

Orientamento sessuale e status di genitore tra prospettiva nazionale e prospettiva europea

Daniele Ferrari

Abstract

Obiettivo del presente contributo è ricostruire il rapporto tra orientamento sessuale e *status* di genitore. Quest'analisi verrà condotta indagando se e in quale misura l'eterosessualità o l'omosessualità incidano sulla capacità giuridica di essere genitore e di agire come tale. In questi termini, si premetterà un'introduzione strumentale all'individuazione di alcuni modelli di genitorialità, che verranno poi utilizzati come criteri di ricostruzione delle diverse fonti del diritto che, nell'ordinamento italiano e nel diritto europeo, riguardano lo *status* in questione. In questo senso, la condizione di genitore verrà studiata con riguardo alla procreazione (modello procreativo), alla volontà di avere un figlio (modello procreativo artificiale o surrogato) e all'interesse del minore (adozione).

Keywords

Status genitoriale; orientamento sessuale; omogenitorialità; interesse del minore; matrimonio; diritto alla vita familiare; adozione; procreazione; maternità surrogata; affidamento.

* * * * *

1 Premessa

Il rapporto tra condizione genitoriale e orientamento sessuale può essere ricostruito con riguardo all'impatto che l'omosessualità o l'eterosessualità hanno sulla capacità della persona di essere titolare delle situazioni giuridiche attive e passive, corrispondenti al legame parentale¹. L'orientamento sessuale, come criterio di imputazione dello *status* in esame², sembra emergere in

¹ Sulla nozione di *status*, v. P. Barile, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni* (Cedam, Padova 1966) 25; Idem, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana* (Cedam, Padova 1953) 8 ss.; G. Alpa, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali* (Laterza, Roma-Bari 1993) 56 ss.

² In senso, qui condiviso, la dottrina costituzionalistica ha cercato di distinguere tra capacità di diritto pubblico e capacità di diritto privato, non escludendo, in entrambi gli ambiti, ipotesi di titolarità di diritti sganciate dalla capacità di esercitarli. Questo, ad esempio, può avvenire per la condizione genitoriale, quando questa non si costruisce su qualità comuni a tutti i soggetti, ma su caratteristiche che, come l'orientamento sessuale, non equiparano ma differenziano le persone; v., sul punto, S. Silverio, *'Titolarietà ed esercizio dei diritti fondamentali: prime riflessioni sulla capacità di diritto pubblico'* (2007) 3 *Diritto pubblico*, 927. *Contra*, v. P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*,

misura principale da quel complesso di norme che hanno ad oggetto la famiglia, quale formazione sociale in cui si realizza la condizione in esame³. Lo *status* di genitore esprime, inoltre, un ambito di svolgimento della più generale condizione attribuita alla persona umana nelle costituzioni e dettagliata nelle norme di diritto civile⁴. In questi termini, dall'esame delle diverse fonti, possono emergere modelli diversi di parentela, fondati su qualità variabili della persona, tra le quali, ad esempio, la capacità di procreare, la volontà di diventare genitore, l'idoneità del soggetto di realizzare l'interesse del minore⁵.

Le qualità soggettive premesse possono essere sistematizzate in tre modelli di filiazione, alternativamente, incentrati sulla procreazione naturale, sulla procreazione artificiale o surrogata oppure sul diverso principio non procreativo, che fonda il legame genitoriale sull'interesse del minore⁶. La definizione normativa di questi tre modelli può configurare un diverso rapporto tra genitorialità e orientamento sessuale, a seconda che il diritto prescriva l'idoneità del soggetto di essere genitore in funzione di qualità neutre o non neutre rispetto all'orientamento sessuale.

1.1 Modello procreativo.

Con riguardo alla filiazione naturale, si può, alternativamente, sostenere, che, in un ordinamento incentrato solo sul modello procreativo, l'orientamento sessuale non abbia alcun impatto in ordine alla posizione di genitore naturale, restando esclusi solo i soggetti sterili o, diversamente, limiti la capacità giuridica parentale delle coppie omosessuali, definendo i ruoli genitoriali in paternità e maternità, a partire da un paradigma eteronormativo⁷ di famiglia⁸.

La prima tesi muove dall'evidenza che ciascun soggetto fertile, a prescindere dal proprio orientamento sessuale, è capace di procreare. Tale capacità coincide con uno *status*, quando dal legame di sangue tra chi genera e chi è generato l'ordinamento giuridico fa discendere la titolarità

(Edizioni Scientifiche Italiana, Napoli 1972) 140 ss.; P. Stanzone, Capacità e minore età nella problematica della persona umana (Jovene, Camerino-Napoli 1975) 59 ss.

³ V. G. Bach Ignasse, Familles et homosexualités, in D. Borrillo (a cura di), Homosexualités et droit (PUF, Paris 1998) 122.

⁴ Sull'opportunità di impostare lo studio del diritto civile, mettendo al centro la nozione di personalità umana in una prospettiva costituzionalmente orientata, v., per tutti, Pietro Perlingieri, Il diritto civile nella legalità costituzionale (I ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1984).

⁵ Sull'origine del rapporto di filiazione in termini di teoria generale v., tra gli altri, L. Bregante, Doveri e diritti dei genitori. Profili istituzionali (Cedam, Padova 2005) 3 ss.

⁶ Sull'evoluzione storica della nozione di filiazione v. M. Mantovani, 'I fondamenti della filiazione', in P. Zatti (diretto da), Trattato di diritto di famiglia (Giuffrè, Milano II 2011) 3 ss.

