

**OSSERVATORIO COSTITUZIONALE**

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 4/2022

Data: 2 agosto 2022

### ***Le strade impervie della omogenitorialità: i silenzi della legge e la “supplenza” dei giudici\****

*di Concetta Giunta – Ricercatrice di Istituzioni di Diritto pubblico nell’Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”*

**TITLE:** The difficult path of same-sex parenting: the silence of the law and the “substitute role” of judges

**ABSTRACT:** Il contributo intende analizzare il quadro normativo vigente in materia di genitorialità nell’ambito di coppie omosessuali, al fine di evidenziarne le lacune, le quali non consentono una piena tutela degli interessi coinvolti e lasciano ampio margine di intervento alle soluzioni giurisprudenziali.

The paper aims to analyze the legal framework in force regarding the protection of filiation in same-sex couples, in order to underline the current regulatory gaps that don’t provide full protection of the involved interests and leave a broad range of jurisprudential solutions.

**KEYWORDS:** genitorialità omosessuale; adozione; procreazione medicalmente assistita; maternità surrogata; same-sex parenting; adoption; medically assisted procreation; surrogacy.

**SOMMARIO:** 1. Il riconoscimento dei *same-sex rights*: diritti delle coppie ma non dei figli. – 2. L’adozione omogenitoriale tra mancati interventi normativi e soluzioni giurisprudenziali. – 2.1. Il

---

\* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

confine sempre più sfumato tra adozione piena e adozione in casi particolari. – 3. La procreazione medicalmente assistita nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 4. Il riconoscimento dei rapporti di filiazione costituitisi all'estero. – 4.1. Il (vietato) ricorso alla gestazione per altri: la “colpa” dei padri non può ricadere sui figli.

### 1. Il riconoscimento dei *same-sex rights*: diritti delle coppie ma non dei figli

Dopo un lungo periodo di immobilismo legislativo in materia di *same-sex rights*, la l. n. 76 del 2016 («Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», c.d. “legge Cirinnà”) ha introdotto l’unione civile tra persone dello stesso sesso, istituto che consente di dare riconoscimento giuridico alle coppie omosessuali e dal quale discendono diritti e doveri di natura “familiare” prima non contemplati<sup>1</sup>.

Nonostante le critiche mosse alla legge – perché “troppo”<sup>2</sup> o “troppo poco”<sup>3</sup> simile al matrimonio –, essa rappresenta certamente un passaggio fondamentale nel lento e tortuoso processo

<sup>1</sup> Per un commento sistematico della legge n. 76 del 2016, si vedano: AA.VV., *Modelli familiari e nuovo diritto (Atti del Convegno - Padova 7-8 ottobre 2016)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 1663 ss.; AA.VV., *Legge 20 maggio 2016, n. 76*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 845 ss. (fascicolo monografico n. 10); C. M. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017; M. BELLETTI, *Unioni civili (diritto costituzionale)*, in R. SACCO (diretto da), *DIGESTO delle Discipline Pubblicistiche. VII Aggiornamento*, Milano, 2017, 689 ss.; G. BUFFONE, M. GATTUSO, M. WINKLER, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5,6,7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, 2017. Tra le prime reazioni della dottrina alla disciplina introdotta dalla legge sulle unioni civili, si segnalano inoltre, senza pretesa di completezza: M. BELLETTI, *Matrimoni, unioni civili, convivenze di fatto: cosa cambia? Profili di legittimità costituzionale della nuova normativa (legge 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2016; M. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, in [www.giudicedonna.it](http://www.giudicedonna.it), n. 2/2016; N. COLAIANNI, *Diritto alla vita familiare e unioni civili: la laicità incompiuta*, in *Federalismi.it*, n. 19/2016; M. D’AMICO, *L’approvazione della legge Cirinnà: fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in *Politeia*, 2016, 38 ss.; G. FERRANDO, *Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma*, in *GenIUS*, n. 2/2016, 6 ss.; S. PARISI, *Famiglia «di diritto»: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, in *Quad. cost.*, n. 3/2016, 567 ss.; S. ROSSI, *La “legge Cirinnà” tra love rights e politica del diritto*, in *Studium Iuris*, n. 9/2016, 979 ss.; A. RUGGERI, *Unioni civili e convivenze di fatto: “famiglie” mascherate?*, in *Consulta Online*, fasc. 2/2016, 251 ss.; M. TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci e ombre*, in *Jus civile*, n. 1/2016; L. VIOLINI, *Considerazioni sulla costituzionalità della legge italiana sulle unioni civili*, in *Politeia*, 2016, 50 ss.

<sup>2</sup> Parte della dottrina ha criticato l’eccessiva omogeneità rispetto alla disciplina matrimoniale. Cfr., ad esempio, N. COLAIANNI, *Diritto alla vita familiare e unioni civili: la laicità incompiuta*, cit., 14, secondo cui il legislatore ha compiuto «una “truffa delle etichette” attraverso la creazione ex art. 2 di un istituto identico o analogo a quello dell’art. 29». Parla di un possibile “eccesso di somiglianza” del complesso delle norme sulle unioni civili rispetto a quelle che regolano i rapporti tra i coniugi anche A. RUGGERI, *Unioni civili e convivenze di fatto: “famiglie” mascherate?*, cit., 258.

<sup>3</sup> La legge Cirinnà è stata da alcuni apertamente criticata per il carattere discriminatorio del mancato accesso al matrimonio: cfr., ad esempio, M. GATTUSO, *L’unione civile: tecnica legislativa, natura giuridica, e assetto costituzionale*, in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, cit., partic., 84 ss; è stata accolta

di emersione dei diritti degli omosessuali. E tuttavia non può considerarsi un punto di arrivo, data l'ampiezza degli spazi che rimangono non compiutamente normati, primo fra tutti, come si evidenzierà a breve, quello relativo all'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali, tuttora priva di disciplina specifica.

