

# GenIUS

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

ANGELO SCHILLACI

Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà  
del guado, tra Corti e processo politico

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

*online first*  
*destinato a GenIUS 2021-2*

## **Non imposta, né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico**

### **Sommario**

1. Premessa. – 2. Omogenitorialità ed evoluzione del diritto di famiglia. – 3. Interesse del minore, responsabilità genitoriale e procreazione medicalmente assistita: alcuni cenni. – 3.1 Omogenitorialità e tenuta della ratio della legge n. 40/2004. – 3.2 Omogenitorialità, p.m.a. e costituzione dello status di figlio. – 3.3 Segue: la posizione della Corte di cassazione e della Corte costituzionale. – 4. Alcune ulteriori tappe del riconoscimento giuridico dell'omogenitorialità, tra Corti e processo politico. – 4.1 Orientamento sessuale, responsabilità e funzioni genitoriali nella giurisprudenza: il ricorso all'adozione in casi particolari. – 4.2 Segue: la continuità dello status del minore nato all'estero. – 4.3 Lo specifico rilievo delle modalità della nascita nel caso dell'omogenitorialità maschile. – 5. Gli approdi più recenti della giurisprudenza costituzionale: le sentenze n. 32 e 33 del 2021. – 5.1 Un «cambio di sguardo». – 5.2 La sentenza n. 33 e il diverso rilievo delle modalità della nascita. – 5.3 Caratteri del monito al legislatore. – 6. Rilievi conclusivi.

### **Abstract**

L'articolo offre una ricostruzione della giurisprudenza interna in materia di omogenitorialità, con particolare attenzione all'intervento delle recenti sentenze n. 32 e 33 del 2021 della Corte costituzionale. Gli approdi della giurisprudenza sono inquadrati nella cornice dell'evoluzione del diritto di famiglia italiano, che ha progressivamente abbandonato una prospettiva ricostruttiva di carattere dogmatico, a favore di un approccio più sensibile alla concretezza delle relazioni che sono alla base delle diverse esperienze di vita familiare. In quest'ottica, l'A. si interroga sul rilievo crescente dell'interesse del minore e sulle trasformazioni del paradigma antidiscriminatorio nel trattamento giuridico dell'omogenitorialità.

*The article provides an overview of the Italian case law regarding same-sex parenthood, in relation with the latest decisions of the Italian Constitutional Court (no. 32 and 33/2021). The relevant case law is analyzed in the light of the evolution of Italian family law, which has gradually abandoned dogmatic approaches, in favor of a deeper sensitivity towards the different experiences of family life. In this vein, the A. questions the growing importance of the best interests of the child and the transformations of the principles of equality and non-discrimination in the legal treatment of same-sex parenthood.*

---

\* Professore Associato di Diritto pubblico comparato, "Sapienza" Università di Roma. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

## 1. Premessa

Le sentenze n. 32 e 33 del 2021 della Corte costituzionale rappresentano il punto di approdo – inevitabilmente provvisorio – del lungo e frastagliato percorso verso il riconoscimento di piene tutele per le bambine e i bambini con genitori dello stesso sesso.

Esse si iscrivono, pertanto, in un processo (e in un dibattito) pubblico che prende le mosse, in Italia, all'inizio del decennio scorso e che si collega – almeno in prima analisi e segnandone, in qualche misura, la punta più avanzata – alla questione del riconoscimento della vita familiare omosessuale<sup>1</sup>.

Di tale più ampio processo, il dibattito attorno al tema dell'omogenitorialità ripete i tratti distintivi. Su tutti, quelli legati alla tensione costitutiva tra diritto e vita, nella prospettiva del riconoscimento<sup>2</sup>; ma anche, in connessione con essi, l'impatto sui diversi percorsi interpretativi del principio di eguaglianza, in relazione – da un lato – alle potenzialità del paradigma antidiscriminatorio classico e – dall'altro – alla necessità di misurare l'elemento di comparazione astratta tra diverse classificazioni giuridiche (insito in esso) con la forza della singolarità delle situazioni e delle esperienze che rivendicano riconoscimento, con il loro specifico portato. Strettamente connessi a tale aspetto, come si vedrà, appaiono non soltanto il differente trattamento dei rapporti di filiazione in coppie omosessuali maschili e femminili (con riguardo cioè alle diverse modalità della procreazione e in particolare al rilievo che, nelle coppie omosessuali maschili, assume la surrogazione di maternità<sup>3</sup>) ma anche – e soprattutto – la prospettiva nella quale le questioni vengono (dedotte) e affrontate nella giurisprudenza, specie per quel che riguarda l'alternativa tra una prospettiva adultocentrica e una prospettiva paidocentrica, con tutto quel che ne consegue sul piano della tenuta e della diversa declinazione del paradigma antidiscriminatorio.

Allo stesso tempo, il discorso *giuridico* sull'omogenitorialità (ma anche, più in generale, quello sul riconoscimento della vita familiare omosessuale) si collega ad alcuni aspetti dell'evoluzione del diritto di famiglia nel nostro ordinamento. Si pensi, in generale, alla tensione tra un approccio *dogmatico* alla disciplina delle relazioni familiari e un approccio invece maggiormente attento alle relazioni e

- 
- 1 Sul punto v., tra i molti lavori in materia, almeno R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, Giappichelli, 2012; D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (a cura di), *Same-sex couples before national, supranational and international jurisdictions*, Heidelberg, Springer, 2014; A. Sperti, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Oxford, Hart, 2019; G. Viggiani, *Dal diritto alla privacy al diritto al matrimonio: l'omosessualità nella giurisprudenza costituzionale statunitense*, Milano-Udine, Mimesis, 2021; M. Gattuso – M. Winkler – G. Buffone, *Unione civile e convivenza*, Milano, Giuffrè, 2017; A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità eguaglianza diritti*, Roma, Carocci, 2014; R. De Felice, *Just married. Il matrimonio same-sex nella giurisprudenza degli Stati Uniti (1970-2015)*, Milano-Udine, Mimesis, 2016; M. Bonini Baraldi, *La famiglia de-genero: matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Milano-Udine, Mimesis, 2010; M. Winkler – G. Strazio, *L'abominevole diritto*, Milano, Il Saggiatore, 2011, nonché da ultimo N. Palazzo, *Legal Recognition of Non-Conjugal Families: New Frontiers in Family Law in the US, Canada and Europe*, London, Bloomsbury, 2021. Si vedano altresì, in generale, M. C. Vitucci, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, Jovene 2012 nonché i *focus* monografici contenuti nei fascicoli n. 2/2016, 1/2015, 2/2014 e 1/2014 di *GenIUS – Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, tutti consultabili su [www.geniusreview.eu](http://www.geniusreview.eu) (Tutti i link riportati in nota sono stati consultati, l'ultima volta, in data 2 agosto 2021).
  - 2 Secondo l'insegnamento di S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, Laterza, 2014. In questa prospettiva, v. anche A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, Jovene, 2018.
  - 3 Su questo profilo si sofferma, da ultimo, B. Pezzini, *La Corte costituzionale ammonisce sull'indifferibilità di una tutela effettiva delle e dei minori nei confronti dei genitori intenzionali*, in *Giudicedonna.it*, fasc. 1/2021 ([http://www.giudicedonna.it/articoli/La\\_Corte\\_costituzionale\\_ammonisce\\_sull\\_indifferibilit%C3%A0\\_di\\_una\\_tutela\\_effettiva\\_delle\\_e\\_dei\\_minori\\_nei\\_confronti\\_dei\\_genitori\\_intenzionali.pdf](http://www.giudicedonna.it/articoli/La_Corte_costituzionale_ammonisce_sull_indifferibilit%C3%A0_di_una_tutela_effettiva_delle_e_dei_minori_nei_confronti_dei_genitori_intenzionali.pdf)).

allo specifico rilievo del loro ancoraggio in esperienze mutevoli, concrete, come tali non sempre perfettamente corrispondenti al rigore anodino degli istituti giuridici<sup>4</sup>.

Ancora, con specifica attinenza al tema che ci occupa, viene in rilievo la progressiva integrazione dei criteri di costituzione dello *status filiationis* nonché, parallelamente, l'affermazione del principio dell'unicità dello *status* di figlio<sup>5</sup>.

Per questo, l'esame delle più recenti decisioni della Corte costituzionale verrà inquadrato entro le più generali coordinate dell'evoluzione del diritto di famiglia – anche alla luce dell'impatto delle tecnologie riproduttive sulla costituzione degli *status* familiari<sup>6</sup> – con specifico riferimento all'emersione, nell'esperienza giuridica dell'ultimo decennio, dell'istanza di riconoscimento delle famiglie omogenitoriali.

## 2. Omogenitorialità ed evoluzione del diritto di famiglia

Lo sviluppo appena tratteggiato è profondamente condizionato dal crescente rilievo dell'interesse del minore nelle dinamiche di interpretazione e applicazione degli istituti di diritto familiare<sup>7</sup>, e ritrova anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale alcuni snodi paradigmatici, a partire almeno dalle due sentenze n. 166 e n. 347 del 1998.

Con la prima decisione<sup>8</sup> – relativa all'estensione dell'assegnazione della casa familiare al genitore affidatario non coniugato, a seguito della cessazione della convivenza – la Corte prende le mosse dalla «inversione di tendenza», desumibile dall'evoluzione del diritto di famiglia e tesa a situare «in posizione nitidamente sopraordinata le esigenze dei minori»; e, su tale base, giunge ad affermare il principio secondo cui «la condizione giuridica dei genitori tra di loro, in relazione al vincolo coniugale, non può determinare una condizione deteriore per i figli» poiché la disciplina del rapporto di filiazione trova anzitutto fondamento «nell'art. 30 della Costituzione che richiama i genitori all'obbligo di responsabilità»<sup>9</sup>. Conseguentemente, conclude la Corte, la possibilità di assegnare la casa familiare all'ex-convivente affidatario deve ritenersi già desumibile dall'interpretazione sistematica degli articoli 261, 147 e 148 del codice civile.

La seconda decisione richiamata<sup>10</sup> riguarda, invece, una fattispecie non lontana da quelle oggetto

<sup>4</sup> Si rinvia, sul punto, al ricco *focus* monografico su *Famiglie e Individui. Il singolo nel nucleo* curato da S. Celentano e con contributi di C. Saraceno, A. Schillaci, C. D'Elia, L. Tomasi, G. Ruotolo, G. Salmè, M. Gattuso, M. Acierno, B. Polisenò, A. Taurino, G. Casaburi, P. Morozzo della Rocca, L. Ronchetti e A. Lorenzetti, in *Questione Giustizia*, fasc. n. 2/2019 (<https://www.questionegiustizia.it/rivista/2019-2.php>) nonché a V. Scalisi, *Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del rapporto e primato della «persona»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1043 ss.

<sup>5</sup> Concretizzatasi nella riforma della filiazione portata a termine nel biennio 2012/2013, con la legge n. 219/2012 e il d. lgs. n. 154/2013 e sulla quale vedi A. Sassi – F. Scaglione – S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, UTET, 2018 (II ed.).

<sup>6</sup> Sul punto v., da ultimo, M. P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020 e S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata: limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2021.

<sup>7</sup> Sull'interesse del minore v., tra i molti, almeno M. Di Masi, *L'interesse del minore: il principio e la clausola generale*, Napoli, Jovene, 2020.

<sup>8</sup> Sulla quale vedi i commenti di R. Bin, *Tra matrimonio e convivenza di fatto: un difficile esercizio di equilibrio*, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 2518 ss.; D. Buzzelli, *Casa familiare e nuova famiglia dell'assegnatario*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, pp. 335 ss.

<sup>9</sup> Cons. dir., parr. 2 e 3.

<sup>10</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 347/1998.

delle sentenze n. 32 e 33 del 2021, e relativa alla costituzione dello *status filiationis* in fattispecie di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Anche in tal caso, si assiste – ben prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004 – a una significativa inversione di prospettiva, che mette al centro la posizione del nato e, in conseguenza, l'assunzione di responsabilità genitoriale anche a prescindere dalla sussistenza di un legame genetico. In particolare, la Corte – pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa alla possibilità di esperire azione per il disconoscimento della paternità da parte del compagno della donna sottoposti a inseminazione artificiale con ricorso al gamete di un donatore – rileva l'esistenza di un vuoto normativo relativo non già all'accesso alle (e alla disciplina delle) tecniche di procreazione medicalmente assistita, quanto soprattutto alla tutela del nato secondo tali modalità. La posizione del nato si colloca infatti, a prescindere dalle concrete opzioni in merito alla legittimità costituzionale delle tecniche richiamate, al centro di un intreccio tra «plurime esigenze costituzionali» tra cui primeggiano i suoi «diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità». Sebbene pertanto la Corte rinvii al legislatore il compito di individuare il punto di equilibrio tra i contrapposti principi e interessi in gioco (pur riconoscendo che, nell'inerzia del legislatore, spetta al giudice «ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»), appare altrettanto chiara la prefigurazione del perimetro dell'intervento, che deve ritrovare nella centralità degli interessi del nato, nel principio della responsabilità procreativa<sup>11</sup> e infine nel «rispetto della dignità della persona umana» i suoi snodi essenziali<sup>12</sup>.

Pronunce, quelle sin qui sinteticamente richiamate, che segnano con precisione una linea evolutiva caratterizzata dal superamento di condizionamenti dogmatici e da una crescente attenzione alla concretezza delle situazioni, cristallizzata – pochi anni dopo – nella celebre affermazione, contenuta nella sentenza relativa alla riconoscibilità dei figli nati da incesto, secondo cui «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti»<sup>13</sup>.

Ancora, la sempre maggiore sensibilità verso la concretezza delle situazioni – anche con riferimento allo specifico rilievo dell'interesse del minore – si ritrova nelle sentenze che, successivamente, hanno corretto taluni automatismi legislativi che si ponevano in netto contrasto con tale istanza. Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 31/2012, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'automatica perdita della responsabilità genitoriale, comminata dall'articolo 569 c.p. in conseguenza della condanna per il delitto di alterazione di stato: in tal caso, la violazione del principio di ragionevolezza – e, dunque, dell'articolo 3 Cost. – viene desunta dall'impossibilità per il giudice di valutare, in conseguenza dell'automatismo, l'impatto della condanna sulla concreta idoneità del genitore ad esercitare la responsabilità e, pertanto, di bilanciare le concrete caratteristiche della fattispecie di reato e gli effetti della condanna con la salvaguardia dell'interesse del minore alla conservazione dello *status* di figlio<sup>14</sup>.

11 Su cui insiste da ultimo, nelle fattispecie qui considerate, S. Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, cit., p. 13.

12 Le citazioni sono tratte da cons. dir., parr. 3 e 4.

13 Corte costituzionale, sentenza n. 494/2002, cons. dir., par. 6.1.

14 Analogo percorso ha condotto la Corte, con la sentenza n. 7/2013, a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'automatica applicazione della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale in caso di condanna per soppressione di stato: anche in tal caso la Corte osserva che «la nota problematica che affligge i perduranti caratteri di automatismo – e, per il caso qui in esame, anche la fissità che connota l'applicazione della pena accessoria, in perenne tensione rispetto alle esigenze di personalizzazione del trattamento sanzionatorio e della sua necessaria finalizzazione rieducativa – assume, con riferimento al quadro normativo qui coinvolto, una dimensione di particolare acutezza, proprio perché viene a proporsi in tutto il suo risalto, come necessario termine di raffronto (e, dunque, quale limite costituzionale di operatività della sanzio-

Di nuovo, le ragioni della concretezza – veicolate e profondamente condizionate proprio dalla centralità dell'interesse del minore – intervengono ad accorciare la distanza tra l'astratta meccanicità del precetto normativo e le istanze di riconoscimento promananti dall'esperienza di vita e relazione del minore.

E ciò vale, in particolare, sia sotto il profilo del superamento di una relazione necessaria tra cornice giuridica del rapporto tra i genitori e condizione dei figli, sia con riferimento al passaggio – nella costituzione dello *status filiationis* – dall'intreccio tra *favor legitimitatis* e *favor veritatis* al crescente rilievo di un *favor* per il minore e per la rete di affetti e relazioni in cui è immerso.

### 3. Interesse del minore, responsabilità genitoriale e procreazione medicalmente assistita: alcuni cenni

La progressiva integrazione di nuovi profili della relazione genitoriale nella disciplina dei criteri di costituzione dello *status* di figlio – in uno con il temperamento della tradizionale *indisponibilità* del medesimo<sup>15</sup> – è stata peraltro profondamente condizionata, come rivelato già dalla richiamata sentenza n. 347/1998, dall'impatto delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e in particolare dall'approvazione della legge n. 40/2004 e, soprattutto, dalle interpretazioni della medesima<sup>16</sup>.

Proprio le vicende legate al riconoscimento giuridico dell'omogenitorialità, peraltro, rappresentano altrettante sfide per la tenuta di alcuni snodi della disciplina della p.m.a., illuminandoli in prospettiva del tutto nuova.

#### 3.1 Omogenitorialità e tenuta della ratio della legge n. 40/2004

Si pensi, anzitutto, alla tenuta della stessa originaria *ratio* della legge n. 40/2004, saldamente ancorata – per un verso – al paradigma medico sanitario e alla conseguente costruzione della p.m.a. (unicamente) quale presidio terapeutico contro l'infertilità derivante da patologia (cfr. art. 1 e articolo 4, comma 1

---

ne), la salvaguardia delle esigenze educative ed affettive del minore: esigenze che finirebbero per essere inaccettabilmente compromesse, ove si facesse luogo ad una non necessaria interruzione del rapporto tra il minore ed i propri genitori in virtù di quell'automatismo e di quella fissità». Ancora, nella recentissima sentenza n. 102/2020, ad essere colpito è l'automatismo nell'applicazione della pena accessoria, per il caso di condanna per sottrazione di minore: anche in tale sentenza, è l'assunzione del punto di vista del minore e del suo interesse a far emergere l'irragionevolezza dell'automatismo. Per ulteriori riflessioni sul punto si rinvia, da ultimo e in prospettiva costituzionale, all'approfondito studio di G. Laneve, *Pene accessorie che incidono sulla responsabilità genitoriale: dalla "cecità" dell'automatismo legislativo allo sguardo sulla relazione genitore-figlio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 2078 ss.

<sup>15</sup> Sul temperamento dell'indisponibilità dello *status* v. A. Sassi – F. Scaglione – S. Stefanelli, *La filiazione e i minori*, cit., nonché, nella prospettiva del diritto costituzionale, A. Schillaci, *Famiglie e dignità delle relazioni: una lettura costituzionale*, in *Questione Giustizia*, fasc. 2/2019, pp. 17 ss., specie pp. 23 ss. ([https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/famiglie-e-dignita-delle-relazioni-una-lettura-costituzionale\\_648.php](https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/famiglie-e-dignita-delle-relazioni-una-lettura-costituzionale_648.php)).