⁷ In questi termini, la dottrina ha osservato che l'istituzionalizzazione delle figure genitoriali in maternità e paternità si fonda su un "dualismo eteronormativo", che "indica l'esistenza di un paradigma a fondamento di norme morali, sociali e giuridiche basato sul presupposto che vi sia un orientamento sessuale corretto, quello eterosessuale, che vi sia una coincidenza fra il sesso biologico e il genere e che sussista una naturale e necessaria complementarietà fra uomo e donna, sia con riferimento ai ruoli sessuali che sociali e culturali"; così A. Schuster, L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia, in A. Schuster (a cura di), Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto, (Mimesis, Milano-Udine 2011) 35.

⁸ Sul punto, v. E. Falletti, Genitorialità e identità di genere, in A. Schuster (a cura di), Omogenitorialità (...), cit., 93 ss.

di diritti e doveri, che qualificano la posizione del genitore rispetto al figlio⁹. In questa accezione, quindi, ciascun soggetto fertile, eterosessuale o omosessuale, può diventare genitore.

Nel senso della seconda tesi, invece, il modello procreativo definisce la condizione parentale in funzione di un principio eteronormativo, quando positivizza l'eterosessualità, distinguendo i ruoli in paternità e maternità. In questa prospettiva, lo *status* di genitore può non dipendere dal semplice legame biologico, ma costituirsi sul piano presuntivo in forza del vincolo coniugale tra soggetti di genere opposto¹⁰. Questo modello sembra escludere, perlomeno dalla condizione di genitore legittimo, i soggetti omosessuali, quando l'insorgere del legame parentale è il riflesso di un vincolo giuridico riservato a soggetti di sesso diverso¹¹.

1.2 Modello procreativo artificiale o surrogato.

Il modello procreativo artificiale o surrogato supera il tradizionale principio bigenitoriale, scomponendolo in diverse figure legate al ruolo, che ciascun soggetto svolge nel processo di procreazione¹². In questi termini, si può determinare un'evoluzione, rispetto alla tradizionale nozione giuridica di genitore, nella misura in cui il legame parentale conseguente alle pratiche in discorso viene ricondotto sul piano positivo non solo all'apporto di materiale genetico, ma alla volontà dell'individuo di diventare genitore. In questo caso, lo *status* in questione diviene una condizione sociale, discendente dalla scelta consapevole del singolo o della coppia di accedere alla

⁹ In questa prospettiva, lo *status* di genitore rappresenta "la sintesi ideale di particolari atteggiamenti che assumono talvolta intere categorie di rapporti sociali, giuridicamente rilevanti, fra un soggetto e tutti gli altri, in base a determinati presupposti di fatto". In questo senso, il fatto della procreazione fa assumere a due soggetti l'uno rispetto all'altro la condizione di genitori. Cfr., su tale nozione, A. Cicu, Il concetto di "*status*", in Studi in onore di V. Simoncelli (Jovene, Napoli 1917) 7 ss.

¹⁰ In questo senso, in Italia, anche dopo la riforma intervenuta con l'entrata in vigore del d. lgs., 28.12.2013, n. 154 *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*, in G.U., 5, 08.01.2014, che ha realizzato la piena equiparazione tra figli legittimi e figli naturali, alcune disposizioni hanno mantenuto il riferimento alla presunzione di *status* con riguardo ai minori nati in costanza di coniugio. V., ad esempio, artt. 231 e 232 c.c.

¹¹ Al di là dell'evoluzione che la nozione costituzionale di matrimonio ha avuto nella legislazione e nella giurisprudenza di alcuni Stati europei, prendendo in considerazione le Costituzioni dei 28 Stati membri dell'Unione europea, fra le libertà costituzionalmente garantite, quella di sposarsi viene testualmente attribuita solo ad uomini e donne dalla: Costituzione spagnola del 1978, in cui si afferma che "l'uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio (...)" (art. 32, c. 1, Cost.); dalla Costituzione polacca del 1997, che qualifica il matrimonio "come unione dell'uomo e della donna" (art. 18); dalla Legge fondamentale dell'Ungheria del 2011 all'art. L, c. 1: "L'Ungheria tutela l'istituto del matrimonio quale unione volontaria di vita tra l'uomo e la donna, nonché la famiglia come base della sopravvivenza della Nazione"; dalla Costituzione bulgara del 1991, che all'art. 46 definisce il matrimonio come "l'unione tra un uomo e una donna".

¹² In questa prospettiva, quando una coppia omosessuale accede a questa pratica, si può avere la compresenza di tre paradigmi genitoriali, se un membro della coppia fornisce i gameti (genitore genetico), il *partner* vuole un figlio (genitore sociale) e la gravidanza avviene nell'utero di un soggetto terzo (genitore gestazionale). Su queste nozioni anche in prospettiva comparata v. A. Lorenzetti, Bilanciamento di interessi e garanzie per i minori nella filiazione de fecondazione eterologa e da maternità surrogata, in G. O. Cesaro, P. Lovati, 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*, (FrancoAngeli, Milano 2014) 80 ss.

pratiche procreative artificiali o surrogate per avere un figlio, che *in rerum natura* non potrebbero generare¹³.

La figura del genitore sociale realizza la libertà di accedere alla filiazione per le coppie *same sex*, solo a condizione che l'orientamento sessuale non limiti l'accesso dei soggetti a queste pratiche, in base alle caratteristiche della persona identificate a livello positivo.

1.3 Modello non procreativo.

Il modello non procreativo può essere affrontato con riguardo all'istituto dell'adozione che configura un legame di filiazione non fondato sul dato biologico, ma sull'interesse del minore di avere una famiglia¹⁴. Anche in questo caso l'orientamento sessuale limita la capacità giuridica di adottare in quegli ordinamenti che, da un lato inibiscono ai *single* la possibilità di divenire genitori, dall'altro riconoscono unicamente alle coppie sposate eterosessuali l'accesso. In tali casi, la normativa sull'adozione ricrea, nel regolamentare l'insorgere del rapporto tra adottante e adottato, le figure genitoriali esistenti *in rerum natura* e corrispondenti al già descritto modello procreativo.

