità di affidamento preadottivo" di cui all'art. 44, co. 1, lett. d), l. n. 184/1983 comprendendovi non solo i casi in cui un affidamento in vista dell'adozione sia stato tentato, infruttuosamente (c.d. impossibilità di fatto), ma anche quelli in cui il medesimo non sia giuridicamente esperibile, come è quello di specie, nel quale il bambino non può essere dichiarato adottabile, e di conseguenza essere affidato per l'adozione, perché non si trova in stato di abbandono, giacché della sua cura morale e materiale si occupa il genitore biologico e, con costui, il convivente.

consapevole lo stesso legislatore, che all'art. 9, co. 1, della legge n. 40/2004 ha previsto che in caso di ricorso a tecniche (allora vietate) di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, il coniuge o convivente consenziente non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità». E. GIACOBBE, E. Giacobbe, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, vivens, condendum*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, 270, contesta invece «un principio della "continuità degli affetti" di cui non si sa quale sia la fonte», ma v. in contrario A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 270 ss., 331 ss.; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., 3 ss., 58 ss., 126 ss., 185 ss., 271 ss., 403 ss.;

²¹ Corte Cost. 27-11-1991, n. 429, in *Foro it.*, 1992, I, 2908 ss.

Adulti che quel figlio hanno concordemente “voluto”, nell’ambito di un progetto genitoriale condiviso²², realizzato all’estero attraverso la procreazione medicalmente assistita eterologa, preclusa in Italia alle coppie formate da persone dello stesso sesso dagli art. 6 e 12, co. 2, l. n.40/2004.

Sussistono, per il vero, ulteriori ipotesi di identica impossibilità di diritto, che potrebbero integrare il presupposto di cui alla citata disposizione: *a)* il difetto di iniziativa del Pubblico Ministero, quando le persone che si siano prese cura del minore in luogo dei genitori propongano istanza di adozione in casi particolari; *b)* il rifiuto opposto dall’adottando infraquattordicenne all’affidamento preadottivo; *c)* la condizione di semiabbandono, che impedisce di pronunciare l’adottabilità in quanto sussistono seri legami affettivi coi genitori biologici ed una loro parziale capacità genitoriale, sebbene non pienamente sufficiente per i bisogni del bambino.

L’interpretazione è sostenuta dall’attenta valorizzazione delle novelle che nel tempo hanno inciso il testo della l. adozione, originariamente pensato per i soli casi di fallimento dell’affidamento: l’introduzione dell’attuale art. 44, co. 1, lett. *c)*, che di quei fallimenti era il prototipo; la valorizzazione della residua, anche se insufficiente, capacità genitoriale, per evitare la pronuncia di adottabilità ai sensi dell’art. 15, co. 1 lett. *c)*; la preferenza accordata alla costituzione dello *status* nei confronti della famiglia affidataria, ai sensi della l. n. 173/2015.

Rileva, soprattutto, il ribaltamento della prospettiva di preferenza per l’adozione che si diceva legittimante, che si esprime nella sua esclusione perfino nel caso in cui, mancando il titolo dello stato verso i genitori biologici, si aprirebbe la via semplificata disegnata dall’art. 11, giacché il relativo co. 1 la esclude quando «esistano istanze di adozione ai sensi dell’art. 44», confacenti all’ «esclusivo interesse del minore»²³.

Depongono in senso conforme una serie di indici sistematici: l’assenza di affidamento precedente all’adozione, difficilmente

²² Cass., 30-9-2016, n. 19599 discute significativamente di una nascita avvenuta «deliberatamente nell’ambito di progetto di vita comune e responsabile»

²³ L’interpretazione aveva fondato la decisione di C. cost. 7-10-1999, n. 383, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 2951 ss., con nota di A. CELOTTO, della questione di legittimità della disposizione corrispondente all’attuale art. 44, co. 1 lett. *d)*, che le ordinanze di rimessione denunciavano in quanto, dovendo «trarre dal riferimento letterale della disposizione impugnata alla “constatata impossibilità di affidamento preadottivo” il presupposto interpretativo secondo cui, per far ricorso all’ipotesi prevista dalla lettera *c)* della norma, occorre necessariamente la previa dichiarazione dello stato di abbandono del minore e quindi la declaratoria formale di adottabilità, nonché il vano tentativo del predetto affidamento».

compatibile con i casi di minori “problematici” tradizionalmente ascritti ad ipotesi di impossibilità di fatto²⁴; la superabilità del diniego opposto dai genitori sollevati dall’esercizio della responsabilità, che tuttavia permette loro di rintracciare il bambino in stato di adottabilità il cui affidamento fosse stato secretato, mettendo inutilmente in pericolo la serenità del nuovo gruppo familiare e soprattutto del bambino (art. 46); la possibilità che la loro responsabilità riprenda in conseguenza della revoca dell’adozione in casi particolari, se il tribunale lo ritiene conveniente (art. 19, co. 1, e 52, co. 3), la conservazione del cognome, dello *status* e dei rapporti di parentela con la famiglia di origine (art. 55).

Non può dirsi neppure che l’interpretazione accolta dalla Corte finisca per privare di contenuto normativo la previsione dell’impossibilità di affidamento preadottivo, appiattendola sulla verifica dell’interesse del minore all’adozione, il quale è piuttosto oggetto di accertamento ulteriore, ai sensi dell’art. 57 l. adozione, come la verifica dell’assenso del genitore esercente la responsabilità sull’adottando.

