

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

MARIA CARMELA VENUTI

Il diritto all'affettività

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
05 settembre 2022

Il diritto all'affettività

Sommario

1. Considerazioni introduttive e delimitazione del campo d'indagine – 2. Esiste un diritto all'affettività delle persone omosessuali? Ovvero: l'affetto tra persone omosessuali è adeguatamente protetto dal legislatore? – 3. Segue – 4. Questioni emergenti nel diritto applicato. 5. Alcune possibili soluzioni. – 6. Segue – 7. Il difficile percorso per garantire la conservazione della relazione affettiva.

Abstract

Il contributo costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta di un apparato minimo di note, della relazione svolta al Convegno nazionale di Rete Lenford - Avvocatura per i diritti LGBTI+, che si è tenuto a Bologna il 25 marzo 2022.

This paper has been presented at the Rete Lenford - Avvocatura per i diritti LGBTI+ National Congress, that took place in Bologna last March 25th 2022. It is the trascription of the speech including some necessary references.

1. Considerazioni introduttive e delimitazione del campo d'indagine

Non paia strano che il giurista e, in primo luogo, il civilista si misuri con il tema dell'affettività e, segnatamente, con il diritto all'affettività, perché l'affetto è - come è stato scritto - «la dimensione più radicale (nel senso di posta alla radice) dell'essere umano, esso si manifesta già a livello biologico (...) [n]el cervello (...), dove si organizzano le pulsioni fondamentali, i processi di amore e di odio, di aggressività e di lotta, di soddisfazione e di mancanza, per poi ricostruirsi a un livello più alto e complesso attraverso l'intervento della dimensione sociale e dei suoi codici culturali. Gli affetti, dal piano fisiologico, proprio attraverso l'attività cerebrale, si vengono strutturando secondo pratiche sociali, secondo modelli e regole che ne ridefiniscono i confini, ne mutano le interpretazioni, li esaltano o li censurano»¹. L'affettività, dunque, definita negli studi psicologici come «il complesso dinamico dei fatti e dei fenomeni (...) (sentimenti, emozioni, passioni, ecc.) che caratterizzano le tendenze e le reazioni

* Professoressa Ordinaria di Diritto Privato, Università di Palermo.

¹ F. Cambi, *Genesi e fenomenologia degli affetti*, in *Universo del corpo*, 1999, reperibile on-line sul portale Treccani all'indirizzo https://www.treccani.it/enciclopedia/affettivita_%28Universo-del-Corpo%29/, accesso del 22 marzo 2022.

psichiche di un individuo»², si rappresenta al giurista alla stregua di *elemento identitario fondamentale* della persona fisica, un aspetto direi quasi inscindibile dall'ontologia stessa dell'individuo e dalla sua necessaria proiezione relazionale, espressa nelle formazioni sociali in cui si agglutina e si dipana la sua personalità.

Ciascun uomo e ciascuna donna, dal primo all'ultimo momento della propria esistenza esperisce se stesso/a in una sintesi dialettica e dinamica di corpo e mente, che si evolve e si struttura, come si diceva, in sentimenti, emozioni, pulsioni, pensieri.

Necessario portato dell'essere è *l'altro da sé*. Il soggetto vive e intesse relazioni che assumono modalità comunicative plurime, organizzate secondo tipologie e configurazioni differenti, anche molto sofisticate e altamente formalizzate - si pensi allo stesso diritto come regolamentazione dei comportamenti umani. Rapporti, quindi, che trovano negli schemi familiari e di coppia le principali - anche in senso letterale - articolazioni fenomenologiche.

L'affettività è, pertanto, una specola da cui guardare alla persona sia dal punto di vista storico-evolutivo, sia da quello della sua consistenza individuale e relazionale, in proiezione vuoi statica vuoi dinamica. L'affettività è espressione della personalità dell'individuo, della sua identità, e il relativo diritto rientra a pieno titolo nel catalogo delle prerogative fondamentali della persona, riconosciute e tutelate a livello costituzionale, *in primis* all'art. 2 della nostra *Charta*. Nelle fonti sovranazionali il diritto all'affettività trova usbergo nelle previsioni della CEDU che sanciscono il rispetto della vita privata e familiare (art. 8) ed il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che ne regolano l'esercizio (art. 12), nella configurazione risultante dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo³. E così pure nelle statuizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che contemplano fattispecie corrispondenti, il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare (art. 7) e il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia (art. 9), senza dimenticare quelle che riconoscono e tutelano il diritto alla dignità (art. 1), il diritto all'uguaglianza (art. 20) e alla non discriminazione, segnatamente in ragione dell'orientamento sessuale (art. 21).

Se, in via teorica, può postularsi in capo a ogni soggetto un diritto all'affettività come espressione dell'ontologia e della dinamica dell'essere umano, il passaggio alla considerazione del godimento e dell'esercizio di tale situazione giuridica soggettiva sconta le strettoie della tipizzazione delle relazioni sociali in archetipi riconosciuti e disciplinati dal diritto. Vengono qui in esponente le categorie della parentela e dell'affinità, del coniugio, dell'unione civile, della genitorialità, della filiazione. Strutture relazionali con vari gradi di complessità e di estensione, che assurgono a modelli rilevanti e meritevoli di tutela in quanto dotate di elementi identificativi chiari e (preferibilmente) sancite grazie ad atti qua-

² Voce «Affettività», in *Enciclopedia Treccani on-line*, <https://www.treccani.it/enciclopedia/affettivita>, accesso del 22 marzo 2022.

