

# GenIUS

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

FRANCESCA BRUNETTA D'USSEAUX

Il genitore è sempre genitore:  
la Corte Costituzionale austriaca  
e le coppie omoaffettive femminili

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

*online first*  
*3 luglio 2023*

# Il genitore è sempre genitore: la Corte Costituzionale austriaca e le coppie omoaffettive femminili

## Sommario

1. La questione. - 2. Le coppie dello stesso sesso e i loro figli nel diritto austriaco. - 3. La procreazione medicalmente assistita. - 4. L'acquisizione dello *status* di genitore. - 5. La decisione della Corte.

## Abstract

Nella coppia omoaffettiva femminile, entrambe le madri devono poter acquisire lo *status* genitoriale al momento della nascita del bambino, indipendentemente dal fatto che si sia utilizzata o meno la PMA, pena la violazione del principio di uguaglianza e del divieto di discriminazione. Il ricorso ad altri strumenti per realizzare la genitorialità, come ad esempio l'adozione da parte della madre sociale, non risponde al superiore interesse del minore.

*In the homo-affective female couple, both mothers must be able to acquire parental status at the time of the child's birth, regardless of whether or not PMA techniques have been used; otherwise there would be a violation of the principle of equality and the prohibition of discrimination. Recourse to other means of achieving parenthood, such as adoption by the social mother, does not serve the best interests of the child.*

## 1. La questione

Prima dell'intervento della Corte Costituzionale del 30 giugno del 2022<sup>1</sup>, il diritto austriaco distingueva, quanto all'acquisto dello *status* di genitore, tra coppie di sesso diverso e coppie omoaffettive. Se,

---

\* Professoressa Associata di Diritto Privato Comparato, Università di Genova. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

<sup>1</sup> *Verfassungsgerichtshof*, 30 giugno 2022, G 230/2021-20, consultabile in [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at): la Corte ha affrontato la questione con un procedimento sollevato d'ufficio. Nel diritto austriaco infatti, i giudici costituzionali, oltre a decidere in via incidentale (qualora aditi da una corte inferiore o anche dal singolo cittadino nell'ambito del cd. *Individualverfahren*) e in via astratta (quando la questione di incostituzionalità sia stata posta da una serie di organi specificamente individuati dalla Carta costituzionale), possono anche sollevare la questione d'ufficio, con un *Prüfungsbeschluss*, nel caso nutrano dubbi circa la costituzionalità di una disposizione che deve essere applicata in un caso sottoposto al loro giudizio.

nel primo caso, padre era considerato colui che era sposato con la madre al momento del parto<sup>2</sup>, quando si trattava di coppie femminili, la partner della madre acquisiva la qualità di “altro genitore” (nella definizione legislativa) solo ed unicamente se la coppia aveva fatto ricorso alla procreazione medicalmente assistita (PMA)<sup>3</sup>.

Questa pratica medica che consiste di diverse tecnologie riproduttive<sup>4</sup> era stata introdotta in Austria nel 1992<sup>5</sup> e, a seguito di una modifica intervenuta nel 2015<sup>6</sup>, l'accesso, inizialmente previsto solo per le coppie eterosessuali coniugate, era stato ampliato per ricomprendervi anche le coppie femminili. Vista la nuova possibilità di procreare disciplinata e riconosciuta legislativamente, si era reso necessario modificare anche le disposizioni del codice civile dedicate all'acquisizione dello *status* genitoriale ed in particolare i §§ 144 e 145 ABGB: la madre intenzionale viene considerata altro genitore solo quando sia stata utilizzata la PMA per realizzare il progetto procreativo<sup>7</sup>; in caso contrario, per poter essere riconosciuta quale “altro genitore” dal diritto, deve ricorrere all'adozione.