Né può stupire che le difficoltà del legislatore riguardo alla normazione di tale materia siano ancora maggiori rispetto a quelle affrontate nel processo di approvazione della legge sulle unioni civili. Il tema della filiazione è infatti ancora più sensibile e delicato rispetto a quello del mero riconoscimento giuridico di unioni nate dalla libera volontà di due adulti, dal momento che le ambizioni genitoriali degli uniti civilmente (e, più in generale, delle coppie omosessuali) coinvolgono, oltre al loro – non pacificamente riconosciuto – interesse alla genitorialità<sup>4</sup>, anche (soprattutto) gli interessi dei figli eventualmente già nati (così nel caso dell'adozione) o di quelli – ancora più controversi – dei nascituri<sup>5</sup> (nel caso di procreazione medicalmente assistita, per le

---

invece con “favore condizionato”, come un primo passo verso una disciplina più compiuta, da chi lamenta soprattutto la mancanza di tutela per i rapporti di filiazione di fatto esistenti. In questo senso, cfr., ad esempio, G. FERRANDO, *Le unioni civili. Prime impressioni sulla riforma*, cit., 7 ss. Da più parti criticata è stata altresì la stessa definizione di unione civile, quale «specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione» (precisazione, quella relativa alle norme costituzionali, aggiunta peraltro in un secondo momento, quasi ad escludere testualmente la riconducibilità all'articolo 29 Cost.). Tale formulazione, che pur risponde «ai principi, discutibilissimi, affermati dalla Corte costituzionale – nelle sentenze n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014 – che riserverebbero la tutela di cui all'art. 29 Cost. solo alle coppie eterosessuali» (così, M. D'AMICO, *L'approvazione della legge Cirinnà: fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in *Politeia*, 2016, 40) non consentirebbe di superare le ambiguità circa la natura familiare delle unioni civili. Cfr. sul punto ad es., G. CASABURI, *Convivenze e unioni civili: una prima lettura della nuova legge*, in *Questione giustizia*, 17.05.2016.

<sup>4</sup> Il dibattito sulla configurabilità, sulla natura e sui limiti di un diritto costituzionale alla procreazione – sia in generale sia con specifico riferimento agli uniti civilmente – è ampio e lontano da conclusioni univoche. Sul tema, cfr., solo per citarne alcuni: A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano, 2011; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Dirittifonamentali.it*, 15.09.2014; S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017; A. GIUBILEI, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili. Nota alla sentenza n. 230 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 2/2020; M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020; S. FLORE, *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 24/2021.

<sup>5</sup> Degli interessi del nascituro come limite all'accesso a «mezzi artificiali» di procreazione parla, ad es., M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Padova, 2021, 405. Alla “tutela del nascituro” sono altresì dedicati gli artt. 8 e 9 l. n. 40 del 2005. Si vedano inoltre le posizioni secondo le quali, tra gli interessi da “bilanciare” in materia di maternità surrogata, è da annoverare anche quello «generale e astratto dei minori a non nascere da una maternità surrogata»: in questi termini, B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, 70 e, similmente, C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., 136,

coppie di donne, o di gestazione per altri, per le coppie di uomini; ipotesi, quest'ultima, nella quale alla già articolata rete di interessi coinvolti si somma anche il controverso ruolo della "gestante per altri").

Benché si tenda a trattare in maniera indiscriminata il tema dell'omogenitorialità, infatti, la realtà (non sempre giuridicamente riconosciuta o riconoscibile) presenta situazioni familiari anche molto diverse tra loro: vi sono famiglie omogenitoriali "in senso proprio" – in cui i figli sono frutto di un progetto condiviso di genitorialità (portato avanti tramite tecniche di procreazione medicalmente assistita o adozione) e famiglie "ricomposte" – in cui i *partner* convivono con i figli nati da precedenti relazioni eterosessuali e con essi instaurano un rapporto meritevole di riconoscimento e tutela<sup>6</sup>.

Nell'ambito dei rapporti che *nascono* omogenitoriali, va poi distinta la genitorialità esclusivamente sociale – e giuridica (adozione) – dalla genitorialità biologica e/o genetica, che può essere scissa da quella legale<sup>7</sup>.

A fronte di una tale complessità, la scarna disciplina vigente non consente risposte chiare, univoche e specifiche alle differenti istanze emergenti nella società. Come già accaduto rispetto alle unioni omosessuali prima della legge sulle unioni civili, sono dunque ancora una volta i giudici la sola faccia dello Stato a fare i conti con le esigenze di tutela connesse ai nuovi modelli familiari *di fatto* esistenti nella società, palesando con evidenza crescente la necessità di un intervento normativo.

La composizione giurisprudenziale di tale intreccio di interessi è, infatti, giocoforza variabile, potendo poggiare tanto su interpretazioni restrittive quanto su ricostruzioni che, incentrandosi

---

secondo la quale tra i vari diritti ricavabili dal principio personalista che informa la Costituzione, vi sarebbe il «*diritto del bambino di non essere oggetto del presunto diritto dei committenti di diventare genitori*» (corsivo testuale).

<sup>6</sup> Su tale distinzione, cfr. M. WINKLER, in G. BUFFONE, M. GATTUSO, ID., *Unione civile e convivenza*, cit., 240 s. e bibliografia ivi citata.

<sup>7</sup> Grazie all'evoluzione medico-scientifica, infatti, la genitorialità è soggetta ad una "parcellizzazione" in quanto il processo riproduttivo può prevedere l'apporto di più "genitori", secondo modelli differenti. Nella maternità surrogata puramente gestazionale, ad esempio, la madre biologica – colei che porta in grembo il nascituro – non coincide con la madre genetica – colei che ha fornito l'ovocita – né con la madre intenzionale (se si tratta di una coppia eterosessuale committente); così come il padre genetico – cha apporta il seme – può non coincidere con il padre intenzionale, committente. Sulle molteplici possibili "combinazioni" nella maternità surrogata, cfr. T. AZNAR – T. TUDELA, *Gestational surrogacy. Ethical aspects*, in *Medicina e Morale*, 2018, 278.

soprattutto sul preminente interesse del minore<sup>8</sup>, finiscono col riconoscere ciò che la legge ha scelto di vietare o di non disciplinare espressamente<sup>9</sup>.