³ Sull'estensione dell'art. 8 della Convenzione e sulla sussumibilità entro il suo dettato di situazioni giuridiche soggettive riconducibili al diritto all'affettività v., ad es., Corte Edu, sez. I, 27 maggio 2021, *Jessica Marchi c. Italia*, ric. 54978/17, reperibile all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int/>. La questione sottoposta all'attenzione della Corte concerneva tra l'altro, la tutelabilità del diritto alla vita privata e familiare maturato tra l'affidataria e il bambino nel quadro di un affidamento preadottivo (a rischio giuridico), interrotto dopo un anno per provvedimento dell'autorità giudiziaria. Con riguardo all'art. 8 della Convenzione i giudici di Strasburgo si diffondono sia sul concetto di «vita familiare», precisando che esso riguarda le relazioni fondate sul matrimonio, e anche altri «legami "familiari" *de facto*, in cui le parti convivono al di fuori del matrimonio o in cui altri fattori dimostrano che la relazione è sufficientemente stabile» (§ 49 e ss.); sia su quello di «vita privata». Sottolineano a tale ultimo proposito come si tratti di «una nozione ampia, che non si presta a una definizione esaustiva. Essa comprende l'integrità fisica e psicologica di una persona (...) e, entro certi limiti, il diritto, per l'individuo, di instaurare e sviluppare rapporti con altri esseri umani». La Corte soggiunge che può a volte comprendere alcuni aspetti dell'identità fisica e sociale di una persona, includendo «il diritto alla realizzazione personale o il diritto all'autodeterminazione (...), e il diritto al rispetto delle decisioni di diventare o meno genitore» (§ 60 e ss.).

li il matrimonio, la celebrazione dell'unione civile, la dichiarazione di nascita, il riconoscimento del figlio, e via discorrendo.

L'antitesi fatto/diritto non significa però irrilevanza assoluta delle situazioni non formalizzate: sempre più vengono in rilievo e trovano protezione rapporti che si consolidano nel divenire dell'esistenza e che vengono allora qualificati in termini di "sociali", "intenzionali", "di fatto". Figure che richiamano per certi versi la *cognazione spirituale* del diritto romano e canonico.

Come s'è accennato, la Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene, ad esempio, che la protezione accordata alla vita familiare si rivolga anche ai rapporti *de facto*, pure in assenza di "copertura" legale o biologica, a condizione che siano legami personali effettivi, la cui rilevanza va saggiata in funzione della qualità, configurazione, delle circostanze del rapporto concreto (tra cui può venire in rilievo anche la durata)⁴. E, come si dirà meglio tra poco, in determinate circostanze l'esistenza di relazioni affettive attestate in via di fatto è sporgenza considerata positivamente dal nostro legislatore al fine di darvi una qualche copertura giuridica.

In ordine, segnatamente, alla posizione del genitore intenzionale, prima di analizzare quali soluzioni siano state battute o possano essere percorribili per dare copertura giuridica a relazioni affettive attestate sul piano fattuale, può osservarsi che in via di principio la rilevanza della genitorialità sociale nel quadro del nostro sistema, segnato da una progressiva evoluzione «normativa ed ordinamentale del concetto di famiglia», è stata sancita dalla Consulta, che ha affermato che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa», potendosi, pertanto, dare una non coincidenza del dato normativo con quello biologico⁵.

Al riguardo la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che la relazione tra una coppia di due donne ed il figlio, dato alla luce da una delle due a seguito di un condiviso progetto di procreazione medicalmente assistita biologico ed allevato da entrambe, rientri a pieno titolo nel concetto di «vita familiare» di cui all'art. 8 della Convenzione⁶. I giudici di Strasburgo hanno osservato che i legami sviluppatasi tra la coppia e il figlio nei quattro anni e mezzo in cui si è svolta la loro convivenza (dalla nascita del figlio alla rottura della relazione amorosa tra le due donne) si configurino «sans aucun doute de la vie familiale au sens de l'article 8». Insomma, conclude la Corte, «Le lien qui s'est construit entre elle et G. tient donc, de facto, du lien parent-enfant»⁷.

Il problema è, quindi, individuare criteri e confini della rilevanza per il diritto delle espressioni di relazioni affettive non riconducibili ad archetipi giuridicamente riconosciuti: ossia se, in che termini e come il *fatto affettivo* possa trovare protezione. Diventando, pertanto, *diritto* o godendo comunque di una tutela corrispondente⁸

⁴ Corte Edu, sez. I, 27 maggio 2021, *Jessica Marchi c. Italia*, cit., §§ 53-57. Cfr. anche Corte EDU, sez. II, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ric. 16318/07, § 45.

⁵ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *G.U.*, 20 dicembre 2017, n. 51, 1^a s.s., punto 4.1.6. del *Considerato in diritto*. Nello stesso senso, successivamente, Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, in *G.U.*, 10 marzo 2021, n. 10, 1^a s.s., punto 2.4.1.1. del *Considerato in diritto*.

⁶ Corte Edu, sez. V, 12 novembre 2020, *Honner c. Francia*, ric. 19511/16, §§ 50 e 51. La Corte richiama tra i propri precedenti la pronuncia della Grande Camera, 19 febbraio 2013, *X et al. c. Austria*, ric. 19010/07, § 95. Le decisioni sono reperibili all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int/>.

⁷ Corte Edu, sez. V, 12 novembre 2020, *Honner c. Francia*, ric. 19511/16, cit., § 51.

⁸ In dottrina una suggestiva riflessione su questi temi è offerta da V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2018, p. 405 ss. A margine delle considerazioni svolte nel testo pare opportuno segnalare come sia nel caso della relazione affettiva formalizzata, sia - e a maggior ragione forse - in quella di fatto è importante segnare l'inizio, lo svolgimento, la cessazione. Ed a volte pure la sua persistenza nonostante il venir meno del rapporto e/o della persona verso cui si nutre il sentimento affettivo: verificandosi una sorta di proiezione oltre la morte del soggetto amato ovvero

2. Esiste un diritto all'affettività delle persone omosessuali? Ovvero: l'affetto tra persone omosessuali è adeguatamente protetto dal legislatore?

Prima di verificare se il diritto all'affettività possa trovare espressione - e in che ampiezza - riguardo alle persone omosessuali, è opportuno fare una breve ricognizione delle ipotesi in cui l'ordinamento positivo richiama esplicitamente la dimensione dell'affetto nelle relazioni tra privati. Per quanto consta da un primo rapido vaglio, esse paiono concentrate, per un verso, nella legge 4 maggio 1983, n. 184 sul diritto del minore ad una famiglia. Qui, per l'adozione piena, si richiede che gli aspiranti genitori adottivi siano «*affettivamente idonei* e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendono adottare» (art. 6); analogamente, per l'adozione in casi particolari, si ribadisce che il tribunale dei minori debba verificare «*l'idoneità affettiva* e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti» (art. 57). Ancora, a proposito dell'affidamento familiare, si individuano nella famiglia o nella persona singola *in grado di assicurare* al minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo «il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e *le relazioni affettive*» di cui egli ha bisogno» i soggetti nei confronti dei quali può essere emesso il relativo provvedimento (art. 2). Con la legge 19 ottobre 2015, n. 173 sul *diritto alla continuità affettiva* dei bambini e delle bambine in affidamento familiare si è poi introdotto il riferimento ai «*legami affettivi significativi*» e al rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria, sancendo il diritto del minore alla «continuità delle positive *relazioni socio affettive* consolidate durante l'affidamento» (art. 4; art. 44).