Applicare al caso oggetto della pronuncia la lett. *d*) dell’art. 44 co. 1 non significa offrire «una interpretazione abrogante delle restanti parti, e, segnatamente, della lett. *b*) ... nonché del comma 3 del medesimo articolo»²⁵. Per un verso la lett. *b*) permette l’adozione anche in difetto della differenza di età prescritta per la lett. *d*), e così regola la domanda avanzata dal coniuge nei confronti di un adottando che sia figlio, anche adottivo, dell’altro coniuge. Per altro verso, è proprio il terzo comma a consentire l’adozione, non solo nell’ipotesi sub *d*) ma anche in quelle sub *a* e *c*), da parte di chi non sia coniugato, e tale senz’altro è il convivente o colui che sia unito civilmente col genitore dell’adottando.

Né può concordarsi con l’obiezione per la quale, per tale via, sarebbe sempre adottabile il figlio di chiunque, ed anche ripetutamente, da parte di successivi conviventi del genitore biologico: a prescindere dalla circostanza per cui altrettanto dovrebbe allora sostenersi rispetto a successivi matrimoni, ai sensi della lett. *b*) del medesimo art. 44, co. 1, è evidente che la pronuncia sarebbe impedita ogni volta che manchi

²⁴ Rilevava tale «grave carenza legislativa» L. ROSSI CARLEO, *L’affidamento e le adozioni*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, vol. IV, t. III, *Personae e familia*, Torino, 1997, 473.

²⁵ Così E. GIACOBBE, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, vivens, condendum*, cit., 266, con cui concorda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *Corriere giuridico*, 2016, 1203 ss., e, in termini meno netti, L. ATTADEMO, *La “stepchild adoption” omoparentale nel dettato dell’art. 44 comma 1, lett. d)*, l. n. 184/1983 e nella l. n. 218/1995, in *Corriere giuridico*, 2016, 1203 ss. Si tratta, sembra opportuno ribadirlo, di adozione domandata e pronunciata nei confronti di una sola persona, in convivente del genitore, e non di una coppia convivente.

l'assenso (anche) del genitore adottivo, e/o che l'indagine non consenta di apprezzare, in ragione dell'affettività consolidata, la corrispondenza del provvedimento al ricordato interesse superiore del minore.

Indagine da condurre in concreto, secondo l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale e della Corte di Strasburgo²⁶, diretta ad accertare tra l'altro l'idoneità affettiva del genitore adottante, attraverso una «valutazione la quale non può che essere effettuata sulla base di una relazione preesistente adottante –minore»²⁷, che della corrispondenza ai bisogni del minore di quella consolidata affettività costituisce l'emersione.

Rispetto al contenuto di tale indagine, oltre che al fine di escludere che sia *in re ipsa* un conflitto di interessi tra il genitore biologico e l'adottando che avrebbe fondato la nomina di un curatore speciale²⁸, rileva nella decisione in commento il fondamentale paradigma antidiscriminatorio²⁹ già applicato dalla Corte a proposito dell'affidamento di un minore al genitore che viva una relazione stabile omosessuale³⁰, ancora una volta ed esclusivamente nella prospettiva della garanzia dell'interesse del figlio.

Stante l'assenza di «evidenze scientifiche dotate di un adeguato margine di certezza in ordine alla configurabilità di eventuali pregiudizi per il minore derivanti dall'omogenitorialità» escludere dall'adozione di specie il convivente dello stesso sesso del genitore biologico, mentre si

²⁶ Corte cost., 10-2-1988, n. 182; Corte EDU, 27-4-2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, Id., 27-1-2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., Id., 21-1-2014, *Zhou c. Italia*.

²⁷ Cass., 22-6-2016, n. 12962 cit., cui si riferiscono anche le citazioni che seguono.

²⁸ La conflittualità è intrinseca all'adozione che si diceva legittimante, perché comporta la rescissione dei legami con la famiglia di origine. Non altrettanto può dirsi per l'adozione in casi particolari, che conservando il rapporto affettivo e giuridico col genitore consente di dare veste giuridica ad ulteriori rapporti affettivi, sempre che realizzino l'interesse del minore. Lo nota Cass., 22-6-2016 n. 12962 cit., alle cui considerazioni sia permesso aggiungere che, mentre l'adozione in parola non avrebbe rivestito di rilevanza giuridica alcuna la convivenza medesima, posto che dal provvedimento non derivano vincoli di parentela tra l'adottante e il genitore dell'adottato, a ciò vale l'istituto dell'unione civile, disciplinato con l. n. 76/2016.

²⁹ Sull'evoluzione di tale paradigma nella giurisprudenza della Corte EDU, e sul ruolo del *best interest of the child* nell'adozione omoparentale cfr. G. REPETTO, *Le adozioni omoparentali davanti alla Corte Europea*, in A. SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, 2015, 150 ss.

