

## LE UNIONI OMOSESSUALI: QUALI DIRITTI PER LE PERSONE *SAME SEX* ?

Francesca Salzano\*

**SOMMARIO:** 1. - Lo scenario europeo; 2. - Italia e Spagna: due modelli a confronto; 3. - Il ruolo “vicario” della giurisprudenza in tema di omogenitorialità; 4. - L’interesse prevalente del minore come criterio guida della materia; 5. - Brevi rilievi conclusivi.

### **1.- Lo scenario europeo**

La tematica dei rapporti familiari tra persone del medesimo sesso è, ancora oggi, oggetto di grande clamore sociale e giuridico.

Le soluzioni legislative e giurisprudenziali sulle forme di riconoscimento e di tutela delle coppie omosessuali, adottate dai singoli ordinamenti, risultano essere molteplici ed eterogenee, insuscettibili di una *reductio ad unitatem*. Si pensi a quegli Stati che disciplinano il matrimonio tra persone *same sex*, come la Spagna, ed a quelli che ammettono per costoro istituti giuridici differenti dal matrimonio, come accade in Italia.

In ambito europeo l’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa ed il Parlamento stesso sono intervenuti, da tempo ed in diverse occasioni, sull’argomento.

Degna di nota è la *Raccomandazione* dell’Assemblea, 1 ottobre 1981, n. 924<sup>1</sup>, “*relativa alla discriminazione nei confronti degli omosessuali*”.

L’Assemblea “ricordando il suo fermo impegno in favore della protezione dei diritti dell’uomo e dell’abolizione di ogni forma di discriminazione; osservando che gli omosessuali continuano a subire talvolta forme di oppressione; considerando che in alcuni Stati membri le pratiche omosessuali costituiscono ancora una infrazione penale, spesso passibili di pene severe; stimando che tutti gli individui uomini o donne che hanno raggiunto l’età legale del consenso, prevista dalla legge dove essi vivono, e che sono capaci di un consenso personale valido, debbono godere del diritto all’autodeterminazione sessuale”, raccomanda al Comitato dei Ministri:

- a) d’esortare gli Stati membri presso i quali gli atti omosessuali fra adulti consenzienti sono passibili di conseguenze penali, ad abolire queste leggi e pratiche;
- b) di invitare i Governi degli Stati membri a disporre la distruzione delle schedature speciali esistenti sugli omosessuali e l’abolizione dell’uso di far schedare gli omosessuali dalla polizia o da altra autorità.

Alla *Raccomandazione* di cui sopra, sono seguiti una serie di atti normativi a firma dal Parlamento europeo. Significativa è la *Risoluzione*, 8 febbraio 1994<sup>2</sup>, “*sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità*”, nella quale viene ribadita “la convinzione che tutti i cittadini debbano ricevere lo stesso trattamento e ritiene che la Comunità europea abbia il dovere, in tutte le norme giuridiche già

---

\*Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche, presso l’Università degli Studi di Salerno.

<sup>1</sup> In *Camera dei Deputati*, Doc. XII, n. 80.

<sup>2</sup> In *Gazz. Uff.*, 28 febbraio 1994, n. 61.

adottate e che verranno adottate in futuro, di dare realizzazione al principio della parità di trattamento delle persone indipendentemente dalle loro tendenze sessuali. Invita gli Stati membri ad abolire tutte le disposizioni di legge che criminalizzano e discriminano i rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso. Ancora, afferma che la Raccomandazione dovrebbe come minimo cercare di porre fine agli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie dello stesso sesso ovvero ad un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni. Da ultimo, porre fine a qualsiasi limitazione del diritto degli omosessuali di essere genitori o avere in affidamento dei bambini”.

Da segnalare, altresì, è la *Risoluzione*, 16 marzo del 2000, doc. A5-0050,<sup>3</sup> “*sul rispetto dei diritti umani nell’Unione Europea*”, e la *Risoluzione*, 24 maggio del 2012<sup>4</sup>, doc. 0243 “*sulla lotta contro l’omofobia in Europa*”.

Con riferimento alla prima, il Parlamento europeo ricorda che “i diritti umani rappresentano un insieme di diritti universali interdipendenti e propri di ogni persona. Chiede agli Stati membri di garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali. Sollecita gli Stati membri che non abbiano provveduto ad adeguare le proprie legislazioni per introdurre la convivenza registrata tra persone dello stesso sesso, riconoscendo loro gli stessi diritti e doveri previsti dalla convivenza registrata tra uomini e donne”.

