

EDITORIALE – 9 MARZO 2016

L'approvazione del ddl Cirinnà fra  
riconoscimento dei diritti  
e scontro ideologico

di Marilisa D'Amico  
Professore ordinario di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Milano



# L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico

**di Marilisa D'Amico**

Professore ordinario di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Milano

**Sommario:** 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il quadro giurisprudenziale e la scelta del DDL Cirinnà. – 3. Il contenuto del testo approvato al Senato: quali diritti, quali doveri. – 4. La cd. stepchild adoption e i riconoscimenti giurisprudenziali. – 5. Il fantasma della maternità surrogata. – 6. Quale laicità?

## 1. Considerazioni introduttive

È stato appena approvato, dopo mesi di accesa discussione in Senato e con il ricorso alla fiducia, il testo recante la *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, cd. DDL Cirinnà.

In attesa della sua approvazione definitiva alla Camera, che dovrebbe essere scontata alla luce del numero di parlamentari afferenti alla maggioranza in questo ramo del Parlamento, è possibile riflettere non solo sul contenuto del disegno di legge, a seguito dell'emendamento che ha “imposto” con il ricorso alla fiducia una “mediazione” rispetto alla versione originaria, ma anche sullo scontro ideologico che si è consumato in Parlamento sull'approvazione di una disciplina che si attendeva da anni e che sembrava dovuta, in ragione del contesto europeo, ma, soprattutto, delle pronunce della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Questo scontro testimonia come in Italia, sulle tematiche che riguardano i diritti fondamentali, la strada “laica” del confronto e del bilanciamento sia veramente sempre più ardua da percorrere, prevalendo logiche diverse, che portano anche gli stessi principi costituzionali all'impossibilità di essere bilanciati.

Del resto, il dibattito parlamentare ha messo chiaramente in evidenza l'inadeguatezza dei nostri rappresentanti rispetto all'importanza del tema poiché non si sono fatti carico di un confronto e di soluzioni ampiamente condivise: di ciò è riprova la circostanza che la commissione Giustizia



del Senato non abbia concluso i suoi lavori, che il testo sia arrivato in Parlamento senza che ci fosse un reale accordo fra le forze politiche, che in Aula la maggioranza favorevole al testo della riforma sia cambiata, avendo i parlamentari del Movimento cinque stelle modificato la loro opinione, e che sia stato imposto un altro tipo di mediazione che ha modificato il testo di legge eliminando la cd. stepchild adoption e che questa mediazione sia stata imposta dall'alto dal Governo con il ricorso alla fiducia.

## **2. Il quadro giurisprudenziale e la scelta del DDL Cirinnà**

Diversamente dal legislatore, la giurisprudenza interna e sovranazionale ha da tempo riconosciuto i diritti delle famiglie di fatto e delle coppie omosessuali, evidenziando allo stesso tempo la necessità di una regolamentazione legislativa in materia.

Il tema della famiglia “tradizionale” e delle “famiglie di fatto”, infatti, si è imposto nella giurisprudenza costituzionale, in particolare in due pronunce – la sent. 138 del 2010<sup>1</sup> e la sent. 170 del 2014<sup>2</sup> – in relazione al riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali.

La sentenza n. 138 del 2010 ha dichiarato inammissibile la questione, sollevata dal Tribunale di Venezia e dalla Corte di Appello di Trento in riferimento agli artt. 2, 3, 29 e 117, primo comma, Cost., relativa alle norme del codice civile che non consentono alle persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio.

In questa occasione, la Corte valorizza la distinzione tra la “famiglia tradizionale”, che trova fondamento nell'art. 29 Cost., e le diverse forme di convivenza tutelate all'art. 2 Cost.

Mediante un'affermazione di principio, la Corte costituzionale ha scelto di includere l'unione omosessuale, “intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia”, nel novero delle formazioni sociali protette dall'art. 2 Cost.

L'art. 29 Cost., invece, “non prende in considerazione le unioni omosessuali, bensì si riferisce al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto”. Secondo la Corte, infatti,

---

<sup>1</sup> Corte cost., sent. n. 138 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1604 e ss., sulla quale si consenta il rinvio a M. D'Amico, “Una decisione ambigua”, in *Notizie di Politeia*, 2010, p. 85 e ss.; si vedano, anche, R. Romboli, “La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni”, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2011; A. Pugiotto, “Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio”, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2010.