A tale ultimo aspetto saranno dedicate le pagine che seguono, con lo scopo di ricostruire il frammentato ed incompiuto quadro normativo vigente e le interpretazioni giurisprudenziali che da esso cercano di trarre soluzioni in grado di rispondere alle sempre più pressanti esigenze di tutela emergenti in contesti familiari omogenitoriali.

## 2. L'adozione omogenitoriale tra mancati interventi normativi e soluzioni giurisprudenziali

Il punto di partenza dell'analisi annunciata è la l. n. 184 del 1983 («Diritto del minore ad una famiglia»<sup>10</sup>), la quale disciplina, accanto all'adozione c.d. "piena", alcune ipotesi di adozione in casi particolari<sup>11</sup>.

A norma di tale legge, possono accedere all'istituto dell'adozione (piena) soltanto le coppie sposate da almeno tre anni<sup>12</sup>. Che tale forma di adozione sia preclusa alle coppie omosessuali, anche unite civilmente, è confermato anche dalla l. n. 76 del 2016. Infatti, benché la disciplina delle unioni

---

<sup>8</sup> Tra coloro che sottolineano il carattere inevitabilmente frammentario e incerto nei suoi esiti di una tutela «del diritto dei figli alla tutela e stabilità del rapporto» affidata alla giurisprudenza, in assenza di una disciplina legislativa, ad es. G. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, 1776. Per una ricostruzione critica del principio del preminente interesse del minore, cfr. almeno, tra i contributi più recenti: E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2021 (II ed.); M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021.

<sup>9</sup> Per un'analisi delle oscillazioni giurisprudenziali in materia, cfr. A. LORENZETTI, *Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, in M. AZZALINI (a cura di), *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Roma, 2015, 103 ss. Sugli approdi consolidatisi nella giurisprudenza in anni più recenti, cfr. ancora ID., *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2018.

<sup>10</sup> Il titolo originario della legge sulle adozioni era «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori». Il nuovo titolo si deve alla l. n. 149 del 2001 che ha operato una estesa modifica della legge del 1983. Sulle innovazioni introdotte cfr., *ex multis*: C. M. BIANCA, *La revisione normativa dell'adozione*, in *Famiglia*, 2001, 525 ss.; G. AUTORINO STANZIONE - P. STANZIONE (a cura di), *Le adozioni nella nuova disciplina. Legge 28 marzo 2001, n. 149*, Milano, 2001.

<sup>11</sup> Come è noto, l'adozione in casi particolari si distingue dall'adozione propriamente detta, da un lato, per la minore rigidità dei requisiti richiesti agli adottanti e del procedimento di adozione e, per altro verso, per i suoi effetti più limitati: a differenza dell'adozione piena, non vi è né l'interruzione del legame con la famiglia di origine né la creazione di rapporti di parentela con la famiglia dell'adottante. Sulla progressiva equiparazione degli effetti conseguenti alle due tipologie di adozione, cfr. *infra*, § 2.1.

<sup>12</sup> O i coniugi che abbiano convissuto prima del matrimonio per almeno tre anni. Nonostante la riforma della filiazione (avviata dalla l. n. 219 del 2012, «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali») abbia unificato lo *status* dei figli matrimoniali e dei figli nati da coppie conviventi e nonostante queste ultime siano ammesse alla procreazione medicalmente assistita, l'accesso all'adozione piena è tuttora negato a tutte le coppie non sposate.

civili sia – pur con alcune significative eccezioni – sostanzialmente sovrapponibile a quella matrimoniale<sup>13</sup>, dal rinvio generalizzato alle norme riferite al matrimonio o comunque ai coniugi la legge sulle adozioni è espressamente esclusa<sup>14</sup>.

Il che vale a precludere agli uniti civilmente anche l'adozione del «coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge», prevista dall'art. 44, c. 1, lett. b) della stessa legge, cd. *stepchild adoption*.

Nonostante tale chiusura, nella ricostruzione del faticoso cammino del riconoscimento della omogenitorialità è opportuno menzionare due opportunità, significative benché infruttuose, di estendere alle coppie omosessuali – per vie diverse – l'adozione del figlio del coniuge.

Ci si riferisce anzitutto al tentativo di includere nel “disegno di legge Cirinnà” una disposizione volta a consentire l'accesso alla *stepchild adoption* agli uniti civilmente<sup>15</sup>. La necessità di trovare un accordo (*rectius*, compromesso) per superare le lacerazioni politiche emerse sul tema ed approvare la legge ha tuttavia comportato la rinuncia alla norma in questione, che è stata stralciata<sup>16</sup>.

In secondo luogo, proprio negli stessi giorni in cui si intravedeva la possibilità di concludere positivamente l'*iter legis* che avrebbe condotto all'introduzione delle unioni civili, la Corte costituzionale dichiarava inammissibile una questione avente ad oggetto gli artt. 35 e 36 della l. n. 184 del 1983. Il rimettente dubitava della costituzionalità delle norme richiamate «nella parte in cui – come interpretati secondo Diritto vivente – non consentono al giudice di valutare, nel caso

<sup>13</sup> Pur nella diversità delle forme di costituzione e cessazione dell'unione civile rispetto al matrimonio (l'art. 1 prevede al comma 2 una “cerimonia” meno formalizzata e al comma 24 più semplici modalità di scioglimento), la disciplina del rapporto ricalca infatti in larga parte quella matrimoniale. Basti pensare alle molte norme del codice civile oggetto di rinvio espresso (ad esempio, quelle in materia di impugnazione del matrimonio di cui gli artt. 119 ss. c.c.) e a quelle riprodotte quasi testualmente (le cause impeditive dell'unione civile, ad esempio, ricalcano quasi integralmente le analoghe disposizioni sulle cause impeditive del matrimonio). Per un confronto tra disciplina matrimoniale e disciplina delle unioni civili M. GATTUSO, *L'unione civile: tecnica legislativa, natura giuridica, e assetto costituzionale*, cit., 62 ss. e M. SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017, 176, che evidenzia i punti di minorità dell'unione civile rispetto al matrimonio.