Per quanto concerne poi la seconda, il Parlamento europeo “condanna, con forza, tutte le discriminazioni basate sull’orientamento sessuale e sull’identità di genere e deplora vivamente che tuttora, all’interno dell’Unione Europea, i diritti fondamentali delle persone *LGBT* non siano sempre rispettati appieno. Invita, pertanto, gli Stati membri a garantire la protezione di *lesbiche, gay, bisessuali e transgender* dai discorsi omofobi di incitamento all’odio e alla violenza e ad assicurare che le coppie omosessuali godano del medesimo rispetto, dignità e protezione riconosciuti al resto della società”.

Orbene, le Risoluzioni menzionate introducono, con tutta evidenza, il principio di non discriminazione fondato sull’orientamento sessuale ma non prendono posizione alcuna sul tema dell’illegittimità dell’estensione alle coppie omosessuali dell’istituto del matrimonio.

Il principio *de quo* viene ribadito anche dalla *Raccomandazione*, 26 settembre del 2000, n. 1474<sup>5</sup>, in cui si chiede ai Paesi europei di introdurlo nelle rispettive legislazioni nazionali, nonché dalla *Direttiva* 2000/78/CE, 27 settembre del 2000<sup>6</sup>, in materia di “*parità di trattamento tra persone sul luogo di lavoro nell’Unione Europea indipendentemente dalla loro religione o convinzione personale, disabilità, età o orientamento sessuale*”, attuata, in Italia, con il *Decreto Legislativo*, 9 luglio del 2003, n. 216<sup>7</sup>.

Sul tema si è espressa anche la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. Si rammenta la nota sentenza sul caso *Schalk e Kopf c. Austria*, del 22 novembre

---

<sup>3</sup> R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali*, Torino, 2012, 182 ss.

<sup>4</sup> R. TORINO, *op. cit.*, 183 ss.

<sup>5</sup> In *Camera dei Deputati*, n. 764.

<sup>6</sup> In *Gazz. Uff.*, 2 dicembre del 2000, n. 303.

<sup>7</sup> In *Gazz. Uff.*, 13 agosto del 2003, n. 187.

2010, n. 30141/04<sup>8</sup>, che affronta espressamente il problema del riconoscimento giuridico della relazione tra persone dello stesso sesso.

In estrema sintesi, i fatti del caso riguardavano una coppia omosessuale che si vede negata la possibilità di accedere all'istituto del matrimonio e presenta ricorso alla Corte Europea contro la Repubblica d'Austria, lamentando la violazione del principio di non discriminazione, del diritto di sposarsi e del diritto al rispetto della vita privata e familiare, ai sensi degli articoli 8<sup>9</sup>, 12<sup>10</sup> e 14<sup>11</sup> della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La Corte ha stabilito che il diritto al rispetto della vita privata e familiare ed il divieto di discriminazione si estendono anche alle coppie del medesimo sesso ma dal combinato disposto dell'art. 12 della Convenzione con l'artt. 9<sup>12</sup> e 21<sup>13</sup> della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, emerge chiaramente che la possibilità di concedere il diritto al matrimonio è ancorata al libero apprezzamento degli Stati membri.

La Corte esclude quindi che sussista violazione nel caso in cui uno Stato non preveda il matrimonio per le coppie omosessuali, argomentando testualmente che «...poiché trattasi di un istituto giuridico profondamente connesso alle radici culturali e storiche di una determinata società e rispetto al quale non è ravvisabile un'univoca tendenza negli ordinamenti interni degli Stati membri, rientra nella discrezionalità propria di uno Stato la scelta in merito all'introduzione di una normativa in tal senso. Pertanto è compito del legislatore interno, nel caso di specie austriaco, introdurre una disposizione che preveda il matrimonio tra persone dello stesso sesso».

## 2. - Italia e Spagna: due modelli a confronto

Benché nello scenario sovranazionale, esista una copiosa produzione normativa e giurisprudenziale in materia di tutela delle unioni omosessuali, non è possibile rintracciare, come già sottolineato, una standardizzazione di principi e regole.

La possibilità di estendere l'istituto del matrimonio a persone dello stesso sesso deve, necessariamente, fare i conti con i principi fondamentali dei diversi

---

<sup>8</sup> In *www.articolo29.it*.

<sup>9</sup> Art. 8 CEDU: «Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca un misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

<sup>10</sup> Art. 12 CEDU: «Uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

<sup>11</sup> Art. 14 CEDU: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, sulla razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione».

<sup>12</sup> Art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: «Il diritto di sposarsi e costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

<sup>13</sup> Art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: «É vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, sulla razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età e l'orientamento sessuale».

ordinamenti giuridici. In particolare è alla Carta Costituzionale che occorre guardare, stante il suo ruolo di norma gerarchicamente superiore. In tale contesto, assume particolare rilevanza la questione dell'operatività diretta ed immediata delle norme costituzionali nei rapporti tra privati, espressione, appunto, di un diritto civile "costituzionalmente orientato", così come insegna autorevole dottrina.<sup>14</sup> L'incidenza di queste ultime, specialmente nel diritto di famiglia, è quanto mai tangibile nel sistema italiano (si allude in particolare al combinato disposto degli articoli 2 e 29 per i quali la famiglia si qualifica come società naturale fondata sul matrimonio) così come in quello spagnolo (il riferimento è agli articoli 32 e 39) ed ha condotto a situazioni diametralmente opposte sull'ammissibilità del matrimonio tra persone *same sex*.