<sup>2</sup> Corte cost., sent. n. 170 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2694 e ss., con note di F. Saitto, “L'incostituzionalità del ‘divorzio imposto’ tra rettificazione di sesso e tutela del ‘pregresso vissuto’ della coppia”, *ivi*, p. 2706 e ss., e di F. Biondi, “La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio ‘imposto’: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto”, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014.



l'interpretazione della appena citata norma costituzionale non può spingersi sino ad “includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata”. I Costituenti infatti, “tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso”.

È particolarmente significativo il fatto che la Corte si rivolga al Parlamento, con un monito rafforzato e rimasto per anni inascoltato, al fine di individuare, “nell’esercizio della sua piena discrezionalità”, “le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali”.

I principi contenuti nella sentenza n. 138 del 2010 sono stati ribaditi e rafforzati dalla Corte nella sentenza n. 170 del 2014, la quale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della disciplina che determina lo scioglimento del matrimonio in caso di rettificazione del sesso da parte di uno dei coniugi, senza prevedere, laddove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con un’altra forma di convivenza registrata.

La Corte rivolge nuovamente un monito al legislatore e, sulla stessa linea della sent. n. 138 del 2010, afferma come sia “innegabile che la condizione dei coniugi che intendano proseguire nella loro vita di coppia, pur dopo la modifica dei caratteri sessuali di uno di essi, con conseguente rettificazione anagrafica, sia riconducibile a quella categoria di situazioni ‘specifiche’ e ‘particolari’ di coppie dello stesso sesso, con riguardo alle quali ricorrono i presupposti per un intervento di questa Corte per il profilo, appunto, di un controllo di adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore”. In entrambe le pronunce, dunque, la Corte costituzionale afferma e ribadisce il diritto fondamentale delle coppie omosessuali a vivere liberamente la loro condizione di coppia ex art. 2 Cost., invitando il legislatore a individuare forme di riconoscimento e garanzia di tale diritto.

Nonostante i moniti della Corte costituzionale il vuoto legislativo permaneva. Ed è a causa della persistente inerzia del legislatore che la Corte europea dei diritti dell’uomo, nel luglio del 2015 nel caso *Oliari e altri c. Italia*, ha condannato l’Italia per l’omessa definizione di tutele per le coppie conviventi dello stesso sesso<sup>3</sup>.

La Corte di Strasburgo osserva non solo come dall’esame del contesto italiano emerga “l’esistenza di un conflitto tra la realtà sociale dei ricorrenti che prevalentemente vivono in Italia la loro relazione apertamente, e la legislazione che non fornisce loro alcun riconoscimento

---

<sup>3</sup> Sulla decisione della Corte Edu si vedano le osservazioni di C. Nardocci, “Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo. Brevi note a commento della sentenza *Oliari e altri c. Italia*”, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2015.



ufficiale sul territorio”, ma anche come le pronunce delle massime autorità giudiziarie italiane, Corte costituzionale e Corte di cassazione, che “hanno dato ampio risalto all’esigenza di riconoscere e tutelare tali relazioni”, siano rimaste inascoltate dal legislatore.

Proprio l’assenza totale di una regolamentazione organica e l’inerzia del legislatore a fronte delle pronunce giurisdizionali inducono la Corte europea a sancire la violazione dell’art. 8 CEDU, dal quale discende un obbligo positivo in capo agli Stati di riconoscere una qualche forma di riconoscimento alle unioni omosessuali. Sulla stessa linea della giurisprudenza precedente, la Corte esclude la violazione del diritto al matrimonio di cui all’art. 12 CEDU in combinato disposto con l’art. 14 CEDU, ribadendo la natura non convenzionalmente imposta del diritto al matrimonio, la cui introduzione è rimessa alle scelte discrezionali degli Stati contraenti.