<sup>14</sup> Per i profili di possibile illegittimità costituzionale di tale esclusione, cfr. M. WINKER, in G. BUFFONE, M. GATTUSO, ID., *Unione civile e convivenza*, cit., 308 s.

<sup>15</sup> Art. 5 del d.d.l. 2081 adottato dal Senato, volto a modificare l'art. 44, comma 1, lett. b) della legge n. 184 del 1983, prevedendo che, al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 57 della medesima legge, ciascuna parte dell'unione civile avrebbe potuto adottare il figlio (anche adottivo) dell'altra.

<sup>16</sup> Per una ricostruzione critica del compromesso raggiunto, cfr. M. GATTUSO, *Cosa c'è nella legge sulle unioni civili: una prima guida*, in *Articolo29*, 26.2.2016.

concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero), il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore»<sup>17</sup>.

Nonostante non sia entrata nel merito delle censure<sup>18</sup>, la decisione ha avuto il merito di fare chiarezza sull'applicazione della normativa del riconoscimento di adozioni estere<sup>19</sup>. La Corte Costituzionale non si è tuttavia espressa circa la compatibilità della *stepchild adoption* nell'ambito di coppie omosessuali con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano<sup>20</sup> cosicché il parlamento non ha potuto ricavare alcuna indicazione che potesse contribuire al dibattito, dirimendo i dissidi intorno all'estensione dell'istituto agli uniti civilmente, che – come ricordato – è stata infine stralciata<sup>21</sup>.

Tali occasioni mancate hanno determinato una situazione poco definita, in cui le possibilità di accesso all'adozione per i genitori omosessuali risultano limitate alle ipotesi di adozione particolare non riservate ai coniugi, a nulla rilevando a tal fine il legame giuridico instaurato dall'unione civile<sup>22</sup>. Il che rappresenta la differenza più sostanziale tra unione civile e matrimonio: l'istituto che offre formalizzazione e tutela alle unioni omosessuali non comporta alcuna conseguenza sul

<sup>17</sup> Così il *petitum* formulato dal giudice *a quo* (Tribunale per i minorenni di Bologna, ordinanza 10 novembre 2014). Per una ricostruzione della vicenda *a quo* e qualche valutazione sui prevedibili profili di inammissibilità, cfr. M. GATTUSO, *Adozione negli U.S.A. da parte della co-madre: il tribunale minori di Bologna invia gli atti alla Corte costituzionale*, in *Articolo29.it*, 12.11.2014; C. GIUNTA, *Riconoscimento dell'adozione estera del coniuge omosessuale*, in *La Rivista NelDiritto*, n. 1/2015, 192 ss.

<sup>18</sup> Corte cost., sent. n. 76 del 2016, sulla quale cfr.: L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il primo intervento della Consulta sul riconoscimento di provvedimenti stranieri in tema di adozione coparentale per coppie dello stesso sesso*, in *Articolo29.it*, 16.5.2016 e A. SCHILLACI, *Un'inammissibilità che "dice" molto: la Corte costituzionale e la trascrizione dei provvedimenti stranieri di adozione coparentale in coppia omosessuale*, in *Giur. cost.*, n. 2 del 2016, 700 ss.

<sup>19</sup> L'inammissibilità origina dalla erronea individuazione della normativa applicabile al caso oggetto del giudizio *a quo*: il giudice rimettente aveva ritenuto di dover applicare la disciplina in tema di riconoscimento delle sentenze di adozione internazionale di minori mentre – chiarisce la Corte – avrebbe dovuto applicare la disciplina relativa al riconoscimento di una sentenza straniera, pronunciata tra stranieri (dal momento che la ricorrente, al momento dell'adozione aveva solo la cittadinanza statunitense, avendo acquisito successivamente anche quella italiana).

<sup>20</sup> L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il primo intervento della Consulta sul riconoscimento di provvedimenti stranieri in tema di adozione coparentale per coppie dello stesso sesso*, cit.

<sup>21</sup> Al netto della discrezionalità del legislatore, peraltro rispettata dalla Corte costituzionale, una presa di posizione nel merito avrebbe senz'altro avuto un importante riverbero sul dibattito politico. Si noti la successione temporale tra il comunicato stampa che anticipava la pronuncia della Corte (24 febbraio 2016) e l'approvazione al Senato del d.d.l. Cirinnà, con lo stralcio della norma che estendeva l'adozione coparentale alle unioni civili (25 febbraio del 2016).

<sup>22</sup> Le ipotesi di adozione in casi particolari diverse dalla *stepchild adoption* propriamente detta sono quelle parimenti contemplate dall'art. 44, c. 1, e consentono l'adozione di minori: «a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre; (...) c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo».

riconoscimento esplicito della “dimensione verticale”<sup>23</sup> della “famiglia” omosessuale, dei legami, cioè, tra gli uniti civilmente e i figli (già nati o soltanto desiderati)<sup>24</sup>.

Nonostante ciò, la giurisprudenza – proseguendo un percorso intrapreso già prima dell’approvazione della legge Cirinnà – ha continuato a far ricorso ad alcune soluzioni che consentono di dare una qualche risposta alla richiesta di riconoscimento (se non della genitorialità nell’ambito di coppie omosessuali, perlomeno) dei diritti dei minori *di fatto* inseriti nel contesto di una famiglia omogenitoriale.

Fra i pochi elementi normativi rinvenibili sui quali si fondano le soluzioni pretorie vi è adesso peraltro, paradossalmente, anche una “clausola” contenuta nella legge n. 76 del 2016: il menzionato art. 1, c. 20, infatti, benché escluda l’applicabilità della legge n. 183 del 1983, precisa che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti», facendo dunque salve tutte le soluzioni già ricavate (e ricavabili) dal quadro normativo. La legge sulle unioni civili, in altre parole, non vieta l’applicazione alle unioni civili della legge sulle adozioni (salvo le disposizioni espressamente riservate ai coniugi) bensì, disinteressandosi del tema, lascia spazio alle emergenti (ed emerse) soluzioni pretorie<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Sull’autonomia concettuale – e costituzionale – della cd. “dimensione verticale” della famiglia, quella cioè che nasce dalla filiazione, si vedano: E. LAMARQUE, *Gli articoli costituzionali sulla famiglia: travolti da un insolito (e inesorabile) destino*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, Torino, 2010, 191 ss., partic. 193; F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2/2013, 11; C. GIUNTA, *Il “genere” della famiglia in Italia: diritti delle coppie omosessuali e Costituzione*, cit., partic. 200 s.