La prima a pronunciarsi è stata la Corte Costituzionale, con la sentenza del 15 aprile 2010, n. 138<sup>15</sup>, dichiarando che l'ordinamento giuridico italiano riconosce il matrimonio tra persone di sesso differente e che tale diversità costituisce uno dei requisiti essenziali per la costituzione del vincolo, così come previsto anche dal codice civile e dalla legislazione speciale. L'unione omosessuale può, anzi deve essere ricondotta alla nozione di formazione sociale di cui all'art. 2 Cost. in quanto forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico che l'ordinamento italiano abbraccia. Viepiù, alle persone dello stesso viene riconosciuto il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendo nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il relativo riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte Costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni. La Corte prosegue il suo ragionamento affermando che «i concetti di matrimonio e di famiglia non si possono ritenere cristallizzati all'epoca in cui la Costituzione è entrata in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e vanno interpretati tenendo conto dell'evoluzione della società e dei costumi, ma allo stesso tempo, non è possibile modificare il nucleo della norma al fine di includere in essa situazioni non considerate al tempo in cui è stata emanata. Dunque non è possibile procedere ad un'interpretazione creativa del precetto costituzionale, ossia dell'art. 29 della Costituzione».

Orbene, dalla lettura del testo del citato articolo, si evince che lo stesso non contempli una concezione di famiglia che muti con il mutare della società<sup>16</sup>. L'art. 29 della Cost., invero, sembra fungere da limite all'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano delle unioni omosessuali e dei nuovi modelli familiari, che si giustappongono alla famiglia tradizionale.

La mancata estensione del diritto al matrimonio a favore delle persone omosessuali, ha indotto quest'ultime a recarsi in Stati che riconoscono loro tale

---

<sup>14</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 535 ss.

<sup>15</sup> In *Gazz. Uff.*, 21 aprile 2010, n. 16.

<sup>16</sup> Di diverso avviso G. CASABURI - I. GRIMALDI, *Unioni civili e convivenze*, Pisa, 2016, 13 ss., secondo cui la stessa volontà dei costituenti non si era espressa in questa direzione, poiché l'obiettivo dichiarato non era quello di cristallizzare il concetto di famiglia in definizioni legate ad un certo momento storico. Secondo questa diversa interpretazione è possibile sostenere che la Costituzione ponga una norma in bianco, che rimanda al costume e alla coscienza sociale, che il legislatore dovrà comunque rispettare e alla cui evoluzione dovrà conformarsi.

diritto, ponendo lo spinoso problema di trascrizione dell'atto di matrimonio formato all'estero.

La Corte di Cassazione, con sentenza 15 marzo del 2012, n. 4184<sup>17</sup>, non si è discostata dalla pronuncia della Corte costituzionale del 2010, dichiarando sul tema che «non è possibile procedere alla trascrizione dell'atto formato all'estero, in quanto non contiene il requisito minimo per contrarre matrimonio, ossia la diversità di sesso dei *nubendi*. L'atto si colloca sulla categoria dell'inesistenza che consente, sul piano pratico, di impedire il dispiegamento di qualsiasi effetto giuridico. Pertanto, solo il matrimonio tra uomo e donna è qualificabile quale atto giuridicamente rilevante per l'ordinamento giuridico».

Il *Tribunal Constitucional*, con decisione del 6 novembre del 2012, n. 198<sup>18</sup>, si discosta nettamente da quanto precedentemente statuito dalla Corte Costituzionale, pronunciandosi sul ricorso di incostituzionalità della *Ley* del 2005, n. 13<sup>19</sup>, che modifica il *código civil*, estendendo il matrimonio alle coppie del medesimo sesso. Nonostante siano stati sollevati ben otto motivi di incostituzionalità, il principale riguarda il secondo comma dell'art. 44 della legge in cui si stabilisce che «il matrimonio avrà gli stessi effetti e requisiti quando entrambi i contraenti siano dello stesso sesso o di sesso diverso», mentre, le altre sezioni del singolo articolo, adattano da un punto di vista terminologico vari precetti del cod. civ., sostituendo le espressioni di “marito e moglie” e “padre e madre”. Altro fondamentale motivo di ricorso è rappresentato dall'art. 32 della Costituzione spagnola, sul diritto di sposarsi e la sua garanzia istituzionale.