Per altro verso viene in esponente la legge 20 maggio 2016, n. 76 sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto, ove, com'è noto, il perimetro delle regole applicabili a quest'ultima fattispecie viene tracciato facendo leva sulla circostanza che i soggetti interessati siano uniti stabilmente da *legami affettivi di coppia* e di reciproca assistenza morale e materiale (comma 37)⁹.

Da questi enunciati si può trarre l'indicazione di politica del diritto che, nella sfera delle relazioni familiari, qualora si tratti di costituire un vincolo giuridicamente efficiente ovvero di darvi comunque riconoscimento e tutela, l'ordinamento richiede l'esistenza di un *legame affettivo* tra i soggetti interessati. È il caso della coppia di fatto ai fini dell'applicazione delle disposizioni della l. n. 76/2016; e così pure degli affidatari e del minore in vista della salvaguardia del suo diritto alla continuità affettiva. Nelle altre ipotesi ricordate è la sussistenza dell'estremo dell'*idoneità affettiva degli aspiranti genitori* - da intendere come idoneità *a costituire il legame con il bambino* - ad essere presupposto necessario per la costituzione del vincolo di filiazione adottiva - piena o in casi particolari (art. 6, art. 57, l. n. 184/1983).

oltre la rottura del vincolo da cui il legame è sorto. Anche in ragione di queste considerazioni l'affettività si staglia come una situazione relazionale, fortemente connotata in senso dinamico-evolutivo.

⁹ Può ricordarsi inoltre il decreto Min. Salute, 16 aprile 2010, n. 116, recante il *Regolamento per lo svolgimento delle attività di trapianto di organi da donatore vivente*, che prescrive che la commissione terza, composta da esperti sulle problematiche correlate al trapianto da donatore vivente, verifichi, tra l'altro, la sussistenza nel donatore «di consanguineità con il ricevente o, in assenza di consanguineità, di *legame di legge o affettivo*».

Sotto tale aspetto, pertanto, la posizione del nostro ordinamento è in linea con il diritto convenzionale che, come ricordato nel paragrafo precedente, tutela non soltanto i legami familiari *de jure* ma anche quelli *de facto*¹⁰.

Per contro, qualora si sia al cospetto di una relazione già dotata di copertura giuridica, in quanto adeguatamente formalizzata secondo i modelli contemplati dall'ordinamento — matrimonio, unione civile tra persone dello stesso sesso, legame di filiazione, parentela, affinità — il vincolo affettivo viene dato per presupposto e la sua sussistenza, modalità di svolgimento, eventuale incrinatura, dissoluzione rappresentano le sporgenze sulle quali si asside la tutela di volta in volta apprestata dal legislatore (si pensi ai doveri di assistenza, collaborazione, contribuzione, solidarietà; all'assegno di mantenimento e di divorzio; all'affidamento della prole e all'assegnazione della casa familiare nella crisi della coppia; agli obblighi alimentari in caso di dissoluzione della coppia di fatto; ai provvedimenti assunti a tutela della prole in caso di condotte pregiudizievoli dei genitori e/o in violazione od omissione dei doveri parentali; agli ordini di protezione a favore del coniuge o del partner vittima di condotte violente o abusanti).

In siffatta direzione può altresì essere letta - nel differente ambito della disciplina del contratto - la regola che contempla la revocazione della donazione in caso di ingratitude del donatario (art. 801): segno tangibile del venir meno di quell'affetto solidale, biunivoco, disinteressato esistente tra le parti della donazione e che *sub specie* di spirito di liberalità sostanzia la causa del negozio. Sempre nella materia del contratto un ulteriore limpido indizio della rilevanza della relazione sentimentale per la condotta della parte si ha nella norma sulla violenza diretta contro terzi. L'art. 1436, infatti, dopo aver individuato *nominatim* la cerchia dei destinatari della minaccia (alla persona o ai beni) nel coniuge e nell'unito civilmente (secondo il disposto dell'art. 1, comma 16, l. n. 76/2016¹¹), nonché nei discendenti e negli ascendenti del contraente¹² - quindi in base a vincoli giuridici precisamente delineati -, pone una regola di chiusura considerando un'ulteriore fascia di terzi non altrimenti qualificati, la cui selezione viene rimessa al prudente apprezzamento del giudice. Essa si baserà sulla significatività che

¹⁰ Ed ancora, il fatto che si fa diritto emerge nitidamente nella regola sul possesso di stato per la prova della filiazione (art. 236 cpv., cod. civ.). Va poi rammentata la giurisprudenza che ammette il risarcimento del danno da perdita del rapporto affettivo anche a favore del familiare di fatto, ricomprendendo nella cerchia della tutela relazioni di omogenitorialità intenzionale: Tribunale di Milano, 21 febbraio 2007, in *Fam. e dir.*, 10/2007, p. 938 ss., con nota di Cosco, *Le stepfamilies ed il danno per la perdita del rapporto parentale*; Tribunale di Reggio Emilia, 2 marzo 2016, in www.articolo29.it.

¹¹ Sulla scarsa qualità legislativa della previsione e del suo collegamento con l'art. 1436 cod. civ. v. F. Bartolini, *Annullamento del contratto per minaccia contro il partner dell'unione civile: un'occasione mancata?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 575 ss., la quale evidenzia altresì come, mentre la figura dell'unito civilmente sia tra i destinatari di "fascia alta" della minaccia diretta al terzo ai fini dell'annullabilità del contratto per violenza, la posizione del convivente di fatto vada riportata alla generica categoria di chiusura del capoverso dell'art. 1436 cod. civ.