In generale, si può affermare che il testo del DDL Cirinnà risponde all’obbligo internazionale imposto dalla Corte Edu di fornire una “qualche forma di tutela” alle coppie dello stesso e che esso è sostanzialmente scritto per rispondere ai principi, discutibilissimi, affermati dalla Corte costituzionale – nelle sentenze n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014 - che riserverebbero la tutela di cui all’art. 29 Cost. solo alle coppie eterosessuali.

A riguardo è interessante rileggere le parole di Aldo Moro, il quale affermava che “quando si afferma che la famiglia è una società naturale, si intende qualcosa di più dei diritti della famiglia. Non si tratta soltanto di riconoscere i diritti naturali della famiglia, ma di riconoscere la famiglia come società naturale, la quale abbia le sue leggi e i suoi diritti di fronte ai quali lo Stato, nella sua attività legislativa, si deve inchinare”. Così Bessone riteneva nel primo commento all’art. 29 Cost. che, “Lungi dall’evocare un storico diritto di natura, il termine naturale significa che l’art. 29 attribuisce al matrimonio la funzione di una struttura familiare storicamente aperta ai processi di revisione del suo regime (e delle sue forme) di tempo in tempo occorrenti per conformare l’istituto alle esigenze di una formazione sociale assolutamente peculiare”.

Al contrario, l’interpretazione del Giudice costituzionale, non tenendo conto dell’evoluzione della società, sembra trasformare una fattispecie “aperta e innovativa” in una norma “esclusiva e chiusa”.

Tuttavia, saggiamente, il Parlamento ha voluto, per ora, attenersi a questa interpretazione, che vorrebbe una disciplina distinta, quella per le coppie omosessuali fondata sull’art. 2 Cost. e quella per le coppie eterosessuali fondata sull’art. 29 Cost.

Da qui la scelta del testo di seguire il modello tedesco e quindi di chiamare la disciplina “Unioni civili” e non “matrimonio”.



Attenzione, però: la Corte parla di due discipline generali, poste sullo stesso piano, e facendo riferimento all'art. 2 Cost., che tutela la dignità della persona, non esige, né tantomeno autorizza che ci siano coppie di serie A e di serie B (o C)<sup>4</sup>. Tutte le discussioni sul fatto che a partire dalle sentenze potrebbe legittimarsi una disciplina che non riconosca pari diritti (e doveri) oppure sul fatto che il DDL Cirinnà non possa equiparare le discipline con il rinvio al codice civile, perché si tratterebbe di istituti del tutto diversi, non trovano alcun fondamento nelle medesime decisioni e anzi risultano contrarie all'impianto della nostra Costituzione, come interpretato dal Giudice costituzionale.

### **3. Il contenuto del testo approvato al Senato: quali diritti, quali doveri**

Il testo del cd. DDL Cirinnà<sup>5</sup> (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*) è stato approvato dal Senato il 25 febbraio 2016 in un unico articolo a seguito di posizione di voto di fiducia da parte del Governo e si propone di introdurre la prima disciplina organica relativa, da un lato, alle unioni fra persone che appartengono allo stesso sesso e, dall'altro lato, alla convivenza di fatto.

Un primo tratto caratterizzante della proposta in commento attiene alla scelta di circoscriverne l'applicabilità delle unioni civili alle sole coppie composte da persone dello stesso sesso, con ciò operando una scelta particolarmente vicina a quella del modello tedesco, *Eingetragene Lebenspartnerschaft* (LPartG).

In proposito, merita precisare che tale proposta si inserisce in un contesto che ha visto la stesura di numerose proposte di legge suddivisibili schematicamente innanzitutto in due categorie: in una prima categoria, possono collocarsi quelle proposte che miravano a un'estensione del diritto al matrimonio anche alle coppie composte da persone dello stesso sesso; nella seconda, hanno trovato spazio proposte che, come la presente, ritenevano necessario procedere alla creazione per via legislativa di un istituto giuridico nuovo, analogamente a quanto accaduto in alcuni Stati membri dell'Unione Europea tramite l'istituto delle c.d. *civil partnerships*. Entro quest'ultima tipologia di intervento è, poi, possibile operare un'ulteriore distinzione a seconda che l'istituto

---

<sup>4</sup> Su tali profili sia consentito il rinvio alle più ampie considerazioni svolte in M. D'Amico, "Diritti LGBT e 'nuove famiglie' in Italia", in M. D'Amico - C. Nardocci - M. Winkler (a cura di), *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d'America*, FrancoAngeli, Milano, 2014.