Il *Tribunal Constitucional* sostiene che dalla Costituzione spagnola derivi un modello facoltativo o intermedio, ossia che il matrimonio omosessuale sia una libera opzione del legislatore e che la Costituzione goda di un ampio margine in materia. Orbene, il legislatore può adottare due decisioni che sono considerate conformi ai precetti costituzionali: istituire un'unione civile omosessuale, o, ancora, estendere l'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali.

Più nel dettaglio, il *Tribunal Constitucional* dispone che anche le persone *same sex* hanno il diritto di sposarsi, poiché non può accordarsi all'art. 32 un'interpretazione sistematica o storica. Il criterio storico non è adeguato a riconoscere i diritti delle persone omosessuali e non è pertinente a definire il contenuto delle garanzie istituzionali. L'art. 32 predilige un'interpretazione evolutiva della realtà sociale che estende la possibilità di contrarre matrimonio anche agli omosessuali, in quanto perfettamente conforme a Costituzione.

Va sottolineato come la decisione *de qua* risulti conforme al contesto europeo nel quale si registra un'evoluzione del concetto di famiglia, non più esclusivamente identificabile con la famiglia tradizionale fondata su di un vincolo matrimoniale tra persone eterosessuali.

Anche in Italia, invero, è stata approvata la legge n. 76 del 2016<sup>20</sup> sulle *Unioni Civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*.

Il legislatore italiano, al pari di altri Paesi europei, ha disciplinato un istituto analogo al matrimonio, relativamente ai diritti e doveri delle persone che contraggono l'unione civile, gli obblighi alimentari e i rapporti patrimoniali.

### 3. - Il ruolo “vicario” della giurisprudenza in tema di omogenitorialità

<sup>17</sup> In [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>18</sup> In [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)

<sup>19</sup> In [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)

<sup>20</sup> In *Gazz. Uff.*, 21 maggio 2016, n. 118.

Sebbene le coppie *same sex* abbiano ricevuto una propria “collocazione giuridica” grazie alla legge del 2016, va sottolineato come la stessa non abbia introdotto alcuna norma riguardante la filiazione. Come spesso accade, a colmare il vuoto normativo, è intervenuta la giurisprudenza, con la sentenza della Corte di Cassazione, 30 settembre del 2016, n. 19599<sup>21</sup>.

La vicenda, su cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi coinvolge due donne, l’una cittadina spagnola, l’altra cittadina italiana, le quali hanno contratto matrimonio in Spagna nel giugno del 2009 e hanno concepito, mediante procreazione medicalmente assistita, un bambino. Dal certificato di nascita del minore si evince che questi risulta essere figlio di entrambe poiché una l’ha partorito e l’altra, avendo donato gli ovuli necessari per il concepimento, è la madre genetica del nato, che è cittadino spagnolo e porta i cognomi delle due donne.

Entrambe hanno chiesto la trascrizione in Italia dell’atto di nascita ma l’Ufficiale dello Stato Civile di Torino ha opposto un rifiuto per ragioni di ordine pubblico. Successivamente, le due donne hanno divorziato consensualmente in Spagna ed il minore è stato affidato alle stesse con condivisione della responsabilità genitoriale.

Il ricorso avverso il diniego dell’Ufficiale di Stato Civile è stato rigettato dal Tribunale di Torino, il quale ha ritenuto infondata la domanda di trascrizione dell’atto di nascita formato all’estero, perché contrastante con il principio di ordine pubblico, in base al quale nell’ordinamento italiano madre è soltanto colei che ha partorito il bambino.

Il decreto del Tribunale di Torino è stato reclamato dalle due donne le quali hanno chiesto al giudice che fosse dichiarato esistente il rapporto di filiazione tra il minore e la madre B., a norma della L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 33; di accertare la sussistenza dei requisiti di legge per il riconoscimento dell’atto di nascita nello Stato Italiano ed il conseguenziale diritto del minore di acquistare la nazionalità italiana; di ordinare all’Ufficiale dello Stato Civile di provvedere alla trascrizione e/o annotazione dell’atto di nascita del minore.

La Corte d’Appello di Torino, con decreto del 4 dicembre 2014, in accoglimento del reclamo, ha ordinato all’Ufficiale dello Stato Civile di Torino di trascrivere l’atto di nascita.

Secondo la Corte, il rapporto di filiazione tra la madre che ha donato gli ovuli necessari per il concepimento e il minore e la cittadinanza di quest’ultimo sono regolati dal diritto internazionale privato. In particolare, la L. n. 218 del 1995, art. 33, rimette ogni determinazione al riguardo alla legge nazionale del figlio. Dunque, essendo il nato, anche figlio di una cittadina italiana, secondo il diritto spagnolo è anche cittadino italiano.

Pertanto, l’atto di nascita può essere trascritto nei registri dello Stato Civile Italiano, poiché il giudice italiano non può sovrapporre autonomi accertamenti sulla validità di un titolo formato all’estero secondo la legge straniera.