¹² E, riterrei, in adesione alla lettura suggerita da Bartolini, nello scritto citato alla nota precedente, del discendente o dell'ascendente della persona unita civilmente al contraente (sicché il consenso di quest'ultimo in presenza degli altri presupposti richiesti risulta viziato da violenza). Il dettato letterale del comma 16°, che riferisce la rilevanza del male minacciato oltre che quando diretto alla persona o ai beni «dell'altra parte dell'unione civile costituita dal contraente» anche quando rivolto a un «discendente o ascendente di lui», se accolto tale e quale, senza la correzione ermeneutica proposta, risulta poco comprensibile, se non francamente privo di senso. L'esegesi suggerita si pone, per contro, in linea di coerenza con la *ratio* di salvaguardia della persona unita civilmente espressa nella legge n. 76/2016 e in continuità con l'impianto della disciplina codicistica in tema di violenza diretta contro i terzi. Se così è, allora, la previsione in discorso finisce per attribuire un rilievo, sia pure *extra ordinem* - e cioè ai soli fini della tutela dell'integrità del consenso contrattuale - a specifici rapporti affettivi che andrebbero ascritti alla categoria dell'affinità derivante dalla celebrazione dell'unione civile. Categoria, però, disconosciuta in detta ipotesi dal legislatore, come si dirà di qui a poco.

il vincolo affettivo ha per il contraente; circostanza da saggiare in relazione alle circostanze del caso concreto.

3. Segue

Tornando al diritto all'affettività come situazione giuridica fondamentale, espressione dell'identità dell'individuo e del dispiegarsi della sua personalità nelle relazioni interprivate, e dunque nelle diverse formazioni sociali di volta in volta rilevanti, può osservarsi che la valenza universale dei diritti inviolabili dell'uomo non dovrebbe far dubitare della circostanza che in via teorica *tutti* siano titolari del diritto all'affettività, e dunque pure le persone omosessuali. Ciononostante per queste la linea del compasso si restringe vistosamente quando si passa dal piano dell'astratta titolarità a quello dell'esercizio del diritto, giacché àmbiti, estensione e modalità del suo godimento si fanno ristretti o addirittura in radice esclusi. Esito che sollecita nell'interprete uno scrutinio sulla fondatezza costituzionale di simili limitazioni che si traducono in veri e propri diritti *negati*; vaglio al quale non si può qui porre mano per ovvie ragioni di tempo¹³.

Volendo anzitutto identificare le carenze di tutela, possono segnalarsi due ipotesi a gradazione crescente di intensità (negativa).

La prima concerne l'inidoneità dell'unione civile a costituire legami di affinità, e dunque a sancire giuridicamente la formazione di una rete di relazioni familiari allargate, che vada oltre il nucleo della coppia¹⁴.

La seconda e ben più grave compressione del diritto all'affettività è riconducibile all'inaccessibilità alla genitorialità diretta della coppia di uniti civilmente e dei conviventi di fatto *same-sex* in quanto tali, non potendo essi ricorrere all'adozione piena né accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita¹⁵.

Com'è noto l'interdetto contenuto nella legge n. 40 del 2004 è stato reputato non in contrasto con i dettami della nostra Carta fondamentale. La Consulta, infatti, con specifico riferimento alle coppie femminili ha ritenuto non predicabile un loro diritto, costituzionalmente garantito, alla genitorialità

¹³ Per una disamina su alcuni di questi problemi mi permetto di rinviare al mio *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 664 ss.

¹⁴ Salvo che per il meta-collegamento, comunque obliquo e indiretto, al discendente e all'ascendente della persona unita civilmente con il contraente ai fini dell'annullabilità del contratto per violenza diretta contro i terzi dell'art. 1, comma 16°, della legge n. 76/2016, di cui s'è detto alla nota 12.

¹⁵ È ammessa, entro certi limiti, la genitorialità della persona omosessuale singola. Essa può essere realizzata in via biologica (senza dubbio ove ipoteticamente attuata "in vivo", e) facendo ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita in paesi, diversi dall'Italia, ove l'accesso è consentito a persone non in coppia. Può altresì attuarsi attraverso l'adozione, ma non nella forma dell'adozione piena, per la quale si richiede che gli aspiranti genitori siano una coppia eterosessuale unita in matrimonio (art. 6, l. 4 maggio 1983, n. 184), bensì unicamente come *adozione in casi particolari*, aperta anche ai singoli. Infatti l'art. 44, l. n. 184/1983, al 3° comma, nei casi di cui alle lettere *a*), *c*) e *d*) ammette l'adozione pure a favore della persona non coniugata (nel caso della lett. *b*), invece, l'unico adottante è però necessariamente sposato con il genitore dell'adottando). Dell'utilizzabilità della lett. *d*) dell'art. 44 per l'adozione del figlio del/la compagno/a di vita delle persone *same-sex*, secondo l'interpretazione estensiva dell'estremo della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» come riferibile ad un'impossibilità giuridica (e non solo materiale), da qualche tempo invalsa, e dei limiti del ricorso all'adozione in casi particolari per la piena tutela degli interessi dei soggetti coinvolti e, *in primis*, di quelli del bambino, si dirà meglio in seguito.

procreativa¹⁶. La decisione articola il proprio assunto su diversi argomenti, tra cui spicca quello dell'asserita emersione nella *Charta* di un paradigma eterosessuale della famiglia come struttura formata da un uomo(-marito) e da una donna (-moglie), volta alla procreazione e alla cura di prole. A questa stregua detto «nucleo familiare» rappresenterebbe per i figli la formazione sociale che assicura le «migliori condizioni di partenza» per il loro sviluppo. Il divieto di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita si fa vieppiù incisivo per le coppie maschili, alle quali si oppone la riprovazione per la tecnica della gpa, presidiata, com'è noto, dalla sanzione penale che ne colpisce la condotta attuativa, e dal rilievo di regola di ordine pubblico del relativo divieto¹⁷.

L'analisi che segue si soffermerà sulla genitorialità negata della coppia *same-sex*, tematizzando alcuni profili emersi nel dibattito scientifico ed in sede giurisprudenziale.

4. Questioni emergenti nel diritto applicato

La "irriconecibilità" del legame parentale in capo al componente della coppia *same-sex* che non presenti legami genetici con il nato o, nel caso della genitorialità femminile, alla donna non abbia dato alla luce il bambino¹⁸, e sempre rammentando il divieto di adozione piena da parte delle coppie *same-sex*, comporta pregiudizi a raggio allargato.