- 2 Secondo quanto stabilito dal § 144 ABGB (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*, JGS 946/1811) intitolato “Discendenza dal padre e dall'altro genitore”, padre è considerato l'uomo con il quale la madre è coniugata al momento del parto (sempre che non sia deceduto 300 giorni prima della nascita del bambino); padre è anche colui il quale abbia riconosciuto la paternità o la paternità del quale sia stata dichiarata giudizialmente.
- 3 Infatti, il § 144 ABGB, al secondo comma, riprende specularmente la dizione del primo comma (vedi nota 2), ponendo come prima condizione per la cogenitorialità che la madre biologica si sia sottoposta a PMA tra i 300 e i 180 giorni prima della nascita. In questo caso, alla madre intenzionale, designata “altro genitore”, si applicano analogamente tutte le disposizioni dettate per la figura paterna (e la paternità); questo in virtù della clausola generale inserita nel terzo comma del medesimo articolo. La problematica concernente l'acquisto della genitorialità nelle coppie femminili non è prerogativa dell'ordinamento austriaco; ad esempio in Francia, dove la nuova legge sulla bioetica del 2021 (su cui cfr. G. Terlizzi, *La PMA (seulement) pour toutes. L'incompiuta rivoluzione della nuova legge di bioetica francese*, in questa *Rivista*, 2022, 1, p. 88 ss) ha previsto la possibilità di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie dello stesso sesso femminili (oltre che per donne *single*), al fine dell'acquisizione dello *status* di genitore è richiesto un “riconoscimento congiunto anticipato”, su cui si veda A. M. Lecis Cocco Ortu, *La “PMA pour toutes” in Francia: tante risposte e qualche interrogativo aperto*, in questa *Rivista*, 2021, 2, p. 102 ss.. Come noto, in Italia l'accesso alla PMA è precluso alle coppie dello stesso sesso, tuttavia la problematica è oggetto di dibattito anche nel nostro ordinamento, cfr. G. Ferrando, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte cost. 230/20*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, 417.
- 4 Cfr. M. Sesta, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVII.
- 5 *Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen werden (Fortpflanzungsmedizinengesetz – FMedG)*, BGBl. Nr. 275/1992. Per la genesi della legge B. Hadolt, *Reproduktionstechnologienpolitik in Österreich: Die Genese des Fortpflanzungsmedizinengesetzes 1992 und die Rolle von Expertinnen*, in *IHS Sociological Series Working Paper 74*, dicembre 2005, Wien. Su cui vedi meglio *infra*, nr. 3.
- 6 *Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 – FMedRÄG 2015 BGBl I nr 35/2015*, su cui E. Bernat, *Das österreichische Fortpflanzungsmedizinengesetz wurde liberalisiert. Eckpunkte des Fortpflanzungsmedizinrechts Änderungsgesetzes 2015*, in *Gynäkologische Endokrinologie* 4, 2016, p. 270: la citata legge di modifica non ha solo permesso l'accesso alla PMA alle coppie femminili dello stesso sesso, ha anche introdotto la possibilità di inseminazione eterologa, oltre a consentire la diagnosi preimpianto. Vedi anche S. Ferrari, *Medizinisch unterstützte Fortpflanzung und Elternschaft zweier Frauen*, in *Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts* P. Barth/M. Erlebach (Hrsg.), Linde, 2015, p. 95 ss. così come E. Griessler/M. Hager, *Changing direction: the struggle of regulating assisted reproductive technologies in Austria*, in *Reproductive Biomedicine & Society online*, 2016, p. 68 ss.
- 7 Il § 145 ABGB (Riconoscimento del padre e dell'altro genitore), richiede, tra le varie formalità che debbono essere espletate per il riconoscimento del figlio, che all'ufficiale di stato civile sia fornita prova del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Questa è la situazione sulla quale si innesta la decisione in commento: la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimi il § 144 ABGB e parte del § 145 ABGB perché ha ravvisato una violazione del principio di uguaglianza (*Gleichheitsgrundsatz*) ex Art. 7, I della Costituzione austriaca<sup>8</sup>, così come degli artt. 8 e 14 CEDU, posto che l'acquisto dello *status* di genitore non deve dipendere dal modo in cui il figlio è stato concepito e dal tipo di coppia nel quale entra a far parte<sup>9</sup>.

## 2. Le coppie dello stesso sesso e i loro figli nel diritto austriaco

Per inquadrare correttamente la fattispecie pare opportuno richiamare, seppur succintamente, il percorso di tutela delle coppie dello stesso sesso e dei loro figli, attuato in Austria attraverso interventi sia legislativi sia giurisprudenziali, soprattutto della Corte costituzionale<sup>10</sup>, in costante dialogo con la Corte europea dei diritti dell'Uomo<sup>11</sup>. Una pietra miliare è stata certamente la decisione *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010, la quale, nel ricomprendere anche le relazioni tra persone del medesimo genere nell'alveo della vita familiare ex art. 8 Cedu<sup>12</sup>, ha aperto la strada a profondi cambiamenti sia in Austria, sia in altri ordinamenti europei. Nel medesimo anno è stata introdotta la *eingetragene Lebenspartnerschaft*<sup>13</sup>, l'unione civile per coppie dello stesso sesso, ricalcata sul modello tedesco; tre anni dopo, nel 2013, sempre grazie alle indicazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo e al caso *X e altri contro Austria*<sup>14</sup>, si è permesso anche al partner o alla partner del medesimo genere del genitore biologico di adottare il di lui o di lei figlio, possibilità inizialmente non prevista dalla legge sull'unione registrata<sup>15</sup>. La procreazione medicalmente assistita, disciplinata, come già accennato,