³⁰ Cfr. la nota Cass., 11-1-2013, n. 601, in *Giur. it.*, 2013, 1036, con nota di richiami di B. PAPARO e nota di M.M. WINKLER, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*. V. sul tema più diffusamente Cfr. A. PALAZZO, *Eros e jus*, Milano-Udine, 2015, 51 ss.; F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011, 163; ID., *Affidamento e adozione per le coppie formate da persone dello stesso sesso*, in G.O. CESARO, P. LOVATI e G. MASTRANGELO (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014, 120 ss.

ammette l'adozione del convivente eterosessuale³¹, si risolverebbe «in una inammissibile valutazione negativa fondata esclusivamente sull'orientamento sessuale della madre della minore e della richiedente l'adozione, di natura discriminatoria e comunque priva di qualsiasi allegazione e fondamento probatorio specifico». È il concreto apprezzamento delle circostanze del caso di specie, invece, a dover fondare la pronuncia sulla domandata adozione, sebbene esistano indici normativi della sussistenza del predetto interesse: tale, ad esempio, la possibilità di conferire visibilità sociale, attraverso la – parziale – comunanza di cognome, del legame familiare con altri bambini, generati dall'altra donna che componga la coppia, com'è avvenuto nel caso di doppia adozione, “incrociata”, di ciascuna convivente del figlio generato dall'altra come nella adozione domandata da parte del marito della madre³²; così anche la possibilità di garantire al bambino di conservare rapporti significativi con l'adottante in caso di eventuale crisi della coppia convivente, e di riceverne cura, educazione, istruzione, mantenimento, a soddisfazione del proprio diritto alla bigenitorialità³³.

L'entrata in vigore della l. n. 76/2016, di cui la decisione in commento non ha fatto applicazione «*ratione temporis* ed in mancanza di disciplina transitoria», non muta il quadro decisorio. La clausola di chiusura dell'art. 1, co. 20³⁴, per la quale «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione della norme vigenti» è intelleggibile alla luce dell'articolato in cui si inserisce, retto dalla clausola di equivalenza, non solo terminologica ed in funzione antidiscriminatoria, che impone di applicare alle parti dell'unione civile tutte le disposizioni contenute in leggi ed atti aventi forza di legge, regolamenti, atti amministrativi e contratti collettivi, che si riferiscono al matrimonio o ai coniugi³⁵. Restano

³¹ Trib. Min. Milano, 28-3-2007 n. 626, in *Guida al diritto, Famiglia e minori*, 2007, n. 10, 83.

³² Su cui Corte cost. 2-2-1990, n. 40.

³³ Diritto che Cass., 30-9-2016, n. 19599 cit., fonda sull'art. 24, par. 3, Carta di Nizza, discutendo espressamente di «bigenitorialità materna». Si tratta, a quanto ci consta della prima occasione in cui la Suprema Corte adotta, correttamente, tale definizione. Che non sia contrario all'ordine pubblico l'essere lo *status* costituito vero due persone dello stesso sesso è confermato dall'art. 1, co. 27, l. n. 76/2016, rispetto ai figli nati dal matrimonio che si converte automaticamente in unione civile, dopo la rettificazione di sesso di uno dei coniugi, quando essi non intendano sciogliere il vincolo. Al pari di quanto avverrebbe in caso di divorzio essi resteranno figli matrimoniali, mentre siamo fuori dall'applicazione dell'istituto del matrimonio putativo, riferito ai casi di nullità del vincolo. Ecco l'emersione di una delle scelte legislative, costituzionalmente ammissibili, di cui discute la decisione in commento. Che la genitorialità non sia solo biologica, nel diritto vigente, ci auguriamo di aver dimostrato nel precedente paragrafo.

³⁴ La cui comprensibilità contesta M. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in questa rivista, 2015, 2.

³⁵ Cfr. G. CASABURI, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, in

escluse le disposizioni del codice civile non richiamate e quelle della l. adozione.

L'indubbiamente complessa sintassi lascia comunque intendere che tanto la prima che la seconda esclusione siano riferite alle norme contenenti le espressioni "coniuge" o "coniugi" o comunque disciplinanti il matrimonio o i suoi effetti, non essendovi ragione per impedire altro che l'applicazione per rinvio delle stesse. Non si estende, in altri termini, alle parti dell'unione civile la legittimazione all'adozione di bambini in stato di abbandono che l'art. 6, co. 1, l. n. 184/1983 riserva ai «coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni», e neppure quella all'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. b), riferita alla domanda del «coniuge» rispetto al figlio, anche adottivo dell'altro «coniuge». L'applicazione della lett. d), sulla quale la giurisprudenza in commento fonda l'adozione del figlio del convivente, non è in radice compresa nell'ambito di operatività della ricordata clausola di equivalenza, perché non si riferisce in alcun modo al matrimonio, né contiene le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti³⁶.

L'interpretazione letterale appare del resto anche l'unica conforme a Costituzione, giacché ove vi si leggesse l'esclusione della persona unita civilmente dalla facoltà che gli resterebbe riconosciuta ove sussistesse una mera convivenza omosessuale – non rintracciandosi alcuna corrispondente limitazione nella corrispondente disciplina di cui alla medesima legge, commi 36 ss. – si finirebbe per incorrere in una discriminazione a carico dei figli derivante dal vincolo giuridico tra i genitori. Discriminazione irragionevole oltre che incomprensibile, posto che l'unione civile offre una garanzia di stabilità sostanzialmente coincidente con quella matrimoniale, mentre la mera convivenza può sciogliersi *ad nutum* e senza formalità.