Certamente per l'adulto, al quale viene impedita la realizzazione dell'aspirazione alla genitorialità maturata nel quadro della scelta, squisitamente identitaria e (astrattamente) attuativa della propria personalità, consistente nel dar vita a un legame di coppia omoaffettivo. L'interdizione alla realizzazione di un progetto procreativo o di un percorso adottivo nei confronti delle coppie *same-sex* si risolve in una compressione del loro diritto fondamentale all'affettività (parentale), e ciò unicamente in ragione dell'orientamento sessuale. Inoltre la mancata formalizzazione del rapporto con il nato, laddove la genitorialità si sia attuata *de facto*, costituisce un ostacolo, allo stato pressoché insormontabile, che impedisce all'adulto la continuità del legame affettivo con la prole. Ciò anche solamente in via materiale, qualora la relazione di coppia venga troncata e il genitore *de jure* estenda la cesura del proprio rapporto con il partner ai figli minori comuni. Sul punto si tornerà al § 7.

Viene pregiudicato anche il nato, che si vede limitato nel diritto alla doppia figura genitoriale e nell'acquisizione di legami di parentela con i consanguinei del genitore intenzionale (fratelli e sorelle; nonni, zii, cugini), subendo così un *vulnus* alla propria identità personale e relazionale. Senza dire dell'interruzione traumatica del rapporto affettivo nel caso sopra ricordato della frattura della coppia genitoriale¹⁹.

¹⁶ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *G.U.*, 30 ottobre 2019, n. 44, 1° s.s.. Sulla decisione, oltre al già richiamato nostro *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile)*. *Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, si v. G. Casaburi, «Qui sto. Non posso fare altrimenti»: la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali (femminili), in *Foro it.*, 2019, I, c. 3794 ss.; U. Salanitro, A strange loop. *La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, p. 206 ss.

¹⁷ Sul punto, salvo quanto si dirà *infra* in ordine a una recente ordinanza della prima sezione civile della Corte di cassazione, la giurisprudenza di legittimità ha posto una pietra tombale con la sentenza a sezioni unite 8 maggio 2019, n. 12193, ampiamente commentata in dottrina con accenti differenti.

¹⁸ Applicando i giudici, nel caso di nascita in Italia, il criterio dell'art. 269, comma 3°, cod. civ., che assume la maternità nella donna che abbia partorito, e facendo inoltre leva sull'impossibilità di discostarsi dal paradigma della indefettibile eterosessualità dei due genitori. In questo senso v., ad es., Cass. civ., sez. I, 23 agosto 2021, n. 23320, in *Fam. e dir.*, 2/2022, p. 154 ss., con nota di Diquattro, *Lo status del minore nato in Italia da una coppia di donne*.

¹⁹ Rispetto a quest'ultima ipotesi e in vista della tutela della posizione del minore sarebbe auspicabile la nomina di un cura-

5. Alcune possibili soluzioni

Tra le soluzioni adottate nella prassi applicativa (o che si configurano come astrattamente percorribili) per eliminare o attutire queste situazioni pregiudizievoli e, in positivo, per dare attuazione al diritto all'affettività delle persone omosessuali spicca, com'è noto, il ricorso all'*adozione in casi particolari*, a mente della lett. d) dell'art. 44, l. adoz., del figlio biologico del *partner*: figlio biologico che nella stragrande maggioranza dei casi è sin dalla nascita "di fatto" figlio pure dell'adottante, in quanto frutto di un progetto procreativo voluto e realizzato dalla coppia *same-sex*.

Nonostante esso sia stato più volte additato sia dalla Suprema Corte, sia dai giudici delle leggi, come lo strumento idoneo a dare copertura giuridica al rapporto di filiazione nei confronti del genitore intenzionale, l'istituto ha evidenziato limiti procedurali ed effettuali che ne ridimensionano significativamente l'efficienza in direzione dell'obiettivo perseguito.

Un primo grande ordine di limiti, consistente nella circoscritta portata degli effetti del vincolo solamente alla relazione adottante-adottato, è stato adesso superato con la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 55, l. adoz., nella parte in cui esclude, attraverso il rinvio all'art. 300, 2 comma, cod. civ., l'instaurarsi di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante²⁰. L'Alta Corte ha reputato la previsione incriminata in contrasto con gli artt. 3, 31, 2 comma, e 117, 1 comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU. Essa, infatti, «priva (...) il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni»²¹. La disciplina censurata, continua la Corte, lede al contempo «il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità»²².

Un ulteriore e ancora persistente ordine di limiti concerne, invece, l'esigenza che sussista l'assenso del genitore legale dell'adottando (art. 46, l. n. 184/1983): e poiché detto assenso può mancare in caso di conflitto nella coppia *same-sex*, così come verificatosi nel caso concreto da cui, ad es., è scaturita la questione di legittimità costituzionale esaminata dalla Consulta nella recente sentenza n. 32 del marzo 2021²³, la strada dell'adozione risulta preclusa.

tore speciale.

²⁰ Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, reperibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it. L'ordinanza di rimessione è del Tribunale dei minorenni di Emilia-Romagna del 26 luglio 2021, reg. ord. n. 143 del 2021, pubbl. sulla *G.U.* del 29 settembre 2021, n. 39, 1^a s.s. La pronuncia della Consulta è in realtà sopraggiunta dopo la data (25 marzo 2022) in cui si è svolto il convegno bolognese e quindi la presente relazione. In quel momento, invero, era noto solo il contenuto del Comunicato stampa del 24 febbraio 2022, reperibile sul sito della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it).

²¹ Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit., punto 8.2. del *Considerato in diritto*.

²² *Ibidem*.

²³ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, cit. Nella narrativa si legge che la relazione fra le due donne era cessata e che «l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori) è risultata impraticabile, in quanto l'art. 46 della medesima legge prescrive l'assenso del genitore legale dell'adottando, che, nella specie, è stato negato» (punto 1.1. del *Considerato in fatto*). La madre biologica e legale delle bambine nate nel quadro di un progetto di procreazione medicalmente assistita portato avanti con l'allora compagna di vita, una volta rotta la relazione amorosa non aveva consentito né al riconoscimento, né all'adozione, e vietava loro ogni rapporto con la madre intenzionale.