In una diversa prospettiva, gli omosessuali, sia come singoli sia in coppia, possono adottare quando, come avviene in numerosi ordinamenti europei¹⁵, l'interesse dell'adottando coincide con una normativa neutra rispetto all'orientamento sessuale, che misura l'idoneità degli adottanti in funzione della loro concreta capacità di provvedere al mantenimento e all'educazione del minore¹⁶.

2 Lo status di genitore omosessuale nell'ordinamento italiano.

Nella Costituzione italiana, il legame tra *status* di genitore e orientamento sessuale emerge da un complesso di disposizioni, che, da un lato, qualificano in senso specifico la condizione in esame (artt. 29, 30, 31 Cost.), dall'altro rinviano alle fonti di livello internazionale ed europeo alle quali l'Italia ha aderito (artt. 11 e 117, co. 1, Cost.). All'interno della Carta lo studio sulla condizione genitoriale verrà, quindi, distinto in rapporto ai contenuti di garanzia previsti a livello nazionale ed europeo¹⁷.

¹³ In ambito comparato, le Corti di molti Stati americani e province canadesi hanno declinato la nozione di genitore sociale in funzione dell'interesse del minore a mantenere i propri legami familiari, riconoscendo al *partner* omosessuale del genitore biologico di procedere alla *stepparent adoption*; per un'analisi puntuale di questa giurisprudenza, v. F. Caggia, *Convivenze omosessuali e genitorialità: tendenze, conflitti e soluzioni nell'esperienza statunitense*, in E. Moscati-A. Zoppini (a cura di), *I contratti di convivenza* (Giappichelli, Torino 2011), 243-266.

¹⁴ In questo senso, la Corte costituzionale italiana, distinguendo tra lo *status* di genitore biologico e lo *status* di genitore adottivo, ha chiarito che l'adozione deve realizzare il primario interesse del minore, cfr. Corte cost., sent., 24 gennaio 1991, n. 27, (1991) *Giur. cost.* I, 175.

¹⁵ Per una panoramica sull'omogenitorialità negli Stati europei, v. Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, *'La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere in Europa'* (edizioni del Consiglio d'Europa, 2011).

¹⁶ In questa seconda prospettiva, la Corte Suprema del Messico ha stabilito, con sentenza del 16 agosto 2010, che sarebbe incostituzionale non consentire ad una coppia omosessuale di adottare.

¹⁷ Su tali nozioni in rapporto ai diversi livelli di tutela dei diritti della persona, Cfr. P. Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo* (Giuffrè, Milano 2003) 103.

2.1 Il livello nazionale

La Costituzione agli artt. 29, 30 e 31 definisce la condizione genitoriale sulla base di quattro principali criteri: esistenza della famiglia, quale formazione sociale in cui sorge il legame parentale (art. 29, c. 1, Cost.); diritto e dovere dei genitori di provvedere al mantenimento e alla formazione dei figli (art. 30, c. 1, Cost.); tutela dell'interesse del minore (art. 30, Cost.); promozione da parte dello Stato della filiazione attraverso specifiche misure (art. 31 Cost.).

I principi premessi possono essere, preliminarmente, messi in relazione con l'orientamento sessuale, muovendo dalla lettura dell'art. 29 Cost., in quanto la condizione di genitore identifica parte dei diritti riconosciuti alla famiglia, quale formazione sociale in cui si iscrive il legame filiale¹⁸. In questi termini, le situazioni giuridiche attive e passive, che identificano lo *status* in questione, dipendono dal modello di famiglia costituzionalmente prescritto¹⁹.

Con riguardo ai legami genitoriali, la Carta del 1948, nel fissare all'art. 30 i due modelli di famiglia legittima e naturale, identifica, in senso implicito, nella procreazione il primo presupposto all'origine dello *status* parentale²⁰. Infatti, il riferimento al matrimonio, quale condizione di legittimitazione della filiazione, evoca un istituto che, anche alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale, è riservato ad un uomo e ad una donna²¹. In questi termini,

¹⁸ Sul legame tra famiglia e filiazione cfr. C. Esposito, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, ora in *La Costituzione italiana. Saggi* (Cedam, Padova 1954) 135 ss.

¹⁹ Sulla nozione di famiglia delineata nel disegno costituzionale, si sono confrontati due principali orientamenti in dottrina, che hanno, alternativamente, sostenuto l'immutabilità del modello familiare, esaurendo i ruoli genitoriali in paternità e maternità oppure la necessità di definire la nozione in esame alla luce dei principi fondamentali posti dalla Costituzione a fondamento della condizione giuridica dell'uomo. Nel senso della seconda tesi, è possibile superare la definizione dei ruoli parentali fondata sulla diversità di genere, ritenendo che l'unico criterio ragionevole di determinazione della capacità genitoriale sia dato dall'interesse del minore. Sulla prima tesi, cfr., tra gli altri, D. Barbero, 'I diritti della famiglia nel matrimonio', (1955) *Iustitia*, 451 ss.; V. Del Giudice, 'Sulla riforma degli istituti familiari', (1950) *Jus*, 293 ss.; G. Lombardi, 'La famiglia nell'ordinamento italiano', (1965) *Iustitia*, 3 ss. Sulla seconda, v., per tutti, M. Bessone, Art. 29, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali (art. 29-34)*, (Zanichelli, Bologna-Roma 1976), 17 ss.; P. Barile, *L'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Atti del Convegno di studi*, (Jovene, Napoli 1975) 37 ss.; G. Brunelli, *Famiglia e Costituzione: un rapporto in continuo divenire*, in C. Mancina-M. Ricciardi (a cura di), *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà* (Donzelli, Roma 2012) 69-74.

²⁰ In senso conforme la dottrina ha osservato che l'art. 30 Cost. "connette le aspettative della prole quanto a mantenimento, istruzione ed educazione ad un puro e semplice principio di responsabilità dei genitori per il solo fatto della procreazione (...)", così M. BESSONE, Art. 29, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 30.