<sup>16</sup> Su cui v., oltre al recente lavoro di Iadicicco citato *supra* alla n. 6, anche B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017 nonché, per un affascinante sforzo di inquadramento nella prospettiva dei femminismi giuridici (e non solo), A. Di Martino, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive: autodeterminazione, salute, dignità*, Milano-Udine, Mimesis, 2020.



della medesima legge); e, per altro verso, al rigido mantenimento del ricorso alle tecniche di p.m.a. entro canoni di stretta omologia rispetto al patrimonio genetico della coppia nonché, in definitiva, di pedissequa *imitatio* della procreazione spontanea (art. 5).

Detto paradigma è stato dapprima incrinato (ma non già superato, come subito si dirà) da importanti pronunce della Corte costituzionale, quali le sentenze n. 162/2014 e 96/2015<sup>17</sup>. Con la prima decisione, come noto, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di ricorso alla p.m.a. con donazione di gameti esterni alla coppia: e, sebbene l'apertura alla p.m.a. eterologa resti saldamente legata alla «esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute», allo stesso tempo l'illegittimità del divieto discende dall'eccessiva compressione non solo del diritto alla salute (riguardato peraltro anche nella doppia dimensione fisica e psichica) ma anche della scelta di «di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli» quale «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi». Una libertà che tuttavia, precisa la Corte, non può condurre a «soggettivizzare la nozione di salute, né [ad] assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici»<sup>18</sup>. Autodeterminazione e diritto alla salute vengono pertanto tenuti in equilibrio; e tuttavia, la considerazione dell'attinenza delle scelte procreative a un dominio di esperienza più largo e ulteriore rispetto alla sola dimensione medico-terapeutica segna un momento di significativa rottura rispetto alle valutazioni sottese alla scelta operata in origine dal legislatore del 2004.

Il nesso tra p.m.a. e terapia dell'infertilità è ulteriormente indebolito dalla sentenza n. 96/2015 che, come noto, ha esteso l'accesso alla p.m.a. anche alle coppie che, pur fertili, fossero portatrici di malattie geneticamente trasmissibili e, dunque, potessero trarre beneficio – nella scelta e nella pratica procreativa – dalla cd. diagnosi pre-impianto.

Resta tuttavia netta la giustificazione del ricorso alla p.m.a. in esigenze legate alla cura dell'infertilità derivante da patologie e lo stesso riferimento all'autodeterminazione continua ad essere inteso in tale cornice, ad esclusione di ogni apertura a interpretazioni della p.m.a. come mezzo di superamento di condizioni di infertilità cd. strutturale o sociale<sup>19</sup>.

La persistenza di tale quadro di riferimento è emersa peraltro con particolare evidenza, quando ad essere investita di dubbi di legittimità costituzionale è stata la previsione di cui all'articolo 5 della legge n. 40/2004, proprio con specifico riferimento alla questione dell'accesso alla p.m.a. da parte di una donna singola o di una coppia di donne.

Nella sentenza n. 221/2019<sup>20</sup>, infatti, è proprio l'insistenza sulle due direttrici fondamentali – o

17 Sulla sentenza n. 162/2014 v. P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Ist. federalismo*, 2015, pp. 5 ss.; G. Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, pp. 393 ss. Sulla sentenza n. 96/2015 v. invece Ead., *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, *ivi*, 2015, pp. 582 ss., nonché M.P. Iadicicco, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 797 ss.

18 Cons. dir., parr. 6, 7 e 11.1.

19 Sul complesso intreccio tra diritto alla salute e autodeterminazione in materia riproduttiva resta fondamentale la lettura di L. Ronchetti, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2006 (<https://www.costituzionalismo.it/donne-e-corpi-tra-sessualita-e-riproduzione/>) nonché, più di recente, di A. Di Martino, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive*, cit.

20 Su questa decisione v., tra gli altri, i commenti di G. Casaburi, *Qui non 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, n. 12, parte I, pp. 3798 ss.; B. Liberali, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile "diritto a procreare"?*, in *Studium iuris*, pp. 534 ss.; M. Manetti, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella geni-*

«idee di base» – della legge n. 40/2004 che consente alla Corte di escludere la possibilità di estendere, quantomeno per via di interpretazione, l'accesso alla p.m.a. oltre i requisiti soggettivi previsti dall'articolo 5. Dette direttrici sono appunto, per un verso, la configurazione della p.m.a. quale rimedio all'infertilità patologica, il che esclude che essa possa rappresentare «una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati»; e, per l'altro, con riferimento alla cornice familiare in cui la p.m.a. possa realizzarsi, «il trasparente intento di garantire che il suddetto nucleo riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre». Entrambe le direttrici, come cennato, costituiscono altrettante espressioni (ritenute dalla Corte non irragionevoli) della discrezionalità legislativa in materia (la quale pure rimane, secondo la Corte, «aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»<sup>21</sup>).

Come si vede, dunque, l'insistenza sulla *ratio* della legge n. 40/2004 – e dunque sul nesso tra patologizzazione del ricorso alla p.m.a. e necessaria *imitatio* del modello di procreazione spontanea (e cioè la non irragionevolezza della precostituzione, per il nascituro, di una famiglia «ad instar naturae»<sup>22</sup>) – vale ad escludere l'irragionevolezza del trattamento differenziato tra coppie eterosessuali, donne singole e coppie di donne nella disciplina dell'accesso alla p.m.a.; e ciò anche quando nella coppia di donne (o nella donna singola) alla infertilità “fisiologica” si sommi un aspetto di infertilità patologica. In tal caso, infatti, la presenza di una patologia riproduttiva non è secondo la Corte dato significativo, ma variabile irrilevante, in quanto la coppia omosessuale «sarebbe infertile in ogni caso»<sup>23</sup>. Né, peraltro, la tutela del diritto alla salute potrebbe assumere altrimenti rilievo – ad esempio, con riguardo all'impatto dell'impossibilità fisiologica di procreare sulla salute psichica – giacché, afferma la Corte ripetendo in termini ancor più duri la formula già contenuta nella sentenza n. 162/2014, «la tutela costituzionale della «salute» non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale»<sup>24</sup>.

Nella decisione richiamata, dunque, il percorso di decostruzione della *ratio* della legge n. 40/2004 pare arrestarsi bruscamente: il potenziale di rottura del paradigma eterosessuale insito nell'istanza di accesso alla p.m.a. da parte di una coppia di donne – più ancora che l'indebolimento del nesso tra p.m.a. stessa e patologia, come dimostra proprio il passaggio da ultimo richiamato – agisce quale limite e vale a segnare il confine tra margini di intervento dell'interprete e intervento del legislatore.

Nel momento in cui si affaccia nello spazio pubblico e nell'esperienza giuridica, l'istanza di riconoscimento giuridico dell'omogenitorialità rivela, in altri termini, virtualità critiche e decostruttive. Da un lato, essa – soprattutto se riguardata in prospettiva paidocentrica – si innesta sulle dinamiche di sviluppo e di evoluzione del diritto di famiglia e della disciplina della filiazione; dall'altro, si scontra con il paradigma eterosessuale presupposto dall'articolazione della disciplina delle relazioni familiari, che si atteggia, nell'interpretazione giuridica oltre che nel dibattito pubblico, quale vero e proprio nodo di resistenza rispetto alla stessa pervasività del giudizio di eguaglianza.

---

*torialità da PMA*, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 2613 ss.; M. Picchi, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 aprile 2020 (<https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=14349>).

21 Cons. dir., parr. 10 e 13.1.

22 Cons. dir., par. 13.1.

23 Cons. dir., par. 17.

24 Cons. dir., par. 16.



### 3.2 Omogenitorialità, p.m.a. e costituzione dello status di figlio

Simile impatto è ben riconoscibile, sotto diverso profilo (e anzi con un significativo rovesciamento di prospettiva), con riguardo all'integrazione dei criteri di costituzione dello *status* di figlio. Con riferimento specifico all'omogenitorialità, infatti, la questione – già affrontata almeno a partire dalla richiamata sentenza n. 347/1998 e, per così dire, tradizionale – di una scissione, riconosciuta e disciplinata, tra costituzione dello *status filiationis* e discendenza biologico-genetica si arricchisce di elementi nuovi, legati soprattutto al rapporto tra liceità delle tecniche procreative e costituzione dello *status* di figlio. Detta questione è stata peraltro affrontata, con diversi accenti, dalla giurisprudenza di legittimità e dalla stessa Corte costituzionale.

Come noto, la legge n. 40/2004 sanziona – all'articolo 12 – l'applicazione di tecniche di p.m.a. in assenza dei requisiti soggettivi o in violazione dei limiti da essa stabiliti: in particolare, ai sensi del comma 2, l'applicazione di tecniche di p.m.a. a coppie che «siano composte da soggetti dello stesso sesso» è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro. Si tratta, dunque, di sanzioni amministrative (e, nel caso della realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della surrogazione di maternità e della commercializzazione di gameti o embrioni, ai sensi del successivo comma 6, anche penali) che non dispiegano alcuna conseguenza in capo al nato e al suo *status*: il disvalore verso la pratica posta in essere, pertanto, non si spinge fino a porre nel nulla i suoi effetti, per quel che riguarda la posizione del nato.

Conferma di ciò è recata dagli articoli 8 e 9, a mente dei quali – per un verso – il nato ha lo *status* di figlio nato nel matrimonio o riconosciuto dalla coppia «che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6» (art. 8); e, per altro verso, che non è data al coniuge o al convivente azione per il disconoscimento della paternità, ovvero per l'impugnazione dell'atto di nascita per difetto di veridicità, ove il suo consenso sia ricavabile (non soltanto ai sensi dell'articolo 6 ma, in via generale) «da atti concludenti».

Sebbene dunque risulti con sufficiente chiarezza, dalle disposizioni richiamate, che la tutela del nato prescinde dalla liceità/illiceità delle tecniche procreative applicate (si pensi a tale riguardo, solo per fare un esempio, al fatto che la formulazione originaria dell'articolo 9, comma 1, antecedente alla sentenza n. 162/2014, faceva espresso riferimento al ricorso a p.m.a. eterologa «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»), la questione è stata oggetto di una giurisprudenza corposa e non univoca.

Già la sentenza n. 162/2014 aveva lasciato intendere che le disposizioni di cui agli articoli 8 e 9 fossero state dettate al fine di garantire l'interesse del nato alla conservazione dello *status* anche nel caso di ricorso a tecniche di p.m.a. non consentite: è infatti a tali disposizioni che la Corte fa – con ogni evidenza – riferimento quando afferma, a proposito delle preoccupazioni sollevate e relative alla posizione del nato, che sono già presenti nella legge n. 40 più norme che «disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo, anche perché il legislatore, avendo consapevolezza della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa, li ha opportunamente regolamentati, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi»<sup>25</sup>. E, poco più oltre, la Corte riferisce espressamente l'articolo 8 ai nati da p.m.a. eterologa, senza distinguere tra tecniche lecite o illecite, collegando strettamente «nuova concezione della paternità» e salvaguardia dell'interesse del nato<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, cons. dir. par. 11.

<sup>26</sup> *Ibidem*. Altra e diversa questione è quella dell'eventuale incidenza nella materia della concorrente applicabilità delle disposizioni penali riguardanti condotte relative alla falsificazione di atti e stato, e della conseguente irrogazione della sanzione accessoria della perdita della responsabilità genitoriale. Ma si noti sul punto che, per un verso, la sanzione della perdita

Più complesso il discorso, quando ad essere violate sono le disposizioni di cui all'articolo 5, in tema di requisiti soggettivi per l'accesso alla p.m.a. Sul punto sono intervenute, tra il 2019 e il 2020, alcune sentenze della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, le quali mettono molto bene in luce, nuovamente, il discrimine rappresentato – nei percorsi interpretativi della legge n. 40/2004 – dalla genitorialità omosessuale quale “nodo di resistenza” rispetto a possibili interpretazioni estensive operanti nell'interesse del nato.

### 3.3 Segue: la posizione della Corte di cassazione e della Corte costituzionale

Con la decisione n. 13000/2019, in primo luogo, la Corte di cassazione ha ritenuto operante la disposizione di cui all'articolo 8 della legge n. 40/2004 anche nel caso di fecondazione assistita realizzata all'estero mediante utilizzo del seme del coniuge defunto, e dunque in violazione dei requisiti soggettivi di cui all'articolo 5 della medesima legge. L'interrogativo che guida la decisione della Corte, in tale prospettiva, è «se i divieti di genitorialità pure evincibili dal nostro ordinamento possano fungere da “controlimite” alla tutela dei diritti di chi è nato, oppure se occorra superare i confini della tradizione ed accettare, regolandoli, i nuovi percorsi della genitorialità stessa»<sup>27</sup>. La risposta, altrettanto netta e chiara, è profondamente condizionata dalla salvaguardia dell'interesse del nato, giacché «la circostanza che si sia fatto ricorso all'estero a P.M.A. non espressamente disciplinata (o addirittura non consentita) nel nostro ordinamento non esclude, ma anzi impone, nel preminente interesse del nato, l'applicazione di tutte le disposizioni che riguardano lo stato del figlio venuto al mondo all'esito di tale percorso»<sup>28</sup>. E tali disposizioni, prosegue la Corte, non possono che essere quelle già previste dalla stessa legge n. 40/2004: si tratta infatti, secondo la Corte, di un sistema alternativo e speciale rispetto agli ordinari criteri codicistici, risultato di una ponderazione tra il rilievo del principio di responsabilità procreativa («l'assoluta centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di P.M.A.»), l'esigenza di regolare rigidamente l'accesso alle tecniche di p.m.a. e la «sicura preminenza della tutela del nascituro, sotto il peculiare profilo del conseguimento della certezza dello *status filiationis*»<sup>29</sup>. Preminenza desumibile, tra l'altro, proprio dall'assenza – nella formulazione dell'articolo 8 – di alcun riferimento ai requisiti e ai limiti di cui agli articoli 4 e 5 della legge<sup>30</sup>.

della responsabilità genitoriale presuppone – come minimo – che lo *status* si sia validamente costituito, e dunque conferma, in casi di ricorso a tecniche di p.m.a. non consentite, che le disposizioni della legge n. 40/2004 in merito alla costituzione dello *status* di figlio dispiegano i propri effetti; per altro verso, e come già precisato (cfr. *supra*, nota 14), la giurisprudenza costituzionale ha da tempo escluso, in tali fattispecie, che possa darsi automatismo nell'irrogazione della sanzione accessoria e che l'applicabilità della stessa vada misurata anzitutto sulla sua corrispondenza all'interesse del minore, così soprattutto allontanando – in armonia con gli obblighi internazionali in materia – la “cecità” dell'automatismo rispetto alla concreta esperienza di vita del minore.

<sup>27</sup> Si legge al punto 7.3.3 della motivazione in diritto.

<sup>28</sup> Ivi, punto 7.7.1.

<sup>29</sup> Ivi, punto 7.8.5.1.

<sup>30</sup> E dunque, l'applicabilità della legge n. 40/2004 al caso dedotto in giudizio «muove [...] dal rilievo che il legislatore non ha limitato espressamente l'applicabilità della norma in esame alle sole ipotesi di procreazione medicalmente assistita “lecita” ed ha, anzi, espressamente contemplato la sua applicabilità alla ipotesi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in relazione alla quale l'impossibilità di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità e l'impugnazione del

Successive pronunce della Corte costituzionale, tuttavia, restringono il campo di applicazione del suddetto principio, quando a venire in rilievo è la nascita a seguito di p.m.a. cui abbia fatto ricorso, all'estero, una coppia di donne. È il caso della sentenza n. 237/19, relativa alla possibilità di formare in Italia un atto di nascita con due madri, in applicazione della legge nazionale del nato, applicabile ai sensi dell'art. 33 della legge n. 218/1995<sup>31</sup>. Pur dichiarando la questione inammissibile per difetto di rilevanza, la Corte – nel dichiarare l'infondatezza di una eccezione proposta dalla difesa delle parti costituite nel giudizio *a quo*, e relativa all'applicabilità, nel caso concreto, del principio di responsabilità procreativa desumibile dagli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 – ha modo di precisare la portata della stessa sentenza n. 221/19, proprio con riferimento al rapporto tra sussistenza del requisito dell'eterosessualità della coppia che accede alla tecnica e applicabilità degli articoli 8 e 9. Dal contenuto della sentenza n. 221/19 – e, in particolare, dal giudizio di non irragionevolezza della scelta legislativa di vincolare la disciplina delle tecniche di p.m.a. al paradigma eterosessuale – discenderebbe dunque, secondo la Corte, l'impossibilità di applicare dette disposizioni<sup>32</sup>. Il discrimine, in altri termini, non sarebbe dato dalla liceità/illiceità della tecnica, né – a ben vedere – dalla stessa sussistenza di un legame genetico con entrambi i membri della coppia (requisito già superato dall'apertura alla p.m.a. eterologa<sup>33</sup>), ma dal fatto che la tecnica sia stata applicata in coppia di donne; dunque, la salva-

riconoscimento per difetto di veridicità presuppongono che, anche in simili casi, il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia sufficiente per l'attribuzione dello status di figlio» (punto 7.8.4.2, enfasi aggiunta).

- 31 Sull'ordinanza di rimessione v. A. Schillaci, *L'omogenitorialità a Palazzo della Consulta: osservazioni a prima lettura dell'ordinanza del Tribunale di Pisa del 15 marzo 2018*, in *Articolo29.it*, 28 maggio 2018 ([articolo29.it/2018/omogenitorialita-a-palazzo-della-consulta-osservazioni-a-prima-lettura-dellordinanza-del-tribunale-di-pisa-del-15-marzo-2018/](https://www.articolo29.it/2018/omogenitorialita-a-palazzo-della-consulta-osservazioni-a-prima-lettura-dellordinanza-del-tribunale-di-pisa-del-15-marzo-2018/)). Per un commento alla decisione della Corte costituzionale cfr. A. Cannone, *Norme italiane in tema di fecondazione eterologa per coppie 'same-sex': norme di applicazione necessaria?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, pp. 563 ss. e L. Dell'Atti, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile. Considerazioni costituzionali a margine di Corte costituzionale, 237/2019*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 2/2020 (3 marzo 2020, [https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020\\_2\\_05\\_Dell\\_Atti.pdf](https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020_2_05_Dell_Atti.pdf)). A seguito della rimessione alla Corte costituzionale, il Tribunale di Pisa, con decisione del 6 maggio 2021 (non pubblicata) ha infine escluso la possibilità di formare l'atto di nascita in osservanza della legge nazionale del minore indicando anche la seconda madre.
- 32 «È pur vero» – afferma infatti la Corte al par. 3.1.1 del cons. dir. – «che la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA è legata anche al “consenso” prestato, e alla “responsabilità” conseguentemente assunta, da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa» ma «tutto ciò sempreché quelle coinvolte nel progetto di genitorialità così condiviso siano coppie “di sesso diverso”», in virtù della portata assorbente del divieto di cui all'articolo 5 della legge n. 40/2004.
- 33 Invero, la sussistenza del legame genetico aveva assunto rilievo – concorrente e rafforzativo ma non esclusivo, sembra di poter affermare – nella richiamata Cass., sez. I civ., sentenza n. 13000/2019, come componente dell'identità personale del nato, da tutelare attraverso la valida costituzione dello *status filiationis* (cfr. punto 7.8.6.1 della motivazione in diritto). Sul punto, mette conto ricordare anche la successiva C. Cost., sentenza n. 127/2020 (su cui v. E. Frontoni, *Interesse del minore e poteri del giudice anche in caso di “riconoscimento di compiacenza”*, in *Nomos*, fasc. 2/2020, <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/10/Frontoni-2-2020.pdf>), nella quale è stata esclusa l'analogia tra il campo di applicazione degli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 e la ipotesi – diversa e non rientrante nel sistema speciale di costituzione dello *status filiationis* in caso di nascita da p.m.a. – dell'impugnabilità del riconoscimento consapevolmente inveritiero (cd. riconoscimento di comodo o per compiacenza) da parte del soggetto che lo ha effettuato. In tale decisione, la Corte esclude che dal disposto degli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 possa desumersi il rilievo in via generale e – per così dire – sistemico del principio di responsabilità procreativa: infatti, «dal divieto di disconoscimento della paternità per il coniuge o il convivente che abbia prestato il proprio consenso non è, dunque, desumibile un principio generale in base al quale, ai fini dell'instaurazione del rapporto di filiazione, è sufficiente il solo elemento volontaristico o intenzionale, rap-

guardia del paradigma eterosessuale finisce per prevalere sulla stessa tutela del preminente interesse del minore.