<sup>24</sup> Con riferimento, secondo la distinzione già richiamata, tanto alla famiglia propriamente omogenitoriale (non viene riconosciuto l’accesso all’adozione piena), quanto alla famiglia “ricomposta” (non viene estesa la possibilità di adozione del figlio del coniuge).

<sup>25</sup> Tra i primi commentatori che hanno segnalato l’importanza della menzionata clausola cfr. A. SCHILLACI, *Un buco nel cuore. L’adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in *Articolo29*, 26.2.2016; D. FERRANTI, *Le prospettive di riforma in tema di filiazione*, in C. M. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze...*, cit., 293; G. BUFFONE, M. GATTUSO, M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, cit., 238 ss. Rileva l’ambiguità della formulazione dell’art. 1, c. 20 l. n. 76 del 2016 in relazione all’adozione A. RUGGERI, *Unioni civili e convivenze di fatto: “famiglie” mascherate?*, cit., 259, il quale sottolinea come la dichiarazione per cui «resta fermo quanto previsto e consentito dalle norme vigenti» sembrerebbe sconfessare almeno in parte la precedente esclusione della legge sulle adozioni dal rinvio generalizzato. Che il lemma “quanto consentito” sia da riferirsi alle soluzioni pretorie emerse e, dunque, anche alla estensione alle coppie omosessuali delle ipotesi di adozione in casi particolari ex art. 44, c. 1, lett. d) è ribadito anche dalla giurisprudenza successiva all’entrata in vigore della legge sulle unioni civili: cfr. Corte Appello Milano, sent. 9 febbraio 2017; Trib. Min. Bologna, sent. 3 luglio 2020, n. 70.

Da segnalare che, in virtù del combinato disposto tra tale clausola, l’art. 1, c. 36, della stessa legge n. 76 del 2016 e gli artt. 8 e 9, l. n. 40 del 2004 (legge non contemplata tra quelle escluse dal rinvio generalizzato alle norme riferite al matrimonio o comunque ai coniugi), è stata sostenuta la possibilità di riconoscere lo *status* di figlio del bambino nato da coppie di donne tramite PMA in violazione della disciplina italiana. In questo senso, M. GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme*, in *Questione giustizia*, 2018.



Tra queste ultime va anzitutto menzionata l'apertura fondata su un'altra ipotesi di adozione in casi particolari, espressamente consentita «oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato»: l'adozione di un minore «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo» (art. 44, c. 1, lett. *d*), l. n. 184 del 1983).

L'impossibilità in parola veniva rilevata, tradizionalmente, quando il (pur tentato) affidamento preadottivo di un minore adottabile risultasse *di fatto* impossibile (a causa, ad esempio, delle sue condizioni fisiche o psichiche). Ebbene, una impostazione diversa è stata proposta dalla giurisprudenza già prima della legge sulle unioni civili, per perseguire il «preminente interesse del minore»<sup>26</sup> e «tutelare l'interesse di minori (anche non in stato di abbandono) al riconoscimento giuridico di rapporti di genitorialità più compiuti e completi». È stato cioè ritenuto che, accanto ai casi in cui vi sia una impossibilità *di fatto* di affidamento preadottivo, la norma *de qua* sia applicabile anche ai casi di impossibilità *di diritto*, dovuta all'assenza dello stato di abbandono (il minore è stabilmente inserito nel nucleo familiare di un genitore biologico e del suo *partner*), presupposto necessario per considerare adottabile un minore<sup>27</sup>.

### **2.1. Il confine sempre più sfumato tra adozione piena e adozione in casi particolari**

Nel silenzio del legislatore, dunque, la giurisprudenza continua ad “adattare” la scarna trama normativa alla multiforme realtà. L'ormai pacifico accesso delle coppie unite civilmente all'adozione in casi particolari – *ex art. 44, c. 1 l. d*) l. adozioni – ha, infatti aperto la via (giurisprudenziale) all'estensione degli effetti che ne discendono e ad una sostanziale equiparazione all'adozione piena<sup>28</sup>, nonostante tale istituto sia, come chiarito, precluso agli uniti civilmente.

Alla luce del quadro normativo complessivo ed in particolare della riforma della filiazione<sup>29</sup>, infatti, la giurisprudenza – dando seguito a conclusioni proposte dalla dottrina<sup>30</sup> – ha recentemente,

<sup>26</sup> Il preminente interesse del minore deve orientare anche i procedimenti adottivi speciali, ai sensi dell'art. 57, l. n. 184 del 1983.

<sup>27</sup> Trib. min. Roma, sent. 30 luglio 2014, n. 299; orientamento confermato da Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962; *contra* Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, n. 261.

<sup>28</sup> Dunque, in particolare, recisione dei legami con i genitori biologici ed estensione all'adottato dei legami di parentela dell'adottante.

<sup>29</sup> Legge delega n. 219 del 2012 («Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali») e successivo d. lgs. attuativo n. 154 del 2013 («Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della

in prima battuta, autonomamente ritenuto non più giustificabili le differenze tra gli effetti discendenti dalla adozione piena e quelli derivanti dalla adozione *semiplena*<sup>31</sup>.

Il ragionamento avanzato muoveva dal vigente combinato disposto tra art. 315 c.c., che riconosce l'unicità dello *status* di figlio («tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico») e art. 74 c.c., il quale precisa che la parentela (già precedentemente definita «il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite») è tale «sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, *sia nel caso in cui il figlio è adottivo*»<sup>32</sup> ed esclude che sorga un vincolo di parentela soltanto nel caso di adozione di persona maggiore di età.