Tuttavia, avverso tale decreto hanno proposto ricorso per Cassazione il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d’Appello di Torino e il Ministero dell’Interno.

Il Procuratore Generale della Repubblica ha imputato alla Corte di merito di avere erroneamente escluso la contrarietà all’ordine pubblico dell’atto di nascita, dal quale risulta che il nato è figlio di due madri.

---

<sup>21</sup> In *Foro it.*, 2016, I, 3329 ss.

Il Ministero dell'Interno, nel primo motivo, ha imputato alla Corte di merito di avere accolto una nozione di ordine pubblico eccessivamente estesa. Nel secondo motivo, invece, lo stesso ha denunciato la violazione e falsa applicazione della L. n. 40 del 2004, artt. 5 e 9, che confermerebbero il principio in base al quale la nozione di filiazione è intesa nel nostro ordinamento come discendenza tra persone di sesso opposto.

Entrambi i ricorsi sono stati dichiarati infondati dalla Cassazione, con la sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016.

Con la pronuncia in questione, la Corte di Cassazione ha riconosciuto la genitorialità ad una coppia composta da due donne, mediante la pronuncia favorevole alla trascrizione della Corte d'Appello.

A sostegno di detta decisione, viene fatto riferimento ad una serie di principi di diritto.

La trascrizione in Italia di un atto di nascita validamente formato all'estero, dal quale risulti che il minore sia stato generato da una coppia dello stesso sesso, non contrasta con l'ordine pubblico. Tale contrasto non può essere riconosciuto in base al fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti la fattispecie in esame.

Inoltre, la norma di cui all'art. 269 c.c., per cui madre è solo colei che partorisce il bambino, non contempla un principio di ordine pubblico e non può impedire il riconoscimento in Italia di un atto di nascita formato in un altro paese.

Nello specifico, la Suprema Corte nell'escludere la contrarietà dell'ordine pubblico, ha evidenziato la rilevanza costituzionale delle unioni di persone dello stesso sesso, i cui componenti sono titolari del diritto alla "vita familiare"<sup>22</sup>, e non solo alla vita privata, e, in definitiva, del diritto inviolabile ed azionabile a prescindere dall'intervento del legislatore in materia, di vivere liberamente la propria condizione di coppia e di ricevere un trattamento analogo a quello assicurato alle coppie eterosessuali.

La Cassazione asserisce che non riconoscere e quindi impedire alle coppie dello stesso sesso, la possibilità di formare una famiglia, permesso, in Italia, solo alle coppie di sesso differente, porterebbe al non riconoscimento e alla lesione di una serie di diritti presenti nella Costituzione, tra i quali il diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia. Tuttavia, tali affermazioni non troverebbero fondamento, poiché l'ordinamento giuridico, comunque, accorda tutela alle unioni dello stesso sesso mediante il rinvio all'art. 2 della Costituzione che disciplina la dignità umana. Orbene, suddetto articolo sancisce in primo luogo i diritti inviolabili dell'uomo attraverso i quali la persona umana può affermare la propria libertà ed autonomia<sup>23</sup>. Sebbene, il nostro legislatore abbia finalmente

---

<sup>22</sup> La vita familiare è meritevole di tutela *ex se*: e così vi è famiglia quando esiste un rapporto tra soggetti, coppie, genitori e figli, coppie e comunità anomale, quando il rapporto, ovviamente, sia considerato meritevole di salvaguardia. Entrano così nell'ambito della protezione giuridica la famiglie non fondate sul matrimonio; famiglie etero ed omosessuali; monogenitoriali, bigenitoriali o multigenitoriali, quando assume rilevanza il legame con il terzo genitore – o genitore sociale – che non presuppone un vincolo di sangue ma una relazione affettiva – educativa da conservare nell'interesse del minore. E ciò indipendentemente dal fatto che il rapporto scaturisca da una qualche fonte, legale o convenzionale, comunque istituzionalizzata. Sul complesso tema M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in [www.comparazionediritto.civile.it](http://www.comparazionediritto.civile.it)

<sup>23</sup> L' art. 2 Cost. è norma direttamente applicabile ed esprime un principio fondamentale di tutela della persona umana: il suo contenuto non si limita a riassumere i diritti tipicamente previsti da altre disposizioni della Costituzione, ma consente di estendere la tutela a situazioni atipiche. La tutela della persona non può essere frazionata in isolate fattispecie concrete, in autonome ipotesi

introdotto una regolamentazione riguardante le unioni civili, tuttavia, risulta essere, ancora oggi, ancorato a quella definizione di famiglia dettata dall'art. 29 della Costituzione, la quale dispone al comma 1 che "la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio"<sup>24</sup>, senza, però, tenere conto delle nuove relazioni familiari presenti nella nostra società<sup>25</sup>. Inoltre, a parere delle Corti di Cassazione deve aversi riguardo non all'ordine pubblico interno, bensì, all'ordine pubblico internazionale individuato sulla base della giurisprudenza CEDU e sui diritti fondamentali della persona. Dunque, la trascrizione dell'atto di nascita non è contraria all'ordine pubblico poiché fungerebbe solo da natura certificativa di una situazione già posta in essere riguardante un rapporto giuridico tra due persone.