²¹ Cfr., Corte cost., sentt., 15 aprile 2010, n. 138, in (2010) 2 *Giur. Cost.*, 1064, in particolare punto 9 del *Considerato in diritto* e, 11 giugno 2014, n. 170, in <<http://www.giurcost.org/decisioni/>>, [accesso 12 agosto 2014](#). Le due decisioni, una di rigetto e l'altra di accoglimento, pur avendo ad oggetto questioni di legittimità attinenti a norme diverse, hanno segnato il formarsi di un orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale che ha identificato nella diversità di genere tra i *nubendi* uno dei requisiti ineludibili dell'istituto matrimoniale, rendendolo un contenuto costituzionalmente imposto. A commento della prima decisione v., tra gli altri, R. Romboli, 'Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"', in (2010) *Giur. cost.*, 1634; A. D'Aloia, *Le coppie omosessuali e lo "schema" costituzionale della famiglia e del matrimonio. Note sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 138 del 2010*, in S. Prisco (a cura di), *Amore che vieni, amore che vai ..., Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, (Jovene, Napoli 2012) 3 ss.; a commento della seconda, cfr. A. Ruggeri, 'Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)', in *Consulta online* <<http://www.giurcost.org/studi/>>, consultato il 20 agosto 2014.

l'eterosessualità rappresenta una qualità personale connessa alla condizione genitoriale²², che deriva dall'unione tra due soggetti di genere opposto. Di conseguenza, il principio personalista espresso all'art. 2 Cost.²³ può essere riferito non al singolo, ma solo a quelle formazioni sociali formate da un uomo e da una donna, dal momento che la condizione di genitore può essere realizzata solo attraverso un altro soggetto, definendosi in funzione della diversità di sesso in maternità e paternità. In senso ulteriore, il descritto statuto costituzionale di genitore, distinto in maternità e paternità²⁴, trova conferma in quel complesso di previsioni costituzionali che, nell'ambito dei rapporti familiari, promuovono la condizione femminile, garantendo ai coniugi la stessa capacità giuridica in ordine allo *status* genitoriale.

Il principio procreativo può essere, alternativamente, identificato o distinto dall'ulteriore qualità della persona che la Costituzione riconduce alla condizione in esame e cioè la capacità del genitore di provvedere sia in senso materiale sia in senso spirituale alla prole (art. 30, c. 1, Cost.)²⁵.

Nella prima ipotesi (coincidenza tra procreazione e interesse del minore), il riservare il ruolo di genitori solo a coppie formate da un uomo e una donna, pur rappresentando una distinzione fondata sul sesso e quindi vietata dall'art. 3 Cost., è ragionevole nella misura in cui l'interesse psico-fisico del minore può essere realizzato solo da questo tipo di coppia²⁶. In definitiva, la nozione costituzionale di genitore incentrata sul fatto della procreazione sembra definire non solo un prevalente modello biparentale caratterizzato dalla diversità di genere tra i soggetti coinvolti²⁷, ma

²² Come osservato dalla dottrina, infatti, la Costituzione repubblicana, già nei suoi principi fondamentali, fa della differenza di genere uno degli elementi centrali ai fini della definizione della condizione giuridica dell'uomo. In questo senso, il riferimento al genere ha anche delle ricadute sulla definizione del modello costituzionale di famiglia. In questa prospettiva, l'imporsi di una nozione bigenitoriale fondata sulla procreazione conferma "(...) l'irriducibile differenza tra i sessi nella riproduzione introducendo una regola unidirezionale, applicabile al solo femminile". Così B. Pezzini, *Costruzione del genere e Costituzione*, in Idem (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole* (Sestante Edizioni, Bergamo 2012) 31 ss.; Idem, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto* (Jovene, Napoli 2008) 102.

²³ *Sull'omogenitorialità, come condizione esistenziale meritevole di tutela ai sensi dell'art. 2 Cost., v. A. Lorenzetti, La tutela della genitorialità omosessuale fra dignità e uguaglianza*, in A. Schuster (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, cit., 81 ss. M. Bonini Baraldi, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, (2009) 4 Quad. cost., 885.

²⁴ In questo senso la dottrina ha evidenziato come la distinzione delle figure genitoriali in maternità e paternità dipenda da un "un dualismo eteronormativo", rispetto al quale il legislatore italiano ha mostrato un certo conservatorismo, v., A. Schuster, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in A. Schuster (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, cit., 35. Sui riflessi che questo modello ha sui contenuti della fonte costituzionale e sulla sua interpretazione cfr., tra gli altri, G. Brunelli, *Famiglia e Costituzione: un rapporto in continuo divenire*, in C. Mancina – M. Ricciardi (a cura di), *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà* (Donzelli, Roma 2012) 69 ss.

²⁵ Sul punto v., per tutti, M. BESSONE, *Art. 30-31*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali* (art. 29-34), 86.

²⁶ Alcuni autori hanno individuato un nesso ineludibile tra eterosessualità, diversità di sesso della coppia e filiazione; tra questi v. A. Singara, *'Matrimonio omosessuale validamente celebrato all'estero ed ordine pubblico italiano'*, (2006) 2 Giur. merito, 624.; M. Casini e M. L. Di Pietro, *'Il matrimonio tra omosessuali non è un vero matrimonio'*, (2006) 2 Giur. merito, 616.; F. D'angeli, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?* (Cedam, Padova 2003) 12 ss.

²⁷ Sulle ricadute che la nozione eterosessuale di matrimonio ha sulla condizione genitoriale v. M. R. Marella-G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia* (Laterza, Roma-Bari, 2014) 96 ss.

anche qualificare l'interesse del minore²⁸ e quindi la capacità genitoriale²⁹. In questi termini, guardando all'art. 30, c. 1, Cost., la prima condizione di capacità giuridica dei diritti e dei doveri genitoriali (e quindi il presupposto di accesso allo *status* in questione) sarebbe identificata dall'appartenenza del soggetto ad una formazione sociale costituita da due individui di genere opposto e non sterili³⁰.