<sup>5</sup> Per un'analisi della originaria versione del testo e dei suoi profili di compatibilità con il dettato costituzionale, si consenta il rinvio all'Audizione resa da M. D'Amico, presso la Commissione Giustizia del Senato della Repubblica in data 14 gennaio 2015 e pubblicata su Osservatorio dell'Associazione Italiana Costituzionalisti.



dell'unione civile venga riservato in via esclusiva alle sole coppie composte da persone dello stesso sesso oppure sia destinato anche alle coppie eterosessuali.

Quanto ai contenuti, la proposta di legge prevede che la coppia omosessuale maggiorenne possa costituire un'unione civile mediante una dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile e alla presenza di due testimoni.

L'ufficiale di stato civile provvederà poi alla registrazione degli atti di unione civile nell'archivio dello stato civile. La norma elenca le cause impeditive per la costituzione dell'unione civile stessa. La costituzione dell'unione civile comporta il rilascio di un documento attestante lo stato dell'unione civile tra i due componenti.

Dal punto di vista della normativa applicabile all'unione civile, la proposta rinvia a buona parte della disciplina dettata dal codice civile con riferimento al matrimonio, sopperendo così all'irragionevolezza delle disparità di trattamento riscontrabili tra coppie coniugate e coppie omosessuali.

Non è consentita l'adozione, per la quale non viene modificata la disciplina attualmente vigente di cui alla legge n. 184 del 1983. Occorre segnalare che con l'approvazione del DDL da parte del Senato è stata eliminata la previsione che consentiva l'adozione del figlio naturale del partner (c.d. *stepchild adoption*)<sup>6</sup>.

La proposta di legge interviene, infine, non soltanto sulla regolamentazione del complesso di diritti e di doveri derivanti dall'istituto, ma anche sulla patologia dell'unione civile come emerge dalle disposizioni dedicate allo scioglimento dell'unione.

Sulle convivenze, invece, si dispone che si intendono "conviventi di fatto" due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile.

I conviventi possono regolare i relativi rapporti patrimoniali con un vero e proprio contratto di convivenza che può risolversi per accordo delle parti, per recesso unilaterale o in caso di matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra uno di questi e un'altra persona, oltre che per morte di uno dei contraenti. Il testo del disegno di legge riconosce ai conviventi i diritti connessi all'assistenza nelle carceri e negli ospedali, garantendo la possibilità di rappresentanza per le

---

<sup>6</sup> In generale, sui profili di legittimità costituzionale dell'accesso alla valutazione di idoneità all'adozione non solo per le coppie omosessuali ma anche dei singoli individui, si veda B. Liberali, "L'adozione dei single e delle coppie omosessuali", in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

decisioni da assumere nei casi di malattie che comportino l'incapacità di intendere e volere e nei casi di morte.

Più in generale, il convivente di fatto può essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno. Ancora con riferimento ai casi di morte, il DDL prevede la possibilità di successione nei contratti di locazione e, qualora la morte sia causata da un fatto illecito di un terzo, il diritto al risarcimento del danno. Ai conviventi verrebbe riconosciuta la possibilità di inserimento nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare.

Merita da ultimo segnalare che con il DDL Cirinnà si recepiscono le indicazioni della Corte costituzionale (sent. n. 170 del 2014), prevedendosi che qualora uno dei coniugi rettifichi il proprio sesso si possa automaticamente convertire in unione civile il vincolo matrimoniale.

#### **4. La cd. stepchild adoption e i riconoscimenti giurisprudenziali**

Come si è visto, con l'approvazione del disegno di legge da parte del Senato, il 25 febbraio 2016, è stata eliminata la norma che consentiva alle coppie omosessuali di ricorrere alla c.d. stepchild adoption (art. 5), che permetteva, cioè, di adottare il figlio del compagno o della compagna nell'ambito di una coppia dello stesso sesso che aveva stipulato un'unione civile. Tale istituto, oggetto di aspro dibattito, è divenuto nel confronto parlamentare il "grimaldello" utilizzato per innescare tutte le obiezioni più generali.