La sentenza della Corte Suprema di Cassazione, del 30 settembre 2016, ha aperto la strada alla pronuncia della Corte d'Appello di Trento, del 27 febbraio 2017<sup>26</sup>. L'ordinanza in questione ha ad oggetto una fattispecie simile a quella riguardante la sentenza resa dalla Suprema Corte ma se ne distingue in quanto, questa volta, investe la vita di una coppia di due padri i quali, facendo ricorso alla tecnica della maternità surrogata in un paese straniero, in cui tale pratica è consentita, sono diventati genitori di una coppia di gemelli. La Corte d'Appello ha statuito che il provvedimento giudiziario, emesso dalla *Superior Court of Justice*, nel quale viene accertata la genitorialità dei due uomini, è efficace in Italia poiché non contrasta con l'ordine pubblico. Detta Corte rimanda alle argomentazioni svolte dalla Corte di Cassazione, la quale, espressamente, dispone che deve farsi

---

non collegate, ma deve essere prospettata come problema unitario, data l'unitarietà del valore della persona che ne è a fondamento. La personalità è dunque un valore ed è alla base di una serie aperta di situazioni esistenziali, nelle quali si traduce la sua incessantemente mutevole esigenza di tutela. Il fatto che la personalità sia considerata valore unitario tendenzialmente senza limitazioni non impedisce che l'ordinamento preveda autonomamente talune espressioni maggiormente qualificanti, quali, ad esempio, il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., allo studio di cui all'art. 34 Cost., al lavoro di cui all'art. 35 ss. Cost.. Il giudice comunque non potrà negare tutela a chi chieda garanzie su un aspetto della propria esistenza che non ha previsione specifica, poiché quell'interesse ha già una rilevanza nell'ordinamento, e quindi una tutela anche in via giudiziale, art. 24 Cost. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 720 ss.

<sup>24</sup> La famiglia come formazione sociale, come società naturale, è garantita dalla Costituzione (art. 29, comma 1) non come portatrice di un interesse superiore e superindividuale, bensì in funzione della realizzazione delle esigenze individuali, come luogo nel quale si sviluppa la persona (art. 2 Cost.). La famiglia è valore costituzionalmente garantito nei limiti della sua conformità ai valori caratterizzanti i rapporti civili, in particolare la dignità umana: per quanto possano essere le sue modalità di organizzazione, essa è finalizzata all'educazione e alla promozione di coloro che vi appartengono. Sul punto P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 920 ss.

<sup>25</sup> La fragilità del legame matrimoniale, l'aumento delle convivenze non fondate sul matrimonio, la perdita delle funzioni tradizionalmente svolte dalla famiglia, intese soprattutto come funzioni esterne alla medesima e proiettate nella collettività, e la conseguente rivendicazione della stessa come luogo degli affetti e dello sviluppo della persona – individuo, pongono in discussione l'unicità del modello familiare incentrato sul matrimonio. La famiglia diventa incerta e si declina in una molteplicità di modelli possibili, trapassando dall'«isola» all'«arcipelago». Famiglia di fatto, famiglia arcobaleno, famiglia ricostruita, famiglia sociale. Evolve l'idea stessa della struttura e della finalità del consorzio familiare; e con essa muta l'istituto della filiazione. Il progresso scientifico, la scissione della sessualità dalla procreazione, il proliferare conseguente di tecniche di procreazione artificiale spostano il fulcro del sistema dal vincolo di sangue all'assunzione di responsabilità compiuta dal genitore ed alla relazione che ne deriva, indipendentemente dalla fonte di costituzione del rapporto di coppia e della qualificazione giuridica. M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, *op.cit.*

<sup>26</sup> In *Foro it.*, 2017, I, 1034 ss.

riferimento all'ordine pubblico internazionale ed i suoi principi vanno ricercati in quelli fondamentali della nostra Costituzione, ossia i principi che non possono essere abdicati dal legislatore ordinario. Si esclude dunque, che un simile contrasto possa ravvisarsi “per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale”. La Corte di Cassazione, ancora, ribadisce che “ il parametro di riferimento non è costituito dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti o abbia esercitato la propria discrezionalità in una determinata materia, ma solo dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore”.

#### **4. - L'interesse prevalente del minore come criterio guida della materia**

L'ordinamento giuridico italiano non prevede un diritto alla genitorialità per le persone dello stesso sesso.