Sulla base della seconda ipotesi (non coincidenza tra procreazione e interesse del minore), diversamente, la Costituzione, non esaurendo la nozione di genitorialità al legame di sangue, ma prospettandone ulteriori declinazioni in rapporto all'interesse del minore³¹ e alla promozione dello *status* di genitore³², non escluderebbe anche altri modelli di filiazione, a condizione che questi non ledano lo sviluppo psico-fisico del bambino.

Le due ipotesi ricostruttive proposte possono essere esaminate nella normativa di dettaglio, ambito nel quale si prenderanno in esame tre principali modelli parentali (procreativo, non procreativo, procreativo artificiale).

Nel modello procreativo legittimo, il rapporto tra orientamento sessuale e condizione di genitore è stato oggetto di valutazione, quando l'emersione dell'omosessualità di uno dei coniugi ha determinato la fine del rapporto e la necessità, in sede di separazione o di divorzio, di definire il regime di affidamento della prole. In particolare, la giurisprudenza di merito³³ e quella di

²⁸ Sulla nozione di interesse del minore, v. per tutti, M. Dogliotti, 'Che cos'è l'interesse del minore?', (1992) *Dir. fam. pers.*, 1086.

²⁹ Sul rapporto di identità tra interesse del minore e presenza di due figure genitoriali v., per tutti, P. Zatti, 'Interesse del minore e doppia figura genitoriale', (1997) *NGCC*, 84.

³⁰ Il principio in parola, come osservato dalla dottrina, "viene indicato nelle convenzioni internazionali e nella riforma sull'affidamento non più come qualcosa semplicemente corrispondente all'interesse del minore, ma come un vero e proprio diritto del minore in sintonia con quanto già da tempo aveva anche previsto la normativa in materia di adozione (...)", così G. Dosi, 'Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e di divorzio', (2006) *6 Dir. e Giur.*, 100.

³¹ La capacità giuridica di essere genitore è subordinata dall'art. 30, c. 2, all'idoneità dei soggetti di provvedere in senso materiale e spirituale alla prole. Nel caso di incapacità dei genitori in ordine all'adempimento di tali doveri, infatti, si impone un intervento del legislatore, che realizza l'interesse pubblico di garanzia dei diritti del minore. In questa prospettiva, la l., 04.05.1983, n. 184, *Diritto del minore ad una famiglia*, in attuazione degli artt. 30, co. 2, e 31 Cost. ha introdotto gli istituti dell'affidamento e dell'adozione del minore. Tale legge è stata modificata nel 2001 dall'entrata in vigore della l., 28.03.2001, n. 149, "Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile".

³² Gli interventi tesi a favorire la formazione della famiglia e la condizione genitoriale, enunciate all'art. 31 Cost., possono costituire ulteriori legami parentali, con riguardo alle coppie, se affette da problemi legati alla procreazione. V., in questo senso, M. BESSONE, *Art. 30-31*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali (art. 29-34)*, cit., 135 ss. In questo senso, v. Corte cost., sent., 10.06.2014, n. 162, punto 6 del *Considerato in diritto*, in <<http://www.giurcost.org/decisioni/>>, consultato il 18 agosto 2014.

³³ Cfr. in tema di affidamento esclusivo al genitore omosessuale, Trib. di Ravenna, ord., 13 aprile 2006; in tema di affidamento condiviso e omosessualità del genitore, Trib. Napoli, sent., 28 giugno 2006, in (2007) *Giur. Merito*, 178, poi confermata da Corte d'Appello Napoli, sent., 11 aprile 2007, in (2008) *3 Fam. pers. succ.*, 2008, 234; *semel*, v., *ex multis*, Trib. di Bologna, decr., 15 luglio 2008, in (2009) *2 Dir. fam. pers.*, 689; Trib. di Genova, Ord., 30 ottobre 2013, in <http://www.articolo29.it/genitori-2/affidamento-e-diritto-di-visitamerito/>, consultato il 22 agosto 2014; Trib. di Nicosia, ord., 14 dicembre 2010, in <http://www.minoriefamiglia.it/>, consultato il 22 agosto 2014. A commento v., tra gli altri, D. Bianchini, 'Omosessualità ed affidamento condiviso: nulla quaestio se non vi è contrasto con l'interesse del minore', (2009) *2 Dir. Famiglia*, 690; G. Oberto, 'Problemi di coppia, omosessualità e filiazione', (2010) *2 Dir. Famiglia*, 802. G. Fava, 'La (presunta) omosessualità del genitore non è di ostacolo all'affido esclusivo del figlio', (2007) *6 Giur. Merito*, 1581. Contra, a sostegno della diversità di genere tra i genitori quale requisito essenziale ai fini del corretto

legittimità³⁴ hanno concorso a stabilire il principio in base al quale l'orientamento sessuale, astratto da specifiche e provate circostanze di fatto³⁵, è del tutto neutro e irrilevante rispetto alla valutazione dell'idoneità genitoriale³⁶. Infatti:

“L'omosessualità del genitore si pone (...) in termini non diversi dalle opzioni politiche, culturali e religiose, che pure sono di per sé irrilevanti ai fini dell'affidamento”³⁷.

L'omosessualità, come ribadito dalla Cassazione nel 2013, deve essere, al pari di qualsiasi altra qualità della persona, valutata solo con riferimento all'interesse della prole³⁸.