Anche su questa previsione le idee non erano molto chiare nella società e forse neppure in Parlamento: le famiglie omogenitoriali e i bambini esistono e quella sulla cd. stepchild adoption doveva essere una disposizione introdotta per proteggere i bambini e per estendere la responsabilità genitoriale al compagno del genitore biologico.

A tale riguardo occorre segnalare che i giudici comuni hanno già consentito l'ingresso entro l'ordinamento nazionale di forme di second-parent adoption.

Ci si riferisce, anzitutto, a due importanti decisioni del Tribunale di Roma (Tribunale per i minorenni di Roma sentenze del 30 giugno 2014 e del 22 ottobre 2015) – la prima confermata, di recente, anche in grado di appello (Corte d'Appello di Roma, sentenza depositata in data 23 dicembre 2015) – in cui i giudici comuni hanno disposto l'adozione da parte della compagna della figlia naturale della partner omosessuale, incardinando le rispettive pronunce sull'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 183 del 1984, che consente di estendere l'operatività dell'istituto in relazione a "tutti quei casi non esemplificabili che nella realtà possono presentarsi e che non possono farsi rientrare nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c)" del medesimo art. 44, al fine di assicurare adeguata tutela al superiore interesse del minore.



In particolare, nella sentenza del 30 luglio del 2014 il Tribunale di Roma consente l'adozione da parte della convivente, facendo leva sull'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983, il quale – ad avviso del giudice – “risponde all'intenzione del Legislatore di voler favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura del minore stesso”. Del resto, una lettura diversa “sarebbe contraria alla ratio legis, al dato costituzionale nonché ai principi di cui alla Cedu di cui l'Italia è parte”.

Analogamente merita di essere ricordata una pronuncia del 16 ottobre del 2015 della Corte d'Appello di Milano. In questo caso, la Corte d'Appello ha riconosciuto la validità e ordinato la trascrizione di un provvedimento spagnolo mediante la quale una donna italiana ha adottato in Spagna la figlia della coniuge (anche se poi divorziata), nata con fecondazione eterologa. La Corte d'Appello, pur rigettando la domanda di trascrizione del matrimonio contratto in Spagna, e della successiva sentenza di divorzio, ha riconosciuto, facendo leva sull'interesse superiore del minore, che non può essere considerato “contrario all'ordine pubblico un provvedimento straniero che abbia statuito un rapporto di adozione piena tra una persona non coniugata e il figlio riconosciuto del partner, anche dello stesso sesso”. Decisiva nella ricostruzione operata dalla Corte d'Appello è la necessità di garantire il “diritto fondamentale” del minore “di continuare a godere dell'apporto materiale e affettivo delle due persone che da molti anni si sono assunte la responsabilità genitoriale nel suo interesse”.

Sempre in riferimento alla stepchild adoption, nel novembre del 2014 è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dal Tribunale di Bologna, chiamato a decidere sul riconoscimento della sentenza con cui negli Stati Uniti era stata disposta l'adozione del figlio della compagna in una coppia di persone dello stesso sesso, entrambe cittadine americane. Più precisamente il Tribunale di Bologna dubitava della legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge 184 del 1983, nella parte in cui impediscono il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato l'adozione di un minore, figlio biologico di una donna, in favore della partner della stessa a lei unita in matrimonio. La Corte costituzionale ha, tuttavia, dichiarato inammissibile la questione poiché – si legge nel comunicato della Corte del 24 febbraio 2016 – “il Tribunale di Bologna ha erroneamente trattato la decisione straniera come un'ipotesi di adozione da parte di cittadini italiani di un minore straniero (cosiddetta adozione internazionale), mentre si trattava del riconoscimento di una sentenza straniera, pronunciata tra stranieri”.

Il giorno seguente la decisione della Corte costituzionale, il 25 febbraio 2016, il Senato ha approvato il disegno di legge, eliminando il riferimento alla stepchild adoption.