- 8 Art. 7: "(1) Tutti i cittadini della Federazione sono eguali davanti alla legge. Privilegi di nascita, sesso, ceto, classe, confessione religiosa, sono esclusi", cfr. E. Greif, *Gleichgeschlechtliche Ehen in Österreich, Historische Entwicklung und aktuelle Rechtslage*, in *Benediktion von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften* E.Volgger/F.Wegscheider (Hrsg.), Regensburg, 2020, p. 22 ss.
- 9 La Corte ha stabilito che le disposizioni dichiarate incostituzionali, ovvero il § 144 ABGB e la seconda frase del § 145 ABGB, cesseranno di avere vigore il 31 dicembre 2023; i giudici hanno concesso al legislatore un lasso di tempo congruo, consci del fatto che la dichiarazione di incostituzionalità dei paragrafi citati comporta la necessità di interventi diversificati, se non di una rivalutazione complessiva dell'istituto della filiazione.
- 10 E. Gitschthaler, *Aktuelles aus dem österreichischen Familien- und Erbrecht*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht FamRZ* 2022, p. 1439: l'Autore segnala come le riforme legislative più rilevanti nel diritto di famiglia austriaco degli ultimi 15 anni siano state due, la legge sul cognome dei figli *KindNamRÄG* 2013 (*BGBI* I 2013/15) e la legge di modifica delle successioni *ErbRÄG* 2015 (*BGBI* I 2015/87); per il resto, l'evoluzione del diritto in questo settore è garantita fondamentalmente dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale. Nello stesso senso anche J. Pierer, *Abstammung*, in *Handbuch Familienrecht*, A. Deixler-Hübner (Hrsg.), Linde, 2020, p. 237.
- 11 La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'ordinamento austriaco, ha valore di legge costituzionale federale (*Bundesverfassungsgesetz*), cfr. E. Greif, *ivi*, p. 17 ss.
- 12 Corte Edu, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, la decisione è consultabile in *Articolo 29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).
- 13 *Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*, *BGBI* I 135/2009 su cui N. Benke, *Zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft 2009. Weder Ehe noch Familie*, in *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht* 1, 2010, p. 19.
- 14 Corte Edu, 19 febbraio 2013, *X e altri c. Austria*, reperibile in *Articolo 29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).
- 15 Il legislatore è intervenuto modificando la disciplina delle adozioni con l'*Adoptionsrechts-Änderungsgesetzes* del 1° agosto 2013 (*BGBI*. I 179/2013); S. Falchetta, *La Corte di Strasburgo e la eteronormatività: una indagine comparativa delle sentenze Schalk and Kopf e X and Others contro Austria*, in *Articolo 29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014: secondo l'autrice, le due sentenze citate "hanno acquisito rilevanza primaria nell'indicare il grado di apertura e di attivismo giudiziale della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di matrimonio egalitario e second-parent adoption, rivendicazioni centrali nella piattaforma pro-

con legge dal 1992<sup>16</sup> e inizialmente ammessa solo per coppie di sesso diverso, è stata resa accessibile nel 2015 anche alle coppie di donne unite civilmente grazie all'ennesimo intervento della Corte Costituzionale<sup>17</sup>, ripreso poi dal legislatore<sup>18</sup>. L'anno successivo è stata la volta della modifica alla disciplina dell'adozione congiunta: il *Verfassungsgerichtshof* ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di adozione congiunta di un bambino terzo rispetto alla coppia da parte dei partner registrati<sup>19</sup>. Le differenze tra unione civile e matrimonio si erano talmente affievolite<sup>20</sup> che, nel 2017, a seguito dell'ennesimo intervento dei giudici costituzionali<sup>21</sup>, l'istituto matrimoniale è stato aperto anche alle coppie formate da persone del medesimo genere: la differenza allora esistente tra matrimonio, quale istituto riservato alle coppie eterosessuali, e unione civile, dedicata invece solo alle coppie dello stesso sesso, viola, secondo i giudici, il principio di uguaglianza contenuto nel già citato art. 7, I della Costituzione austriaca<sup>22</sup>.

Il legislatore austriaco ha però omesso, fino ad ora, di intervenire in maniera più organica, lasciando così sussistere incongruenze, incertezze, se non veri e propri vuoti normativi<sup>23</sup>. Ad esempio, per quanto concerne la disciplina dell'acquisizione della paternità ex § 144, comma 1, prima parte, ABGB, è stabilito che padre sia considerato colui che è sposato con la madre al momento del parto<sup>24</sup>. Manca un riferimento al partner unito civilmente alla madre, tanto da chiedersi se anche quest'ultimo possa acquisire *ipso iure* lo *status* giuridico di padre qualora il bambino nasca nel perdurare dell'unione civile. Similmente si è posta la domanda se la moglie della madre acquisisca o meno lo *status* di "altro genitore", poiché il § 144, comma II, prima parte, ABGB contempla solo l'ipotesi

---

grammatica dei movimenti omosessuali europei".

16 Vedi *supra* nota 5.

17 VerfGH 10 dicembre 2013, G 16/2013 ua, consultabile in [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at).

18 Vedi *supra* nota 6.

19 VerfGH 11 dicembre 2014, G119-120/2014- 12G, reperibile in [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at) su cui sia consentito il rinvio anche a F. Brunetta d'Usseaux, *La coerenza dell'ordinamento e l'adozione congiunta da parte di coppie dello stesso sesso: la decisione della Corte costituzionale austriaca dell'11 dicembre 2014*, in questa *Rivista* 2015, p. 240.

20 Nel tempo erano state equiparate al matrimonio, ad esempio, anche la disciplina del doppio cognome e il requisito della presenza di testimoni alla cerimonia.

21 VerfGH 4 dicembre 2017, G 258/2017 u.a. (G258-259/2017-9), in [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at) su cui cfr. R. De Felice, *La Corte di Vienna boccia definitivamente le unioni civili: sì al diritto al matrimonio per tutte e tutti*, in *Articolo 29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2017.