Con riguardo all'adozione, l'interesse del minore è stato definito da quelle normative che, introducendo questo istituto, quale modello non procreativo di genitorialità, hanno riservato l'adozione ordinaria solo a coppie sposate³⁹. In questo senso, il modello costituzionale procreativo legittimo ha qualificato il contenuto di tutela corrispondente al diritto del bambino di avere una famiglia, divenendo il criterio di determinazione della capacità giuridica dei soggetti di adottare. Gli adottanti devono, infatti, rispecchiare una doppia genitorialità differenziata in maternità e paternità e essere uniti in matrimonio⁴⁰.

Tali criteri hanno un effetto negativo nei confronti delle coppie omosessuali, in quanto le stesse da un lato esprimono una bigenitorialità non differenziata in ragione del genere, dall'altro il matrimonio è nell'ordinamento italiano riservato solo ad uomini e donne⁴¹.

L'incapacità delle coppie dello stesso sesso di adottare minorenni è stata, peraltro, confermata da quelle pronunce della Corte costituzionale che, tra il 2010 e il 2014, definendo la nozione costituzionale di matrimonio come l'unione tra un uomo e una donna, hanno determinato, stabilendo l'esclusione delle coppie *same sex* dallo *status* coniugale, anche l'impossibilità per queste

sviluppo del rapporto filiale, v. G. Manera, 'Se un'elevata conflittualità tra i genitori (uno dei quali tacciato di omosessualità) esclude l'applicazione in concreto dell'affidamento condiviso', (2007) 4 Dir. famiglia, 1692.

³⁴ Cfr., Corte Cass.: sent., 17 ottobre 1995, n. 10833, in (1996) 1 Fam. dir., 25 ss. - sent., 18 giugno 2008, n. 16593, in (2008) Fam. dir., 1106 ss. - sent., 11.01.2013, n. 601, in (2013) Il NGC, II, 601 ss., con nota di M. Winkler, 'La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso'; A. Figone, 'Inserimento del minore in famiglia omosessuale. Nota a sentenza della Cassazione 11 gennaio 2013 n. 601', in (2013) 1 Rivista AIAF, 84.

³⁵ In questa prospettiva, il Tribunale di Napoli nel 2006 ha sostenuto che: "(...) La relazione omosessuale del genitore potrà in concreto, vale a dire in casi specifici, fondare un giudizio negativo sull'affidamento o sull'idoneità genitoriale, solo allorché (ma si tratta di ipotesi residuali, e non a caso la giurisprudenza rinvenuta non è recente) sia posta in essere con modalità pericolose per l'equilibrato sviluppo psico-fisico del minore. Tanto può affermarsi anche per una relazione eterosessuale"; v. Trib. Napoli, sent. cit., punto 3 e) dei *Motivi della decisione*.

³⁶ In senso conforme, v. A. FIGONE, *Nota a sentenza Cass. n. 10833 del 1995*, in (1996) 1 Fam. dir., 25 ss.

³⁷ V. ult. dec. cit., punto 3 e) dei *Motivi della decisione*.

³⁸ In questi termini, anche una relazione eterosessuale è stata valutata negativamente in giurisprudenza ai fini dell'affidamento; v. Trib. Velletri, 25 settembre 1977, in (1978) *Dir. fam.*, 886; Cass., 12 febbraio 1971, n. 364, in (1973) *Rep. Foro it.*, 150; Cass., 22 dicembre 1976, n. 4706, in (1977) *Dir. fam.*, 113.

³⁹ V. art. 6, c. 1, l. n. 149/2001.

⁴⁰ In questa prospettiva, la famiglia adottiva deve corrispondere ad un modello di *imitatio naturae* al quale corrisponde una coppia sposata formata da un uomo e una donna. Cfr. Corte cost., sent., 16 maggio 1994, n. 183, in (1994) *Il Giur. cost.*, 1642 ss.

⁴¹ In senso ulteriore, v. F. Bilotta, 'Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare', in (2011) 3 Dir. fam., 1376.

formazioni sociali di essere titolari di tutte quelle situazioni giuridiche condizionate al possesso della condizione matrimoniale.

Diverse considerazioni possono essere svolte con riguardo all'adozione in casi particolari. Infatti, l'art. 44 della l. n. 184/1983, derogando alle condizioni di adottabilità del minore previste in via ordinaria, individua requisiti di capacità giuridica alternativi rispetto allo *status* coniugale e, in parte, del tutto neutri rispetto all'orientamento sessuale dell'adottante⁴². In questi termini, le persone omosessuali possono adottare in casi particolari dei minori, non rilevando a nessun titolo l'appartenenza ad un gruppo sociale istituzionalizzato, ma solo in concreto l'idoneità del soggetto di realizzare l'interesse dell'adottando.

In questo senso, il Tribunale per i minorenni di Roma ha riconosciuto l'adozione ad una donna nei confronti del figlio naturale della compagna, sul presupposto dell'impossibilità dell'affidamento preadottivo, stante la condizione di non abbandono del minore giuridicamente figlio della madre biologica⁴³. In particolare, il giudice, osservando come nel nostro ordinamento il divieto di adozione per il *single* sia da riferire solo all'istituto dell'adozione legittimante, ha chiarito che

“nessuna limitazione è prevista espressamente, o può derivarsi in via interpretativa, con riferimento all'orientamento sessuale dell'adottante o del genitore dell'adottando, qualora tra di essi vi sia un rapporto di convivenza”.

In particolare, “non può presumersi che l'interesse del minore non possa realizzarsi nell'ambito di un nucleo familiare costituito da una coppia di soggetti del medesimo sesso”⁴⁴. In questa prospettiva, il rapporto genitoriale formatosi tra il minore e la madre sociale, accertato dal Tribunale, necessita di tutela anche sul piano giuridico, attraverso il riconoscimento dello *status* di genitore adottivo.