Resta da capire se, in assenza di una regola che permetta, ma anche di una regola che vieti la cd. stepchild adoption, ci saranno giudici che ancora seguiranno la strada tracciata dal Tribunale e dalla Corte d'Appello di Roma. È presumibile che una parola (quasi) definitiva sulla possibilità di ricorrere comunque all'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983 verrà dalla Corte di cassazione.

## **5. Il fantasma della maternità surrogata**

In relazione all'istituto della cd. stepchild adoption originariamente prevista del DDL Cirinnà, nel corso del vivace dibattito parlamentare si è accostata alla regolamentazione delle unioni civili la pratica della maternità surrogata, che si inserisce invece nel diverso settore delle pratiche di fecondazione assistita e alla quale possono ricorrere – come spesso ricorrono – recandosi all'estero le coppie eterosessuali che non possono utilmente accedere alle tecniche procreative assistite di tipo omologo o eterologo.

Come è noto infatti l'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 vieta in modo assoluto il ricorso alla pratica della maternità surrogata, punendone la condotta con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

Con l'espressione “maternità surrogata” si intende fare riferimento a diversi tipi di tecniche<sup>7</sup>, in cui viene coinvolta una donna per portare avanti la gestazione per conto di una coppia committente. Si può pertanto individuare, da un lato, la surrogazione di maternità omologa, laddove la donna gestante accolga nel proprio utero un embrione creato con gameti appartenenti alla stessa coppia committente, dall'altro quella eterologa, laddove l'embrione è formato con il gamete femminile della donna gestante o con quello di una terza donna (e non dunque con quello della “madre committente”), mentre il gamete maschile può provenire o da un donatore esterno alla coppia oppure dal componente maschile della coppia committente.

La giurisprudenza di merito è stata chiamata in diverse occasioni a occuparsi delle problematiche sottese al ricorso a questa pratica, prima che venisse introdotto il divieto di cui all'art. 12.

In particolare, vengono in rilievo le decisioni del Tribunale di Monza<sup>8</sup>, che ha annullato per contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume il contratto stipulato fra una coppia committente e una donna surrogata, che si era impegnata a rinunciare a ogni diritto sul nato a

---

<sup>7</sup> Rispetto alle quali si rinvia anche a M. Dell'Utri, “Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione”, in *Giur. di merito*, 2010, II, p. 358 e ss.

<sup>8</sup> Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1990, p. 298 e ss.



fronte di un compenso economico, e del Tribunale di Roma<sup>9</sup>, che, al contrario, ha ritenuto lecita tale pratica, a fronte della mancanza di un compenso economico.

Nel caso deciso dal Tribunale di Monza, occorre soffermarsi in particolare sulle conseguenze che si determinano in capo al nato, poiché questi profili sono i medesimi sui quali ci si deve ancora necessariamente confrontare oggi, a fronte dell'ampio ricorso alla maternità surrogata che le coppie italiane effettuano andando nei paesi che la consentono e rientrando poi in Italia con i bambini.

Il Tribunale di Monza, infatti, ha stabilito che, se il padre committente è anche padre biologico, egli potrà procedere con il riconoscimento del figlio, cui potrà fare seguito da parte della moglie l'adozione di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), della legge n. 184 del 1983 che regola la procedura di adozione dei minori.

Anche in considerazione di questo profilo, a fronte del divieto assoluto per le coppie che necessitano per poter avere dei figli della gestazione portata avanti da una donna esterna alla coppia, in Italia si è assistito a un nuovo fenomeno di turismo c.d. procreativo, avente a oggetto questa pratica.

In relazione al divieto penale stabilito dall'art. 12 della legge n. 40 del 2004 e a fronte degli ulteriori illeciti che possono essere commessi in connessione con tale condotta (si pensi in particolare all'alterazione dello stato civile del nato oppure alla violazione delle norme stabilite dalla disciplina sull'adozione) i giudici comuni sono stati chiamati (e lo sono tuttora, con orientamenti non uniformi) a pronunciarsi sui relativi casi, occupandosi anche delle questioni sottese alla stessa possibilità di trascrivere gli atti di nascita lecitamente formati all'estero, in quei Paesi dove la surrogazione di maternità è ammessa<sup>10</sup>.