Non potendo, per i richiamati motivi di tempo, soffermarmi adeguatamente su questi aspetti, mi limito a ricordare come, in via generale, l'adozione in casi particolari risponda all'esigenza di consentire la formalizzazione del vincolo di filiazione nei confronti di un bambino che, salvo il caso della lett. c) dell'art. 44, ossia di minore portatore di handicap e dunque in condizione tale da renderne particolarmente difficile l'adozione, non è in stato di abbandono e gode, pertanto, di un tessuto di rapporti familiari, anche legalmente attestati, che l'ordinamento intende mantenere nel suo esclusivo interesse. In altri termini non si determina una frattura nel vissuto affettivo dell'adottando, come invece avviene con l'adozione piena che, presupponendo lo stato di abbandono del minore, recide i suoi legami con la famiglia di origine. La finalità dell'adozione in casi particolari è semmai di *rafforzare* quel vissuto esistenziale mediante la giuridificazione di un rapporto affettivo che già si è sviluppato in via di fatto e va quanto più possibile armoniosamente connesso alla sfera delle relazioni familiari già sussistenti nella vita del minore²⁴.

La situazione del secondo genitore (o d'intenzione) rispetto al figlio generato nel quadro della relazione amorosa omoaffettiva e di cui si è inteso assumere in via di fatto e sin dalla nascita la responsabilità della cura, della crescita, dell'educazione, è, dunque, significativamente distante da quella dello *step-parent* in senso proprio, contemplata, per le coppie coniugate, alla lett. b) dell'art. 44, l. adoz. In quest'ultima ipotesi, infatti, il figlio è nato da una precedente relazione dell'attuale coniuge dell'adottante, e gode, dunque, nella ordinarietà dei casi, della doppia figura genitoriale. Nell'evenienza che ci occupa, invece, il bambino non ha la possibilità di un duplice legame parentale, e ciò per via dell'anonimato del/la donatore/trice di gameti ed, eventualmente, anche della donna che ha condotto a termine la gravidanza se si è fatto ricorso alla gpa.

Per superare quest'*impasse* si potrebbero prospettare alcune soluzioni.

Con riferimento al necessario assenso del genitore biologico si potrebbe ipotizzare una soluzione di natura negoziale attraverso la formulazione di un consenso "ora per allora" e irrevocabile, manifestato al momento del concepimento o della nascita del bambino. La proposta appare, però, scarsamente accoglibile per vari motivi, primo fra tutti la difficile giustiziabilità di una simile promessa, e per di più per la dubbia ammissibilità del carattere irrevocabile.

Una differente strategia potrebbe consistere nella disapplicazione dell'inciso contenuto nel capoverso dell'art. 46, l. adoz., che recita «salvo che l'assenso sia stato rifiutato dai genitori esercenti la responsabilità genitoriale (...) dell'adottando»²⁵. E ciò al fine di consentire al tribunale di pronunciare ugualmente l'adozione ove ritenga il rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse del minore.

Tale proposta ermeneutica si fonda sulla circostanza che, come rimarcato, nello spettro di operatività della previsione in esame non rientra l'ipotesi dell'adozione del proprio figlio intenzionale da parte del secondo genitore *same sex*, sia perché fattispecie del tutto ignorata dal legislatore nel momento in cui ha concepito l'impianto regolamentare dell'istituto in esame, e sia perché presenta tratti

²⁴ In questo senso v., ad es., Cass. civ., sez. I, ord. 22 novembre 2021, n. 35840, in *CED Cassazione* (rv. 662949-01), che ha sottolineato come l'adozione in casi particolari determini la permanenza di un rapporto affettivo significativo, tale da consentire la non interruzione dei rapporti giuridici e di fatto con la famiglia di origine dell'adottato, facendo sorgere un vincolo giuridico che coesiste e non elide la relazione con quest'ultima. Allo stesso modo, delinea l'adozione in casi particolari ai sensi della lett. d) dell'art. 44 Cass. civ., sez. un., 13 maggio 2020, n. 8847, in *CED Cassazione* (rv. 657658-01), come fattispecie che, facendo leva sull'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatasi con altri soggetti che se ne prendono cura, costituisce una clausola di chiusura del sistema, volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa, all'unica condizione della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», da intendersi non già come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo.

²⁵ Ovviamente abbastanza incongruo e di assoluta rarità è, nella specie, il richiamo al mancato assenso del coniuge convivente dell'adottando, sempre contenuto nell'art. 46, cpv., l. n. 184/1983.

d'assoluta peculiarità rispetto alle altre ipotesi sussumibili nel dettato dell'art. 44 l. n. 184/1983, e che la rendono un'evenienza a se stante. La prescrizione dell'art. 46 l. adoz., pertanto, laddove impedisce che il tribunale possa superare, se ingiustificata o se contraria all'interesse del minore, l'opposizione del/i genitore/i esercenti la responsabilità su di lui (ovvero del coniuge dell'adottando con lui convivente), non si attaglia a tutelare l'interesse di cui è portatore il figlio della coppia omoaffettiva, ossia a superare la condizione di monogenitorialità (formale) alla quale è altrimenti condannato. L'impossibilità di saldare giuridicamente la relazione instaurata in fatto con il genitore intenzionale comporta un grave *vulnus* alla persona del figlio, al suo diritto fondamentale alla identità affettiva, familiare, sociale. Caducando, invece, in via interpretativa l'inciso del 2 comma dell'art. 46, l. n. 184/1983, che impedisce al tribunale di pronunciare ugualmente l'adozione ove ritenga ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando il rifiuto proveniente dai genitori o dal coniuge dell'adottando, si ottiene una norma corrispondente al disposto dell'art. 250 cod. civ. che, a proposito del secondo riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio, contempla, com'è noto, il ricorso al giudice per ottenere il provvedimento che tenga luogo del consenso mancante del primo genitore, ove il rifiuto non risponda all'interesse del figlio. L'uniformità di disciplina che ne risulterebbe evidenzia l'affinità delle fattispecie regolate e la comune tensione alla realizzazione del superiore interesse del minore, in concreto apprezzato dal giudice. In entrambe, infatti, si tratta di consentire al figlio di poter conseguire la doppia figura genitoriale, e ciò in presenza di una volontà in tal senso dell'adulto che lo ha generato (nel caso della filiazione fuori del matrimonio) ovvero che ha condiviso con il primo genitore biologico il progetto procreativo e la cura del figlio dopo la sua nascita (nell'adozione da parte del secondo genitore omoaffettivo). La soluzione suggerita appare, inoltre, costituzionalmente conforme, perché impedisce una possibile duplice irragionevole difformità di trattamento dei minori nati da una coppia omoaffettiva attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita. La prima discrasia si può venire a configurare tra questi bambini e gli altri minori per i quali è stata concepita dal legislatore l'adozione in casi particolari. Per questi ultimi, infatti, l'estremo del necessario (e insuperabile) assenso del/i genitore/i dell'art. 46 è funzionale al perseguimento del loro superiore interesse. Nelle ipotesi contemplate dall'art. 44 si tratta, come accennato, di costituire o ricostituire una (bi-)genitorialità che chiamo qui brevemente "per consenso" al posto di quella biologica venuta meno, come nel caso del minore orfano di cui alla lett. a) dell'art. 44. Ovvero si tratta di aggregare una nuova genitorialità costituita *de facto* a quella preesistente e non scalfibile dal provvedimento giudiziale, come nell'adozione da parte del coniuge del genitore di cui alla lett. b) o della cosiddetta adozione mite di cui alla lett. a) o lett. d) "prima maniera". Il requisito del necessario consenso del genitore legale, la cui assenza non è superabile dal tribunale, non appare, al contrario, idoneo a perseguire l'interesse del figlio della coppia *same-sex* alla formalizzazione della relazione affettiva instaurata con il genitore sociale; interesse che, ovviamente, il tribunale dovrà apprezzare sulla base delle circostanze del caso concreto.