Com'è noto, l'art. 269, comma 3, c.c. dispone quanto segue: “la maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre”. Sebbene, il brocardo latino “mater semper certa est” abbia, per molto tempo, fatto da cornice al principio secondo cui, il parto è essenziale per il riconoscimento della filiazione materna, tuttavia, si ritiene che la maternità possa essere dimostrata anche in maniera differente secondo quanto stabilito dal comma 3 dell'art. 269 cc., poiché le scoperte scientifiche hanno indotto il nostro legislatore ad introdurre la l. 19 febbraio 2004, n. 40 in tema di procreazione medicalmente assistita, che stabilisce a quali condizioni e in quali casi è ammessa. Il legislatore del 2004 stabilisce all'art. 4 comma 1, che il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti la cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o infertilità inspiegate, documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o infertilità da causa accertata o certificata da atto medico, mentre, al comma 3 è disposto che è vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assoluta o irreversibile, in quanto “cagiona una lesione della libertà di formare una famiglia con dei figli, con incidenza sul diritto alla salute psichica oltre che fisica, e la cui tutela deve essere di pari grado a quello della salute fisica, senza che la sua absolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del diritto del nato all'identità genetica, poiché l'ordinamento ammette a determinate condizioni la possibilità per il figlio di accedere alle informazioni relative all'identità dei genitori biologici”<sup>27</sup>. Dunque, la disciplina positiva della procreazione medicalmente assistita non contiene principi fondamentali costituzionalmente obbligati. Pertanto, il legislatore dispone di un ampio potere regolatorio in materia

---

<sup>27</sup> La Corte costituzionale afferma che “la scelta della coppia di divenire genitori e di formare una famiglia è espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, la quale è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 della Cost., poiché concernente la sfera privata e familiare. La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera”. Corte Cost., 9 aprile 2014, n. 162, in *Gazz. Uff.*, 18 giugno 2014, n. 26.

e a quest'ultimo spetta individuare un punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, pur sempre nel rispetto della persona.

Va subito evidenziato che la normativa in esame non si estende alle coppie omosessuali. La summenzionata preclusione genera non poche conseguenze.

Innanzitutto, basti pensare a coloro che si recano in Stati al solo scopo di divenire genitori attraverso le tecniche procreative previste dalla legge del luogo: a titolo esemplificativo si pensi alla c.d. maternità surrogata vietata in Italia ai sensi dell'art.12, comma 6, della l. 19 febbraio 2004, n. 40, e al connesso problema del riconoscimento nel nostro ordinamento giuridico dell'atto di nascita del bambino costituito all'estero. Il criterio guida della materia risponde al soddisfacimento del prevalente interesse del minore. Pertanto, nonostante quanto disposto da tale legge, si ritiene che non possa avere rilevanza, ai fini della trascrizione dell'atto di nascita, la circostanza di avvalersi di una pratica fecondativa illegale in Italia. Le violazioni dei divieti, prescritti dalla legge, non possono essere imputate al minore, al quale è attribuito il diritto fondamentale alla conservazione dello *status filiationis* validamente acquisito in uno stato estero.

Il riconoscimento in Italia dello *status* di figlio deve avere riguardo, appunto, al superiore interesse del minore.

Ne consegue che l'atto di nascita del minore, validamente formato in Spagna, dal quale risulti che lo stesso sia stato generato da due donne mediante procreazione medicalmente assistita, non contrasta con l'ordine pubblico. Ed infatti la Corte di Cassazione esclude che possa ravvisarsi detto contrasto per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, poiché deve aversi riguardo al preminente interesse del minore. Tale principio, di rilevanza costituzionale, si sostanzia nel diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito in un altro paese dell'Unione Europea. Il diritto alla continuità di tale *status* è disciplinato dall'art. 8 della convenzione di New York, il quale stabilisce che il minore ha diritto a preservare la propria identità, compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge. Inoltre, ad avviso della Corte la valutazione dell'interesse del minore deve essere operata non sul piano del rapporto tra i *partners*, ma con riferimento allo *status* e alla tutela del figlio, senza introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente, ma garantendo la copertura giuridica ad una situazione in essere da anni, nell'esclusivo interesse del bambino, cresciuto da due donne, all'interno di un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, che la legge spagnola riconosce entrambe come madri. In caso contrario, il mancato riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione determinerebbe un'incertezza giuridica, come già asserito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che influirebbe negativamente sul diritto del minore a preservare la propria identità. Sia la Corte Costituzionale che la Cedu hanno sancito il diritto del minore all'integrazione nella propria famiglia di origine fin dalla nascita e alla continuità dei rapporti con i suoi familiari.