La legge in materia di procreazione medicalmente assistita appare incentrata sul modello procreativo, nella misura in cui riserva l'accesso a queste pratiche solo a coppie formate da soggetti di sesso diverso⁴⁵ e pone un esplicito divieto sia di procreare artificialmente per le coppie *same sex*⁴⁶ sia di realizzare la surrogazione di maternità⁴⁷. La normativa descritta, declinando l'insorgere del rapporto genitoriale in maternità e paternità in funzione dell'esistenza di una coppia formata da

⁴² Cfr. art. 44, ll. a) e c), l. n. 184/1983.

⁴³ V. Trib. minori Roma, sent., 30 luglio 2014, n. 299, in <<http://www.giurcost.org/decisioni/>>, consultato il 24 agosto 2014. Nella stessa prospettiva di tutela del minore, ma con effetti legittimanti, è stata riconosciuta l'adozione di una *single* avvenuta negli Stati Uniti; cfr. Trib. Bologna, dec., 21 marzo 2013, n. 1948, in <<http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/09/Decreto-trib-min-bo.pdf>>, consultato il 20 settembre 2014.

⁴⁴ V. Trib. minori Roma, sent. n. 299/2014, cit., *Motivi della decisione*.

⁴⁵ V., art. 5, l., 19.02.2004, n. 40, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, in *G.U.*, 24.02.2004, n. 45.

⁴⁶ Cfr., l. n. 40/2004, artt. 12, c. 2.

⁴⁷ Cfr., l. n. 40/2004, art. 12, c. 6.

soggetti di genere diverso⁴⁸, determina l'incapacità per le persone omosessuali, singole o in coppia, di procreare artificialmente⁴⁹.

Rispetto a questa rigidità, la giurisprudenza di merito ne ha in parte attenuato gli effetti, riconoscendo *status filiationis* formati all'estero per surrogazione di maternità⁵⁰. Anche se i casi in questione non hanno riguardato coppie omosessuali, costituiscono comunque importanti precedenti nella misura in cui hanno affermato l'esistenza sul piano giuridico della nuova figura del genitore sociale, riconducendo il legame parentale alla qualità del rapporto formatosi tra l'adulto e il minore. Questa interpretazione permetterebbe, quindi, anche a singoli o coppie dello stesso sesso di ottenere in Italia il riconoscimento del proprio *status* di genitori di fatto, in virtù dell'interesse del bambino di vedere riconosciuto questo legame.

2.2 Il livello sovranazionale

A livello europeo il rapporto tra orientamento sessuale e condizione di genitore si è determinato in rapporto a due principali fattori: evoluzione della giurisprudenza delle corti europee nell'interpretare i contenuti di garanzia riconducibili allo *status* in esame; circolazione dei modelli familiari quale conseguenza dell'avanzamento del processo di integrazione europeo, oggi riconducibile ad un vero e proprio *status* di cittadinanza⁵¹.

La Corte di Strasburgo si è occupata in alcune principali decisioni del rapporto tra omofilia e condizione genitoriale, con riguardo agli istituti dell'affidamento della prole e dell'adozione.

Nel caso *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portogallo*⁵², la Corte ha valutato sussistente la lesione dei diritti del ricorrente di non discriminazione e alla vita familiare, sostenendo che il giudice lusitano avesse incentrato tutta la decisione di affidamento della prole sull'omofilia del genitore, senza però motivare in modo adeguato sull'incidenza negativa che l'omosessualità avrebbe avuto sull'interesse del minore.

In materia di adozione, si è registrata un'evoluzione nella giurisprudenza di Strasburgo, che, da un'iniziale posizione che rimetteva al margine di apprezzamento degli Stati la scelta di valutare la compatibilità tra omosessualità e interesse del minore⁵³, ha poi stabilito il principio secondo il

⁴⁸ Peraltro, l'impianto di questa legge è stato in parte smantellato da una serie di pronunce della Corte costituzionale. Tra queste, V. Corte cost., sent. n. 162/2014, cit.

⁴⁹ A questo proposito, la dottrina ha osservato che questa scelta del legislatore corrisponderebbe alla volontà di condizionare lo *status* genitoriale alla necessaria unione tra due soggetti di genere diverso, v. E. Dolcini, 'Il divieto di fecondazione assistita "eterologa" ... in attesa di giudizio', in (2011) Diritto penale e processo, 353 ss.

⁵⁰ In questo senso, Cfr., Corte d'Appello di Bari, 23 febbraio 2009, in (2009) 5 Famiglia e minori, 50. *Semel*, v. Trib. min. Milano, decr., 6 settembre 2012, in (2013) I NGCC, 715, ove si riconosce, non autorizzando lo stato di adottabilità di un minore nato a seguito di maternità surrogata in India, lo *status* genitoriale della madre sociale, fondandolo sulla capacità genitoriale che la madre ha dimostrato nei confronti del minore, pur non avendolo generato. A commento v. F. Turlon, Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità "sociale", interesse del minore e *favor veritatis*, (2013) I NGCC, 719. In senso contrario a questo orientamento, v. Trib. di Forlì, 25 ottobre 2011, in banca dati DeJure, consultata il 22 agosto 2014.

⁵¹ Cfr. Trattato sull'Unione Europea, art. 9, c. 2, e a commento F. X. Priollaud, D. Sirtzky, Le traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE) (La Documentation Française, Paris 2008) 52 ss.

⁵² Cfr. *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portogallo* (ric. n. 33290/96) C.edu 21 marzo 2000,.

⁵³ V. *Fretté c. France* (ric. n. 36515/97) C.edu 26 maggio 2002.

quale le legislazioni nazionali, al fine di non violare il diritto alla vita familiare, letto anche in combinato disposto con il divieto di discriminazione sulla base del sesso, devono motivare l'esclusione delle coppie *same sex* da questo istituto⁵⁴.

Gli ordinamenti particolari devono, inoltre, con riguardo alla circolazione degli *status* familiari, favorire la garanzia del superiore interesse del minore, riconoscendo i suoi legami familiari, anche quando questi si siano formati sulla base di istituti non previsti nello Stato di ingresso⁵⁵.