La seconda possibile difformità di trattamento, che pure prefigura un contrasto con il parametro della ragionevolezza, si delinea nei confronti degli stessi nati da procreazione medicalmente assistita praticata da coppie dello stesso sesso. A ben vedere, infatti, minori appartenenti alla medesima categoria possono ritrovarsi ad avere un diverso *status* di figlio - con o senza una doppia figura genitoriale giuridicamente accertata - in dipendenza di un elemento aleatorio, imponderabile, e del tutto estraneo alla loro volontà e possibilità di influenza, qual è la persistenza o no della relazione amorosa tra i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita. Il che si traduce in una tanto innegabile quanto intollerabile violazione del precetto di uguaglianza²⁶.

²⁶ La disarmonia è stata segnalata dalla Consulta nella richiamata decisione n. 32 del 2021 al punto 2.4.1.4. del *Considerato in diritto*.

6. Segue

Altre soluzioni offerte nel diritto applicato vanno distinte in base al sesso maschile o femminile della coppia di aspiranti genitori - la irricevibilità della gestazione per altri nel nostro ordinamento viene ripetutamente rintracciata dai giudici costituzionali e di legittimità nel suo essere pratica intollerabilmente lesiva della dignità della donna, che «mina nel profondo le relazioni umane»²⁷ - (sul punto non mi soffermerò), ed in relazione alla circostanza che la nascita del bambino sia avvenuta all'estero ovvero in Italia, aspetto su cui farò qualche breve considerazione.

Com'è noto, quando si tratta di trascrivere un provvedimento straniero che attesta la omogenitorialità viene in rilievo la questione della sua conformità all'ordine pubblico internazionale. La giurisprudenza di legittimità sembra ormai consolidata nell'orientare il proprio vaglio attraverso un setaccio a maglie più larghe di quello utilizzabile quando si misura con l'ordine pubblico interno, giacché lo scrutinio va operato «alla stregua dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali»²⁸. Così i giudici di legittimità hanno ritenuto di ammettere la trascrizione dell'atto di nascita nel quale sono indicate due mamme²⁹, e l'adozione piena da parte di una coppia maschile³⁰, essendo escluso in quest'ultimo caso che il bambino sia stato procreato con il ricorso alla gestazione per altri, data la profonda e insanabile riprovazione di detta pratica nel nostro ordinamento, di cui s'è detto³¹.

Nel caso in cui, invece, la nascita si avvenuta in Italia (questa ipotesi concerne elettivamente le coppie femminili), dalle recenti pronunce della S.C. si evidenzia una netta chiusura dei giudici di legittimità dopo le pronunce gemelle della Corte costituzionale nn. 32 e 33 del 2021. Chiusura che si estrinseca nel riformare le decisioni di merito che hanno ammesso la costituzione di una bigenitorialità femminile attestata nei registri dello stato civile sulla base della assunzione volontaria, responsabile, consapevole e condivisa del ruolo parentale (per lo più tramite il riconoscimento del figlio attuato dalla mamma intenzionale ai sensi dell'art. 250 cod. civ., ovvero facendo valere il consenso prestato

²⁷ Corte cost., n. 272 del 2017; n. 33 del 2021; n. 79 del 2022.

²⁸ V., ad es., Cass. civ., sez. I, 23 agosto 2021, n. 23320, in *Fam. e dir.*, 2/2022, p. 154 ss., con nota di Diquattro, *Lo status del minore nato in Italia da una coppia di donne*, punto 8.4. della motivazione, che richiama Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Giur. it.*, 2020, p. 543 ss., con nota di Valongo, *La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione*.

²⁹ Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2017, I, p. 372 ss., con nota di Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 1718 ss., con nota di Palmeri, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*.

³⁰ Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Fam. e dir.*, 2021, p. 992 e ss., con note di Figone, *L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico*; Recinto, *Le "pericolose oscillazioni" della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata*; Sesta, *Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade*.

³¹ La posizione di chiusura della giurisprudenza nei riguardi della condizione dei figli nati da coppie gay che hanno fatto ricorso alla gpa potrebbe subire un ripensamento a seguito della recente ordinanza del 21 gennaio 2022, n. 1842, con cui la I sezione della S.C. ha rimesso gli atti al primo Presidente sollecitando una interpretazione adeguatrice e costituzionalmente (e convenzionalmente) conforme dell'art. 12 e 9 della l. n. 40/2004, per superare l'inerzia del legislatore dopo il monito avanzato dalla Corte costituzionale n. 33 del 2021 e al fine di superare il vuoto normativo accertato in relazione alla tutela dei figli nati da gpa a seguito della pronuncia di inammissibilità della medesima Corte costituzionale.

all'atto della fecondazione eterologa della compagna di vita, a mente dell'art. 8 e dell'art. 6, l. n. 40 del 2004)³².