Sul punto, la Suprema Corte ha dichiarato, inoltre, che la difformità della legge spagnola da quella italiana non è causa di violazione dell'ordine pubblico, poiché la legge sulla procreazione medicalmente assistita non contiene principi costituzionalmente obbligati.

La Corte di Cassazione ha tratto ulteriori spunti dalle sentenze *Menesson c. Francia e Labassee c. Francia*<sup>28</sup> della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, le quali hanno individuato la violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel diniego opposto dalla Francia al riconoscimento del rapporto di filiazione ed alla registrazione nei registri dello stato civile degli atti di nascita di bambini, legalmente formati in uno Stato estero, da due coppie di sesso diverso che avevano fatto ricorso alla pratica della maternità surrogata, secondo modalità conformi alla legge del luogo di nascita.

I fatti che hanno dato origine alle due pronunce sono analoghi. I ricorrenti, marito e moglie di nazionalità francese, ricorrono ad una tecnica di procreazione medicalmente assistita, fecondazione eterologa e utero in affitto che è vietata in Francia. Detta tecnica prevede la formazione di un embrione in vitro con metà del patrimonio genetico del padre e l'altra metà proveniente da una donna ovodonatrice: l'embrione così generato viene, poi, impiantato nell'utero di una terza donna che porta a termine la gravidanza. Al momento del riconoscimento del rapporto di filiazione, così instauratosi, nei registri dello stato civile francese di nascita dei bambini, la Francia oppone un diniego nella trascrizione perché contrastante con l'ordine pubblico. I ricorrenti si rivolgono alla Corte di Strasburgo.

La Corte europea ha affermato che il divieto di maternità surrogata, vigente nell'ordinamento francese, si risolve in una violazione del diritto dei figli, nati con tale tecnica procreativa, al rispetto della loro vita privata e familiare. Il mancato riconoscimento da parte dell'ordinamento francese del loro *status* di figli mette in pericolo la loro identità all'interno della società francese.

##### **5. - Brevi rilievi conclusivi**

La disamina sin qui condotta consente di compiere alcune valutazioni conclusive sull'attuale regolamentazione giuridica dei diritti delle coppie omosessuali. L'ordinamento italiano è, senza dubbio, stato caratterizzato per lungo tempo da una situazione di immobilismo, a fronte di un panorama europeo maggiormente proteso alla tutela dei diritti dei soggetti di una relazione omoaffettiva.

La giurisprudenza delle alte Corti, di cui si sono tracciate le linee guida, ha incoraggiato un intervento *de iure condendo* in materia che potesse colmare il vuoto legislativo. L'esistenza di numerose proposte di legge, culminata nell'adozione della legge n. 76 del 2016 sulle *Unioni Civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, rappresenta senza dubbio una conquista importante. La necessità di garantire una tutela effettiva a questo tipo di relazioni, nel rispetto dei principi di ragionevolezza ed uguaglianza, ha consentito di riconoscere alle coppie omosessuali una serie di diritti in quanto formazioni sociali meritevoli di attenzione da parte dell'ordinamento. Nessuna possibilità è, invece, riconosciuta al matrimonio gay. E ciò per una precisa scelta del legislatore che, guidato dai precetti della Carta Costituzionale, ha riconosciuto nel "matrimonio" l'unione di soggetti di sesso diverso.

---

<sup>28</sup> Cfr. CEDU, 26 giugno 2014, n. 65941/11, in *www.penale contemporaneo.it*.

Garantire alle coppie omosessuali «un nucleo comune di diritti e doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia», in quanto formazione sociale tutelata dall'art. 2 della Costituzione, non può e non deve, infatti, necessariamente significare estendere loro l'istituto del matrimonio.

Trattasi di una scelta affidata al legislatore nazionale e compiuta in armonia con i principi e i valori sociali e culturali del nostro ordinamento giuridico.

**Abstract.-** Il saggio affronta la tematica della tutela giuridica delle persone dello stesso sesso, mediante una disamina delle decisioni adottate dai singoli ordinamenti giuridici. Nonostante nello scenario europeo esista una copiosa produzione normativa e giurisprudenziale, non è possibile discorrere di una standardizzazione di regole e principi. Infatti, interessante è il confronto tra due ordinamenti giuridici, nella specie quello italiano e spagnolo, che adottano un regime di tutela differenziato per le persone omosessuali. Degno di attenzione è l'interesse prevalente del minore, che assume un ruolo centrale nelle dinamiche dei rapporti tra persone dello stesso sesso.

The essay deals with the issue of legal protection of homosexuals looking at decisions taken by different legal system. Although under European law there are lots of rules it is not possible to discuss a standardization of rules and principles across Europe. In fact, it is interesting to compare two legal system, in particular the Italian and Spanish legal system which adopt a different protection regime for homosexuals. Worthy of attention is the prevailing interest of the minor, who assumes a central role in the dynamics of homosexual relationships.