Proprio su tali ultimi profili, quelli cioè attinenti alla tutela della posizione dei minori che nascono a fronte dell'applicazione di questa tecnica, si sono fondate le decisioni della Corte Edu, due delle quali rese nei confronti della Francia (Labassee c. Francia e Mennesson c. Francia, 2014) e una resa nei confronti dell'Italia (Paradiso e Campanelli, 2015<sup>11</sup>). La Corte Edu, in ragione del mancato riconoscimento in tali ordinamenti degli atti di nascita esteri, ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 CEDU, e dunque del diritto alla vita privata e familiare, non tanto della

---

<sup>9</sup> Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in Foro it., 2000, p. 972 e ss.

<sup>10</sup> Si vedano fra le tante decisioni: Corte App. Bari, sent. 13 febbraio 2009, in Giur. di merito, 2010, II, p. 349 e ss.; Trib. Brescia, sent. 26 novembre 2013, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); Trib. Trieste, sent. 4 ottobre 2013, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it); Trib. Pisa, sent. 10 aprile 2015, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); Trib. Milano, sent. 15 ottobre 2013, *ivi*; Corte Cass., sent. 26 settembre 2014, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org).

<sup>11</sup> Si vedano le osservazioni di M. M. Winkler, "Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia", in Genius, 2015, I, p. 243 e ss.



coppia committente, quanto dei minori nati da surrogazione, a fronte della mancanza di una disciplina atta a tutelare il nucleo familiare e dunque l'identità familiare ormai acquisita dai minori. Questo orientamento, che pare ormai essere consolidato, se pure riconosce innanzitutto un ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati membri in ragione del fatto che manca un ampio e condiviso consenso su tale profilo (ovvero quello della liceità o meno della surrogazione di maternità), richiama gli Stati ad assumere una decisione di responsabilità nei confronti dei minori e potrebbe costituire, forse, un importante riferimento anche per il nostro ordinamento, soprattutto a seguito della decisione resa nei confronti dell'Italia.

In particolare, si potrebbe immaginare che venga sollevata una questione di legittimità costituzionale, forse non tanto con riguardo al divieto assoluto di maternità surrogata, quanto in relazione alla mancata predisposizione di validi strumenti di protezione dei minori nati da questa particolare tipologia di tecnica.

E tuttavia, proprio sulla maternità surrogata, è acceso il dibattito in Italia.

È vero che criminalizzare le coppie che, aggirando il divieto penale, vanno all'estero, ottenendo un bambino in Paesi dove questa pratica è legittima, sembra eccessivo e controproducente, soprattutto per la posizione di un bambino che c'è già.

In Italia, per esempio, ci sono giudici che hanno addirittura allontanato il bambino dalla famiglia (come nel caso giudicato dalla Corte Edu).

E tuttavia rendere lecita questa pratica non può essere fatto con banalità.

Nella maternità surrogata abbiamo a che fare, in molti casi, con lo sfruttamento del corpo di una donna; una donna che, sempre in molti casi, non lo fa per libera scelta o per altruismo, ma per motivi economici; costretta, nei Paesi più poveri, dalla stessa famiglia.

Sappiamo anche quanto sia importante quel legame che si stabilisce fra la donna e il bambino durante la gravidanza: reciderlo a priori, in nome di un diritto dei genitori "committenti", appare operazione non scontata, forse pericolosa.

Insomma questo tema ci pone interrogativi profondi sul significato della vita e sulle frontiere della scienza e del diritto.

## **6. Quale laicità?**

L'approvazione del DDL Cirinnà costituisce un'occasione per tornare a ragionare, in generale, sullo stato dei diritti nel nostro ordinamento. I diritti fondamentali appaiono oggi elementi di una contesa apparentemente irrisolvibile – ed essa senz'altro lo è dal punto di vista dei contenuti –, una contesa nella quale il giurista può – e deve – esercitare il proprio mestiere, offrendo un



quadro metodologico e tecnico sicuro, non rinunciabile, a pena di un totale stravolgimento della nostra stessa democrazia, fondata sul principio di laicità.