Depone infine nel medesimo senso l'analisi della *mens legislatoris*, poiché risulta dalla relazione illustrativa la volontà di «mettere in sicurezza, con l'ultimo periodo del comma 20, quella giurisprudenza che

www.articolo29.it, 2016; A. SCHILLACI, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, *ibidem*: «si tratta di una disposizione rivolta al giudice e alla pubblica amministrazione, ed in particolare di una regola sull'interpretazione e sull'applicazione di altre disposizioni normative»; nonché E. QUADRI, *Audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 15 aprile 2016*, *ibidem*.

³⁶ Nota T. AULETTA; *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2016, 367 ss., che anche la cancellazione dell'inciso finale del comma 20 avrebbe avuto un «esito tutt'altro che scontato, come si è detto in virtù della tendenza giurisprudenziale a riconoscere comunque il ruolo del genitore sociale già esercitato in via di fatto, invocando l'interesse del minore il quale finisce col prevalere anche sul principio di legalità».

già riconosce quelle famiglie (*arcobaleno*) per quello che sono»³⁷, confermata dall'assenza di corrispondente clausola nel testo dei disegni di legge sostituiti da quello approvato, di iniziativa governativa. Tanto avveniva all'esito del ben noto "stralcio" della disposizione che estendeva direttamente ai membri dell'unione civile il contenuto normativo dell'art. 44, co. 1, lett. b), e dunque non necessitava di alcuna clausola di sicurezza per l'interpretazione della lett. d).

3. Riconoscimento dell'atto di nascita straniero da due madri

Il più recente arresto di legittimità si appunta sull'eccezione di ordine pubblico, che secondo i ricorrenti avrebbe dovuto impedire, ai sensi degli artt. 16 e 65 della l. n. 218/1995 e dell'art. 18 del d.p.r. n. 396/2000, l'iscrizione nei registri di stato civile italiano dell'atto di nascita formato in Spagna con indicazione di una doppia filiazione materna

Nel caso di specie, una cittadina spagnola, legata da matrimonio all'altra secondo la legge iberica, aveva condotto la gestazione e dato alla luce in Spagna il figlio generato attraverso la fecondazione dell'ovulo della consorte, cittadina italiana, con gamete di donatore, in ossequio alla vigente disciplina nazionale. La pratica è invece vietata e sanzionata penalmente dalla l. 40/2016, artt. 6 e 12 comma 2³⁸.

Deve preliminarmente notarsi come la Corte risolve la questione pregiudiziale della cittadinanza del minore correttamente applicando il descritto regime generale dei titoli costitutivi dello *status*, cui consegue anche la cittadinanza del figlio di genitore italiano ai sensi degli artt. 1, co. 1 lett. a) e 2, co. 1, della l. n. 91/1992. L'essere costui cittadino italiano «dipende dall'accertamento dell'esistenza di un rapporto di filiazione che sia valido (anche) per il diritto italiano: tale accertamento costituisce il presupposto (logico e giuridico) della questione relativa alla cittadinanza italiana». Ciò in quanto, come abbiamo visto, in difetto di un titolo costitutivo valido ed efficace nell'ordinamento interno non può dirsi costituito il vincolo giuridico in cui si specificano gli obblighi ed i diritti che sostanziano la responsabilità genitoriale, ed individuato il relativo titolare³⁹.

³⁷ On. M. CAMPANA, *Relazione alla Camera dei Deputati*, 9-5-2016.

³⁸ L'illecito penale riguarda chi applichi le tecniche in parola a persone dello stesso sesso, non coloro che vi accedono. Diversa l'ipotesi di surrogazione di maternità, comunque non punibile se commessa in Paese che la ammette, secondo Cass. Pen., 10-3/5-4-2016, n. 13525, cit.

³⁹ Altrettanto aveva argomentato Cass. Pen., 10-3/5-4-2016, n. 13525, cit., a proposito dell'efficacia

Si trattava di un certificato di nascita che identificava le madri A e B, genetica e partoriente, alla cui trascrizione l'ufficiale di stato civile aveva opposto l'eccezione di ordine pubblico, con decisione confermata dal Tribunale di Torino, e riformata dalla locale Corte di Appello, la quale aveva declinato tale nozione in termini di conformità ai principi caratterizzanti l'ordinamento interno e fondati sulle esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, ed in specie sull'interesse superiore del minore allo *status*, realizzato «garantendo la copertura giuridica ad una situazione in essere da anni».

Siffatta nozione di “ordine pubblico negativo” è il frutto di una evoluzione già da tempo segnata da importanti arresti di legittimità⁴⁰, sicché non poteva dirsi che, sotto questo profilo, sussistesse alcun contrasto la cui composizione rimettere alle Sezioni Unite, tantomeno con un principio dalle medesime enunciato, fattispecie in cui ricorre l'obbligo di cui all'art. 374, co. 3, c.p.c.

Da essa dipende l'intera argomentazione della pronuncia, sotto due profili.

Il primo: l'accolta nozione determina il rigetto della richiesta di remissione della questione al giudizio delle sezioni unite della Corte, avanzata in questo come nell'altro caso dal Procuratore generale della Repubblica.