A fronte delle norme richiamate, l'estensione degli effetti dell'adozione *ex art. 44, l. n. 183 del 1984* è però ostacolata dalla legge sulle adozioni, che prevede per tutte le ipotesi di adozione in casi particolari l'applicazione di alcune norme poste dal codice civile in materia di adozione di maggiore di età<sup>33</sup>, tra cui l'art. 300, c. 2, in base al quale «(l)'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato, né tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge».

Per superare tale incongruenza, il Tribunale per i Minorenni di Bologna ha avanzato l'ipotesi che la l. n. 219 del 2012 abbia operato una abrogazione tacita dell'art. 55, l. n. 184 del 1983, nella parte in cui richiama l'art. 300, c. 2, ultimo periodo c.c., giacché la salvaguardia della famiglia di origine e dei rapporti tra questa e l'adottato, che giustificava la limitazione degli effetti delle adozioni in casi particolari, non sembra più applicabile in situazioni in cui una famiglia d'origine

---

legge 10 dicembre 2012, n. 219»), che hanno completato il processo intrapreso con la riforma del diritto di famiglia del 1975, unificando la condizione giuridica dei figli, a prescindere dal legame tra i genitori. Per un commento sistematico alla riforma cfr., per tutti C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione. Uguaglianza dei figli -Riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio - Nuova disciplina delle azioni di stato - Responsabilità genitoriale*, Padova, 2015.

<sup>30</sup> Cfr., P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir.*, n.8-9/2013, 838 ss., secondo cui la riforma della filiazione avrebbe introdotto «un unico *status* di figlio-parente comprensivo di tutte le filiazioni biologiche e di tutte le filiazioni adottive, incluse quelle in casi particolari, escludendo invece le adozioni dei maggiorenni», con il risultato che ora «il vincolo di parentela caratterizza ogni tipo di filiazione, con la sola eccezione della filiazione adottiva del maggiorenne». In senso contrario, cfr., M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, nella stessa rivista, n.3/2013, 235 s.

<sup>31</sup> Trib. Min. Bologna, sent. 3 luglio 2020, n. 70, cit., a commento della quale, cfr. A. SCHILLACI, *Da Bologna una svolta storica verso gli effetti pieni dell'adozione in casi particolari*, in *Articolo29*, 10 luglio 2020. Nello stesso senso anche Trib. Min. Sassari, sent. 20 gennaio 2022, n. 1.

<sup>32</sup> Corsivo non testuale.

<sup>33</sup> Art. 55 della l. n. 184 del 1983.

non c'è o, comunque, il perseguimento del *best child interest* impone di riconoscere l'ampiezza del legame di fatto esistente con la famiglia adottante.

Ciò sarebbe determinato da motivi di «ordine sistematico e di armonia formale», in quanto si negherebbe altrimenti sul piano giuridico «ciò che avviene con pienezza sul piano delle relazioni esistenziali, pregiudicando le relazioni del minore con la propria cerchia parentale per il solo fatto di aver fatto ricorso ad un'adozione in casi particolari, che in molti casi ha tutti i crismi di un'adozione legittimante»<sup>34</sup>.

In questa prospettiva, il minore già stabilmente inserito in un contesto familiare ha diritto a che il suo rapporto con la famiglia adottante – formalizzato tramite adozione in casi particolari – non sia peggiore rispetto a quello discendente dall'adozione piena<sup>35</sup>.

La motivazione adottata dal giudice, imperniata sul trattamento peggiore (sottinteso: e dunque illegittimo) riservato al minore adottato *ex art. 44 l. adozioni*, lascia trasparire argomenti a favore di una incostituzionalità sopravvenuta per violazione del principio di uguaglianza più che di un'abrogazione. La non condivisibilità della decisione deriva altresì dalla omessa considerazione dall'art. 1, c. 20 della legge Cirinnà il quale, come rilevato, a quattro anni dalla riforma del 2012, nega in maniera chiara agli uniti civilmente l'accesso all'adozione piena, con ciò privando di fondamento la tesi dell'abrogazione tacita<sup>36</sup>.

Su questa base, il Tribunale dei minorenni dell'Emilia-Romagna ha più coerentemente rimesso alla Corte la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto tra art. 55 l. n. 184 del

---

<sup>34</sup> Trib. Min. Bologna, sent. 3 luglio 2020, n. 70, cit.

<sup>35</sup> Tale sostanziale equiparazione all'adozione piena dello *status* del figlio stabilmente inserito in un contesto di unione civile si avverte, peraltro, anche nella giurisprudenza relativa al riconoscimento dei provvedimenti esteri, che sul solco dell'evoluzione interpretativa della nozione di ordine pubblico come limite al riconoscimento degli atti esteri ha riconosciuto quelli che dispongono l'adozione (piena) da parte di genitori omosessuali anticipando, di fatto, ancora una volta, le soluzioni normative ora suggerite anche dalla Corte costituzionale (cfr. Corte d'Appello di Milano, sent. 16 ottobre 2015; Cass. civ., sez. I, ord. 31 maggio 2018, n. 14007 nonché Cass. civ., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, a commento della quale cfr. S. STEFANELLI, *L'Italia riconosce l'adozione straniera di minori da parte di una coppia maschile, ma solo in assenza di surrogacy* (Nota a Cass., S.U., 31 marzo 2021, n. 9006), in *Giustizia insieme*, 29.6.2021). Su tale aspetto ci si soffermerà più avanti, nel § 4.

<sup>36</sup> La tesi era già stata respinta da una parte della dottrina civilistica. Cfr., ad esempio, SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, cit., 236. Secondo l'A. l'ipotizzata abrogazione tacita dell'art. 55 l. n. 184 del 1983 e delle norme del c.c. ivi richiamate «finirebbe per stravolgere gli effetti dell'adozione in casi particolari, sostanzialmente equiparandola a quella ordinaria» e, per di più, come sostenuto di recente, creerebbe «in capo al minore una doppia rete di parentela, quella dei genitori biologici e quella degli adottivi» (ID., *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 454).