In uno Stato laico, una legge che tenti di “moralizzare” attraverso una regolamentazione orientata e rigida, che tenti di promuovere “valori”, anziché bilanciare diritti, oltre a prendere in considerazione una parte soltanto dei cittadini, quelli che si riconoscono in quei “valori”, risulta sempre controproducente per lo stesso valore che vuole difendere. Emblematica, a questo proposito, la legge n. 40 del 2004 sulla fecondazione medicalmente assistita, una legge che ha cercato di imporre dall’alto valori e che è stata smantellata da una serie di pronunce della Corte costituzionale, che hanno consentito un ragionevole bilanciamento di principi fondamentali non sacrificabili.

Un ulteriore profilo, di fondamentale importanza, che potrebbe risolvere positivamente tante delle battaglie ideologiche che si agitano intorno alla vicenda che riguarda le coppie omosessuali e le reazioni in difesa della famiglia tradizionale, riguarda il rapporto fra le soluzioni normative e i dati della realtà.

I dati indicano chiaramente come in Italia le unioni di fatto superino i legami formalizzati con il matrimonio; come le unioni omosessuali siano numerose; come il matrimonio “tradizionale” in tre casi su quattro finisca con una separazione e, quindi, un divorzio. Un quadro, cioè, che senza nulla togliere alla famiglia “tradizionale”, dimostra però come l’istituto matrimoniale non sia più il prevalente, anzi appaia in crisi, e come lo stesso concetto di famiglia, a guardare la realtà, si sia modificato profondamente in questi sessant’anni di storia repubblicana.

Le decisioni della Corte costituzionale e della Corte Edu indicano chiaramente la necessità di una legge generale e l’impossibilità per i giudici di fare di più.

Il progetto di legge Cirinnà – che ha voluto essere rispettoso delle decisioni costituzionali – è invece divenuto oggetto, sia in Parlamento che nella società, di una violentissima opposizione ideologica, tutta concentrata sulla difesa della “famiglia tradizionale” (quella in crisi, che i dati descrivono come una delle tante forme di convivenza, forse quella meno felice), come baluardo dei valori della nostra società.

Sotto questo profilo la mediazione ottenuta con il ricorso alla fiducia, nella quale la parte che difendeva la cd. famiglia “tradizionale” ha voluto marcare la differenza fra matrimonio e unione, non solo eliminando la cd. stepchild adoption, ma anche sopprimendo il riferimento ad alcuni principi contenuti nel codice civile, come quello che riguarda l’obbligo di fedeltà e quello che attiene alla scelta del cognome, è indicativo di una visione dei diritti e dei doveri che



contrappongono fra di loro parti di “società”, facendo delle norme l’espressione di una vittoria o di una sconfitta di una ideologia rispetto ad un’altra.

Ed è altresì indicativo come proprio il dibattito parlamentare e la contrapposizione ideologica abbiano messo ora in secondo piano che comunque la disciplina approvata, come abbiamo appena visto, introduce rilevanti diritti e doveri e finalmente colma un vuoto legislativo intollerabile: non sarà tutto, ma è comunque molto, eppure questo non basta e un’opposizione ideologica al testo approvato proviene proprio dal mondo lgbt e dalle associazioni che rappresentano persone, coppie omosessuali e famiglie omogenitoriali, che contestano la legge e la considerano un compromesso al ribasso, non sufficiente a tutelare davvero i diritti.

Alla fine, quindi, le norme approvate non vengono intese come risolutive di problemi, ma come espressione di una ideologia “contro” qualcuno: contro la famiglia “tradizionale”, da un lato; contro le famiglie “omosessuali”, dall’altro.

Così lontano questo atteggiamento dalla posizione di Aldo Moro, il quale affermava che nel nostro Stato costituzionale “al di là del cinico opportunismo, ma che dico, al di là della stessa prudenza e dello stesso realismo, una legge morale tutta intera, senza compromessi, abbia infine a valere e dominare la politica, perché essa non sia ingiusta e neppure tiepida o tardiva, ma intensamente umana”. Un’umanità che, come afferma il Giudice costituzionale nel 2002 (sent. n. 494) e nel 2015 (sent. n. 223), è propria anzitutto della Costituzione che “non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti”.