La giurisprudenza richiamata, peraltro, si iscrive nella tutela della famiglia omosessuale stabilita dalla Corte con la nota sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*⁵⁶, in quanto tra i contenuti di garanzia del diritto alla vita familiare rientrano anche i legami genitoriali, la cui protezione, sganciata dalla circostanza che i soggetti componenti la coppia siano o meno coniugati, configura un obbligo di tutela anche negli ordinamenti nazionali, a prescindere che questi abbiano o meno previsto analoghi modelli giuridici di genitorialità⁵⁷.

La tutela dei legami omoparentali emerge nello spazio U.E. con particolare riguardo al diritto di circolazione dei cittadini e dei loro familiari⁵⁸. In questi termini, lo *status* di cittadinanza dell'Unione, rappresenta la condizione di capacità giuridica, in ogni Stato membro ospitante e anche in assenza di specifici istituti, per il riconoscimento dei rapporti genitoriali sorti in un altro ordinamento. In difetto, infatti, come più volte sostenuto dalle istituzioni europee, si verrebbe a determinare una doppia discriminazione fondata sulla nazionalità e sull'orientamento sessuale⁵⁹.

⁵⁴ V. E.B. c. Francia (ric. n. 43546/02) C.edu G.C. 22 novembre 2008, in particolare § 97 e X e Altri c. Austria C.edu (ric. n. 19010/07) C.edu 19 dicembre 2013, in particolare § 131. V., in senso contrario, Gas et Dubois c. Fran (ric. n. 25951/07) C.edu 15 giugno 2012. Cfr. E. Falletti, 'La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale', in (2008) Fam. dir., 221; F. Donati, 'Omosessualità e procedimento di adozione in una recente sentenza della Corte di Strasburgo', (2008) 3 Dir. fam. e persone, 1090.

⁵⁵ V. Wagner J.M.W.L. c. Lussemburgo (ric. n. 76240/01) C.edu 28 giugno 2007 e, in una diversa prospettiva, Negreponis-Giannis c. Grecia (ric. n. 56759/08) C.edu 3 maggio 2011; sulla protezione del genitore sociale in caso di surrogazione di maternità, v. Labasse c. Francia e Mennesson c. Francia (ric. nn. 65941-65192/11) C.edu 26 giugno 2014.

⁵⁶ *Schalk e Kopf c. Austria* (ric. n. 30141/04) C.edu 24 giugno 2010. In particolare, il nuovo orientamento della Corte richiama gli indirizzi di tutela delle coppie omosessuali già affermati dalla Corte di Giustizia. Per ricostruire queste decisioni, mi sia permesso rinviare a D. Ferrari, *Lo status giuridico delle coppie same sex in Europa*, in D. Ferrari (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello* (Primiceri Editore, Pavia 2014), 91-132.

⁵⁷ Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, 'Raccomandazione CM/Rec (2010)5 del Comitato dei ministri agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere', 31 marzo 2010.

⁵⁸ V. Parlamento Europeo e Consiglio Direttiva (CE) 2004/38 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri [2004] GUE L 158/2004 art. 2 n. 2. Sul punto cfr. G. Rossillo, 'Rapporti di famiglia e diritto dell'Unione europea: profili problematici del rapporto tra dimensione nazionale e dimensione transnazionale della famiglia', in (2010) 7 Fam. dir., 733.; P. Morozzo della Rocca, 'Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio' (2010) 8-9 Fam. dir., 849.

⁵⁹ Sulla circolazione degli *status* giuridici personali, v. Commissione (CE), 'Less bureaucracy for citizens: promoting free movement of public documents and recognition of the effects of civil status records' (Green Paper) COM (2010) 747 final, 14 dicembre 2010 e Parlamento Europeo (PE), Commissione per le petizioni, 'Petizione 724/2005 presentata da James Walsh, cittadino britannico, sui diritti di lesbiche, omosessuali, bisessuali e transessuali nell'Unione europea', 3 luglio 2006. In dottrina, cfr. P. Morozzo della Rocca, *Diritti del minore e circolazione all'estero del suo status familiare: nuove frontiere*, in G. O. Cesaro, P. Lovati, G. Mastrangelo (a cura di), *La famiglia si trasforma*, cit., 44 ss.

3 Conclusioni

In conclusione, l'interesse del minore quale requisito essenziale di capacità dello *status* di genitore permette di superare il monopolio normativo del modello procreativo, dal momento che non è scontato che chi genera sia anche un buon genitore e, in senso contrario, chi non genera non possa esserlo. La condizione in esame è sempre condizionata al benessere del bambino, la cui sola garanzia può configurare ragionevoli differenziazioni motivate dall'orientamento sessuale. Al di fuori di questi casi, a livello nazionale, si realizza una violazione del principio di eguaglianza, nella parte in cui vieta distinzioni normative fondate sul sesso⁶⁰ (art. 3, c. 1, Cost.).

In questi termini, anche se la legislazione italiana sull'adozione e sulla procreazione artificiale riconduce in via principale questo interesse alla compresenza di due figure genitoriali di diverso genere, la giurisprudenza nazionale ed europea non ha ritenuto, né ai fini dell'affidamento né ai fini dell'adozione, di poter affermare un'aprioristica incompatibilità tra omofilia e interessi del bambino, valutando, al pari di altre qualità personali, se l'orientamento sessuale nel caso concreto fosse causa di un nocimento alla crescita del minore. Tale principio, applicato alla circolazione delle famiglie omoparentali, ha determinato il riconoscimento in Italia di nuove figure genitoriali, espressione, in taluni casi, di istituti non solo non previsti, ma addirittura vietati, dalla normativa nazionale.

⁶⁰ Sull'interpretazione della qualità personale del sesso come comprensiva anche dell'orientamento sessuale v. O. Pollicino, *Discriminazioni sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario* (Giuffrè, Milano 2005) 236.