22 Di conseguenza, dal 1° gennaio 2019, il § 44 del codice civile, dedicato al matrimonio, non parla più di marito e moglie ma di "due persone" ("*Die Familien-Verhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. In dem Ehevertrage erklären zwey Personen gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitigen Beystand zu leisten*"). Analogamente la legge sulle unioni civili stabilisce che "*Eine eingetragene Partnerschaft kann begründen, wer volljährig und entscheidungsfähig ist*" (L'unione registrata può essere conclusa da chi sia maggiorenne e capace di intendere e di volere), con obliterazione di qualsiasi riferimento al genere. S. Ferrari/B.A. Malatschnig, *Aktuelle Entwicklungen im österreichischen Familien- und Erbrecht*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2021, p. 1446 ss: la tendenza alla pressoché totale "equiparazione" tra matrimonio e unione civile è criticata da parte della dottrina, che avrebbe auspicato invece il mantenimento dell'unione civile quale vera alternativa al matrimonio; i dati testimoniano tuttavia il successo dell'istituto, il cui numero è triplicato nel 2019 rispetto all'anno precedente, con una percentuale di 90 % di unioni tra persone di sesso diverso.

23 Questa la critica di C.Kohler/W.Pintens, *Entwicklungen im europäischen Personen-, Familien- und Erbrecht 2021-2022*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2022, p. 1405, così anche T. Maier, *Ehefrau und eingetragene Partnerin der Mutter als Elternteil auch ohne medizinisch unterstützte Fortpflanzung? Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 144 Abs 2 Z 1 ABGB*, in *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (EF-Z)* 2019, p. 210.

24 Per il testo completo della disposizione vedi *supra*, nota 2.

dell'unione civile registrata: nonostante l'entrata in vigore del matrimonio per tutti nel 2019, manca una disposizione che regoli esplicitamente la genitorialità della madre intenzionale coniugata con la madre biologica. Sebbene si propenda, in entrambi i casi citati, per un'interpretazione costituzionalmente orientata della regolamentazione codicistica, in modo che sia il padre unito civilmente (e non solo il coniuge) sia la madre coniugata (e non solo la partner unita civilmente) acquisiscano automaticamente lo *status* di genitore a fronte della nascita di un bambino nella coppia, permangono problemi di coordinamento, in particolare proprio con riferimento all'*Abstammungsrecht*, alla filiazione, entrata nel mirino della Corte Costituzionale con la sentenza in commento<sup>25</sup>.

### 3. La procreazione medicalmente assistita

La PMA era molto diffusa in Austria già dagli anni '70: si stima che nel 1985 siano stati 200 i bambini concepiti attraverso queste tecnologie riproduttive<sup>26</sup>. Con l'entrata in vigore della legge, nel 1992<sup>27</sup>, è stato però normato l'intero procedimento: dal luogo in cui deve essere svolto l'intervento, ovvero istituti ospedalieri espressamente autorizzati, ai requisiti di forma per la necessaria autorizzazione dei futuri genitori, ai tempi e modi di una eventuale revoca del consenso<sup>28</sup>. L'approccio iniziale era stato restrittivo<sup>29</sup>: l'accesso alle diverse tecniche di PMA era permesso solo a coppie di coniugi o conviventi di

- 25 Per analoghi rilievi nell'ordinamento tedesco cfr. A. Schwonberg, *Diskussionsteilentwurf für ein Gesetz zur Refom des Abstammungsrechts, Ein Überblick*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht FamRZ*, 2019, p. 1303: anche in Germania infatti la necessità di riorganizzazione del diritto di famiglia e soprattutto un ripensamento del diritto della filiazione è unanimemente condivisa; il Ministero federale della giustizia e per la tutela dei consumatori ha presentato, nell'aprile del 2019, un progetto che si fonda sull'assunto che le disposizioni del BGB in tema di filiazione non siano più rispondenti alle esigenze delle varie costellazioni famigliari che si vanno via via creando e nelle quali la genitorialità genetica, sociale, biologica e giuridica sono sempre più slegate le une dalle altre. Il progetto dovrebbe servire anche a colmare le lacune e risolvere i dubbi che si sono creati a seguito dell'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, dato che il legislatore non avrebbe valutato tutte le ricadute che ci sarebbero state sullo *status* di genitori e figli.
- 26 W. Posch, *Rechtsprobleme der medizinisch assistierten Fortpflanzung und Gentechnologie*, Gutachten, 10. ÖJT, Bd. I/5, 1988, p. 8.
- 27 Cfr. *supra*, nota 5.
- 28 Il consenso all'utilizzo della tecnica di procreazione medicalmente assistita deve essere scritto; nel caso di partner di un'unione civile l'autorizzazione deve assumere la forma di atto notarile, formalità necessaria peraltro anche quando vengano utilizzati gameti di un soggetto terzo rispetto alla coppia. La donna può revocare il consenso fino al momento dell'impianto; per l'uomo vale invece la regola per cui la revoca del consenso è permessa fino al momento dell'unione dei gameti maschili e femminili.
- 29 Per completezza si ricorda qui che la legge contiene anche un esplicito divieto di gestazione per altri (§ 3 punto 3 *Fortpflanzungsmedizingesetz – FMedG*), su cui cfr. F. Teichmann, *Umgebungsmöglichkeiten des Leihmutterverbots in Deutschland, Österreich und der Schweiz am Beispiel der Ukraine*, *Medstra*, 2022, p. 93: a differenza di quanto accade nell'ordinamento italiano, il diritto austriaco prevede però la responsabilità penale solo del medico che infranga il divieto di gestazione per altri contenuto nel § 3 della legge. E. Bernat, *ivi*, p. 274 segnala come la Corte costituzionale austriaca abbia decretato che, indipendentemente dal divieto di gestazione per altri previsto dalla legge, eventuali atti giuridici stranieri che indichino i genitori intenzionali quali genitori giuridici, vadano riconosciuti nell'ordinamento austriaco (VfGH 14 dicembre 2011 -B 13/11-10, in [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at)), non essendo tali atti contrari all'ordine pubblico; così anche J. Pierer, *ivi*, p. 255. Questa interpretazione, discussa in dottrina, corrisponde anche alla posizione assunta dal *Bundesgerichtshof* tedesco (BGH 10 dicembre 2014 – XII ZB 463/13, in [www.juris.bundesgerichtshof.de](http://www.juris.bundesgerichtshof.de)). Per quanto riguarda l'Italia cfr., da ultimo Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 30 dicembre 2022 n. 38162 che invece indica l'adozione in casi speciali quale strumento atto a ri-