Simile orientamento è stato infine accolto<sup>34</sup> anche dalla Corte di cassazione, con le due sentenze n. 7668 e 8029 del 2020, rispettivamente del 3 e del 22 aprile<sup>35</sup>. Viene qui in rilievo in particolare la motivazione della seconda sentenza, più articolata, perché mette in luce con estrema chiarezza il rilievo di rimente del paradigma eterosessuale come fattore di condizionamento del rapporto tra violazione dei requisiti soggettivi e violazione del divieto di p.m.a. eterologa. Secondo la Corte di cassazione, infatti, l'applicabilità degli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 sarebbe in questo caso preclusa sia dalla violazione del divieto di p.m.a. eterologa (al di fuori dei "paletti" fissati da C. Cost., n. 164/12, vale a dire l'infertilità derivante da patologia), sia dalla violazione del requisito soggettivo dell'eterosessualità della coppia: in altri termini, il riconoscimento del nato è precluso, «non essendo consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto»<sup>36</sup>. Il rilievo del legame genetico si intreccia qui con l'assenza del requisito soggettivo ma, a ben vedere, è in quest'ultima che va individuata – anche in considerazione del peso specifico che assume, in motivazione, il riferimento alla sentenza n. 221/19 della Corte costituzionale – la ragione primaria della decisione assunta.

presentato dal consenso prestato alla procreazione, ovvero dall'adesione a un comune progetto genitoriale. È pur vero che lo sviluppo scientifico ha reso possibili forme di procreazione svincolate dal legame genetico e che l'ordinamento ne ha preso atto. Tuttavia, la disciplina del rapporto di filiazione rimane tuttora strettamente connessa all'esistenza di un rapporto biologico tra il nato ed i genitori» (Cons. dir., par. 3.2). Infatti, nel caso di ricorso a tecniche di p.m.a. «il divieto d'impugnare il riconoscimento è riferito a particolari situazioni, specificamente qualificate dal legislatore, e riveste carattere eccezionale» in quanto rivolto a «sottrarre il destino giuridico del figlio ai mutamenti di una volontà che, in alcuni casi particolari e a certe condizioni, tassativamente previste, rileva ai fini del suo concepimento» (*ibidem*). La decisione lascia in ombra il profilo dell'interesse del minore alla conservazione dello *status* acquisito in conseguenza del riconoscimento di compiacenza, e all'eventuale concorrenza di esso con l'ulteriore profilo dell'interesse del medesimo minore alla conoscenza delle proprie origini; resta tuttavia confermato, a ben vedere, il carattere costitutivo del consenso ai fini della determinazione dello *status filiationis* in fattispecie di nascita da p.m.a., in uno con il carattere speciale e alternativo di tali criteri di costituzione dello *status* rispetto a quelli riferiti alla procreazione spontanea (sul punto soprattutto le riflessioni di M. Gattuso, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, in Id. – M. Winkler – G. Buffone, *Unione civile e convivenza*, cit., pp. 255 ss. e, in giurisprudenza, Corte d'appello di Napoli, sentenza n. 145 del 4 luglio 2018, est. Casaburi, in *Articolo29.it* con commento dello stesso M. Gattuso, *Corte di appello di Napoli: i bambini arcobaleno sono figli di entrambi i genitori sin dalla nascita*, 5 luglio 2018, <http://www.articolo29.it/2018/corte-appello-napoli-bambini-arcobaleno-figli-genitori-sin-dalla-nascita/>).

34 In contrasto con una significativa giurisprudenza di merito che si era orientata diversamente, a partire da Tribunale di Pistoia, decreto del 5 luglio 2018 e Tribunale di Bologna, decreto del 6 luglio 2018 (la si trova raccolta al seguente indirizzo: <http://www.articolo29.it/status-filiationis-alla-nascita-merito/>) e con una altrettanto ricca prassi amministrativa che, a partire dalla decisione del Comune di Torino dell'aprile 2018 (su cui v. M. Gattuso, *Comune di Torino sulla iscrizione di due mamme o papà negli atti di nascita: non è una forzatura giuridica*, in *Articolo29.it*, 21 aprile 2018, <http://www.articolo29.it/2018/comune-torino-sulla-iscrizione-due-mamme-papa-negli-atti-nascita-non-forzatura-giuridica/>).

35 Su cui si v. le note critiche di G. Ferrando, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, e di S. Celentano, "Tradizione", "natura" e pregiudizio. *Storie di figli nati a metà*, entrambe in *Questione giustizia*, 12 maggio 2020 (rispettivamente agli indirizzi: [https://www.questionegiustizia.it/articolo/i-diritti-dei-bambini-smarriti-tra-formule-e-modelli\\_12-05-2020.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/i-diritti-dei-bambini-smarriti-tra-formule-e-modelli_12-05-2020.php) e [https://www.questionegiustizia.it/articolo/tradizione-natura-e-pregiudizio-storie-di-figli-nati-a-meta\\_12-05-2020.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/tradizione-natura-e-pregiudizio-storie-di-figli-nati-a-meta_12-05-2020.php)).

36 Corte di cassazione, sezione I civile, sentenza n. 8029/2020, punto 5.5 del Diritto.

Vale rilevare, peraltro, che tale orientamento della Cassazione non è stato accolto pacificamente dalla successiva giurisprudenza di merito che anzi, in alcuni casi, se ne è apertamente discostata con dovizia di argomenti: si pensi a Trib. Genova, decreto del 4 novembre 2020, Trib. Brescia, decreto dell'11 novembre 2020 ma anche e soprattutto ad App. Roma, decreto n. 1453 del 23-27 aprile 2020 e, più recentemente, App. Cagliari, decreto 16 aprile 2021 (peraltro successivo alle decisioni n. 32 e 33/2021 della Corte costituzionale). La decisione romana, in particolare, insiste nel distinguere in modo molto netto il giudizio di liceità delle tecniche di p.m.a. – con il relativo apparato sanzionatorio – dalla persistente applicabilità, nell'interesse del nato, del criterio speciale di costituzione dello *status* di figlio desumibile dagli articoli 8 e 9 della medesima legge e fondato sul principio di responsabilità procreativa, giacché «il trattamento riservato al minore nato a seguito di PMA non può [...] essere diverso e deteriore per il solo fatto che ciò sia avvenuto al di fuori dei casi ammessi dalla legge»<sup>37</sup>. Tale orientamento di merito non è stato tuttavia condiviso dalla Corte di cassazione che, con la più recente sentenza n. 23320 del 23 agosto 2021, ha cassato la decisione romana, confermando le proprie posizioni, come emerse nella richiamata giurisprudenza del 2020<sup>38</sup>.

Sul punto è intervenuta nuovamente – prima delle due decisioni del 2021 – la sentenza n. 230/2020<sup>39</sup> con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 20, della legge n. 76/2016 nella parte in cui preclude la possibilità di indicare quali madri, nell'atto di nascita di un minore, le donne che abbiano prestato consenso – all'estero – all'applicazione delle tecniche di p.m.a. Anche in tale decisione, in linea con le precedenti n. 221/19 e 237/19, la Corte esclude che possa farsi luogo, nella specie, all'applicazione degli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004, in ragione dell'assenza del requisito soggettivo dell'eterosessualità della coppia.

Rispetto alle decisioni precedenti, tuttavia, la Corte pare più netta nell'escludere che sia desumibile dalla Costituzione un divieto di riconoscimento dell'omogenitorialità e che piuttosto tale decisione sia rimessa al discrezionale apprezzamento del legislatore: una scelta, precisa la Corte, non imposta né vietata. Allo stesso tempo, e in modo esplicito, la Corte si fa in questa decisione carico del rilievo – nella specie – dell'interesse del minore e della sua specifica posizione: a tale riguardo, la Corte rinvia alla giurisprudenza – di cui pure si dirà *infra* – che ha già riconosciuto la possibilità di fare ricorso, in tali casi, all'adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d) della legge n. 184/1983, con la precisazione – tut-

<sup>37</sup> Cfr. punto 7.1 della motivazione in diritto. Detta altrimenti, come afferma molto chiaramente Ferrando (opportunitamente richiamando i precedenti in materia di figli adulterini e incestuosi): «una cosa è la condotta dei genitori - che l'ordinamento può vietare ed eventualmente sanzionare – altra cosa è lo stato del figlio che non può essere influenzato dall'esigenza di sanzionare e reprimere condotte dei genitori contrarie ai valori espressi dall'ordinamento» (G. Ferrando, *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, in questa Rivista, fasc. 1/2019, pp. 6 ss., 14, consultabile all'indirizzo: <http://www.geniusreview.eu/wp-content/uploads/2019/11/genius-2019-01.pdf>). Sul punto v. anche M.C. Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, ivi, fasc. 1/2018, pp. 85 ss. (<http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2018/04/genius-2018-01.pdf>).

<sup>38</sup> Su questa decisione, e sulla "gemella" n. 23321 del 23 agosto 2021 si tornerà più diffusamente *infra*, nelle conclusioni.

<sup>39</sup> Su cui v. i commenti di G. Ferrando, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte costituzionale n. 230/2020*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, num. 2, pp. 417 ss.; S. Stefanelli, *Il rapporto tra nato in Italia da p.m.a. e madre intenzionale resta confinato all'adozione genitoriale*, in *Foro it.*, 2021, num. 1, parte I, pp. 44 ss.; M. Picchi, "Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale), in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 gennaio 2021 (<https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=15594>) nonché, in prospettiva diversa da quella qui assunta, E. Olivito, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 2/2021, 2 marzo 2021 ([https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2021\\_2\\_02\\_Olivito.pdf](https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2021_2_02_Olivito.pdf)), su cui si tornerà più avanti.



tavia – che «una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attendono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore»<sup>40</sup>.

D'altra parte, la considerazione dell'interesse del minore alla conservazione dello *status* non è estranea alle argomentazioni sottese a importanti decisioni della Corte in materia e assume rilievo centrale e determinante, come vedremo, proprio nelle due decisioni del 2021, nel quadro di un significativo ribaltamento di prospettiva rispetto ai precedenti. Accanto alla più volte richiamata sentenza n. 347/1998 può ricordarsi sul punto, più di recente e in fattispecie che si avvicina, per certi aspetti, alle vicende oggetto della sentenza n. 33/2021 – la sentenza n. 272/17<sup>41</sup>. In tale decisione, la Corte si è pronunciata sulla legittimità costituzionale dell'articolo 263 c.c., nella parte in cui esso avrebbe impedito – secondo la prospettazione del giudice rimettente – di negare accoglimento all'impugnazione dell'atto di nascita per difetto di veridicità (in un caso di nascita all'estero da surrogazione di maternità, e trascrizione dell'atto di nascita mediante indicazione quali genitori della coppia – peraltro eterosessuale – che a tale pratica aveva fatto ricorso), a seguito di una valutazione della corrispondenza della conservazione dello *status* all'interesse del minore. La Corte, nel dichiarare non fondata la questione, precisa che l'articolo 263 c.c. può già interpretarsi nel senso invocato dal giudice rimettente e che, in particolare, «la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi debba tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso»<sup>42</sup>.

La Corte compone così in equilibrio, da un lato, il rilievo delle modalità procreative e dell'eventuale disvalore ad esse riconnesso per effetto di valutazioni normative (come nel caso della surrogazione di maternità); e, dall'altro, l'istanza di tutela dell'interesse del minore alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito nello stato di nascita e, soprattutto, corrispondente alla sua identità relazionale, affettiva e sociale. Un approdo, quello risultante dalla sentenza n. 272/17, peraltro non privo di profili critici, specie per quel che riguarda l'idoneità del mezzo alternativo di costituzione dello *status* indicato dalla Corte (l'adozione in casi particolari) a dare al minore una tutela corrispondente a quella derivante dall'atto di nascita trascritto: come confermato proprio dalle decisioni n. 32 e 33 del 2021, infatti, la disciplina dell'adozione in casi particolari – la cui *ratio* è quella di dare copertura, in via residuale, a relazioni parentali di fatto non altrimenti riconoscibili sul piano giuridico – mal si ataglia a situazioni come quelle derivanti dalla nascita attraverso tecniche di procreazione medicalmente assistita non consentite dal nostro ordinamento (quali, appunto, la surrogazione di maternità), nelle quali la relazione parentale di fatto consegue a una vicenda procreativa del tutto peculiare, che non prescinde – quale che sia il giudizio su di essa – dalla originaria intenzione di mettere al mondo *quel* minore, stabilendo con lui o con lei una relazione ancor prima della sua nascita. Se si considerano tali profili, assumono inevitabilmente specifico rilievo – rappresentando altrettanti elementi di criticità,

40 Cons. dir., par. 9.1.

41 Sulla quale vedi, in diverse prospettive, S. Nicolai, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, 2017, pp. 2990 ss.; A. Schillaci, *Oltre la “rigida alternativa” tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, *ivi*, 2018, pp. 385 ss. Sulla vicenda v. altresì il focus preventivo pubblicato sul fasc. 2/2017 della rivista *GenIUS* su *Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, a cura di B. Pezzini e con contributi di G. Ferrando, I. Corti, S. Stefanelli, G. Brunelli, S. Nicolai e A. Ruggeri (<http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/10/genius-2017-02.pdf>).

42 Cons. dir., par. 4.3. Tale affermazione è stata ripresa di recente dalla sentenza n. 133/2021, relativa al diverso profilo della legittimità costituzionale del termine di decadenza annuale dell'azione di cui al medesimo articolo 263 c.c. Su tale decisione, v. ora R. Trezza, *Status filiationis “cristallizzato” e diritto del padre alla verità biologica*, in *Famiglia*, 29 luglio 2021 (<https://www.rivistafamiglia.it/2021/07/29/status-filiationis-cristallizzato-e-diritto-del-padre-alla-verita-biologica/>).



come messo peraltro in luce proprio dalle decisioni n. 32 e 33 – aspetti della disciplina dell'adozione in casi particolari quali il carattere limitato dei suoi effetti, la necessità del consenso del genitore già riconosciuto o ancora (ma questo è un aspetto a ben vedere non affrontato dalla Corte) la circostanza che la costituzione giuridica del legame parentale sia in questo caso affidata all'iniziativa del genitore adottante.

#### 4. Alcune ulteriori tappe del riconoscimento giuridico dell'omogenitorialità, tra Corti e processo politico

L'esame fin qui condotto ha dimostrato una significativa resistenza del paradigma eterosessuale come principale (e a tratti esclusivo) modello di riferimento nell'inquadrare le vicende giuridiche dell'omogenitorialità, specie per quel che riguarda la giurisprudenza costituzionale immediatamente antecedente alla svolta rappresentata dalle decisioni n. 32 e 33 del 2021.

Si tratta di una resistenza giuridica, indubbiamente legata alla delicatezza del tema, che non va però sbrigativamente ridotta alla proiezione di una resistenza sociale o culturale. Da un lato, è senz'altro vero che sentenze come la n. 221/2019 si appoggiano in misura decisiva su un riferimento – affrettato quanto, a ben vedere, superficiale – al grado di accettazione dell'omogenitorialità nella comunità sociale e a una presunta difficoltà, in tale ambito, di riconoscere l'esistenza e la pari dignità di famiglie omogenitoriali, con tutto ciò che ne consegue in termini di ragionevole giustificazione di scelte legislative come quelle operate nella legge n. 40/2004. D'altro canto, è egualmente vero che l'esperienza giuridica, l'elaborazione culturale e il dibattito pubblico degli ultimi anni mostrano con chiarezza assai diversa l'emersione di una istanza di riconoscimento delle famiglie omogenitoriali e il suo farsi strada nella società e nelle pieghe dell'ordinamento<sup>43</sup>.

In quest'ottica, riconoscere l'esistenza di una controversia (di una discussione, o anche di un conflitto) ed eventualmente rinviarne la gestione al processo politico sarebbe parso già allora più coerente con il concreto atteggiarsi dei percorsi di riconoscimento e di concreta costruzione dell'eguaglianza, rispetto a una attitudine di mera chiusura: in questo senso, le sentenze n. 32 e 33 del 2021 paiono confortanti, nella misura in cui correggono il tiro su una modalità di inquadramento – culturale, prima ancora che giuridico – dell'omogenitorialità che, nelle sentenze n. 221/19 e (in misura minore) 230/20 lasciava molto a desiderare e che attenta dottrina ha condivisibilmente ritenuto «francamente inaccettabile»<sup>44</sup>.

D'altra parte, la mediazione del dato socio-culturale nell'argomentazione giuridica – che pure non va sottovalutata, nella misura in cui lascia che i percorsi argomentativi si affaccino sul più ampio oriz-

<sup>43</sup> Esemplificativo, sul punto, il dibattito in sede di approvazione della legge n. 76/2016: come afferma infatti, condivisibilmente, Gilda Ferrando «proprio il tentativo di “oscurare” i bambini, di cancellarli con un colpo di spugna, ha sortito quale effetto paradossale quello di renderne manifesta la reale esistenza, e di dare voce alla loro domanda di tutela. I bambini ci sono, sono parte delle famiglie arcobaleno e chiedono di essere riconosciuti e tutelati insieme ai loro genitori» (Ead., *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, cit., p. 6). Sul punto si v. altresì A. Schillaci, *Le unioni civili in Senato: diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento*, in questa *Rivista*, fasc. 2/2016, pp. 18 ss., e ivi anche S. Stefanelli, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, pp. 102 ss. (<http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/03/genius-2016-02.pdf>).