Non sarebbe a ciò sufficiente la novità delle questioni, per la prima volta oggetto di esame della Suprema Corte, o la loro attinenza a «questioni riguardanti diritti individuali o relazionali di più recente emersione e attualità», che non per questo soltanto costituiscono «questioni di massima di particolare importanza», ai sensi dell'art. 374, co. 2, c.p.c., pena la sostanziale abdicazione alla propria competenza specialmente della prima sezione della Corte, la cui competenza per materia comprende, tra l'altro, minori, persone fisiche, filiazione, adozione, misure di tutela degli incapaci, matrimonio, stato civile⁴¹. Deve ricordarsi inoltre che l'art. 360 *bis* c.p.c., introdotto dalla l. n. 69 del 2009, nella prospettiva dell'irrigidimento degli indirizzi giurisprudenziali dominanti⁴², commina l'inammissibilità al ricorso per cassazione avente ad oggetto un provvedimento che «ha deciso le questioni di diritto in

costitutiva del titolo formato all'estero.

⁴⁰ Cass., 22-8-2013, n. 19405; Cass., S.U. 5-7-2011, n. 14650, in *Giustizia civile*, 2012, I, 2687 ss., con riferimento alla compatibilità con l'ordine pubblico internazionale della norma di *common law* che consente l'acquisto di un bene in conseguenza di un patto commissorio.

⁴¹ Ord. Primo Presidente Cass., 6-5-2013, n. 30 Racc. gen.

⁴² M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir., Annali*, IX, Milano, 2006, 410.

modo conforme alla giurisprudenza della Corte», riconoscendo la funzione nomofilattica anche alle sezioni semplici. Determinante per un giudizio di piena condivisibilità della decisione è soprattutto la considerazione per cui la medesima, incentrata com'è sulla valorizzazione dell'interesse del minore a vedersi riconosciuta la maturata affettività familiare, corrispondente al suo interesse prioritario, si pone in perfetta sintonia col descritto processo, univoco e costante, che ha interessato l'evoluzione del diritto di famiglia italiano proprio in direzione della tutela della famiglia degli affetti, ed in funzione dell'interesse superiore del fanciullo.

Il secondo: aver ancorato la definizione dei principi di ordine pubblico a quelli che la Costituzione impone al legislatore ordinario, e solo di quelli con essa compatibili desunti dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (ai sensi degli artt. 10, 11, 117 Cost.), precludendogli di introdurre con legge ordinaria disposizioni analoghe alle straniere di cui si discute l'applicazione, è garanzia del rispetto della gerarchia delle fonti e, in definitiva, dell'assetto democratico della Repubblica.

Nota significativamente la Corte che «si tratta di un giudizio (o di un test) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale», e la dogmatica di tale giudizio insegna come in tale attività la giurisdizione non si sostituisce al legislatore, neppure quella esercitata dalla Corte Costituzionale nelle sentenze additive o sostitutive, perché «la Corte si ritiene costantemente (e giustamente) vincolata al rispetto delle «rime obbligate», tanto che quando tali rime non ricorrono dichiara la questione inammissibile»⁴³.

L'*iter* argomentativo consegue a ciascuno dei motivi di censura, sviluppandosi nel descritto giudizio preventivo ed ipotetico di preclusione all'introduzione di norme analoghe a quelle straniere derivanti dalla prevalenza di altri diritti umani costituzionalmente protetti su quello del minore «alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero nei confronti della madre genetica e alla continuità dei rapporti affettivi».

4. La protezione del figlio, tra i diritti all'identità ed alla conservazione dell'affettività

⁴³ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 412.

Sono due, dunque, i parametri da tutelare rispetto al figlio, l'uno attinente alla conservazione della consolidata affettività, l'altro alla componente genetica dell'identità personale. Se ne aggiunge un terzo, relativo alla coppia, che ascrivendo la decisione di formare una famiglia e diventare genitori alla libertà di autodeterminarsi, e la tutela dell'unione tra persone dello stesso sesso a quella offerta alle formazioni sociali dall'art. 2, fonda il rigetto delle eccezioni che desumono dall'art. 29 Cost. la «preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso (unite da uno stabile legame affettivo) di accogliere, allevare e anche di generare figli».

I primi due fondano il rigetto di quelle imperniate sulla asserita natura di ordine pubblico della tutela della sola maternità che si manifesta nel parto, del divieto sanzionato penalmente di applicare tecniche di p.m.a. alle coppie omosessuali, del divieto di maternità surrogata anch'esso presidiato da sanzione penale.

Procediamo al relativo esame con ordine.

Della condivisibile affermazione per la quale «deve escludersi che esista, a livello costituzionale, un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e anche di generare figli»⁴⁴ abbiamo già rilevato la piena corrispondenza tanto col principio di indifferenza dello *status filiationis* all'eventuale legame matrimoniale tra i genitori, quanto col parametro antidiscriminatorio fondato sull'assenza di certezze scientifiche o dati di esperienza circa eventuali ripercussioni negative derivanti dal fatto di crescere in una coppia omosessuale. Ciò che interessa sottolineare è l'arricchirsi la circolarità dell'argomentazione col ribadire anche a tal proposito nella tutela della vita familiare quella di una comunità di affetti concreti, a prescindere dalla discendenza biologica dei figli.

Dal rilievo fondamentale del diritto del minore al riconoscimento dello *status* di filiazione deriva il suo interesse alla conservazione di quello acquistato all'estero e conforme alla maturata affettività, in conformità con l'art. 8, co. 1 della Convenzione di New York e con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, come interpretata dalla Corte di Strasburgo⁴⁵, sotto il profilo della garanzia della sua identità

⁴⁴ Cass., 30-9-2016, n. 19599 cit.