In sostanza, salvo il ricorso all'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983, che è però procedimento che interviene necessariamente dopo un certo periodo dalla nascita del bambino e che presenta i limiti di cui s'è detto, l'omogenitorialità *tour court*, ossia realizzabile *ab origine* in coppia, stenta a trovare ingresso nel nostro ordinamento. Ciò sulla base del rilievo che la sede ideale di nascita e crescita del bambino sia la famiglia eterosessuale³³. In omaggio a quest'assunto la S.C. ritiene non conforme a diritto l'interpretazione, accolta dalle corti di merito³⁴, costituzionalmente orientata, dell'art. 8 e 6 della legge n. 40 del 2004, che lega l'assunzione della genitorialità al consenso manifestato dai *partner* al momento dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

7. Il difficile percorso per garantire la conservazione della relazione affettiva

Venendo, infine, allo strumentario di tutela del diritto all'affettività nel caso di venga in gioco la conservazione del rapporto con il genitore d'intenzione (e con la famiglia sociale allargata) una volta intervenuta la crisi della coppia e instauratasi una conflittualità tra gli ex uniti o partner di fatto, il panorama risulta assai rarefatto.

La positiva affermazione in via astratta della continuità della relazione affettiva del minore nei confronti del genitore di fatto trova una prima significativa sporgenza nella decisione della Corte costituzionale, che ha implicitamente ammesso la rilevanza del rapporto parentale instauratosi tra la mamma intenzionale e i figli (biologici) della compagna, nati a seguito di un comune progetto di genitorialità avviato, realizzato e poi svolto insieme per un cospicuo periodo di tempo³⁵.

Di recente una questione analoga a quella che ha dato origine alla pronuncia della Corte costituzionale del 2016 è stata sottoposta al vaglio della I sezione della S.C.³⁶. Il caso origina dalla domanda formulata, a norma degli artt. 333 e 336 cod. civ., da una mamma sociale e intenzionale di due bambine, che chiedeva di disporre la limitazione della responsabilità genitoriale della *ex* compagna, madre biologica delle gemelle nate dalla compagna a seguito di fecondazione assistita in vitro, con consenso

³² Cass. civ., sez. I, 25 febbraio 2022, n. 6383, in *Diritto & Giustizia*, 28 febbraio 2022, fasc.40, pag. 7 ss., con nota di Di Lallo, *Figlia di due donne: no alla rettifica dell'atto di nascita perché la soluzione, attualmente, è l'adozione in casi particolari*; Cass. civ., sez. I, ord. 7 marzo 2022, n. 7413, in *DeJure*.

³³ In questo senso Cass. civ., sez. I, 23 agosto 2021, n. 23320 e n. 23321, *citt.*; Cass. civ., sez. I, 25 febbraio 2022, n. 6383, *cit.*; Cass. civ., sez. I, ord. 7 marzo 2022, n. 7413, *cit.*

³⁴ V., ad es., App. Cagliari, 28 aprile 2021, in *DeJure*; Trib. Milano, 23 settembre 2021, in *Ilfamiliarista.it*, 15 febbraio 2022, con nota di Parisi, *Minore nato all'estero da gpa: il tribunale di Milano dice sì al riconoscimento della doppia paternità con trascrizione integrale dell'atto di nascita*.

³⁵ Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225.

³⁶ Cass. civ., sez. I, ord. 17 febbraio 2021, n. 4198. Nella narrativa si legge, inoltre, che la vita familiare tra la coppia e le due figlie era proseguita per cinque anni dalla nascita delle bambine. Dopo la cessazione della relazione amorosa e la coabitazione tra le due donne, la madre sociale aveva continuato a frequentare regolarmente le bambine, ad accudirle e a curarle in forza di delega della madre biologica. Tuttavia in un momento successivo la madre biologica aveva revocato l'autorizzazione e vietato alla *ex* compagna di vita di intrattenere rapporti con le figlie. Costei, di conseguenza, lamentava la grave lesione del diritto alla continuità affettiva delle minori, essendo queste a lei legate da un autentico vincolo filiale.

scritto di entrambe, sulla base di un progetto di genitorialità condiviso. L'istante chiedeva di essere reintegrata nella facoltà di visita, accudimento e frequenza delle due minori, invocando il loro preminente interesse.

I giudici di legittimità hanno sottolineato la particolare rilevanza e novità delle questioni poste al proprio vaglio «in ordine alla figura del cd. "genitore sociale", nell'ambito di un rapporto di fatto tra persone dello stesso sesso (seppure non risultante inquadrato nell'ambito di un'unione come disciplinata dalla L. n. 76 del 2016)». Più precisamente, hanno reputato di «particolare rilevanza le questioni della legittimazione alla proposizione del ricorso principale e della necessità di nomina del curatore speciale», e rimesso, per tali ragioni, la causa all'udienza pubblica³⁷.

Al di là dei provvedimenti che possano essere assunti dai giudici e della loro concreta attuazione, purtroppo non evidenziabile dai repertori giurisprudenziali, resta la constatazione di una lacuna nello strumentario normativo che possa efficacemente rispondere al bisogno di tutela evidenziato.

Guardando ad altri ordinamenti per rintracciare un possibile modello di regolamentazione, viene in rilievo l'esperienza francese. Segnatamente, il disposto del 2° comma dell'art. 371-4 *code civil*, a mente del quale è possibile ottenere dal *juge aux affaires familiales* la determinazione di misure idonee a conservare il legame familiare instaurato in via di fatto da un adulto - e specificamente di un genitore d'intenzione - con un minore, ove ciò risponda all'interesse di questi³⁸. La norma richiede che l'adulto abbia vissuto stabilmente con il bambino e con uno dei suoi genitori, abbia provveduto alla sua educazione e al suo mantenimento, ed abbia costruito col minore duraturi legami affettivi. In sostanza, prefigura proprio l'ipotesi della conservazione del vincolo instaurato tra il genitore sociale e il figlio nel momento in cui la convivenza cessa per rottura della vita di coppia³⁹.

Interessante sembra poi essere il progetto di legge tedesco sulla *Verantwortungsgemeinschaft*, di cui ha dato notizia la stampa, in base al quale pare si possa fondare un legame giuridicamente rilevante sulla scelta libera e responsabile dei suoi protagonisti.

³⁷ L'udienza dovrebbe tenersi nel maggio 2022 (ringrazio per l'informazione l'avv. Alexander Schuster e il Presidente di Rete Lenford, l'avv. Vincenzo Miri).

³⁸ «Article 371-4. L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables».

³⁹ Non va dimenticato, inoltre, come strumento cui ricorrere in caso di accordo tra i componenti della coppia, l'istituto della delega della responsabilità familiare, di cui agli artt. 377 e ss. *Code civil* (nel testo modificato nel 2019): reperibile su https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006150093?etatTexte=VIGUEUR&anchor=LEGISCTA000006150093#LEGISCTA000006150093 (accesso del 1° aprile 2022).