<sup>44</sup> Così M. Gattuso, *I bambini al centro: il cambio di prospettiva nelle tre decisioni del marzo 2021 in materia di omogenitorialità (della Consulta e delle Sezioni unite)*, in *giudicedonna.it*, fasc. 1/2021, p. 11 ([http://www.giudicedonna.it/articoli/I\\_bambini\\_al\\_centro\\_il\\_cambio\\_di\\_prospettiva\\_nelle\\_tre\\_decisioni\\_del\\_marzo\\_2021\\_in\\_materia\\_di\\_omogenitorialit%C3%A0.pdf](http://www.giudicedonna.it/articoli/I_bambini_al_centro_il_cambio_di_prospettiva_nelle_tre_decisioni_del_marzo_2021_in_materia_di_omogenitorialit%C3%A0.pdf)).

zonte dello spazio pubblico destinato a ricevere le norme e inverarne l'applicazione nella concretezza dell'esperienza – non può tradursi in una indebita compressione della pari dignità sociale, soprattutto quando ad essere in questione sono esperienze di vita numericamente minoritarie o, se si vuole, stili di vita difformi dal sentimento dominante. Anche per questo, nel momento in cui si decida di dare ingresso – nell'argomentazione giuridica – alla considerazione del dato socio-culturale, non si può fare a meno di sforzarsi, ferma restando l'autonomia di valutazione del giudice, di *squadrare la vicenda da tutti i lati*, ad esempio considerando gli esiti delle ricerche che dimostrano l'indifferenza dell'orientamento sessuale dei genitori rispetto al benessere dei minori, e che rivelano che – semmai – ad incidere sul benessere dei figli sia il peso dello stigma sociale e della discriminazione giuridica verso le loro famiglie<sup>45</sup>.

#### 4.1 Orientamento sessuale, responsabilità e funzioni genitoriali nella giurisprudenza: il ricorso all'adozione in casi particolari

D'altro canto, proprio la giurisprudenza – di legittimità e di merito – ha da tempo escluso che l'orientamento sessuale possa assumere rilevanza in relazione alla concreta idoneità all'esercizio delle funzioni genitoriali. Si pensi, ad esempio, a Cass., sez. I civ., sent. n. 601/2013 nella quale – in fattispecie relativa ad affidamento post-divorzile alla madre convivente con la nuova partner – è stata negata dignità di contraddittorio in giudizio ad argomenti alla cui base «non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale»<sup>46</sup>.

A partire da quel primo arresto, l'istanza di riconoscimento giuridico dell'omogenitorialità si è fatta strada anzitutto nella giurisprudenza minorile. Va ricordato l'orientamento, avviato nel 2014, con le prime sentenze del Tribunale per i minorenni di Roma relative all'adozione del figlio del partner da parte del convivente dello stesso sesso<sup>47</sup>. Un percorso, dunque, già avviato addirittura mentre era in corso l'acceso dibattito in sede di approvazione della legge sulle unioni civili e che sarebbe stato confermato proprio nel 2016 da una sentenza della prima sezione civile della Corte di cassazione.

Per una singolare coincidenza, peraltro, la sentenza in discorso venne pronunciata il 26 maggio 2016 (e depositata il successivo 22 giugno con il n. 12192), dunque nel periodo di *vacatio* della stessa legge n. 76/16 (promulgata il 20 maggio, pubblicata il 21 maggio ed entrata in vigore il 5 giugno). In altri termini, a margine di un dibattito politico molto conflittuale, che aveva condotto allo stralcio della stessa possibilità di ricorso all'adozione coparentale nelle coppie unite civilmente, l'ordinamento diede un segnale diametralmente opposto: di tale eventualità, peraltro, si era mostrato consapevole lo stesso legislatore che, nello stralciare la previsione che avrebbe esplicitamente novellato l'art. 44, lett. b) della legge n. 184/1983 – espressamente includendo le parti dell'unione civile tra i soggetti legittimati a chiedere l'adozione in casi particolari ivi contemplata (e cioè l'adozione del figlio del coniuge) –

<sup>45</sup> Sul punto, v. per tutti e da ultimo N. Carone, *Le famiglie omogenitoriali. Teorie, cliniche e ricerca*, Milano, Raffaello Cortina, 2021.

<sup>46</sup> Cfr. il par. 3 della motivazione in diritto.

<sup>47</sup> A partire da Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014 (Pres. Est. Cavallo), in *Articolo29.it* con commento di M. Gattuso, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è "sana e meritevole d'essere riconosciuta"*, 29 agosto 2014 (<http://www.articolo29.it/2014/tribunale-per-i-minorenni-roma-riconosce-giuridicamente-mamme-ed-assegna-cognome-lomogenitorialita-sana-meritevole-dessere-riconosciuta/>).

ebbe cura di inserire, nell'ultimo periodo dell'art. 1, comma 20 della legge n. 76/2016, una specifica clausola di salvaguardia a mente della quale «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Una disposizione che, come riconosciuto nell'immediato<sup>48</sup> e come ribadito dalla successiva giurisprudenza in materia<sup>49</sup>, non poteva avere altro obiettivo che quello di non ostacolare l'evoluzione dell'orientamento interpretativo in parola.

La sentenza n. 12192/2016, come accennato, conferma la possibilità di disporre l'adozione del figlio del partner da parte del convivente dello stesso sesso, ai sensi dell'articolo 44, lett. d), della legge n. 184/1983<sup>50</sup>.

Ai nostri fini, la decisione si segnala in particolare per due profili. Da un lato, viene ribadita l'irrelevanza dell'orientamento sessuale dell'adottante ai fini della valutazione, in astratto e in concreto, della corrispondenza dell'adozione all'interesse del minore: come afferma la decisione, richiamando proprio la sentenza n. 601/2013, l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge «non può essere svolto – neanche indirettamente – dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner»<sup>51</sup>. D'altro canto, assume peculiare rilevanza, nell'*iter decidendi* della Corte, la concreta esperienza di vita del minore e, in particolare, il consolidato rapporto affettivo con l'adottante: tale rapporto – precisa la Corte richiamando, in particolare, la sentenza *Moretti e Benedetti c. Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo (27 aprile 2010, ric. n. 16318/2017) – «deve essere conservato anche a prescindere dalla corrispondenza con rapporti giuridicamente riconosciuti, salvo che vi sia un accertamento di fatto contrario a questa soluzione»<sup>52</sup>.

La prospettiva antidiscriminatoria viene così ancorata nella concretezza delle vicende dedotte in giudizio, lasciando emergere una forte istanza di riconoscimento, che si traduce nel perseguimento della corrispondenza tra identità sociale, relazionale e affettiva (dunque personale e familiare) e identità *giuridica* del minore.

## 4.2 Segue: la continuità dello status del minore nato all'estero

Le stesse istanze sono alla base della successiva giurisprudenza che, in fattispecie diverse, si è occupa-

<sup>48</sup> Si v., oltre ad A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *Articolo29.it*, 26 febbraio 2016 (<http://www.articolo29.it/2016/un-buco-nel-cuore-ladozione-coparentale-dopo-il-voto-del-senato/>) e M. Gattuso – M. Winkler – G. Buffone, *Unione civile e convivenza*, cit., pp. 304 ss., anche V. Barba, *Unione civile e adozione*, in *Famiglia e diritto*, fasc. n. 4/2017, pp. 381 ss.

<sup>49</sup> Si pensi ad esempio, tra le molte, alle due sentenze rese da Tribunale per i minorenni di Bologna il 6 luglio 2017, nelle quali si riconosce che la funzione dell'ultimo periodo del comma 20 «è quella di chiarire all'interprete che la mancata previsione legislativa dell'accesso all'adozione coparentale non deve essere letta come un segnale di arresto o di contrarietà rispetto all'orientamento consolidatosi negli ultimi anni in giurisprudenza in favore dell'adozione coparentale ai sensi della lettera d)». Entrambe le sentenze sono pubblicate su *Articolo29.it*, con nota di A. Schillaci, *La vita non si ferma: l'unione civile, la famiglia, i diritti dei bambini* (<http://www.articolo29.it/2017/la-vita-non-si-ferma-lunione-civile-la-famiglia-i-diritti-dei-bambini/>).

<sup>50</sup> Dal punto di vista giuridico, il presupposto per l'applicabilità dell'articolo 44, lett. d) anche in casi come questi risiede nella interpretazione dell'espressione «constatata impossibilità di affidamento preadottivo»: la Cassazione conferma, in particolare, che detta impossibilità vada intesa anche in termini giuridici, e non solamente fattuali, così correttamente svincolando l'istituto dell'adozione in casi particolari dall'esistenza di una situazione di abbandono o semiabbandono.

<sup>51</sup> Cfr. punto 4.2.2 della motivazione in diritto.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

ta di omogenitorialità, anzitutto con riguardo alla tutela della continuità dello *status* del minore nato all'estero, e lì riconosciuto come figlio o figlia di due madri o due padri. Tale diversa vicenda – che ha avuto alterne fortune, registrandosi in particolare una progressiva divaricazione fra trattamento giuridico dell'omogenitorialità maschile e di quella femminile (in parte ripetuta anche dalle sentenze n. 32 e 33) – iscrive l'interesse del minore nella cornice dei principi che presiedono alla circolazione degli istituti giuridici, in ottica internazionalprivatistica<sup>53</sup>. In particolare, è attraverso la valutazione di non contrarietà all'ordine pubblico (cd. internazionale) che fanno ingresso – nella giurisprudenza e dunque nel nostro ordinamento – diverse possibilità di sistemazione delle questioni connesse al riconoscimento dell'omogenitorialità<sup>54</sup>.

Per quel che riguarda il riconoscimento dell'omogenitorialità *femminile* nel caso di minore nato all'estero, il quadro appare ormai consolidato. A partire almeno dalla nota sentenza n. 19599/2016<sup>55</sup> la prima sezione civile della Corte di cassazione ha chiarito che gli atti di nascita formati all'estero e recanti l'indicazione di due madri non sono contrari all'ordine pubblico e, pertanto, devono essere trascritti, nel superiore interesse del minore alla continuità dello *status*, sia quando il minore presenti un doppio legame biologico e genetico con entrambe le madri (nel caso in cui, ad esempio, il minore sia stato partorito da una delle madri, ma l'ovulo fecondato e successivamente impiantato sia quello dell'altra partner), sia quando il minore sia nato a seguito del ricorso a una tecnica di inseminazione

<sup>53</sup> Su questa giurisprudenza v., *ex multis*, il focus pubblicato sul fasc. 1/2020 della rivista *GenIUS* su *Il riconoscimento degli status acquisiti all'estero e le nuove frontiere della genitorialità* (<http://www.geniusreview.eu/2021/genius-2020-1/>), nonché quello pubblicato sul fasc. 1/2016 della medesima *Rivista* su *Trascrizioni e riconoscimento degli status familiari* ([geniusreview.eu/2016/genius-2016-1/](http://www.geniusreview.eu/2016/genius-2016-1/)). Ivi v. anche I. Rivera, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, fasc. 1/2017, pp. 70 ss. Si v. altresì E. Messineo, *Principio di continuità dello status e divieto di maternità surrogata*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, pp. 1473 ss. e, nella dottrina internazionalprivatistica, C. Campiglio, *La genitorialità nelle coppie "same-sex": un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile*, in *Famiglia e diritto*, 2018, pp. 924 ss. e G. Rossolillo, *Riconoscimento di "status" familiari e adozioni sconosciute all'ordinamento italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016,, pp. 335 ss.; nella dottrina costituzionalistica A. Gusmai, *Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla "omogenitorialità" a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita*, in *Federalismi.it*, 29 novembre 2017 nonché, in generale A. Lorenzetti, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2018 ([https://www.constituzionalismo.it/costituzionalismo/download/Costituzionalismo\\_201802\\_676.pdf](https://www.constituzionalismo.it/costituzionalismo/download/Costituzionalismo_201802_676.pdf)) e F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità: la Legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, ES, 2020.

<sup>54</sup> Non viene in questa sede trattata la vicenda relativa alla trascrizione delle adozioni pronunciate all'estero in coppia omosessuale. Essa ha ormai ricevuto sistemazione – in senso favorevole alla tutela della continuità dello *status* – nella giurisprudenza. Il corposo orientamento favorevole maturato nelle Corti minorili (a partire da Corte d'appello di Napoli, 30 marzo 2016; ma si pensi anche a Tribunale per i minorenni di Firenze, decreti del 7 marzo 2017, tutte in *Articolo29.it*, con commento alle decisioni fiorentine di A. Schillaci, *"Una vera e propria famiglia": da Firenze un nuovo passo avanti per il riconoscimento dell'omogenitorialità*, 13 marzo 2017, <http://www.articolo29.it/2017/una-vera-e-propria-famiglia-da-firenze-un-nuovo-passo-avanti-per-il-riconoscimento-dellomogenitorialita/>) è stato autorevolmente consolidato dalla recentissima Corte di cassazione, Sezioni unite, sentenza del 31 marzo 2021, n. 9006, anch'essa in *Articolo29.it* con nota S. Celentano, *Le Sezioni Unite: sì alla trascrizione della adozione da parte di due papà*, 31 marzo 2021 (<http://www.articolo29.it/2021/le-sezioni-unite-si-alla-trascrizione-della-adozione-parte-due-papa/>), su cui v. anche M. Gattuso, *I bambini al centro...*, cit.

<sup>55</sup> In *Articolo29.it*, con commento di A. Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, 3 ottobre 2016 ([articolo29.it/2016/le-vie-dellamore-sono-infinite-la-corte-di-cassazione-e-la-trascrizione-dellatto-di-nascita-straniero-con-due-genitori-dello-stesso-sesso/](http://www.articolo29.it/2016/le-vie-dellamore-sono-infinite-la-corte-di-cassazione-e-la-trascrizione-dellatto-di-nascita-straniero-con-due-genitori-dello-stesso-sesso/)).

eterologa<sup>56</sup>.

Le decisioni richiamate sono importanti perché – confermando l'irrelevanza dell'orientamento sessuale dei genitori in sede di valutazione dell'interesse del minore alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito nel paese di nascita – forniscono coordinate decisive per l'inquadramento giuridico dell'omogenitorialità nel nostro ordinamento. A partire infatti da una declinazione non difensiva dell'ordine pubblico internazionale, bensì aperta all'istanza di relazione tra ordinamenti giuridici e alla circolazione della superiore istanza di tutela dei diritti fondamentali, la Corte di cassazione chiarisce anzitutto i contorni del giudizio di non contrarietà all'ordine pubblico, affermando che esso non si può né deve tradurre in un giudizio di conformità (o, meglio ancora, di corrispondenza tra l'istituto straniero di cui si invoca la produzione di effetti in Italia e un istituto esistente nel nostro ordinamento: come afferma la Corte, l'operatore interno non è chiamato a verificare «se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne»<sup>57</sup>). Tutto al contrario, l'ufficiale di stato civile chiamato a trascrivere l'atto di nascita e – se del caso – il giudice investito della controversia deve verificare soltanto se l'atto o il provvedimento straniero costitutivo dello *status* non violi l'ordine pubblico internazionale, e cioè che non «contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo», con precipuo riferimento alla «tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale»<sup>58</sup>.

Di conseguenza, l'atto di nascita recante l'indicazione di due madri deve essere trascritto, poiché in tal modo si realizza la miglior tutela dell'interesse del minore: in questo caso, in particolare, il diritto alla conservazione dello *status* acquisito all'estero incide su un fascio rilevante di diritti fondamentali del minore, che vanno dal diritto alla vita privata e all'identità, non solo fisica, ma anche personale e sociale, al diritto di mantenere relazioni con entrambi i genitori fino al diritto di acquisire la cittadinanza italiana, precluso in caso di mancata trascrizione.

A tutto ciò non osta la contrarietà al diritto italiano della tecnica di p.m.a. cui le due madri hanno fatto ricorso all'estero<sup>59</sup>; il fatto che il ricorso a tale pratica sia vietato in Italia alle coppie dello stesso sesso – prosegue la Corte, significativamente anticipando gli orientamenti della giurisprudenza successiva, fino almeno alle “chiusure” del biennio 2019/2020 – «non esprime un valore costituzionale superiore ed inderogabile, idoneo ad assurgere a principio di ordine pubblico»<sup>60</sup>.

Ma soprattutto, conclude la Corte, alla trascrizione non osta l'identità di sesso dei genitori, in uno con il loro orientamento sessuale. A tale riguardo, tra le pieghe del giudizio di non contrarietà all'ordine pubblico, è possibile individuare un vero e proprio inquadramento sistematico

56 Si tratta del caso deciso dalla prima sezione civile della Corte di cassazione con la sentenza n. 14878/2017, in *Articolo 29.it*, con commento di S. Stefanelli, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*, 10 luglio 2017 (<http://www.articolo29.it/2017/riconoscimento-dellatto-di-nascita-da-due-madri-in-difetto-di-legame-genetico-con-colei-che-non-ha-partorito-nota-a-cass-civ-sez-i-15-giugno-2017-n-14878/>). Tale orientamento è stato da ultimo confermato da Cass., sez. I civ, sentenza 23 agosto 2021, n. 23319.

57 Cfr. par. 7 della motivazione in diritto.

58 *Ibidem*.

59 Giacché, afferma la Corte al par. 8.3: «non si può ricorrere alla nozione di ordine pubblico» afferma la Corte, «per giustificare discriminazioni nei confronti [del minore] a causa della scelta di coloro che lo hanno messo al mondo mediante una pratica di procreazione assistita non consentita in Italia [...] Vi sarebbe altrimenti una violazione del principio di uguaglianza, intesa come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali».

60 Cfr. par. 10.2 della motivazione in diritto.



dell'omogenitorialità nel nostro ordinamento, che avrebbe poi assunto rilevanza decisiva nei successivi sviluppi della giurisprudenza: non a caso, la sentenza n. 19599/2016 viene richiamata dalla Corte costituzionale anche nelle decisioni in cui maggiore è la chiusura verso l'istanza di riconoscimento dell'omogenitorialità, come ad esempio la n. 221/19 o la 230/2020 a ribadire però che, se pure non è desumibile un divieto costituzionale di riconoscimento dell'omogenitorialità, l'*an* e il *quomodo* di tale riconoscimento rientra nell'ambito della discrezionalità del legislatore.

La sentenza n. 19599/2016 rappresenta dunque uno snodo centrale nel percorso di riconoscimento dell'omogenitorialità del nostro ordinamento, soprattutto perché contribuisce a individuare e approfondire le distinte "tangenti" – ovvero le coordinate – giuridiche entro cui inscrivere il trattamento dell'omogenitorialità in Italia. La decisione, al par. 12.1, ne individua almeno quattro: a) l'inerenza della scelta di diventare genitori e formare una famiglia alla fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162/14; b) l'indifferenza della cornice giuridica del rapporto tra i genitori – dunque, del matrimonio – rispetto alle vicende relative allo *status* di figlio (C. Cost., n. 166/98), da cui consegue che «l'elemento di discriminazione rappresentato dalla diversità di sesso tra i genitori – che è tipico dell'istituto matrimoniale – non può giustificare una condizione deteriore per i figli né incidere negativamente sul loro status»; c) il principio secondo cui l'orientamento sessuale di una persona non incide sulla sua idoneità ad assumere la responsabilità genitoriale e, di conseguenza, «l'asserita dannosità» dell'inserimento del figlio «in una famiglia formata da una coppia omosessuale [...] va dimostrata in concreto e non può essere fondata sul mero pregiudizio»; d) la circostanza che, a partire da Cass., sez. I civ., n. 12962/16, è consentito il ricorso all'adozione in casi particolari, in coppie omosessuali, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184/1983: ciò conferma «che le coppie omosessuali ben possano adeguatamente accogliere figli e accudirli».