⁴⁵ Corte EDU 13-6-1979, *Marckx c. Belgio*; Id., 7-2-2002, *Mikulić c. Croazia*; Id., 26-6-2014, *Labasse c. Francia* e *Mennesson c. Francia*; Corte Giustizia UE 2-10-2003, *Garcia Avello c. Belgio*, con riferimento a bambini nati in Belgio da genitori spagnoli, che avevano cittadinanza di entrambi gli Stati, l'uno per *ius soli*, l'altro per *ius sanguinis*; l'atto di nascita, secondo la legislazione belga, gli imponeva solo il cognome paterno, mentre avrebbero portato anche quello materno per la legislazione spagnola. V.

personale rispetto alla quale è determinante la certezza giuridica della propria situazione soggettiva e familiare, cui conseguono anche la cittadinanza, i diritti ereditari, la libertà di circolazione nel territorio nazionale. Ulteriore profilo attiene al diritto fondamentale alla bigenitorialità, consacrato negli artt. 30 Cost. e 24 par. 3 Carta di Nizza ed attuato dalla l. n. 54/2006, oggi confluita nell'art. 337 *ter*, co. 1, c.c., che per prima la decisione in commento applica ad una famiglia omogenitoriale⁴⁶, che ha realizzato un progetto procreativo attraverso una tecnica preclusa dalla legislazione di settore. L'affermazione è condivisibile, riposando sul descritto principio di genitorialità non solo biologica ma anche affettiva⁴⁷.

Nonostante il significativo margine di apprezzamento riconosciuto dai Trattati agli Stati, il rango primario dell'istanza impedisce alla Corte di usare l'eccezione di ordine pubblico come «carta bianca che giustifichi qualsiasi misura, in quanto l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo»⁴⁸. Deriva, in ossequio al ricordato canone di indifferenza delle scelte di procreazione adottate dai genitori rispetto allo *status* del figlio che promana direttamente dal principio di eguaglianza⁴⁹, l'affermazione del principio di diritto per cui il solo fatto che il legislatore non preveda o vieti la tecnica procreativa disciplinata dall'ordinamento straniero non costituisce eccezione opponibile alla conservazione degli effetti del provvedimento che di tale disciplina costituisce applicazione.

La medesima garanzia di stabilità dello *status* corrispondente all'affettività fonda l'assimilazione della condizione del bambino del cui atto di nascita si discuteva non al nato da gestazione per altri, ma al nato da una coppia di persone di sesso diverso attraverso tecniche di fecondazione medicalmente assistita, sebbene si distingua sia da quella omologa per la necessità del contributo genetico di un donatore, che da

anche Id., 14-10-2008, *Grunkin e Paul c. Germania*; Corte EDU, 11-11-2011, *Genovese c. Malta*.

⁴⁶ L'espressione ricorre più volte, a proposito del «concetto di responsabilità genitoriale, che si manifesta nella decisione di colei che la assume in proprio, accudendo e allevando il nato nella propria famiglia»; della scelta «dei componenti della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia»; e soprattutto dell'«inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale». Cass., 11-1-2013, n. 601, cit., a aveva per prima discusso di «famiglia incentrata su una coppia dello stesso sesso». Cfr. M.M. Winkler, *Figlio di due madri: la Cassazione, la genitorialità e l'ordine pubblico internazionale*, in *Quotidiano giuridico*, 11-10-2016.

⁴⁷ Cfr. *supra*, al rimando della nt. 20.

⁴⁸ Così Cass., 30-9-2016, n.19599, citando C.EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27-1-2015.

⁴⁹ Cfr. Corte cost. 13-5-1998, n. 166, cit.

quella eterologa perché egli condivide con la madre genetica il patrimonio cromosomico. Anche rispetto a tale profilo, le scelte operate dal legislatore italiano «non sono costituzionalmente obbligate»⁵⁰, e dunque non è integrato il limite negativo dell'ordine pubblico.

Il secondo dei parametri segnalati rispetto alla tutela del figlio fonda il principio di diritto per il quale la regola secondo cui è madre colei che ha partorito non esprime un principio fondamentale di rango costituzionale. La tutela «dell'identità personale, nella quale sono compresi il diritto di accertare la propria discendenza biologica ... il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini ... ed il diritto del nato di vivere ed essere allevato nella famiglia di origine»⁵¹ riverberano, al contrario, nell'imprescrittibilità del diritto del figlio alla «affermazione di un rapporto di filiazione veridico»

Si tratta dunque di un parametro distinto, ma strettamente connesso al primo, tanto da esprimersi nella medesima giurisprudenza europea dei diritti da cui la Corte trae i limiti dell'ordine pubblico⁵². L'indifferenza del diritto alla conservazione rispetto alla “natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo” è principio di diritto che, sebbene fosse pronunciato rispetto ad una fattispecie in cui sussisteva continuità biologica tra padre e figlio, nato da gestazione per altri, evidenzia come ciò costituisca solo una delle istanze di cui è portatore il bambino, distinta da quella conservazione dell'affettività concreta che sostiene la tutela dei legami familiari di fatto⁵³.