sesso diverso ed era vietata l'inseminazione eterologa. Eccezionalmente poteva essere utilizzato il seme di un terzo donatore, ma solo qualora coniuge (o partner) fossero affetti da sterilità (§ 2 *FMedG*).

La disciplina è rimasta pressoché immutata fino all'intervento della Corte costituzionale del dicembre 2013<sup>30</sup>, che ha affrontato alcune delle problematiche appena indicate. Secondo i giudici, ad esempio, il fatto che l'accesso alla PMA fosse permesso alla coppia convivente, se di sesso diverso e non invece alla coppia unita civilmente, qualora dello stesso sesso, è una distinzione priva di senso, perché l'unione civile offre un quadro relazionale decisamente più stabile rispetto alla mera convivenza. Si tratta di una scelta incoerente che intacca la rilevanza dell'istituto dell'unione civile registrata. Inoltre, il presupposto legislativo per cui l'accesso alla PMA eterologa era consentito solo a fronte di una diagnosi medica di sterilità del coniuge o del partner maschile, escludeva qualsiasi possibilità legale di accesso alla procreazione medicalmente assistita alla donna *single* o facente parte di una coppia omoaffettiva: ciò costituiva una differenza di trattamento ingiustificata e discriminatoria. Il legislatore, come già accennato sopra, ha fatto proprie queste considerazioni modificando nel 2015 la disciplina della PMA permettendo, per quanto qui di interesse, l'accesso anche alle coppie femminili, sia unite civilmente sia semplicemente conviventi.

#### 4. L'acquisizione dello *status* di genitore

Una volta ammesso che le coppie formate da persone del medesimo genere femminile possono concepire ricorrendo alle tecniche di PMA, si è reso necessario modificare anche le disposizioni, contenute nel codice civile, concernenti l'acquisizione dello *status* di genitore. Si è previsto, quindi, l'inserimento di un secondo comma al § 144 ABGB, il quale, ricalcando la disciplina contenuta in riferimento alla figura paterna, stabilisce che la madre intenzionale, parte del progetto procreativo, è considerata automaticamente "altro genitore", quando il bambino nasca in costanza di unione. Così facendo, anche la coppia omoaffettiva può godere della protezione accordata alla "soziale Familie" come una coppia eterosessuale, con conseguente tutela anche del minore rispetto ad eventuali ingerenze di terze parti nella famiglia stessa<sup>31</sup>. Tuttavia, solo alla condizione già più volte ricordata per cui la co-mamma può essere considerata "altro genitore" solo a fronte del ricorso, da parte della madre gestante alla PMA nel lasso di tempo di 300-180 giorni prima della nascita.

Quando invece il minore sia stato concepito con mezzi diversi, come ad esempio una donazione privata<sup>32</sup> o sia nato da un rapporto sessuale occasionale, l'istanza di genitorialità della madre inten-

---

conoscere la genitorialità del padre d'intenzione, su cui si veda l'approfondimento in *Famiglia e Diritto*, 5, 2023, p. 408 ss, con nota introduttiva di M. Sesta e contributi di G. Recinto, M. Dogliotti e A. Spadafora. Per una panoramica delle diverse regolamentazioni in ottica comparata vedi J. Valc, *Rechtlicher Rahmen der Leihmuttertschaft in Vergleichsperspektive*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 2022, p. 166.

<sup>30</sup> VerfGH 10 dicembre 2013, cit., nota 18.

<sup>31</sup> J. Pierer, *ivi*, p. 243: il diritto austriaco si basa sul principio della *soziale Abstammung*, che tradotto letteralmente significa "discendenza sociale"; la legge contempla l'esistenza di casi in cui discendenza biologica e giuridica non coincidono, dando però prevalenza alla seconda, a tutela della famiglia nel suo complesso e soprattutto del minore. Qualora si renda necessario, le parti interessate hanno i mezzi atti a far accertare la verità biologica: tuttavia, sempre a tutela del minore, il diritto ad esercitare l'eventuale azione di riconoscimento non è in capo al padre biologico, ma necessita dell'autorizzazione del figlio stesso (nel caso di minore età con il sostegno degli enti preposti e con assenso della madre), *ivi*, p. 289.

