



UNIVERSITÀ  
DI SIENA  
1240

Mario Perini

Professore di Diritto costituzionale

*La genitorialità nelle famiglie same-sex:  
dall'adozione del figlio del partner all'adozione  
con il partner*

15 aprile 2021

Le sentenze 32 e 33 del 2021

Profili di giustizia costituzionale ed  
indicazioni per gli operatori pratici del  
diritto

# Profili di giustizia costituzionale rilevanti

*Sent. 32/2021* (adozione del figlio del partner, non consenziente):

- *Dispositivo: inammissibilità*
- *Ratio decidendi: esistenza di una **violazione costituzionale**, nella forma di un'omissione legislativa (un «vuoto di tutela»), suscettibile di essere superata secondo plurime modalità (ampia discrezionalità del legislatore), alcune già sperimentate dai giudici (es. adozione «speciale»)*
- Mancanza di «*diritto vivente*» in materia
- *Monito «forte» al legislatore: «Il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela» (par. 2.4.1.4, diritto)*

# Profili di giustizia costituzionale rilevanti

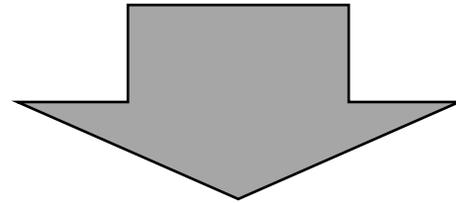
*Sent. 33/2021* (divieto riconoscimento del figlio del partner nato da GPA all'estero):

- *Dispositivo: inammissibilità*
- *Ratio decidendi: esistenza di una **violazione costituzionale**, nella forma di un'omissione legislativa (un «vuoto di tutela»), suscettibile di essere superata secondo plurime modalità (discrezionalità del legislatore), bilanciando:*
  - a) La necessità costituzionale di riconoscimento del «legame di filiazione» con entrambi i componenti della coppia e;
  - b) La legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale
- Esistenza di «*diritto vivente*» in materia (Cass. SU civ. 8/5/2019, n. 12193, per la quale art. 12, comma 6, l.n. 40/04 è principio di ordine pubblico)
- *Monito «debole» al legislatore: «Il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela» (par. 2.4.1.4, diritto)*

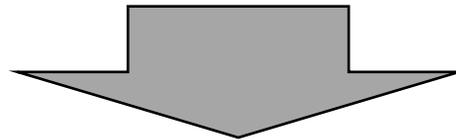
# A prima lettura

## Limitandosi alla forma e al diritto scritto

Entrambe le sentenze, in base alle regole scritte del nostro ordinamento sul processo costituzionale, sembrerebbero **prive di effetti vincolanti** per i **giudici** e il **legislatore**



Inammissibilità della q.l.c.



FALSO

# *Re melius perpensa*

Le **motivazioni** di entrambe le decisioni contengono importanti aspetti giuridicamente rilevanti:

– Per il **Legislatore**  **Moniti:** *“queste esortazioni non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l’affermazione – resa nell’esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è tenuto ad intervenire in materia”* (Corte costituzionale, Relazione Presidente Gallo del 12 aprile 2013, p. 9)  **Rinvio** a politica legislativa (anche per la distinzione tra le tecniche decisorie dei moniti «forti» da quelli «deboli»)  mia personale preferenza

– Per i **giudici/avvocati/operatori pratici**  incostituzionalità accertata, ma non dichiarata  cosa fare ?

# I principi di diritto affermati

Le due sentenze fissano dei **principi chiari** e assai importanti in materia, **utilizzabili come diritto** in future controversie, dei quali uno, solo apparentemente, sfavorevole:

- Coppie omosessuali **tutelate da art. 2, Cost.** ➡ NO famiglia ex art. 29, Cost. (già sent. 138/2010) ➡ nuove forme di «*comunità di affetti*» richiedenti una regolamentazione piena, **anche in via pretoria**, in attesa di interventi legislativi specifici ➡ è la stessa Corte a ritenere giustificato e doveroso, in attesa del legislatore, **l'intervento «creativo» del giudice**
- A mo' di chiosa, però, ➡ l'orientamento della Corte, originariamente scaturito da un'interpretazione di «famiglia» non contenuta nel diritto scritto, ma ricavata *aliunde* (chiara **scelta discrezionale valoriale** della Corte, supportata da «tradizione» e opinione «maggiormente» condivisa) è ormai consolidato (ma vd. linguaggio incoerente spesso usato) e pone e porrà **problemi di «segregazione» per orientamento sessuale**

# L'importante novità della giurisprudenza recente

Le due sentenze – in linea con la giurisprudenza della CEDU – proseguono la «costruzione» di una disciplina delle coppie omogenitoriali in Italia, spostando l'attenzione dagli interessi giuridici della coppia a quelli **costituzionalmente preminenti del minore** e ricavando da questi ultimi **principi di diritto** in grado di riverberarsi, ovviamente, anche sul rapporto con i genitori e tra questi ultimi  «*rapporto osmotico*» (vd. avv. De Luca in questo webinar)

# I principi di diritto affermati (*segue*)

➤ Coppie omosessuali  sono costituzionalmente **idonee ad assumere responsabilità genitoriali** in quanto:

- Non solo «*non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli*» (sent. 32, par. 2.4.1.3. diritto)
- Non solo «*non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore*» (Ibidem)
- Non solo «*l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale (sentenza n. 221 del 2019; Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962; sezione prima civile, sentenza 11 gennaio 2013, n. 601)*» (sent. 33, par. 5.4, diritto)
- Ma soprattutto **ciò è imposto dall'interesse (prevalente) del minore** ad ottenere un «**riconoscimento giuridico del «legame di filiazione» con entrambi i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura**» (Ibidem, par. 5.6) poiché «*l'ordinamento[...] ha progressivamente riconosciuto — e questa Corte lo ha evidenziato — rilievo giuridico alla **genitorialità sociale**, ove non coincidente con quella biologica (sentenza n. 272 del 2017), tenuto conto che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa» (sentenza n. 162 del 2014)*» (sent. 32, par. 2.4.1.1.).