Anche ove mancasse un legame genetico la partecipazione di colei che non ha partorito il figlio alla decisione di mettere al mondo il bambino la distingue nel condivisibile apprezzamento della Corte dal donatore, cui l'art. 9, co. 3 della l. n. 40/2004 nega diritti e doveri nei confronti del bambino perché non si è assunto, in alcun modo, la responsabilità della procreazione compiendo piuttosto un atto di cortesia etica assimilabile a quello della donazione di organi e tessuti⁵⁴. Lo ricorda la Corte quando ribadisce che «la nozione di “vita familiare” in cui è compresa l'unione tra

⁵⁰ Come ha insegnato Corte cost. 27-6-2012 n. 164

⁵¹ Cfr. Corte EDU, 26-6-2014, *Menesson c. Francia*, cit.; Id., 25-9-2012, *Godelli c. Italia*; Id., 14-1-2016, *Mandet c. Francia*; Corte cost. 22-11-2013, n. 278 cit.; Cass., 14-4-2016, n. 7391.

⁵² Lo dimostra il fatto che a proposito del diritto all'identità personale (par. 11.1) la Corte cita Corte EDU 26-6-2014, *Menesson c. Francia*, cit., ma non Corte EDU, 27-1-2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., nella quale difettava il legame genetico con entrambi i genitori, pronuncia che viene invece ricordata a proposito del diritto alla conservazione dell'affettività (par. 8.3)

⁵³ Da ultimo Corte EDU, 27-1-2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.

⁵⁴ V. più ampiamente A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., 32 s., 111 s.

persone dello stesso sesso neppure presuppone necessariamente la discendenza biologica dei figli, la quale non è più considerata requisito essenziale della filiazione», che si può attuare attraverso gameti esterni alla coppia⁵⁵.

La condizione della donna che non sia legata geneticamente al figlio partorito dalla compagna è assimilabile invece, secondo l'opinione di chi scrive, alla condizione di colui che abbia consentito all'inseminazione eterologa della *partner* ed in ragione di tale consenso perde legittimazione a contestare la veridicità dello stato di figlio matrimoniale o non matrimoniale che spetta al nato. Abbiamo visto come la regola esprima proprio il diritto del bambino alla conservazione dello *status*, da cui deriviamo anche il diritto a vederselo costituito, quando difetti l'atto di autoresponsabilità del genitore, provando *ex art* 269, co. 2, c.c. il medesimo consenso⁵⁶.

Altri ordinamenti prevedono l'azione di ricerca della maternità nei confronti della co-madre anche in difetto di suo riconoscimento, in dipendenza del suo consenso all'inseminazione eterologa della compagna⁵⁷, proprio allo scopo di superare la disparità di trattamento tra coppie eterosessuali ed omosessuali attraverso la previsione di una presunzione di comaternità. In quello italiano, invece, dalla preclusione delle tecniche di p.m.a. alle coppie omosessuali dipende l'esclusione dall'applicazione degli artt. 8 e 9, co. 2, l. n. 40/2004. Deriva che, ove il bambino nasca in Italia, solo la partoriente può costituirgli lo stato nei propri confronti, presentando la dichiarazione di avvenuto parto richiesta dall'art. 30, co. 2, del d.p.r. n. 396/2000. All'altra donna resta aperta solo la via della domanda di adozione in casi particolari, *ex art*. 44, co. 1, lett. d) 1. adozione, a prescindere dall'eventuale legame genetico col figlio. Ove tale nesso sussistesse, rileverebbe in termini fondativi della corrispondenza del provvedimento adottivo al suo interesse, sub specie del diritto di costui all'identità personale.

Può presentarsi una eventualità ulteriore: il bambino nasce in uno Stato che consente il riconoscimento di un solo genitore, ma ammette l'adozione piena da parte dell'altro. Il caso si è presentato al tribunale di

⁵⁵ Cass., 30-9-2016, n.19599, par. 12.1

⁵⁶ S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *Biolaw Journal*, 2015, 28 ss.; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. 130 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Familia*, 2002, 399.

⁵⁷ Così in Belgio, ai sensi della *Loi portant établissement de la filiation de la coparente*, de 5-4-2015, sulla presunzione di maternità nell'ambito delle coppie di donne sposate o conviventi, su cui v. E. VAN DEN BROECK, *La nouvelle loi sur la filiation de la coparente*, in *JDJ*, n. 345, 2015, 21 ss.

Bologna, il quale ha sollevato questione di costituzionalità dell'art.36 co. 4, della l. n. 184 del 1983, relativa al controllo giudiziale di conformità delle sentenze di adozione pronunciate dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani alla Convenzione de L' Aja del 29 agosto 1993, circa il rispetto dei «principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori», a norma dell'art.35 co. 3. La questione è stata decisa con sentenza di inammissibilità per errata individuazione della norma applicabile al giudizio a *quo*, in quanto all'epoca dell'adozione la ricorrente non aveva cittadinanza italiana, e quindi anche la bambina aveva, come lei, solo cittadinanza degli Stati Uniti d'America. Al contrario, la denunciata disposizione è «volta ad impedire l'elusione, da parte dei soli cittadini italiani, della rigorosa disciplina nazionale in materia di adozione di minori in stato di abbandono, attraverso un fittizio trasferimento della residenza all'estero»⁵⁸.