<sup>32</sup> Nell'area tedesca il termine utilizzato è *Becherspende*, donazione effettuata attraverso la raccolta del seme maschile, letteralmente, "in un bicchiere", cfr. E. Bernat, *ivi*, p. 271 (nella terminologia di *commom law*, si tratta dei cd. *turkey baster babies*).

zionale deve attuarsi attraverso la *Stiefkindadoption* (§ 197, comma 4, ABGB), quindi attraverso il meccanismo dell'adozione del figlio della coniuge o della partner registrata. Il dato legislativo ci restituisce, quindi, un quadro di regole diverse sull'acquisto dello *status* di genitore a seconda che ci si muova all'interno di coppie di sesso diverso o formate da persone del medesimo genere.

La diversa disciplina era stata giustificata all'epoca dell'entrata in vigore delle disposizioni con argomentazioni riprese anche dal governo austriaco nella sentenza in commento: sarebbero diverse, e quindi non confrontabili, le situazioni di partenza. La presunzione di paternità si fonda sulla naturale predisposizione dell'uomo al concepimento, a differenza di quanto accade nella coppia di donne<sup>33</sup>: questo giustificerebbe regole più stringenti in questo secondo caso. Inoltre, si deve assicurare al bambino il diritto di avere contezza della propria ascendenza genetica: ciò sarebbe possibile solo se il concepimento avvenisse all'interno di un procedimento normato come quello della PMA<sup>34</sup>.

Per contro, l'abbandono del "criterio di collegamento" della procreazione medicalmente assistita creerebbe una situazione di obiettiva incertezza per il minore: sarebbe estremamente difficoltoso determinare i legami di filiazione qualora, ad esempio, la co-mamma non fosse neanche unita civilmente alla madre gestante; andrebbe inoltre ripensata la complessiva regolamentazione del disconoscimento di paternità e maternità, attualmente basata sull'esistenza o meno del legame genetico<sup>35</sup>.

Il compromesso tra interesse pubblico alla certezza degli *status* e tutela del minore può evidentemente tollerare il fatto che un bambino nato in una coppia eterosessuale acquisisca "d'ufficio" due genitori, madre e padre (quest'ultimo, peraltro, anche in assenza di un legame biologico, che non viene verificato), diversamente da quello che accade per il minore che nasca in una coppia di donne, che acquisisce una sola figura genitoriale, a meno che non si possa fornire la prova dell'avvenuta PMA.

A sostegno dell'impianto legislativo così delineato, il governo austriaco, sempre nel parere fornito alla Corte Costituzionale nella sentenza qui in commento, richiama anche l'esperienza tedesca. In Germania, dal 1° ottobre 2017<sup>36</sup> qualsiasi coppia, sia di sesso diverso sia formata da persone del medesimo genere, può contrarre matrimonio. Anche in questo ordinamento però, solo il coniuge maschile diventa automaticamente padre al momento della nascita: la chiara dizione del § 1592 BGB che parla espressamente di *Vater*, esclude l'applicazione analogica della regola alla coppia di coniugi femminili.

33 Cfr. i lavori preparatori *Erläuterungen zur RV des FMedRÄG 2015*, 445 BlgNR 25. GP, 12 s., su cui anche J. Pierer, *ivi*, p. 288: nelle unioni tra persone dello stesso sesso genitorialità giuridica genitorialità biologica necessariamente non coincidono, da qui la diversa disciplina della filiazione.

34 § 20, comma 2, *FMedG*. In realtà, non essendo la madre obbligata a fornire le informazioni richieste non è assicurata la realizzazione dello scopo della norma (cfr. sentenza in commento, p. 6).

35 La questione è stata affrontata nell'ordinamento tedesco da OLG Stuttgart, 7 aprile 2022, 11 UIF 39/22, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2022, p. 1292 con nota di P.M. Reuß: un bambino era stato concepito con gameti donati privatamente da un uomo ad una coppia femminile coniugata; sia la madre intenzionale sia il donatore rivendicavano il proprio diritto ad essere indicati come genitore del minore. L'uomo aveva richiesto l'accertamento giudiziale della propria paternità, che era stata dichiarata a seguito dell'effettuazione del test del DNA (occorre rammentare che nell'ordinamento tedesco l'accertamento della paternità del donatore è escluso solo in caso di ricorso a tecniche di fecondazione artificiale come disciplinate dal *Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG)*, del 3 dicembre 1990, in *BGBI* 1990 I, p. 2746 e non invece nel caso di donazione di gameti tra privati). I giudici non hanno ravvisato profili di illegittimità costituzionale ed in particolare del principio di uguaglianza perché nella fattispecie, l'azione per il riconoscimento della paternità da parte del donatore/padre genetico è permessa sia rispetto alle coppie eterosessuali sia rispetto a quelle dello stesso sesso. Nella nota di commento indicata, l'Autore auspica che quando finalmente il legislatore tedesco vorrà affrontare la questione della filiazione in maniera organica, venga presa in considerazione anche la problematica appena citata, con esclusione della possibilità di riconoscimento di paternità ex § 1600 BGB.