Anche in questo caso, come si vede, la discriminazione nell'accesso alla genitorialità in ragione dell'orientamento sessuale rappresenta solo uno dei profili rilevanti, accompagnandosi – da un lato – all'impatto delle più generali dinamiche di sviluppo del diritto di famiglia in Italia (con riferimento, in particolare, all'affermazione dell'unicità dello status di figlio e dunque, semmai, alla non discriminazione *tra minori* in ragione del tipo di famiglia in cui siano venuti al mondo) ma anche, dall'altro, a un (almeno) duplice rovesciamento di prospettiva. In primo luogo, infatti, sia questa tipologia di decisioni che quelle in materia di adozione in casi particolari si pongono – con estrema chiarezza – in prospettiva paidocentrica; in secondo luogo, e proprio per questo, viene progressivamente abbandonato un approccio di tipo dogmatico alla disciplina delle relazioni familiari, virando i percorsi argomentativi nella direzione di una sempre più decisa comprensione della famiglia come «come comunità di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti: al diritto spetta di tutelare proprio tali rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di contemperare gli interessi eventualmente in conflitto, avendo sempre come riferimento, ove ricorra, il prevalente interesse dei minori»<sup>61</sup>.

Dalla centralità della prospettiva antidiscriminatoria si passa, così al riconoscimento di specifica (e pari) dignità (sociale) a una comunità di affetti, e dunque alla considerazione dei legami di fatto e del loro valore anche ai fini del loro consolidamento mediante forme di riconoscimento giuridico.

<sup>61</sup> Corte di cassazione, sezione I civile, sentenza n. 19599/2016, par. 12.1 della motivazione in diritto.



### 4.3 Lo specifico rilievo delle modalità della nascita nel caso dell'omogenitorialità maschile

A queste coordinate deve, tuttavia, essere aggiunta quella, ulteriore, legata alle modalità con cui i figli e le figlie di coppie omogenitoriali vengono al mondo. E ciò, non solo e non tanto per il rilievo specifico che assumono – in tale ambito – il profilo della volontaria assunzione di responsabilità genitoriale e, dunque, il principio di responsabilità procreativa in uno con l'intenzionalità e con la costruzione di un progetto familiare, anche nel loro intrecciarsi con la sussistenza del legame biologico, secondo quanto più ampiamente si è già visto. Ma anche perché le modalità della procreazione incidono sul diverso trattamento giuridico dell'omogenitorialità maschile e di quella femminile.

I principi affermati nella giurisprudenza appena richiamata – in particolare, il principio dell'irrelevanza della liceità delle tecniche procreative ai fini della costituzione dello *status filiationis* – hanno avuto infatti una ben più travagliata vicenda applicativa con riguardo al riconoscimento dell'omogenitorialità *maschile* instaurata all'estero a seguito del ricorso a surrogazione di maternità o gestazione per altri<sup>62</sup>. In tal caso, nonostante un orientamento favorevole della giurisprudenza di merito<sup>63</sup>, si è registrato nel 2019 l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione che, con la sen-

<sup>62</sup> Non è questa la sede per riprendere una riflessione approfondita sulla surrogazione di maternità. Per una panoramica del dibattito assai vivace sul tema e delle diverse prospettive di riflessione e ricostruzione che lo percorrono si vedano, esemplificativamente e oltre ai già richiamati lavori di Angelini e Di Martino, E. Olivito – S. Niccolai (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità: i nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017 e B. Pezzini – M. Cacielli – A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, CIR-SDE, 2019 ([https://www.cirsde.unito.it/sites/c555/files/allegatiparagrafo/20-02-2019/e-book\\_riproduzione\\_e\\_relazioni\\_isbn\\_9788875901288.pdf](https://www.cirsde.unito.it/sites/c555/files/allegatiparagrafo/20-02-2019/e-book_riproduzione_e_relazioni_isbn_9788875901288.pdf)). La controversia sul punto investe, come noto, snodi delicati sia sul piano teorico che su quello metodologico, a partire dalle diverse declinazioni della dignità e del suo intreccio con la libertà (su cui v., di recente, A. Facchi - O. Giolo, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2020) fino ad arrivare alla questione – assai rilevante e che non può essere ignorata – della mediazione delle dinamiche del mercato nell'accesso alle tecnologie riproduttive: su quest'ultimo profilo, si rinvia a V. Calderai, *Breaking out of the regulatory delusion. The ban to surrogacy and the foundations of European constitutionalism*, in *Global Jurist*, 2020, pp. 1 ss. Sempre di recente, e in diverse prospettive si v. G. Viggiani, *Alcune questioni preliminari in materia di gestazione per altri*, in *Ragion pratica*, fasc. 1/2021, pp. 141 ss., A. Apostoli, *La gestazione per altri e il giudice delle leggi*, ivi, pp. 193 ss., S. Pozzolo, *Locatio ventris. Il corpo come mezzo e come fine*, ivi, pp. 161 ss., E. Grasso – E. Mostacci, *Aborto e maternità surrogata: il diritto di fronte al divorzio tra sessualità e riproduzione*, in *Politica del diritto*, fasc. 2/2021, pp. 149 ss. e L. Guizzardi, *Famiglie nate dalla surrogacy e vulnerabilità: alcuni percorsi di analisi*, ivi, pp. 193 ss., nonché V. Scalisi, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 1097 ss. Rileva anche in questo caso l'alternativa metodologica, seguita lungo tutto questo scritto, tra approcci dogmatizzanti e approcci sensibili alla concretezza delle situazioni che tuttavia, in questo caso, non può assumere i tratti di una rigida polarizzazione, stante la delicatezza dei principi e valori in gioco e l'elevata complessità e pluralità delle esperienze di gestazione per altri e di modelli regolatori nei diversi ordinamenti: sullo sfondo resta la domanda sulle possibilità del diritto che, anche in relazione a vicende come questa, si pongono al crocevia tra indifferenza, ostilità e assunzione di responsabilità regolatoria. Chi scrive resta convinto – e non può che rinviare, sul punto, ai propri precedenti scritti in materia – che tale ultima ipotesi sia quella che, ancora, pone le sfide più affascinanti: e ciò, sia per quel che riguarda le diverse declinazioni del principio dignità (in senso oggettivo e soggettivo) e sia per quel che riguarda la concreta capacità della regolazione giuridica di intervenire a organizzare la libertà e ad arginare quelle situazioni di subordinazione che pure incidono sulle concrete condizioni di esercizio della libertà medesima, anche (ma non solo) in relazione al ruolo del mercato.

<sup>63</sup> Accanto alle recentissime Corte d'appello di Bari, decreto del 9 ottobre 2020 e Corte d'appello di Firenze, decreto del 28

tenza n. 12193, hanno ritenuto che il ricorso alla GPA, all'estero, non consenta all'atto di nascita così formato di superare il vaglio di non contrarietà all'ordine pubblico. Centrale, nell'iter argomentativo delle Sezioni Unite, una declinazione del concetto di ordine pubblico parzialmente diversa da quella di cui alla sentenza n. 19599/2016 e che risente, per un verso, della configurazione del concetto fornita da Cass., SS. UU., sent. n. 16601/2017<sup>64</sup> (relativa, tuttavia, a questione attinente alla responsabilità civile) e, per altro verso, della recisa qualificazione della GPA, nella sentenza n. 272/17, nei termini di pratica che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>65</sup>. Sul primo profilo, si osservi che nella decisione delle Sezioni Unite del 2017 i confini del concetto di ordine pubblico internazionale si allargano fino a ricomprendere non solo «il portato della Costituzione» ma anche «di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale»<sup>66</sup>. Non ci si limita, cioè, a valutare la non contrarietà dell'atto straniero rispetto a principi desumibili dalla Costituzione e dal diritto internazionale in materia di diritti umani, ma si considera anche il modo in cui quei principi sono stati attuati dalla legislazione interna: di qui il rilievo centrale attribuito dalla sentenza n. 12193/2019 al divieto penale di surrogazione di maternità, con conseguente impossibilità di trascrivere l'atto di nascita così formato.

Sul punto si tornerà più diffusamente in sede di analisi della sentenza n. 33/2021: valga rilevare, fin d'ora, che tale diversa declinazione dell'ordine pubblico presenta alcuni profili problematici. In particolare, l'inclusione della legislazione interna tra i parametri alla luce dei quali configurare il concetto di ordine pubblico rilevante ai fini della circolazione di istituti stranieri – se da un lato, come è stato osservato in dottrina, limita la discrezionalità interpretativa del giudice<sup>67</sup> – rischia di subordinare l'istanza di relazione tra ordinamenti giuridici – e le situazioni sostanziali di volta in volta evocate dalla fattispecie internazional-privatistica (e dunque, nel nostro caso, la posizione del minore) – ai mutevoli orientamenti del livello primario di normazione, a loro volta sensibili al diverso atteggiarsi del processo politico. Tra principi internazionalistici, Costituzione e livello legislativo primario non c'è, infatti, solo una differenza di rango o grado formale; ma quella differenza nasconde, tutto al contrario, ben precise dinamiche di gestione del conflitto e del potere, nonché istanze di garanzia rispetto agli orientamenti maggioritari maturati nel processo politico. Ad essere evocato, in linea generale, è dunque lo stesso rapporto tra costituzionalismo e democrazia, come mediato dal rapporto tra Corti e processo politico. In questa prospettiva, vincolare il perimetro del concetto di ordine pubblico agli orien-

---

gennaio 2020 (su cui si tornerà), si pensi – tra le più note – Corte d'appello di Trento, decreto del 23 febbraio 2017 (in *Articolo29.it*, con commento di A. Schillaci, *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, 28 febbraio 2017, <http://www.articolo29.it/2017/due-padri-i-loro-figli-la-corte-dappello-di-trento-riconosce-per-la-prima-volta-il-legame-tra-i-figli-e-il-padre-non-genetico/>), Corte d'appello di Venezia, ordinanza del 28 giugno 2018 (in *Articolo29.it* con commento di A. Schillaci, *Due padri: da Venezia un'altra importante conferma*, 19 luglio 2018, <http://www.articolo29.it/2018/due-padri-veneziana-unaltra-importante-conferma/#more-12588>), nonché le altre che possono essere consultate all'indirizzo: <http://www.articolo29.it/trascrizione-atto-nascitamerito/>.

<sup>64</sup> Si tratta della decisione che si è occupata dello scrutinio di non contrarietà all'ordine pubblico dell'istituto – di origine nordamericana – dei cd. danni punitivi. Sul punto v. F. Carocchia, *Dell'ordine pubblico e dei danni punitivi. Una rosa è una rosa?* in *La nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 941 ss.; in generale cfr. anche Ead., *Ordine pubblico: la gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, Jovene, 2018, nonché, in prospettiva costituzionale A. Longo, *Ordine pubblico internazionale e lotta per la Costituzione. Spunti problematici alla luce di alcuni recenti approdi giurisprudenziali*, in *Diritto e società*, 2017, pp. 419 ss.

<sup>65</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 272/17, cons. dir., par. 4.2.

<sup>66</sup> Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza n. 16601/2017, par. 6 della motivazione in diritto.

<sup>67</sup> Cenni in M. Luciani, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Questione giustizia*, fasc. 3/2019, pp. 16 ss., 30 ss.

tamenti della legislazione primaria rischia non solo di sovrarappresentare il punto di vista identitario rispetto all'istanza di apertura nella gestione della relazione tra ordinamenti giuridici; d'altro canto, rischia allo stesso tempo, nel caso di specie, di irrigidire (o addirittura pregiudicare) le tutele che derivano alle persone da uno *status* legittimamente acquisito nel paese di nascita.

In conseguenza della più recente giurisprudenza si registra in ogni caso, nel nostro ordinamento, una situazione claudicante. Nel caso di omogenitorialità femminile, infatti, non solo esiste una giurisprudenza che consente la trascrizione dell'atto di nascita estero recante l'indicazione di due madri ma si è registrata altresì – come già visto – una giurisprudenza (di merito) che, tra il 2018 e il 2020, ha ritenuto di poter applicare alle coppie di donne il principio di responsabilità procreativa desumibile dagli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004. L'evidenza del ricorso alla GPA, tutto al contrario, preclude il ricorso ai ridetti principi e rende percorribile, per le coppie di padri (ma, a ben vedere, anche alle coppie eterosessuali che ricorrano alla GPA *dandone evidenza*), unicamente la soluzione dell'adozione in casi particolari: tanto si desume, per un verso, dalla già richiamata decisione n. 272/17 della Corte costituzionale e, per l'altro, dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite.

## 5. Gli approdi più recenti della giurisprudenza costituzionale: le sentenze n. 32 e 33 del 2021

In questo percorso si inseriscono, infine, le sentenze n. 32 e 33 del 2021<sup>68</sup>, che riguardano proprio la questione della costituzione dello *status* di figlio del nato (solitamente in Italia) a seguito di procreazione medicalmente assistita eterologa in coppia di donne e del nato (all'estero) a seguito di ricorso da parte di una coppia di uomini alla surrogazione di maternità, come noto vietata dall'articolo 12, comma 6 della legge n. 40/2004.

Nel caso oggetto della sentenza n. 32, in particolare, il giudice remittente si trovava ad affrontare la situazione di una minore alla quale, a seguito della separazione della coppia, era stato precluso dalla madre legalmente riconosciuta il rapporto con la madre "di intenzione"; inoltre, proprio in considerazione della situazione di crisi della coppia, la madre legalmente riconosciuta negava il consenso all'adozione in casi particolari della minore da parte della ex-compagna, così rendendo impossibile il ricorso all'unico strumento che, allo stato, consente di dare riconoscimento giuridico al legame di fatto instauratosi tra un minore e il compagno o la compagna dello stesso sesso del genitore legale. Per questo, il Tribunale di Padova aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 8 della legge n. 40/2004 nella parte in cui non consente – per come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità (e in particolare da Cass., sez. I civ., sentt. nn. 8029 e 7668 del 2020) – di costituire lo *status filiationis* della minore nei confronti della compagna della madre legale, che abbia prestato consenso alla procreazione medicalmente assistita effettuata all'estero seppure in violazione dell'art. 5 della legge n.

<sup>68</sup> Su queste due sentenze v. – oltre ai lavori di Ferrando, Gattuso e Pezzini già più volte richiamati – anche M. Acierno, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità?*, in *Questione giustizia*, 7 aprile 2021 (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-corte-costituzionale-minaccia-un-cambio-di-passo-sull-omogenitorialita>), S. Agosta, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, in *Federalismi.it*, 14 luglio 2021, M. Dogliotti, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via di inammissibilità è l'unica percorribile?*, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 688 ss., A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*, in *Consulta online*, 11 marzo 2021 (<https://www.giurcost.org/studi/ruggeri119.pdf>), R. Trezza, *Genitorialità intenzionale e filiazione*, in *Famiglia*, 11 maggio 2021 (<https://www.rivistafamiglia.it/2021/05/11/genitorialita-intenzionale-e-filiazione/>).

40/2004 che, come noto, prescrive l'eterosessualità della coppia che, in Italia, può accedere alla p.m.a.

Nel caso oggetto della sentenza n. 33, invece, la prima sezione civile della Corte di cassazione era chiamata a pronunciarsi sulla trascrivibilità in Italia di un atto di nascita formato all'estero e recante l'indicazione di due padri, in relazione a un minore nato a seguito del ricorso a surrogazione di maternità, come consentito dalla legge del luogo di nascita. La sezione, in particolare, dubita della legittimità costituzionale dell'interpretazione consolidata nel diritto vivente (con riferimento alla richiamata pronuncia delle SS. UU. n. 12193/2019), alla luce della quale l'atto così formato deve ritenersi sempre contrario all'ordine pubblico, in considerazione del fatto che la surrogazione di maternità è oggetto, in Italia, di un divieto assistito da sanzione penale. Tale automatismo è ritenuto contrastante con la tutela del preminente interesse del minore alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito nello stato di nascita, anche alla luce dei più recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>69</sup> che, in casi consimili, ha affermato la necessità di assicurare il riconoscimento giuridico del legame con entrambi i genitori di intenzione attraverso procedure rapide, efficaci e non discriminatorie (per il minore) sul piano degli effetti dello *status* riconosciuto.

## 5.1 Un «cambio di sguardo»<sup>70</sup>

Le questioni oggetto delle decisioni – e le decisioni stesse – si pongono decisamente in prospettiva paidocentrica, piuttosto che adultocentrica. Esse riguardano cioè la tutela del preminente interesse del minore, e non la posizione del genitore intenzionale di veder riconosciuto il proprio *status* nei confronti del figlio o, ancora, il diritto di accedere a tecniche di procreazione assistita a oggi non consentite.

Questo rovesciamento di prospettiva ha assunto, nelle due sentenze, un'importanza non seconda-

<sup>69</sup> E in particolare del parere preventivo reso il 10 aprile 2019 dalla Corte Edu (domanda n. P16-2018-001), su richiesta della Corte di cassazione francese, alla luce del quale la prima sezione civile della Corte di cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, ritenendo che in virtù del medesimo potesse aprirsi a un superamento della posizione espressa dalle Sezioni Unite. Come noto, con tale parere, la Corte Edu – pur ribadendo che rientra nel margine di apprezzamento degli stati membri la scelta relativa allo strumento con cui assicurare il riconoscimento dello *status filiationis* al nato da GPA – ha, per un verso, affermato che grava sugli stati medesimi l'obbligo positivo di dare riconoscimento a tale *status* anche nei confronti del genitore cd. di intenzione (con ciò superando almeno in parte l'orientamento assunto in precedenza nella decisione *Mennesson e Labassee c. Francia* del 26 giugno 2014, ric. n. 65941 e 65942/11); e, per altro verso, ha chiarito che gli strumenti di riconoscimento alternativi alla trascrizione dell'atto di nascita estero o alla registrazione anagrafica devono essere idonei ad assicurare una tutela equivalente sul piano sostanziale e soprattutto di rapida ed effettiva realizzazione. Sul parere, v. A. M. Lecis Cocco Ortu, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, in *GenIUS*, fasc. 1/2019, pp. 68 ss.; R. Conti, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019 ([https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-parere-preventivo-della-corte-edu-post-prot-16-in-tema-di-maternita-surrogata\\_28-05-2019.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-parere-preventivo-della-corte-edu-post-prot-16-in-tema-di-maternita-surrogata_28-05-2019.php)) e M. Gattuso, *Certezza e tempi "breves que possible" per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019*, in *Articolo29.it*, 6 maggio 2019 (<http://www.articolo29.it/2019/certezza-tempi-breves-que-possible-trascrizioni-adozioni-casi-particolari-parere-cedu-10-4-2019/>). Per una conferma di questo orientamento cfr. altresì Corte Edu, 16 luglio 2020, *D. c. Francia*, ric. n. 11288/18 (definitiva).