1983 e art. 300 cc., nella parte in cui consente una ingiustificata disparità di trattamento tra figli adottivi di genitori uniti in matrimonio e figli di genitori uniti civilmente<sup>37</sup>.

La Corte costituzionale ha deciso la questione con una sentenza di accoglimento parziale<sup>38</sup>. Preso atto dell'evoluzione del diritto vivente (che ha ampliato il raggio d'azione delle adozioni in casi particolari fino a ricomprendervi situazioni in cui non vi è una famiglia d'origine i cui diritti siano da salvaguardare), il giudice delle leggi conferma la prospettiva pedocentrica già vista nelle sentenze nn. 32 e 33 del 2021, che pure, come si dirà, avevano avuto un esito diverso<sup>39</sup>.

Pur senza riconoscere un diritto incondizionato alla genitorialità, si ritiene che vada assicurata la massima tutela al minore già inserito in un contesto familiare e che tale tutela non possa essere garantita dall'adozione "in casi particolari", la quale non consente un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante; rapporto «che la Repubblica è chiamata a favorire al fine di proteggere, con una proiezione orizzontale dell'obiettivo costituzionale, l'interesse del minore»<sup>40</sup>.

Alla luce della riforma della filiazione, la Corte ritiene irragionevole che «a dispetto della unificazione dello *status* di figlio, al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo».<sup>41</sup>

Né, agli occhi della Corte, vale ad escludere il vizio della norma oggetto di giudizio la circostanza che l'adozione in casi particolari non recide i legami con la famiglia d'origine, con il conseguente riconoscimento di due famiglie, giacché «l'idea per cui si possa avere una sola famiglia appare smentita proprio dalla riforma della filiazione e da come il principio di eguaglianza si è riverberato sullo *status filiationis*. Il figlio nato fuori dal matrimonio ha, infatti, a ben vedere, due distinte famiglie giuridicamente tra di loro non comunicanti», eppure parimenti essenziali all'identità del minore<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Tribunale dei Minorenni Emilia-Romagna, ord. del 26 luglio 2021.

<sup>38</sup> Corte cost., sent. n. 79 del 2022, che, come si legge nel dispositivo, «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante». A commento della decisione, si veda M. C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2022.

<sup>39</sup> V. *infra*, nel corso dei §§ 3 e 4.1.

<sup>40</sup> Corte cost., sent. n. 79 del 2022, p. 7 *Considerato in diritto*.

<sup>41</sup> Corte cost., sent. n. 79 del 2022, p. 8.2 *Considerato in diritto*.

<sup>42</sup> Corte cost., sent. n. 79 del 2022, p. 8.3 *Considerato in diritto*.

### **3. La procreazione medicalmente assistita nella giurisprudenza della Corte costituzionale**

La procreazione medicalmente assistita (PMA) – necessariamente eterologa – rappresenta l'unica via percorribile per realizzare (in maniera diversa dall'adozione) l'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili.

La legge n. 40 del 2004, che in Italia disciplina la materia, consente, a seguito di un intervento additivo del giudice costituzionale<sup>43</sup>, la tecnica eterologa (inizialmente vietata), riservandola però alle «coppie di maggiorenni di sesso diverso» (art. 5) e prevede sanzioni amministrative a chiunque la applichi a coppie «composte da soggetti dello stesso sesso» (art. 12, c. 2).

Tale quadro regolatorio è stato oggetto di due importanti pronunce della Corte costituzionale. In una prima occasione, i giudici rimettenti miravano sostanzialmente ad ottenere l'estensione della possibilità di ricorrere alla fecondazione eterologa – ad oggi riconosciuta solo alle coppie eterosessuali assolutamente ed irreversibilmente infertili – alle ipotesi di «“infertilità sociale”, o “relazionale”, fisiologicamente propria della coppia omosessuale femminile, conseguente alla non complementarità biologica delle loro componenti» dal momento che il mancato riconoscimento dell'accesso alla PMA alle coppie omosessuali era ritenuto in contrasto con numerose norme costituzionali<sup>44</sup>.

La Corte costituzionale ha rigettato tale questione, ritenendo che una decisione di accoglimento avrebbe sconfessato entrambe le (non illegittime) linee di fondo della l. n. 40 del 2004: lo scopo

---

<sup>43</sup> Corte cost., sent. n. 162 del 2014, oggetto di numerosissimi commenti, tra i quali si segnalano: V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2014; G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione “eterologa”: il peccato di Ulisse*, in *Quad. cost.*, n.3/2014, 663 ss.; G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Corr. Giur.*, n. 8-9/2014, 1068 ss.; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1.6.2014; R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 162/2014*, in *Foro it.*, 2014, parte I, 2324; A. RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione “eterologa”: la Consulta chiude al “dialogo” con la Corte EDU*, in *Quad. cost.*, n. 3/2014, 659 ss.; C. TRIPODINA, *Il ‘diritto al figlio’ tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. Cost.*, n. 3/2014, 2593 ss.; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, luglio 2014.

<sup>44</sup> Artt. 2, 3, 31 secondo comma, 32, 11 e 117, c. 1 Cost.

terapeutico della procreazione medicalmente assistita e la riproduzione di un «modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una figura materna e di una figura paterna»<sup>45</sup>.

Finalità precipua della legge sarebbe, infatti, quella di superare le cause *patologiche* di infertilità: la causa impeditiva *fisiologica* dovuta alla omosessualità delle componenti della coppia è stata ritenuta estranea al perimetro tracciato dal legislatore del 2004.

Né ciò può dirsi, agli occhi della Corte, in violazione del principio di eguaglianza – nella specie di una discriminazione basata sull’orientamento sessuale – poiché incomparabili sono le situazioni considerate: «l’infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all’infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l’infertilità “fisiologica” della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti»<sup>46</sup>.

Dall’insieme delle argomentazioni utilizzate, sembra che la Corte abbia ricavato la “non omologabilità” dalla inidoneità strutturale e non accidentale delle coppie omosessuali – a differenza delle coppie eterosessuali sterili – alla riproduzione<sup>47</sup>.