36 *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, del 20 luglio 2017, *BGBI* 2017, I, p. 2787.



In Germania quindi, la coniuge della madre, *de lege lata*, può ottenere il ruolo di secondo genitore solo attraverso la *Stiefkindadoption*, l'adozione del figlio del coniuge<sup>37</sup>. Per la Corte Federale di Cassazione tedesca<sup>38</sup> un legame di discendenza biologica può essere dato per presupposto solo in caso di paternità, cosa che invece non è possibile nella coppia femminile; questo renderebbe le due situazioni differenti, eliminando alla radice qualsiasi intento discriminatorio. Non si tratterebbe neanche di una lacuna legislativa, che il giudice sarebbe chiamato a colmare: non era nelle intenzioni del legislatore equiparare le coppie di sesso diverso e quelle composte da persone dello stesso genere quanto alla filiazione, che non può essere considerata alla stregua di un effetto del matrimonio.

## 5. La decisione della Corte

La seppur articolata e puntuale argomentazione del governo austriaco anche con riferimento alla vicina esperienza tedesca non convince la Corte Costituzionale. Non si discute del fatto che, dal punto di vista del concepimento, sussistano differenze tra coppie eterosessuali e coppie formate da persone dello stesso sesso: tuttavia, il principio di uguaglianza e il divieto di discriminazione hanno proprio lo scopo di impedire che ad una differenza basata sul genere e sull'orientamento sessuale siano collegate conseguenze giuridiche diverse. Nel caso della coppia di donne, la madre biologica viene posta di fronte ad un'alternativa: o si avvale della procreazione medicalmente assistita e ottiene la tutela della propria famiglia "sociale", oppure attua la propria libertà di scelta procreativa, ma perde il conseguente diritto. La disciplina legislativa non regge neanche il vaglio alla luce del principio del superiore interesse del minore, previsto esplicitamente dalla Legge costituzionale federale sui diritti dei bambini del 2011<sup>39</sup>: non si comprende come il concepimento attuato con l'uno o con l'altro mezzo possa attribuire in un caso e sottrarre nell'altro, diritti di cura, diritti di mantenimento, diritti ereditari. Il minore che nasce in una coppia dello stesso sesso femminile, per poter avere due genitori, deve sperare che la madre intenzionale richieda l'adozione: ma, se da un lato nessun obbligo incombe sulla donna, dall'altro non si tratta neanche di una via sempre percorribile<sup>40</sup>.

37 Corte EDU, 7 maggio 2013, Boeckel e Gessner/Boeckel c. Germania: il ricorso dichiarato inammissibile, aveva ad oggetto il rifiuto di indicare nel certificato di nascita del bambino la partner unita civilmente alla madre del minore, consultabile su [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

38 BGH, 10 ottobre 2018, XII ZB 231/18, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht FamRZ*, 2018, p. 1919 con nota critica di A-M. Kaulbach/C. Pickenhahn/H. von Scheliha, *Kann die Ehefrau der Mutter Vater werden?*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht FamRZ*, 2019, p. 768, secondo le quali sussisterebbe una violazione dell'art 3, II, prima frase GG. Cfr. anche E. Bernat, *Die abstammungsrechtliche Zuordnung eines Kindes, das während aufrechter Ehe zweier Frauen geboren wird, Überlegungen aus Anlass von BGH 10.10.2018, XII ZB 2311181*, in *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (EF-Z)*, 2019, p. 200.

39 *Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern*, 15 febbraio 2011 BGBl. I 4/2011, art. 1: "Jedes Kind hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig sind, auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung sowie auf die Wahrung seiner Interessen auch unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit. Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein". Art. 2, primo comma: "Jedes Kind hat Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen".

40 Per il diritto italiano si veda Corte Costituzionale 9 marzo 2021, n. 32, in *Articolo 29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it): nel caso di specie, come noto, a fronte del concepimento di due gemelle nate attraverso il ricorso alla PMA in una coppia di donne, la madre intenzionale non può procedere all'adozione per la mancanza di assenso della madre biologica: i giudici costituzionali segnalano l'evidente peggiore condizione in cui versano i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne "rispetto a

Sono queste le argomentazioni che portano i giudici costituzionali austriaci alla dichiarazione di incostituzionalità dei §§ 144 ABGB e 145 ABGB (nella parte in cui fa riferimento alla documentazione necessaria per attestare l'avvenuta PMA)<sup>41</sup>.

La decisione si colloca nel solco della ormai costante giurisprudenza della Corte che, come si è visto *supra*, in applicazione del principio di uguaglianza ex art. 7 della Costituzione sta, ormai da anni, sottraendo terreno alle differenze di trattamento tra coppie eterosessuali e coppie dello stesso sesso.

L'abrogazione del § 144 ABGB costringe il legislatore, che non pare sempre pronto a recepire i cambiamenti nella società, ad un intervento entro la fine di quest'anno.