<sup>70</sup> Mutuo questa espressione dai commenti di G. Ferrando, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in *Giustizia insieme*, 19 aprile 2021 e M. Gattuso, *I bambini al centro...*, cit., p. 5.

ria, consentendo alla Corte di correggere almeno parzialmente il tiro – rispetto ai precedenti richiamati – nella direzione di un più intenso riconoscimento dell'istanza di tutela delle bambine e dei bambini con due genitori dello stesso sesso. Accanto a tale fattore, la presa di posizione della Corte risente anche dell'emersione sempre più frequente e decisa di tali istanze nella giurisprudenza – chiaro segnale dell'urgenza del problema – come reso evidente dalle molte citazioni contenute nelle decisioni relative anche, in modo inedito, a giurisprudenza di merito (oltre che, come più di frequente accade, di legittimità)<sup>71</sup>.

La Corte dichiara entrambe le questioni inammissibili sussistendo, nella materia, un rilevante margine di discrezionalità del legislatore: tuttavia, e qui sta il cambio di passo rispetto al passato, le due decisioni rilevano e denunciano l'esistenza di un vuoto di tutela e, dunque, di un *vulnus* assai rilevante all'interesse del minore, sotto il profilo del necessario allineamento tra la sua identità personale, affettiva e sociale e la sua identità giuridica e, conseguentemente, dell'esigenza di dare riconoscimento giuridico al legame instauratosi con entrambi i genitori.

Da ciò consegue – con diversità di accenti nelle due decisioni, ma con eguale nettezza – la formulazione di un forte monito al legislatore, affinché provveda nella materia, nei tempi rapidi richiesti dall'urgenza dell'istanza di tutela e dalla sua attinenza a sfere assai delicate della dignità personale.

Entrambe le decisioni, peraltro, si confrontano con le “tangenti giuridiche” dell'omogenitorialità più sopra richiamate collocandosi tuttavia, con fermezza, nella prospettiva del minore e della sua tutela.

Così, ad esempio, la sentenza n. 32/2021 richiama, ai parr. 2.4.1.1 e 2.4.1.2, il percorso di evoluzione dei criteri di costituzione dello *status* di figlio – anche in relazione all'impatto delle tecniche di p.m.a. – mettendo in luce, per un verso, il progressivo emergere del «rilievo giuridico alla genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica» e la conseguente valorizzazione, rispetto al *favor veritatis*, del «consenso alla genitorialità» e della «assunzione della conseguente responsabilità nell'ambito di una formazione sociale idonea ad accogliere il minore»; d'altro canto, e con significativo ancoraggio nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE e nella giurisprudenza della Corte EDU, la Corte riconosce l'intreccio fra tutela dell'identità personale, diritto del minore alla vita privata e familiare e «la garanzia del suo diritto all'identità affettiva, relazionale, sociale, fondato sulla stabilità dei rapporti familiari e di cura e sul loro riconoscimento giuridico». La concreta esperienza di vita familiare del minore rientra, pertanto, tra gli elementi alla luce dei quali valutare, riconoscere e tutelare l'istanza di adeguamento tra la sua identità affettiva, relazionale e sociale e la sua identità giuridica.

Ancora, la Corte torna sull'orientamento espresso nelle decisioni n. 221/2019 e 230/2020, precisandone la portata secondo un iter argomentativo – pare di poter dire – profondamente sensibile alle concrete vicende del caso sottoposto al suo esame e, in particolare, dell'impossibilità di far luogo, per le minori interessate, all'adozione in casi particolari a causa del rifiuto della madre legalmente riconosciuta di prestare il consenso all'adozione medesima. Proprio tali profili della fattispecie, infatti, «rivelano in maniera tangibile l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, per come attualmente regolato, tant'è che nello specifico caso è resa impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubbiamente, la crisi della coppia e la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale»<sup>72</sup>. È la Corte stessa a ricordare, peraltro, che il ri-

71 Come è stato sottolineato in occasione del primo seminario pubblico sulle due sentenze (*Omogenitorialità e Corte costituzionale*), organizzato il 24 marzo 2021 da Rete Lenford e Famiglie Arcobaleno, con interventi di M. Masi, G. Goretti, V. Miri, S. Chinotti, A. Schuster, S. Stefanelli, M. Gattuso e A. Schillaci: la registrazione del seminario può essere vista a questo link: <http://www.articolo29.it/2021/primi-commenti-alle-sentenze-della-consulta-del-9-marzo-sulle-due-mamme-due-papa/>.

72 Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, cons. dir., par. 2.4.1.3. Se non diversamente riportato, anche le successive citazioni sono da intendersi riferite al medesimo paragrafo della motivazione.



corso all'adozione in casi particolari era progressivamente emerso, anche nella propria giurisprudenza (dalla sentenza n. 272/17 alla sentenza n. 230/20) quale unico strumento cui ricorrere, a legislazione invariata, alla tutela dei bambini e delle bambine con due genitori dello stesso sesso; e tuttavia – ricorda significativamente la stessa Corte – già nella sentenza n. 230/2020 era stata preannunciata l'urgenza di una diversa tutela del minore, maggiormente idonea ad attenuare il divario tra realtà fattuale e realtà legale. Urgenza che, in un caso come quello oggetto del giudizio *a quo*, emerge in tutta la sua drammaticità.

Simili considerazioni sono inquadrare, peraltro, entro coordinate più generali che valgono – almeno in parte – a ridimensionare la severità di alcuni snodi della giurisprudenza del biennio 2019/2020. In particolare, la Corte – pur ribadendo l'inesistenza di un «diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso» – riconferma l'inesistenza di un «divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina».

In questo quadro, che apparentemente non si discosta dai due precedenti richiamati, la Corte inserisce però due affermazioni di sicuro rilievo. Anzitutto, la Corte afferma che «l'elusione del limite stabilito dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004 [...] non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali». Se letta alla luce di quanto sostenuto dalla Corte poco più sopra (nel par. 2.4.1.1) a proposito della *ratio* degli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 – ricostruita peraltro proprio alla luce della precedente decisione n. 347/1998, con riferimento alla centralità del principio di responsabilità procreativa<sup>73</sup> – tale ultima affermazione pare suscettibile, quantomeno, di prefigurare un ripensamento della posizione assunta dalla Corte nelle sentenze n. 221 e 237 del 2019 a mente delle quali, come ricordato, l'elusione del limite dell'articolo 5 escluderebbe *a priori* l'applicabilità degli articoli 8 e 9.

In secondo luogo, pare significativo che – nel richiamare i pertinenti passaggi della sentenza n. 221/2019 – la Corte ometta il riferimento al grado di accettazione sociale dell'omogenitorialità e valorizzi, invece, il passaggio nel quale aveva sottolineato che «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».

La ragione di questi aggiustamenti deve essere ricercata, come già osservato in dottrina, dal cambio di “sguardo” da parte della Corte che – grazie anche alla prospettazione della questione e alle concrete circostanze della fattispecie – può abbandonare la prospettiva del diritto degli adulti a diventare genitori (o ad essere riconosciuti tali) per abbracciare con decisione il diritto del bambino ad avere due genitori, le cui figure corrispondano a coloro che abbiano assunto la responsabilità di metterlo al mondo e concretamente se ne prendano cura. Si è infatti in presenza, afferma la Corte in altro passaggio della decisione, «di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana», il cui riconoscimento è impedito – a diritto vigente – dalle circostanze della fattispecie (e in particolare dalla crisi della coppia), con conseguente pregiudizio per i diritti delle minori al mantenimento, alla cura, all'educazione, all'istruzione, alla successione «e, più semplicemente, [al]la continuità e [al] conforto di abitudini condivise».

Per tutte queste considerazioni, la Corte riscontra l'esistenza di una grave discriminazione ai

---

<sup>73</sup> Con la significativa affermazione secondo cui «gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 stanno a dimostrare che, nell'ascoltare quel monito [vale a dire quello contenuto nella sentenza n. 347/1998, NdA], il legislatore ha inteso definire lo *status* di figlio del nato da PMA anche eterologa, ancor prima che fosse dichiarata l'illegittimità costituzionale del relativo divieto» [enfasi aggiunta]: gli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004, con il loro ancoraggio al principio della responsabilità procreativa, trovano così il fondamento della propria *ratio* proprio nel ricorso a tecniche di p.m.a. non ammesse e comunque non rientranti nell'impianto della legge n. 40/2004. Sicché diviene arduo fondare nell'illiceità delle tecniche procreative l'inapplicabilità di tali disposizioni al caso dei minori figli e figlie di coppie omogenitoriali.



danni dei minori nati a seguito di ricorso alla p.m.a. da parte di coppie di donne, «solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo». La loro condizione – che vede «gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi» – viene peraltro assimilata a quella in cui versavano, fino al 2002, i figli nati da incesto, a causa della condotta dei genitori: una condizione cui la stessa Corte pose fine, riscontrando l'esistenza di una «*capitis deminutio* perpetua e irrimediabile» gravemente contrastante con il principio costituzionale di eguaglianza.

## 5.2 La sentenza n. 33 e il diverso rilievo delle modalità della nascita

Anche la sentenza n. 33 – seppur riconoscendo diverso (e, per certi aspetti, decisivo) rilievo alle vicende della nascita tramite gestazione per altri – si pone con decisione nella prospettiva della miglior tutela del minore. Anche in questo caso, è il già richiamato «cambio di sguardo» a consentire alla Corte di delineare – con maggior precisione rispetto al passato (e, in particolare, rispetto alla stessa sentenza n. 272/17) e anche grazie al decisivo impatto della giurisprudenza sovranazionale – i contorni della fattispecie e il perimetro del bilanciamento, che tuttavia anche qui resta affidato al legislatore.

La Corte ribadisce infatti in modo molto deciso – al par. 5.1 – il giudizio di disfavore verso la gestazione per altri, già espresso nella sentenza n. 272/17; rispetto a tale decisione – in cui la violazione della dignità era stata paventata in termini assoluti e astratti – in questo caso la Corte accenna lo sforzo di declinare la violazione della dignità femminile in relazione alla concretezza delle situazioni e, in particolare, al «rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate» il quale, prosegue la Corte, condizionerebbe pesantemente «la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita»<sup>74</sup>. Pertanto, nel quadro di una condanna della gestazione per altri che resta netta e – come subito vedremo – gravida di conseguenze anche sullo *status* del minore, la Corte pare avvedersi della complessità delle situazioni e delle esperienze che sottostanno alla surrogazione di maternità, e soprattutto della necessità di tematizzare – nell'approccio alla GPA – il rapporto tra dignità, decisione di affrontare una gravidanza per altre o altri e concrete condizioni in cui quella decisione viene assunta<sup>75</sup>.

Il giudizio di disvalore verso la GPA non sembra tuttavia implicare necessariamente automatiche conseguenze sulla tutela degli interessi del bambino nato secondo tali modalità: in questo senso, pare molto significativo l'uso – rafforzativo – della congiunzione avversativa «però» all'inizio del successivo par. 5.2 e anche, nel primo capoverso del medesimo paragrafo, l'accurata descrizione delle vicende che conducono, di regola, all'istanza di riconoscimento del legame parentale con entrambe le figure genitoriali (quella geneticamente legata al minore e quella cd. "intenzionale") in caso di nascita da GPA. Importante, ad esempio, che la Corte sottolinei che il ricorso alla GPA avviene di regola in paesi ove essa è consentita e regolata dal diritto; che parli di condivisione, da parte della coppia, del percorso che ha condotto al concepimento e alla nascita; che parli, infine, di quotidiano svolgimento delle funzioni di cura del minore<sup>76</sup>. Di nuovo, focalizzare l'attenzione sull'interesse del minore, sulla sua

<sup>74</sup> Cons. dir., par. 5.1.

<sup>75</sup> Cfr. supra, nota 61.

<sup>76</sup> «Le questioni ora sottoposte a questa Corte sono però focalizzate sugli interessi del bambino nato mediante maternità surrogata, nei suoi rapporti con la coppia (omosessuale, come nel caso che ha dato origine al giudizio a quo, ovvero eterosessuale) che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non contraria alla legge; e che ha quindi portato in Italia il bambino, per poi qui

concreta esperienza di vita, consente alla Corte – sebbene, lo si ripete, senza che il giudizio di disvalore sulla GPA venga superato – di “entrare” nelle vicende della nascita e della vita familiare del minore stesso, abbandonando una prospettiva solo astratta e dogmatica e assumendo su di sé la fatica di una dinamica del riconoscimento, imposta – ancora una volta – dagli incerti del mestiere di vivere<sup>77</sup>. È insomma necessario, afferma la Corte, indagare se il diritto vivente risultante dall’orientamento delle Sezioni Unite civili sia compatibile – «alla luce della complessità della vicenda»<sup>78</sup> – con i diritti del minore. La risposta, prosegue la Corte richiamando propria risalente giurisprudenza sull’interesse del minore, deve essere ricercata con riguardo alla «soluzione ottimale “in concreto” per l’interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”»<sup>79</sup>.

In questa prospettiva, la Corte non dubita che l’interesse del bambino sia quello di «ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia». Per un verso, tale interesse è strettamente collegato alla stessa tutela dell’identità del minore, del suo diritto – cioè – «di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte»<sup>80</sup>; per altro verso, la Corte ribadisce che, anche in questo caso, non si tratta di riconoscere un «preteso» diritto alla genitorialità, bensì piuttosto di tutelare l’interesse del minore che a coloro i quali si prendono cura di lui o di lei sia attribuito con certezza «quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l’ordinamento considera inscindibilmente legati all’esercizio di responsabilità genitoriali» senza che ad essi possano a piacimento sottrarsi e senza che, soprattutto, l’interesse del minore possa dirsi soddisfatto dal riconoscimento del solo legame con il genitore “biologico”<sup>81</sup>. Il tutto, peraltro, senza che possa in alcun modo rilevare l’orientamento sessuale della coppia che, ribadisce la Corte, «non incide di per sé sull’idoneità all’assunzione di responsabilità genitoriale»<sup>82</sup>.

Anche nella sentenza n. 33, come nella 32, il ragionamento pare dunque impostato attorno alle coordinate o tangenti giuridiche dell’omogenitorialità che abbiamo evidenziato più sopra: da un lato, l’irrelevanza dell’orientamento sessuale dei genitori, dall’altro l’assunzione decisa del punto di vista del minore e, di conseguenza, la declinazione *in concreto* delle relazioni familiari e della loro specifica dignità.

Il punto di divaricazione tra le due decisioni risiede, come accennato, nel diverso rilievo delle modalità della procreazione. Se, nella sentenza n. 32, la Corte non chiude alla possibilità di applicare gli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 (riconoscendo dunque pienezza di effetti al principio della responsabilità procreativa) in sede di costituzione dello *status* del nato da p.m.a. in coppia di donne, nella sentenza n. 33 il discorso si fa più complesso.

La valutazione dell’interesse del minore è infatti inserita dalla Corte, in questa decisione, in un

---

prendersene quotidianamente cura» (Cons. dir., par. 5.2.).

77 L’espressione è tratta dalla sentenza n. 494/2002, relativa alla riconoscibilità dei figli nati da incesto.

78 Cfr. ancora Corte costituzionale, sentenza n. 33/2021, cons. dir., par. 5.2.

79 Cfr. cons. dir., par. 5.3 in cui viene richiamata, in particolare, la sentenza n. 11/1981.

80 Cons. dir., par. 5.4.

81 *Ibidem*. Anche in questo caso il ragionamento della Corte è caratterizzato da profonda apertura alla considerazione della concretezza delle esperienze di vita e alla loro complessità. «Laddove, infatti», prosegue la Corte, «il minore viva e cresca nell’ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il *progetto del suo concepimento*, ma lo abbiano poi continuativamente accudito, *esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale*, è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe, e non solo con il genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata» (corsivi aggiunti).

82 *Ibidem*.

quadro più ampio, che deve tenere conto dello «scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»<sup>83</sup>. Con tale scopo – che si concretizza, nella specie, nell'impossibilità di trascrivere integralmente l'atto di nascita formato all'estero, come stabilito dalle Sezioni Unite – deve essere bilanciato l'interesse del minore; con la conseguenza che esso, sebbene debba essere garantito nell'*an*, può veder temperate le forme, il *quomodo*. Tale eventualità è peraltro coerente, ritiene la Corte, con l'orientamento della giurisprudenza della Corte Edu che, in effetti, ha riconosciuto un margine di apprezzamento agli stati quanto alle forme del riconoscimento del legame parentale con il genitore intenzionale in caso di nascita da GPA, ribadendo che tuttavia tale riconoscimento debba aver luogo ed essere garantito in forme idonee ad assicurare con la massima celerità e certezza l'interesse del minore<sup>84</sup>. Proprio sull'idoneità delle forme di riconoscimento del legame parentale alternative alla trascrizione – e, in particolare, dell'adozione in casi particolari – ad assicurare effettiva tutela al minore si appunteranno i rilievi critici della Corte in sede di articolazione del monito al legislatore. E in tale specifica attenzione all'idoneità degli strumenti alternativi a tutelare la posizione del minore può ravvisarsi un temperamento di un iter argomentativo che – altrimenti – sarebbe risultato completamente sbilanciato sul versante della salvaguardia dell'interesse pubblico a disincentivare il ricorso alla GPA. Al contrario, ferma restando la legittimità del perseguimento di tale scopo, l'attenzione alla concreta istanza di tutela del minore conduce l'interprete a interrogarsi, nuovamente, sulla tenuta del nesso logico tra illiceità delle modalità di concepimento e nascita e tutela dell'interesse del minore alla continuità dello *status* legittimamente acquisito all'estero<sup>85</sup> e sulla necessità di evitare per quanto possibile il prodursi di automatismi, nella logica

83 Cons. dir., par. 5.5.

84 Sul punto, cfr. altresì la già richiamata sentenza *D. c. Francia*, specie parr. 67 ss. Si noti, tuttavia, che nel seguito – dinanzi alla Corte di cassazione francese – della vicenda che aveva dato luogo al parere consultivo del maggio 2019, si è ritenuto che, in presenza di un atto di nascita *già trascritto* (per giunta da un rilevante periodo di tempo) e in sede di giudizio sull'impugnazione di detta trascrizione, fosse contrario all'interesse del minore disporre la cancellazione favorendo poi il ricorso all'adozione da parte del genitore di intenzione. Diverso il caso in cui oggetto del contendere sia, invece, il diniego di trascrizione dell'atto di nascita: in questa eventualità l'atto deve essere trascritto in relazione al solo padre genetico, rinviandosi il riconoscimento della genitorialità di intenzione, maschile o femminile, al successivo ricorso all'adozione (la vicenda è ricostruita nella stessa sentenza *D. c. Francia*, ai parr. 21 e 22). Pare opportuno precisare che, in tutti questi casi, si verte in ipotesi nelle quali il minore sia legato geneticamente ad (almeno) uno dei genitori di intenzione; nell'eventualità – diversa – in cui il minore sia nato a seguito di GPA in assenza di legame genetico con i genitori di intenzione, la giurisprudenza della Corte Edu assume tratti di maggiore severità, come dimostra – oltre alla ben nota vicenda culminata nella sentenza della Grande Camera, 14 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (ric. n. 25358/12) – la recentissima sentenza della terza sezione, 18 maggio 2021, *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Finlandia* (ric. 71552/17), relativa peraltro a un caso di surrogazione di maternità gestazionale in coppia di donne.