La Consulta insegna che, trattandosi di riconoscere gli effetti di una decisione straniera resa rispetto a fattispecie non assimilabile all'adozione di minorenni in stato di abbandono, non si applica la Convenzione de L'Aja e non sussiste né la competenza del Tribunale per i minorenni, né il relativo vaglio di conformità del provvedimento al dettato della l. n.184/1983 sull'adozione. È, invece, affidato al tribunale ordinario il test di compatibilità con l'ordine pubblico imposto dalla legge di diritto internazionale privato, per cui rileveranno i principi di diritto fissati dalla decisione di Cassazione in commento.

Dal riconoscimento del provvedimento deriverà l'acquisto dello stato di figlio dell'adottante, e l'inserimento nella sua famiglia parentale ai sensi dell'art. 74 c.c., che l'opinione maggioritaria⁵⁹ esclude dagli effetti dell'adozione in casi particolari⁶⁰.

Il caso oggetto della pronuncia si distingue perché, essendo nato il bambino in Spagna, gli si è costituito lo *status filiationis* verso entrambe le

⁵⁸ Corte cost. 7 aprile 2016, n. 76

⁵⁹ Accolta da Cass., 22-6-2016, n. 12962 cit., sebbene in *obiter dictum*, laddove distingue dall'adozione c.d. legittimante quella in casi particolari, che «si caratterizza per una radicale differenza di disciplina in ordine alle condizioni di accesso oltreché di rilievo anche quanto agli effetti, il cui esame è però superfluo.

⁶⁰ Cfr. J. LONG, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell'adozione dei minorenni*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *La nuova disciplina della filiazione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2015., 256 ss.; L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, II, 838 ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corriere giuridico*, 2013, 528; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e adozione in casi particolari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 202.

donne.

La Corte, ricostruendo le censure dei ricorrenti, ricorda che «il citato terzo comma dell'art. 269 c.c. impedisce a colei che ha contribuito alla nascita trasmettendo il patrimonio genetico di rivendicare lo *status* di madre», ma esclude che ciò corrisponda ad una scelta obbligata costituzionalmente dall'art. 31 Cost.

L'osservazione è corretta, oltre che coerente con l'art. 37 Cost. che offre «alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione» senza distinguere il titolo della maternità, tutela attuata dalla disciplina di settore con la garanzia di un periodo di astensione obbligatoria non solo per colei che ha partorito, ma anche per colei che abbia adottato o accolto in affidamento uno o più minori, rispetto alla quale non può certo discutersi di tutela ancorata alla gestazione⁶¹.

La censura dei ricorrenti si riferisce, dunque, non al titolo costitutivo riconducibile alla volontaria assunzione di responsabilità da parte dei genitori, ma a quello giudiziale, definito in termini di rivendicazione di uno *status*, ossia alla dichiarazione giudiziale di maternità.

Il collegio condivide «l'intuizione di una parte della dottrina⁶², secondo la quale l'art. 269, terzo comma, c.c. è una norma riguardante la prova della maternità (*che*) trova conferma nel secondo comma del medesimo articolo», oltre che nell'art. 241 c.c.

In ciò distingue, esattamente, il caso del titolo volontario da quello giudiziale.

Se è vero che l'ordinamento non offre strumenti atti a costituire fin da principio lo *status* nei confronti della madre genetica, la quale non può dichiarare il figlio come proprio in difetto di coerente certificato di assistenza al parto, alla dichiarazione giudiziale di maternità potrebbe invece giungersi provando la filiazione con qualsiasi mezzo, e quindi con la compatibilità genetica del DNA, fissato dall'art. 269, co. 3 c.c. Non troverebbe invece applicazione il co. 2, difettandone il presupposto che la Corte esattamente rintraccia nella «piena coincidenza in una sola donna di colei che partorisce e di colei che trasmette il patrimonio genetico ... per via dell'evoluzione scientifico-tecnologica che ha reso possibile scindere la figura della donna che ha partorito da quella che ha trasmesso il patrimonio genetico grazie all'ovulo utilizzato per la fecondazione».

Rivendicare, di tal guisa, lo *status* di madre sarebbe dunque possibile,

⁶¹ D.Lgs. 26/03/2001, n. 151, artt. 26, 31, 34, 36, 39, 40, 45 e 50

⁶² A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., 140 ss., 302 ss.

ma presupporrebbe la contestazione della maternità della partoriente⁶³ che è fuori discussione nella fattispecie, e contraddirebbe il canone di conservazione dello *status* corrispondente all'affettività che sostiene, al contrario, il riconoscimento degli effetti dell'atto di nascita da due madri.

È fuori di dubbio che per tale via «si finirebbe per introdurre in Italia, di fatto e surrettiziamente, la possibilità di trascrivere atti di nascita da persone dello stesso sesso, nonostante l'assenza di una previsione legislativa che lo consenta e regoli la fattispecie», come obiettava il Ministero dell'Interno, ma tale è l'esatto contenuto del test preventivo ed eventuale che la clausola di compatibilità dell'ordine pubblico impone al giudice, secondo le citate disposizioni di diritto internazionale privato, ed anche quello minimo che gli viene riconosciuto rispetto all'applicazione della norma straniera richiamata da norme di conflitto, come limite posto a tutela degli interessi dello Stato⁶⁴.

⁶³ Cfr. più ampiamente S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, cit, 7 ss.

⁶⁴ Sulla funzione dell'ordine pubblico di «evizione della legge straniera», sulla sua configurazione negativa o positiva, e sulle conseguenze del suo funzionamento v. anche per riferimenti bibliografici O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, 61 ss.