Le opzioni sembrano essere due: se si muove dall'assunto della correttezza di una disciplina per cui, in assenza di ricorso alla PMA, non sia permesso l'automatico acquisto della genitorialità da parte del o della coniuge, partner o convivente della madre, si potrebbe neutralizzare il profilo di discriminazione ad oggi esistente tra coppie dello stesso sesso e coppie eterosessuali applicando la medesima disciplina anche alle seconde. Il ricorso all'inseminazione "privata" dovrebbe escludere l'automatico riconoscimento della "seconda" genitorialità, indipendentemente dal fatto che sia quella paterna o quella materna<sup>42</sup>. La seconda opzione sarebbe invece quella di prescindere dal diverso metodo procreativo utilizzato per l'attribuzione della genitorialità<sup>43</sup>: si imporrebbe però la revisione di una serie di disposizioni legislative, al fine di assicurare che la scelta procreativa, seppur attuata al di fuori del percorso di PMA, sia responsabile e durevole<sup>44</sup>.

L'auspicio è che questa decisione sia lo spunto per un intervento sulla filiazione che metta al cen-

---

quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo", situazione che compromette la tutela dei loro interessi; cfr. A. Schillaci, *Non imposta né vietata: l'omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, in questa *Rivista*, 2021, n.2, pp. 1 ss. Il problema che pone l'alternativa del ricorso all'adozione è ben delineato da S. Stefanelli, *Stato giuridico e parentale del minor adottato nei casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da p.m.a. in coppia femminile e g.p.a.* in questa *Rivista*, 2023 (online first): l'Autrice, pur muovendo dai diversi presupposti del nostro ordinamento quanto alla possibilità di ricorso alla PMA, mette in evidenza che la "via alternativa all'adozione", tutt'ora preferita anche dal legislatore italiano, sembrerebbe contraddire l'esigenza di tutela e protezione del minore; per lo meno nei casi in cui il genitore intenzionale dovesse decidere di avvalersi del suo "diritto di ripensamento", non richiedendo l'adozione, ad esempio per eventuali malattie che affliggono il nato oppure per il venir meno del rapporto con l'altra parte del progetto procreativo.

- 41 Per un approfondimento di analoga problematica in Germania, cfr. P.M. Reuß, *Das Abstammungsrecht auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht FamRZ* 2021, p. 824: vista l'inerzia del legislatore quanto alla riforma della filiazione, potrebbe essere la Corte Costituzionale Federale a fungere nuovamente da traino. L'Oberlandesgericht Celle (OLG Celle 24 marzo 2021 – 21 UF 146/20 in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2021, p. 862) e il Kammergericht Berlino (24 marzo 2021 – 3 UF 1122/20 in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2021, p. 854) hanno sollevato questione di legittimità costituzionale del § 1592 BGB, perché non permette l'automatico acquisto della genitorialità della coniuge o compagna femminile della madre, diversamente da quanto accade per il padre, lamentando la violazione degli artt. 3 e 6 *Grundgesetz*.
- 42 Così C. Fischer-Czermak, *Reform des Anerkennnisses der Vaterschaft/Elternschaft, Überlegungen aus Anlass VfGH 30.6.2022, G 230/2021-20*, in *Österreichische Juristenzeitung* 2022, p.1035: rimangono delle perplessità quanto poi all'effettiva attuazione della disciplina.
- 43 J. Pierer, *Abstammungsrecht für gleichgeschlechtliche Paare verfassungswidrig*, in *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht* 2022, p. 115.
- 44 Tra tutte, la disciplina del disconoscimento di genitorialità, che non potrebbe più fondarsi sull'assenza di un legame biologico, posto che, come già più volte ricordato, nelle coppie dello stesso sesso la filiazione biologica e quella giuridica divergono sempre, analogamente peraltro a quanto accade nel caso di donazione di gameti maschili da parte di un terzo, fattispecie in cui è esclusa la possibilità di disconoscimento del nato.

tro l'uguaglianza dei figli, comunque concepiti, che permetta l'individuazione univoca delle figure genitoriali del minore<sup>45</sup> con disposizioni chiare, e che, sottraendo il legame di filiazione alla disponibilità delle parti in causa<sup>46</sup>, realizzi relazioni stabili realizzando così veramente il miglior interesse del minore.

---

<sup>45</sup> Cfr. U. Pesendorfer, *Elternschaft der eingetragenen Partnerin/Ehegattin der Mutter- Einschränkung auf medizinisch unterstützte Fortpflanzung verfassungswidrig*, in *Interdisziplinäre Zeitschrift Familienrecht IFam*, 2022, p. 229. Per l'esperienza tedesca cfr. D. Coester-Waltjen, V. Lupp, P.M. Reuß, E. Schumann, B. Veit, *Göttinger Aufruf zur Modernisierung des Abstammungsrechts*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2021, p. 1790.

<sup>46</sup> D. Coester-Waltjen, *Die Herausforderung der Reproduktionsmedizin für das deutsche Abstammungsrecht*, in *Forum Familienrecht* 2022, p. 279: con riferimento al diritto tedesco, l'Autrice ricorda come la necessità di riforma della filiazione non dipenda solo dal progresso medico quanto alle tecniche di procreazione e neanche dal riconoscimento delle coppie dello stesso sesso come fondamento di famiglia e matrimonio: il ripensamento necessario è più generale ed investe la filiazione a partire dalle mutate concezioni sociali rispetto a sessualità, relazioni di coppia e genitorialità.