85 Sul punto, resta molto efficace la distinzione tra progetto riproduttivo e progetto genitoriale, tracciata da B. Pezzini, da ultimo nel citato *La Corte costituzionale ammonisce...* Nella misura in cui, nel caso di procreazione medicalmente assistita e gravidanza per altri (sia in coppie eterosessuali che in coppie omosessuali) si assiste a una scissione tra progetto riproduttivo e progetto genitoriale, è necessario interrogarsi sulle specifiche esigenze che derivano – sul piano della disciplina giuridica e delle corrispondenti tutele – dall'uno e dall'altro. Il discorso sulla tenuta del nesso logico tra illiceità delle tecniche procreative e tutela dell'interesse del minore – aggiungiamo noi – si colloca esattamente lungo questo crinale. In altri termini – fermo restando che il progetto riproduttivo realizzato tramite ricorso alla GPA evoca una costellazione relazionale (a partire da quella di gravidanza) che ha un suo specifico spessore che interroga anche il diritto (sia in caso di scelta regolatoria, che, all'opposto, in caso di divieto, e ferma restando la grande pluralità di esperienze che danno corpo alla GPA) – lo stesso è a dirsi per il progetto genitoriale, specie ove ci si collochi, correttamente, nella prospettiva del minore. La sfida, per il diritto, è quella di riconoscere a ciascuno di questi ambiti di esperienza la propria specifica dignità e il proprio speci-

di un giudizio di bilanciamento in concreto tra i contrapposti interessi in gioco che pare peraltro coerente con gli approdi della giurisprudenza costituzionale in materia.

### 5.3 Caratteri del monito al legislatore

Pur riscontrando, dunque, un vuoto di tutela sia per i minori nati in coppie di donne, sia per i minori nati con GPA, la Corte ritiene di non poter provvedere, rilevando l'esistenza nella materia di un ampio margine di discrezionalità del legislatore. Alla dichiarazione di inammissibilità della questione si accompagna tuttavia un monito al legislatore che, seppure formulato con diverse sfumature, appare alquanto severo.

Nella sentenza n. 32 il monito appare più netto: la Corte afferma di non poter porre «ora» rimedio alla situazione di vuoto normativo e di dover richiamare «ancora una volta» l'attenzione del legislatore sulla materia, auspicando che il vuoto venga colmato «al più presto». La Corte avverte tuttavia che, investendo la discrezionalità del legislatore l'individuazione dei mezzi più adatti al raggiungimento di un fine «costituzionalmente necessario», il protrarsi dell'inerzia del legislatore non sarà «tollerabile»<sup>86</sup>. Nemmeno troppo velatamente, pertanto, la Corte lascia intravedere la possibilità di un successivo e più incisivo intervento.

Anche la sentenza n. 33 rinvia al legislatore, ma con un monito formulato in termini più asciutti. Il compito di colmare il vuoto di tutela spetta anche in questo caso, «in prima battuta» al legislatore, che ha il compito di assicurare il «difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati»; la Corte non può pertanto, «allo stato», che arrestarsi, cedendo «doverosamente» il passo al legislatore per l'individuazione – che però è definita «indifferibile» – di soluzioni idonee a porre rimedio all'insufficienza di tutele riscontrata dalla decisione<sup>87</sup>.

La differente modulazione del monito si riflette peraltro, con significativa inversione, sul grado di determinatezza delle indicazioni fornite al legislatore per la sua attuazione.

Pur riconoscendo l'esistenza di un ampio ventaglio di soluzioni possibili, la Corte non rinuncia infatti a indicare al legislatore, seppur in via esemplificativa, alcune possibili linee di intervento. Nel caso della doppia maternità – dove il monito è, come visto, più pressante – le soluzioni prospettate spaziano dalla modifica della legge n. 40/2004 a una modifica delle norme codicistiche sul riconoscimento dei figli, oltre che nel senso di un rafforzamento nell'interesse del minore della disciplina dell'adozione in casi particolari; misure, avverte la Corte, «differenziate e fra sé sinergiche»<sup>88</sup>. Nel caso dei due padri – e, più in generale, della nascita a seguito di ricorso a surrogazione di maternità – la Corte si pone invece in linea con la propria precedente sentenza n. 272/17 e conferma che lo strumento più adatto a dare riconoscimento al legame instauratosi con il genitore di intenzione è l'adozione in casi particolari.

In entrambe le decisioni, tuttavia, la Corte denuncia tuttavia i molti limiti dell'istituto, che vanno dal carattere solo parziale degli effetti (lo *status* è costituito solo in relazione all'adottante, e non anche

---

fico valore evitando, per quanto possibile, che sul minore ricadano le conseguenze della valutazione che della scelta riproduttiva che lo ha portato al mondo facciano gli ordinamenti giuridici che incrociano il suo percorso di vita, prima e dopo la nascita, evitando – nella maggior misura possibile – automatismi.

<sup>86</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, cons. dir., par. 2.4.1.4.

<sup>87</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 33/2021, cons. dir., par. 5.9.

<sup>88</sup> Cfr. ancora Corte costituzionale, sentenza n. 32/2012, cons. dir., par. 2.4.1.4.

alla famiglia di origine di questi), alla lunghezza della procedura e, infine, alla necessità del consenso del genitore legale che, in caso di crisi della coppia, può sostanzialmente vanificare la tutela. Ciò avviene in modo più incisivo nella sentenza n. 33/2021, anche a sottolineare che l'attuale configurazione dell'adozione in casi particolari non pare idonea ad assicurare la tutela celere ed efficace richiesta, ad esempio, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Resta in ombra infine, in entrambe le decisioni, un profilo riguardante la differenza tra l'adozione e le altre forme di tutela che pure è possibile assicurare al minore; e cioè la circostanza che l'adozione resta pur sempre subordinata all'iniziativa del genitore adottante e, in assenza di essa, permane una situazione di sostanziale assenza di tutele. In altri termini se, correttamente, la Corte parla di doveri legati alla genitorialità e di corrispettivi diritti delle figlie e dei figli, concentrare le tutele esclusivamente sull'adozione in casi particolari (seppur rafforzata) – come avviene nella sentenza n. 33 – rischia di rendere in concreto inesigibili quegli stessi doveri, esponendo il minore al rischio di tutele insufficienti o nulle.

## 6. Rilievi conclusivi

Nel lungo percorso verso il pieno riconoscimento della pari dignità sociale delle famiglie omogenitoriali – e soprattutto, delle bambine e dei bambini che in queste famiglie crescono – la palla passa così, almeno provvisoriamente, al legislatore. Il campo e le regole del gioco sono però fissate dalla Corte con grande chiarezza così come, a ben vedere, la stessa durata della partita.

Nella prospettiva del diritto costituzionale, le questioni sin qui tratteggiate evocano anzitutto la concorrenza tra intervento delle Corti e processo politico nelle concrete dinamiche di riconoscimento e protezione dei diritti fondamentali. Si è visto, in particolare, come nelle sentenze n. 32 e 33 il rinvio della materia alla discrezionalità del legislatore – e, dunque, al processo politico – appaia giustificato dalla delicatezza del tema e dalla sua incidenza su questioni «eticamente sensibili»<sup>89</sup> e di «grande complessità sistematica»<sup>90</sup>. E si è visto, al tempo stesso, come la severità del monito resti orientata alla consapevolezza dell'urgenza dell'istanza di riconoscimento e tutela, con specifico riguardo alla posizione dei minori coinvolti.

Già a proposito della sentenza n. 230/2020 vi era stato chi, in dottrina, aveva sostenuto che il rinvio della questione al processo politico presentasse – rispetto al ricorso alla via giurisdizionale – significative virtualità in termini di maturazione del dibattito democratico, nello spazio pubblico<sup>91</sup>. Ciò è senz'altro vero, in termini generali. Ma non può dimenticarsi che delegare al processo politico la decisione su questioni che investono profili molto intimi della dignità personale, scelte che non incontrano il favore o il riscontro degli orientamenti socio-culturali maggioritari e, infine, la concreta protezione della posizione di soggetti vulnerabili quali i minori comporta al tempo stesso il rischio, molto rilevante, di far dipendere esclusivamente dalla maggioranza la decisione sul benessere, sul riconoscimento e sulla piena cittadinanza democratica delle persone. Non si tratta soltanto, cioè, di scelte di indirizzo: si tratta, molto spesso, di elementari questioni di giustizia ed eguaglianza.

Può essere utile fare riferimento, per meglio chiarire quel che si viene dicendo, ad alcuni passaggi

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 33/2021, cons. dir., par. 5.9.

<sup>91</sup> Così ritiene E. Olivito, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita...*, cit., pp. 148 ss. peraltro nel quadro di una forte enfattizzazione – e conseguente critica, ampiamente argomentata – del ricorso alla giurisdizione caratterizzato, a suo dire, da una strategicità strumentale all'affermazione di improprie neutralizzazioni delle differenze, in chiave antidiscriminatoria. Sul punto si tornerà *infra*.



della decisione *Obergefell v. Hodges* della Corte Suprema degli Stati Uniti che, nel riconoscere il diritto delle coppie formate da persone dello stesso sesso a contrarre matrimonio, ha avuto cura di confutare anche l'argomento di chi riteneva che, appunto, una simile decisione avrebbe dovuto risultare dal processo politico democratico. La risposta della Corte suprema è molto chiara: se è vero che, da un lato, «*it is most often through democracy that liberty is preserved and protected in our lives*», è allo stesso tempo vero che «*democracy is the appropriate process for change, so long as that process does not abridge fundamental rights*». Da ciò consegue – per un verso – che «*when the rights of persons are violated, “the Constitution requires redress by the courts”, notwithstanding the more general value of democratic decisionmaking*»; e, per altro verso e icasticamente, che «*individuals need not await legislative action before asserting a fundamental right*»<sup>92</sup>.

Per queste stesse ragioni, il rapporto tra processo politico e azioni giudiziarie – nelle concrete dinamiche di tutela dei diritti – non può essere interpretato in termini oppositivi, né è possibile – a parere di chi scrive – fraintendere lo specifico valore che il ricorso alla giurisdizione ha avuto e continua ad avere nelle battaglie per il riconoscimento dei diritti civili<sup>93</sup>. Piuttosto, come bene ha mostrato – ad esempio – l'esperienza statunitense (almeno in alcune sue fasi<sup>94</sup>), il rapporto tra Corti e processo politico può essere ricostruito in termini armonici e sinergici, di mutua interazione; con il significativo corollario che, nello spazio pubblico allargato di una democrazia pluralista, anche l'azione delle Corti contribuisce alla maturazione del dibattito e della coscienza democratica, specie nella misura in cui l'istanza di tutela giurisdizionale è particolarmente idonea a far emergere la concretezza delle situazioni e delle domande di riconoscimento<sup>95</sup>.

La Corte costituzionale è particolarmente sensibile a questo equilibrio che, d'altra parte, è coerente con lo sviluppo storico del costituzionalismo, con l'evoluzione dell'istituto della riserva di legge nelle democrazie pluraliste e con la crescente (e non esente da profili problematici) centralità del ruolo del giudice<sup>96</sup>.

Lo dimostra, in particolare, proprio la severità del monito. Se infatti in questo caso non è percorribile – per assenza di un procedimento legislativo in corso – la strada, aperta dall'ordinanza n. 207/2018 e confermata dall'ordinanza n. 132/2020, del rinvio a udienza fissa per lasciare al legislatore un congruo *spatium deliberandi*<sup>97</sup>, è altrettanto significativo che la Corte si avveda – affermandola con

<sup>92</sup> 576 U. S. 644 (2015), p. 24. Su questa decisione v. – oltre al *focus* tematico su *Obergefell v. Hodges*: il riconoscimento del diritto fondamentale al matrimonio, curato da A. Sperti e pubblicato sul fasc. 2/2015 della Rivista *GenIUS*, con contributi di A. Sperti, S. Chriss e D. Wright, N. Cezzi e R. Ibrido (<http://www.geniusreview.eu/2015/genius-2015-2/>) – K. Yoshino, *A New Birth of Freedom? Obergefell v. Hodges*, in *Harvard Law Rev.*, 2015, pp. 147 ss., L. Tribe, *Equal Dignity: Speaking its Name*, in *Harvard Law Rev.*, 2015-2016, pp. 16 ss. nonché A. Schillaci, *Le storie degli altri*, cit., pp. 225 ss.

<sup>93</sup> Si v., ad esempio, la classica opera di C. R. Epp, *The rights revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, The Univ. of Chicago, 1998.

<sup>94</sup> Per una ricostruzione di questa sinergia nel frangente del riconoscimento dei diritti civili della comunità nera, tra gli anni Cinquanta e gli anni Sessanta del XX secolo, v. soprattutto B. Ackerman, *The civil rights revolution*, Cambridge, Mass. – London, Belknap press, 2014.

<sup>95</sup> Sul punto – oltre che, in chiave generale, al modello di «società aperta degli interpreti della Costituzione» tracciato da P. Häberle (ad esempio in Id., *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Roma, Carocci, 2001) – v. S. P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in Id. (Ed.), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 1 ss. e P. Ridola, *Diritti di partecipazione politica e spazio pubblico nelle democrazie pluralistiche*, in Id., *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 303 ss.

<sup>96</sup> Sul punto v. già P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 1997 nonché, più di recente Id., *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in Id., *Il principio libertà...*, cit., pp. 2 ss.

<sup>97</sup> Spazio peraltro non sfruttato, in entrambi i casi, dal legislatore; il che ha condotto, come noto, la Corte costituzionale a in-



estrema chiarezza – dell'esistenza di un vuoto di tutela che deve essere colmato<sup>98</sup>. Parafrasando *Obergefell*, allora, potrebbe sostenersi che ci si trovi già in una situazione nella quale l'inerzia del processo politico sta determinando una violazione dei diritti fondamentali. Il tema, allora, non è tanto stigmatizzare il ricorso alla giurisdizione; quanto, semmai, interrogarsi sulle ragioni dell'inerzia del legislatore e, soprattutto, sulle concrete conseguenze della medesima. In questo quadro, il carattere "strategico" delle azioni giudiziarie a tutela delle minori e dei minori cresciuti in famiglie omogenitoriali si collega anche all'intenzione di stimolare il dibattito pubblico sulla materia, nel silenzio del processo politico, oltre che come ovvio alla concreta necessità di realizzare un'istanza di giustizia.

Resta allora aperta, all'esito delle decisioni n. 32 e 33 del 2021, la questione dello spazio di manovra nel quale i giudici possano continuare a farsi carico della tutela in singole e concrete situazioni. La delega al processo politico riguarda infatti, in prima battuta, il rapporto tra la sola Corte costituzionale e il legislatore e non comporta, automaticamente, il venir meno di margini di intervento da parte dei giudici. Ciò è d'altra parte coerente con la giurisprudenza costituzionale che, negli anni, ha affrontato specifiche questioni inerenti al diritto di famiglia e le dinamiche dello *status filiationis*: si pensi alle richiamate sentenze in materia di automatismi legislativi ma anche alla stessa sentenza n. 272/17 o, soprattutto, alla più volte richiamata sentenza n. 347/1998, riguardante proprio lo statuto giuridico del nato da p.m.a. eterologa. In tale ultima decisione la Corte, che pure riscontrò l'esistenza di un vuoto da colmare stando «primariamente alla valutazione del legislatore», affidò al giudice il compito di individuare – nell'inerzia del legislatore stesso – «un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana»<sup>99</sup>.

Su tali basi, dottrina attenta ha così ritenuto che – non potendosi «ammettere che i diritti dei bambini in carne ed ossa vengano sacrificati nella snervante attesa di un legislatore che forse considera troppo "divisiva" la questione per farsene carico» – che la via giurisdizionale possa e debba essere ancora percorsa, richiamando proprio il precedente della sentenza n. 347/1998<sup>100</sup>.

Non sono mancate, inoltre, pronunce che, dopo le sentenze n. 32 e 33, hanno dato tutela nel caso concreto, a figli con due madri o con due padri. È il caso del recente e già richiamato decreto della Corte d'Appello di Cagliari del 16 aprile 2021. In tale decisione – che ribadisce l'applicabilità degli articoli 8 e 9 della legge n. 40/2004 nel caso di filiazione omogenitoriale in coppia di donne a seguito del ricorso a p.m.a. eterologa – il giudice correttamente osserva che la Corte costituzionale, nel rinviare al legislatore, non prende posizione sulla divergenza di orientamenti maturata, in merito, nella giurisprudenza ordinaria e di legittimità: come osserva il richiamato decreto la Corte costituzionale «ha dato atto della utilizzazione degli strumenti normativi esistenti da parte degli interpreti per tutelare il miglior interesse del minore, auspicando sì un intervento sistematico del legislatore, ma senza censurare le posizioni adottate *in via provvisoria* dai giudici» (p. 23, enfasi aggiunta). Viene così valorizzato il dato, già sottolineato *supra*, della particolare intensità del dialogo tra la Corte costituzionale – nella sentenza n. 32 – e la pluralità di orientamenti emersi in giurisprudenza (come dimostrano le numerose citazioni di sentenze di merito, anche se di segno contrario rispetto all'orientamento della Corte di cassazione). E diviene chiaro, in aggiunta, che il piano dei rapporti tra Corte e legislatore e il piano dei rapporti tra Corte e giudici comuni restano distinti e governati da principi in parte diversi. Proprio per questo stupisce che la Suprema Corte di cassazione, nelle recentissime sentenze nn. 23320 e 23321 del 23 agosto 2021 (le quali – come accennato – hanno confermato l'orientamento già assunto dalla stessa

---

tervenire con due decisioni di accoglimento (la n. 242/19 e la n. 150/2021), allo scadere del termine di rinvio.

<sup>98</sup> Si v. sul punto B. Pezzini, *La Corte costituzionale ammonisce il legislatore...*, cit., pp. 19 ss., nonché le riflessioni critiche di A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta...*, cit.

<sup>99</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 347/1998, cons. dir., par. 4.

<sup>100</sup> Così G. Ferrando, *Il diritto dei figli di due mamme e due papà ad avere due genitori*, cit., p. 14.