# I possibili strumenti di intervento per avvocati/giudici

In attesa di un (**costituzionalmente obbligato**) intervento del Legislatore (o, in sua mancanza, della Corte: vd. «moniti»), alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle due sentenze, molteplici strade possono essere percorse. Di queste, si segnala in particolare:

- **Adozione «speciale»** (nel caso di figli di un membro della coppia da parte dell'altro partner) ➡ tra le diverse opzioni percorribili dal legislatore, la Corte sembra qua fornire una chiara preferenza
  - ❖ C'è l'avvallo **SU e Corte cost.**
  - ❖ **Problemi emergenti** dalle sentt. 32 e 33, ma con suggestioni già presenti nelle stesse decisioni:
    - ✓ Legame con affini e piena equiparazione di adozione «speciale» e «ordinaria» ➡ interpretazione letterale, sistematica e alla luce della Costituzione (principi espressi dalle sentt. in esame) dell'art. 74, c.c., (nonché il principio di successione delle leggi nel tempo) è in grado di garantire **completa equiparazione** dell'adozione c.d. «non legittimante» a quella «ordinaria»
    - ✓ **Assenza di consenso** del partner originariamente consenziente ➡ interpretazione alla luce della Costituzione (principi espressi dalle sentt. in esame) dell'art. 46, l.n. 184/1983 ➡ possibilità di prescindere dal consenso; **oppure** ➡ q.l.c. su art. 46, comma 2, l.n. 184/1983 e nel frattempo ricorso a ➡ art. 333, c.c., (Corte cost., sent. 225/216, par. 3.2, diritto)

# Excursus: strategie giudiziarie

In mancanza di un intervento legislativo che assicuri a tutte le coppie omosessuali il diritto di adozione indipendentemente dal loro sesso biologico, è possibile ipotizzare un percorso giudiziale per giungervi:

- Far consolidare in «**diritto vivente**» la possibilità di **adozione «speciale»** nel caso di figli di un membro della coppia da parte dell'altro partner
- A questo punto  $\implies$  sollevare q.l.c. per violazione dell'art. 3, Cost., (principio di uguaglianza) su quelle norme che impediscono alle coppie dello stesso sesso, ma di cui nessuno dei partner ha o può avere figli, rispetto alle coppie, di cui uno dei partner ha o può avere figli.
- **Disponibilità** della Corte ad intervenire sul tema  $\implies$  afferma infatti di «*non potere ora porre rimedio*» alle rilevate lacune (sent. 32, par. 2.4.1.4, diritto); e che tocca al legislatore intervenire «*in prima battuta*» e che pertanto «*questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore*» (sent. 33, par. 5.9, diritto)

# I possibili strumenti di intervento per avvocati/giudici (*segue*)

## ➤ Riconoscimento :

- ❖ In generale  interpretazione «adeguatrice» potrebbe essere in grado di scindere il **divieto** di cui all'art. 5, l.n. 40/2010, (così come quello di cui all'art. 12, comma 6, l.cit.) gravante sui genitori, rispetto al distinto **diritto** del minore fissato dall'art. 8, l.cit., ad essere riconosciuto da entrambi (Tribunale di Brescia, decreto 11 novembre 2020, Tribunale di Cagliari, sentenza n. 1146 del 28 aprile 2020; Corte d'appello di Roma, decreto 27 aprile 2020; vd. anche relazione avv. Tempori di oggi), in quanto:
  - ✓ Esiste il **preminente interesse costituzionalmente tutelato del minore** a veder riconosciuta la comunità di affetti nel quale è nato e cresciuto
  - ✓ Manca un «diritto vivente» che escluda tale riconoscimento (sent. 32/2021, par. 2.3.1.)
  - ✓ Il principio per cui le «colpe dei padri non debbono ricadere sui figli» (Ezechiele, 18.20): Cost. sentt. nn. 492/04; 102/2020; 31/2012; 7/2013
  
- ❖ In particolare, nel caso di GPA  il «diritto vivente» (Cass. SU civ. 8/5/2019, n. 12193, per la quale art. 12, comma 6, l.n. 40/04 è principio di ordine pubblico), secondo la stessa Corte costituzionale non è di ostacolo al giudice a percorrere strade diverse  «*in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato che abbia acquisito i caratteri del «diritto vivente», la valutazione se uniformarsi o meno a tale orientamento è una mera facoltà del giudice remittente*» (Cost. sent. 91/2004, par. 3 diritto)



UNIVERSITÀ  
DI SIENA  
1240

Mario Perini

Professore di Diritto costituzionale

GRAZIE PER LA PAZIENZA