Corte nel 2020), ometta del tutto la citazione della sentenza n. 32/2021, diffondendosi invece sul contenuto della sentenza n. 33/2021, non pertinente ai casi dedotti in giudizio (relativi al riconoscimento della doppia maternità a seguito del ricorso a procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo). Nel confermare il proprio orientamento restrittivo sul punto, e cassando i due decreti di segno opposto pronunciati dalle Corti d'Appello di Roma e Perugia, la Suprema Corte sembra dunque non avvedersi – o non intende avvalersi, senza però fornire alcuna motivazione sul punto – degli spazi di dialogo aperti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 32/2021.

Più complessa, evidentemente, la questione del riconoscimento della doppia paternità in caso di nascita da gestazione per altri, nella quale rileva – in conseguenza della specificità delle modalità della nascita – la maggiore resistenza dell'orientamento assunto dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione e, come rilevato, del limite posto dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 33, con riguardo al bilanciamento tra l'interesse del minore alla continuità dello *status* e l'interesse pubblico a non incentivare il ricorso alla gestazione per altri.

Anche in tal caso, tuttavia, non erano mancate sentenze di merito di segno contrario rispetto all'orientamento assunto dalle Sezioni Unite. Tanto la Corte d'Appello di Firenze, con decreto del 28 gennaio 2020, quanto la Corte d'Appello di Bari, con decreto del 9 ottobre 2020<sup>101</sup> avevano infatti continuato a ritenere la trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita estero recante l'indicazione di due padri a seguito di nascita da gestazione per altri (ovvero la rettificabilità dell'atto di nascita già formato, mediante annotazione della seconda paternità), valorizzando in particolare i contorni – complessi, come desumibile dalla stessa sentenza n. 272/17 della Corte costituzionale – del bilanciamento tra il giudizio di disvalore espresso dal nostro ordinamento rispetto alla gestazione per altri e l'interesse del minore alla conservazione di uno *status* già legittimamente acquisito all'estero (secondo la legge del luogo di nascita) e corrispondente alla concreta fisionomia della sua identità personale, affettiva e familiare. Significativo, in particolare, il rilievo attribuito da App. Bari all'inefficacia degli strumenti alternativi di riconoscimento del legame parentale – in primis, l'adozione in casi particolari – rispetto allo scopo di garantire pienezza di *status* al minore; mentre della decisione fiorentina deve essere sottolineato lo sforzo di distinguere tra il bilanciamento – in astratto e a monte – tra interesse pubblico a contrastare la pratica della gestazione per altri e interesse del minore e i diversi contorni che detto bilanciamento assume in concreto, specie quando si rilevi – di nuovo – l'inesistenza o l'insufficienza di strumenti alternativi di riconoscimento dello *status*.

Ancor più di recente, il Tribunale di Milano – con due distinti decreti pronunciati in data 23 settembre 2021 – ha ordinato la trascrizione integrale di atti di nascita formati all'estero a seguito di nascita con gestazione per altri, e recanti l'indicazione di due padri. La decisione poggia, in entrambi i casi, sul portato delle sentenze n. 32 e 33 del 2021, sotto il profilo specifico dell'insufficienza dell'attuale configurazione dell'adozione in casi particolari al fine di garantire l'interesse del minore alla continuità dello *status*; tale assunto, unito alla perdurante inerzia del legislatore, conduce il giudice ad assumersi la responsabilità – anche alla luce del monito della Corte costituzionale – di fare fronte a un vuoto normativo che «per quanto riguarda il caso concreto impone [...] di reperire la più idonea soluzione atta a garantire i diritti del minore coinvolto». Referente remoto di tale scelta è la sentenza n. 347/1998, espressamente richiamata; referente prossimo, il giudizio severo formulato dalla Corte costituzionale sull'idoneità dell'adozione in casi particolari a garantire in modo effettivo – e coerente con le indicazioni provenienti dalla Corte Edu – l'interesse del minore alla continuità e alla stabilità dello *status*.

---

101 Entrambe pubblicate in *Articolo29.it*, rispettivamente agli indirizzi: <http://www.articolo29.it/corte-dappello-firenze-decreto-28-gennaio-2020/> e [http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2021/04/Decreto-accoglimento-Corte-dAppello-Bari\\_oscurato.pdf](http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2021/04/Decreto-accoglimento-Corte-dAppello-Bari_oscurato.pdf).

Pur nella differenza di situazioni – e, conseguentemente, di inquadramento giuridico e concreti rimedi – che denota l'omogenitorialità femminile e quella maschile, non è da escludersi, allora, che simili linee di sviluppo continuino a maturare nella giurisprudenza, in attesa di un intervento legislativo in materia; e che le stesse possano avvantaggiarsi della più raffinata sistemazione della materia medesima da parte delle sentenze n. 32 e 33 del 2021 (come dimostra, in particolare, App. Cagliari) nonché, soprattutto, del più volte richiamato cambio di sguardo o prospettiva in chiave più decisamente paidocentrica.

Proprio questo ultimo accenno consente di svolgere qualche considerazione – in conclusione – su un altro rilevante profilo evocato dalla giurisprudenza sin qui richiamata, vale a dire ciò che essa dice sui contorni del giudizio di eguaglianza e, in particolare, sull'evoluzione del medesimo nel senso dell'integrazione del paradigma antidiscriminatorio con una maggiore sensibilità alle istanze soggettive e ai concreti profili di differenziazione che esse esprimono.

Proprio la rinnovata attenzione alla concretezza delle situazioni dedotte in giudizio, come più volte sottolineato, consente infatti l'emersione delle istanze di riconoscimento da esse implicate, le quali travalicano il mero perimetro di una comparazione astratta. Ciò vale, in generale, per quel che riguarda la comparabilità tra diverse esperienze di genitorialità e, in particolare, tra quella derivante da procreazione spontanea e da procreazione medicalmente assistita ovvero da surrogazione di maternità; vale, ovviamente sebbene in forma minore, in relazione alla comparabilità tra esperienze di omogenitorialità ed esperienze di eterogenitorialità; e vale anche, all'interno del discorso sull'omogenitorialità, per lo specifico portato delle differenze tra omogenitorialità maschile e femminile, con precipuo riguardo al diverso rilievo delle modalità di concepimento.

Una costellazione così complessa non si presta – evidentemente – alla neutralità del paradigma antidiscriminatorio; e richiede piuttosto un intenso sforzo di valorizzazione delle differenze, fermando – però – la necessità di un loro ancoraggio esigente nell'istanza di garanzia della pari dignità sociale. Una pari dignità che, lungi dall'assimilare ciò che nella concretezza della vita e nelle dinamiche dell'esperienza giuridica si snoda in modi diversi, riconosce nelle differenze una comune matrice che affonda le proprie radici nelle istanze di libero svolgimento e pieno sviluppo della personalità. L'eguaglianza non discende dunque da un giudizio di comparazione astratta, ma promana dalla pari dignità delle differenze, nel loro ancoraggio – appunto – soggettivo. La consapevolezza di tutto questo affiora nella giurisprudenza, e nell'incessante ricerca di giustizia nel caso concreto, nelle pieghe dell'ordinamento; e affiora, soprattutto, proprio grazie al rovesciamento di prospettiva in chiave paidocentrica avallata, da ultimo, dalla stessa Corte costituzionale.

È nell'interesse del minore – declinato in concreto – che le tangenti giuridiche dell'omogenitorialità si incontrano e che, soprattutto, viene valorizzata la pari dignità – di nuovo, declinata in concreto – delle diverse esperienze di vita familiare. Sono sul punto necessarie, però, alcune precisazioni finali.

È vero infatti che, da un lato, le due sentenze della Corte costituzionale tendono a valorizzare il dato esperienziale dell'esistenza di una comunità di affetti da riconoscere e a cui dare stabilità giuridica nell'interesse del minore; che tale posizione è in linea con una delle tangenti giuridiche dell'omogenitorialità sin qui messe in luce, vale a dire il rilievo specifico della concreta esperienza di vita del minore come base di giustificazione del ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari; e che, inoltre, tale prospettiva ha radici profonde nella progressiva integrazione di ulteriori dimensioni di vita ed esperienza nella stessa elaborazione dei criteri di costituzione dello *status filiationis* (nella richiamata linea evolutiva che conduce dal *favor legitimitatis* al *favor affectionis*, passando per la decisiva mitigazione dello stesso *favor veritatis*).

Ma è altrettanto vero che, d'altra parte, l'insistenza sulla necessità di porre rimedio a una situazione di eccessiva divaricazione tra dato fattuale e trattamento giuridico non può condurre nemmeno a misconoscere l'ancoraggio delle vicende giuridiche dell'omogenitorialità in scelte che si collocano nella sfera più intima della persona e che vanno dunque ricondotte anche all'intreccio tra autodeter-

minazione e dignità, nella concretezza delle situazioni. Scelte, il cui valore andrebbe riconosciuto rifiutando quanto più possibile da approcci di tipo dogmatico o sovradeterminante, incontrando piuttosto – anche lungo le strade talora impervie dell'argomentazione giuridica – la vita in tutta la sua complessità, così collegando – non da ultimo – il giudizio di eguaglianza alla situazione e alla concreta esperienza dei soggetti coinvolti (senza dimenticare, cioè, che la costruzione dell'eguaglianza è funzionale, secondo Costituzione, al pieno sviluppo della persona umana e alla sua partecipazione alla vita della comunità in condizioni di pari dignità).

Un esempio, tra i molti, può forse valere a chiarire i contorni di tale immagine: esso riguarda il criterio dell'intenzionalità nella costituzione dello *status* di figlio, di cui ampiamente si è detto a proposito dell'interpretazione degli articoli 8 e 9 della legge n. 40. Con argomento che vale sia per le famiglie omogenitoriali che per quelle eterogenitoriali, sarebbe davvero rischioso ridurre detto criterio a una mera prevalenza del dato volontaristico, e cioè all'onnipotenza del soggetto adulto che dà corpo al proprio desiderio di genitorialità determinando l'esistenza – anche giuridica – della prole. Ma sarebbe allo stesso modo rischioso contrapporre – su questa base, e in chiave critica – l'intenzionalità al rilievo del concreto esercizio della responsabilità genitoriale<sup>102</sup>, modulando solo su tale polarizzazione i diversi strumenti giuridici di riconoscimento del legame omogenitoriale. In una logica di equilibrio – che tenga assieme i molti profili di complessità che concorrono a qualificare giuridicamente le vicende dell'omogenitorialità – deve infatti considerarsi che l'intenzionalità non può essere letta indipendentemente da una concreta vicenda di relazioni affettive e genitoriali, ma anche di relazioni riproduttive (specie nel caso del ricorso alla gestazione per altri, come evidente). In questo quadro, nell'intenzionalità non c'è solo una componente volontaristica astratta, ma una componente, molto concreta, di assunzione di responsabilità (procreativa, ma non solo) nei confronti del nascituro<sup>103</sup> e che può includere, peraltro, anche il portato delle specifiche modalità con cui il/la minore è venuto/a al mondo<sup>104</sup>. Ed è proprio per questo che, conclusivamente, nella stessa logica della legge n. 40/2004 (e, prima ancora, della sentenza n. 347/1998 della Corte costituzionale), tale criterio è posto non nell'interesse del genitore ma del nato e sul primario rilievo di esso resta sempre e necessariamente curvato.

L'intenzione, dunque, concorre – *assieme* alle dinamiche riproduttive e al consolidamento fattuale delle relazioni parentali – a scrivere una storia che interroga il diritto: una storia, nella quale un progetto di vita si fa esperienza concreta di relazione e comunità di affetti. Il minore è al centro di tale comunità, indubbiamente, e per questo è al suo interesse che il criterio dell'intenzione guarda, nel prisma del principio di responsabilità procreativa.

L'assunzione di una prospettiva paidocentrica – in questa chiave – non può dunque essere ricondotta al tentativo di stemperare la specificità della genitorialità delle persone omosessuali; né, tantomeno, all'esigenza di "correggere", nell'interesse del minore, una "deviazione" rispetto a modelli, che siano veri o presunti tali<sup>105</sup>. Proprio in questa prospettiva, peraltro, non deve essere sopravvalutato

102 Come sembra fare, almeno in parte, B. Pezzini, *La Corte costituzionale ammonisce...*, cit., p. 27.

103 Come bene afferma G. Ferrando, *I bambini, le loro mamme...*, cit., p. 14, «Non bisogna cadere nell'equivoco di identificare "intenzione" di essere genitori, con "desiderio" di un figlio, rivolto principalmente a soddisfare un supposto interesse (egoistico) degli aspiranti genitori. Se è vero, infatti, che è il "desiderio" di un figlio che muove ogni essere umano a ricercare la nascita, è però anche vero che l'"intenzione" che si manifesta nel consenso alla PMA supera tale desiderio e costituisce assunzione di responsabilità verso il nato».

104 Con riferimento, ad esempio, al racconto delle origini o, come pure accade nei casi di nascita da GPA, alla conservazione di una relazione con la donna che ha partorito. Sul punto v. ancora, in ambito psicologico, N. Carone, *Le famiglie omogenitoriali*, cit., specie pp. 211 ss. e 218 ss.

105 Che molto spesso, nella giurisprudenza in materia, alla tutela del minore si sostituisca la difesa di un "modello" di famiglia

nemmeno il riferimento all'istituto dell'adozione in casi particolari, almeno nella sua attuale configurazione: la circostanza che, in tale procedimento, la corrispondenza dell'adozione all'interesse del minore sia "da provare" si intreccia pesantemente con la resistenza diffusa di profili di stigma verso le esperienze di omogenitorialità<sup>106</sup>. La precomprensione profonda, allora, è che l'adottante omosessuale debba dimostrare di essere un buon genitore per il minore, pur avendo dato vita al progetto procreativo che ha condotto alla sua nascita. A simile profilo sarebbe opportuno porre attenzione, ragionando ad esempio – *de jure condendo*, in sede di revisione dell'istituto adottivo come suggerito dalle sentenze n. 32 e 33 del 2021 – su una sorta di inversione dell'onere della prova: stabilendo cioè che l'adozione è disposta, salvo che risultino elementi di contrasto in concreto con l'interesse del minore.

Ad ogni buon conto, il cambio di passo implicato dalle due sentenze n. 32 e 33 del 2021 allarga l'ambito di operatività del principio costituzionale di pari dignità sociale, illuminandone la portata con riferimento alla complessità di situazioni di vita ed esperienza che chiedono riconoscimento e stabilizzazione giuridica.

Non è dunque in questione – o almeno non soltanto – il profilo della non discriminazione delle persone omosessuali nell'esercizio dei doveri connessi alla genitorialità ma – anche e soprattutto – una concreta dinamica di riconoscimento di esperienze di vita familiare, che inverano il libero svolgimento delle personalità (di adulti e minori) in formazioni sociali e la cui pari dignità assume urgenza e spessore proprio se riguardata dal punto di vista del minore: prima ancora del profilo antidiscriminatorio, vi è – insomma – un profilo dirimente di riconoscimento dell'identità personale, affettiva, relazionale e sociale, per come impegnata in relazioni e formazioni familiari. Ed è proprio questo ancoraggio nelle soggettività coinvolte a restituire profondità e concreto spessore al profilo antidiscriminatorio, illuminandone il significato. Non è allora un caso che – come mostrano proprio le sentenze n. 32 e 33/2021 – a fare la differenza, nella risposta a concrete domande di giustizia, sia proprio il maggiore o minore *attunement*<sup>107</sup> dei percorsi dell'argomentazione giuridica rispetto alle concrete esperienze di vita e, in particolare, la stessa messa a fuoco delle questioni non attraverso una astratta comparazione tra classificazioni e situazioni, bensì nella lente delle storie e delle esperienze, soprattutto con riferimento alla

---

ritenuto preferibile è sottolineato da G. Ferrando, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, cit.

<sup>106</sup> Molto penetranti, sul punto, ancora le riflessioni di Ferrando, la quale rileva – in *I bambini, le loro mamme...*, cit., p. 8 – profili di intrinseca irragionevolezza nell'applicazione dell'istituto adottivo a fattispecie ben più specifiche e complesse: «Nel caso [...] di figlio generato nell'ambito di una coppia di donne o di uomini – osserva l'A. – frutto di un comune progetto parentale, l'adozione appare una soluzione "di ripiego" in quanto il bambino non ha un "altro" genitore. È figlio della coppia, voluto, atteso, accudito da entrambi. Si tratta di una genitorialità fondata non (o non solo) sulla discendenza genetica ma sulla scelta, sull'intenzione di essere genitori. L'adozione appare una sorta di finzione (si adotta il figlio altrui, non il proprio), non garantisce al figlio lo *status* fin dalla nascita, ma solo successivamente, in seguito ad un procedimento giudiziale che ha i suoi tempi, le sue procedure, le sue incertezze negli esiti». Un quadro molto vivido e toccante delle aporie e incongruenze del procedimento adottivo, applicato in coppia omogenitoriale (e anche della diffusa resistenza di stigma) è stato di recente offerto, in letteratura, da M. Zecca, *Lo capisce anche un bambino. Storia di una famiglia inconcepibile*, Milano, Feltrinelli, 2021.

<sup>107</sup> Questo concetto proviene dal lavoro e dal metodo di Ruth Bader Ginsburg che, nella sua opera di *Justice*, ha sempre prestato molta attenzione all'intreccio tra giudizio di uguaglianza e rilievo delle specifiche condizioni di fatto in cui la discriminazione opera e sulle quali, in qualche modo, reagisce, partendo dall'ascolto e dall'attenzione verso le storie dedotte in giudizio. Sul punto, tra i molti lavori che hanno approfondito questo profilo dell'opera di Bader Ginsburg, cfr. D. Jones Merritt, *Hearing the voices of individual women and men: Justice Ruth Bader Ginsburg*, in *Univ. of Hawai'i Law Review*, 1998, pp. 635 ss.; N. Siegel, *Equal citizenship statute: Justice Ginsburg's constitutional vision*, in *New England Law Rev.*, 2009, pp. 799 ss.; R. Siegel, *Equality and choice: sex equality perspectives on reproductive rights in the work of Ruth Bader Ginsburg*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2013, pp. 63 ss.; W. W. Williams, *Ruth Bader Ginsburg's Equal Protection clause*, ivi, pp. 41 ss.



posizione del minore e delle sue esigenze.

In questa prospettiva, il trattamento giuridico dell'omogenitorialità – e soprattutto l'introduzione di strumenti idonei a garantire piena tutela ai minori coinvolti, assicurando l'effettiva corrispondenza tra la loro identità affettiva, relazionale e sociale e la loro identità giuridica – deve necessariamente ricercare e perseguire un punto di equilibrio tra le diverse “tangenti giuridiche” del fenomeno e i diversi interessi in gioco. A ben vedere, peraltro, esse rimangono compresenti e contribuiscono a chiarire la ricostruzione dei contorni giuridici delle fattispecie – pur diverse – che sono alla base delle diverse esperienze di omogenitorialità: sicché non è mai un criterio a prevalere sull'altro, mentre è tenace e ricorrente la ricerca di una composizione in armonia, di un punto di equilibrio. E non è neutra la prospettiva – adulto- o paidocentrica – in cui ci si pone, come dimostrano con estrema chiarezza proprio le due più recenti decisioni in materia della Corte costituzionale.