La oggettiva disomogeneità tra la “ontologica” sterilità della coppia omosessuale e la “eccezionale” infertilità della coppia eterosessuale giustifica la mancata assimilazione nell’accesso al trattamento “terapeutico”. Il superamento di una causa *patologica* di infertilità attrae la fattispecie nell’orbita della tutela della salute *ex art. 32 Cost.*, il cui raggio d’azione però non può essere esteso al punto da soddisfare «qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale»<sup>48</sup>.

Obiettivi della legge sarebbero dunque funzione terapeutica della PMA ed emulazione di una famiglia fondata sulla riproduzione naturale – e non la garanzia di un diritto assoluto alla genitorialità, il quale di per sé potrebbe collidere con l’interesse del nascituro ad una famiglia che

---

<sup>45</sup> Corte cost., sent. n. 221 del 2019, p. 10 *Considerato in diritto*. A commento della decisione, cfr.: L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2020, 7 aprile 2020; 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*, n. 2/2010, 16 aprile 2020.

<sup>46</sup> Corte cost., sent. n. 221 del 2019, p. 12 *Considerato in diritto*.

<sup>47</sup> In senso diverso è stato sostenuto che «(a)nche la coppia di donne (...) rientra da un punto di vista tecnico in una “condizione di infertilità e sterilità” che dovrebbe legittimare (...) l’accesso alla Pma, sicché è in dubbio il fondamento giuridico dell’attuale divieto»: così M. GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme*, cit., nt. 8.

<sup>48</sup> Corte cost., sent. n. 221 del 2019, p. 16 *Considerato in diritto*.

assicuri le condizioni «ritenute migliori per lo sviluppo della [sua] personalità» e spetta solo al legislatore bilanciare – ragionevolmente – gli interessi in gioco.

Il bilanciamento operato dalla legge esclude le coppie *same-sex* dalla procreazione medicalmente assistita, in altre parole, poiché non essendo rinvenibile un diritto costituzionale alla genitorialità, il legislatore è libero di limitare l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita a tutela dell'interesse del nascituro, che – secondo una valutazione non ritenuta irragionevole – è soddisfatto da una «famiglia *ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile»<sup>49</sup>.

La Corte, in questa occasione, pur ritenendo che «la scelta espressa dalle disposizioni censurate» si riveli «non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce in subiecta materia» ed escludendo dunque profili di incostituzionalità, non ha però ritenuto tale modello familiare e la conseguente scelta normativa imposti dalla Costituzione (benché la diversità di sesso dei componenti della coppia venga incidentalmente indicata come «chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia»), così non precludendo una futura diversa determinazione parlamentare «in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»<sup>50</sup>.

La timida apertura del 2019 è stata confermata in una successiva pronuncia avente ad oggetto l'impossibilità di iscrivere come figlio di due madri un bambino concepito all'estero tramite PMA ma nato in Italia<sup>51</sup>.

Benché la questione sia stata dichiarata inammissibile – perché compito del legislatore intervenite in assenza di opzioni costituzionalmente imposte («l'aspirazione della madre intenzionale ad essere genitore non assurde a livello di diritto fondamentale della persona nei sensi di cui al citato art. 2 Cost.») – viene confermata l'apertura «a soluzioni di segno diverso rispetto a quelle ricavabili dalla legislazione vigente, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata»<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> P. 13.1 *Considerato in diritto*.

<sup>50</sup> Corte cost., sent. n. 221 del 2019, p. 13.1 *Considerato in diritto*.

<sup>51</sup> Sul diverso caso di figlio concepito tramite PMA, nato e iscritto all'estero come figlio di due madri, cfr. *infra*, § 4.

<sup>52</sup> Corte cost., sent. n. 230 del 2020. A commento della decisione cfr.: A. GIUBILEI, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili*, in *Nomos*, n. 3/2020; S. SPATOLA, *Il giudice delle leggi dice "no" al riconoscimento dell'omogenitorialità per via estensiva: non è la Corte costituzionale il luogo ma il Parlamento. A margine della sentenza n. 230 del 2020 della Consulta*, in *Federalismi.it*, n. 35/2020, 105 ss.; M. PICCHI, *"Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n.*

Una ulteriore evoluzione è rinvenibile nella successiva sent. n. 32 del 2021, che contiene un perentorio monito al legislatore: la Corte ritiene costituzionalmente necessario un intervento normativo che disciplini in materia organica la condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso e sottolinea in maniera decisa l'urgenza di tale intervento, tanto da "avvertire" il Parlamento che, data la gravità del riscontrato vuoto di tutela del preminente interesse del minore, una ulteriore inerzia sarebbe da considerare non più tollerabile<sup>53</sup>.

Oggetto del giudizio erano artt. 8 e 9 l. n. 40 del 2004 e 250 del c.c., che in quanto, sistematicamente interpretati, non consentirebbero al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore<sup>54</sup>.

La Corte riscontra in fattispecie simili un evidente vuoto di tutela dell'interesse del minore che spetta al legislatore colmare mediante un intervento normativo, le cui possibili traiettorie sono tuttavia suggerite nella sentenza: una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento oppure l'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la *pienezza* dei diritti connessi alla filiazione.

La posizione da ultimo espressa dalla Corte costituzionale è legata dunque non ad un mutamento di opinione rispetto all'accesso alla PMA ma al differente interesse al centro del ragionamento: non quello (astrattamente valutato) degli adulti alla genitorialità ma quello dei minori, comunque già nati da un progetto genitoriale condiviso, al riconoscimento dei diritti connessi allo *status* di figlio. Mentre, cioè, nel 2019 si chiedeva l'accesso alla PMA da parte di coppie omosessuali e dunque il

---

230/2020 della Corte costituzionale), in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 gennaio 2021; 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.

<sup>53</sup> Sulla sent. della Corte cost. n. 32 del 2021 cfr. A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta online*, fasc. I/2021; F. MANNELLA, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili"*, in *Nomos*, n. 1/2021; A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Consulta online*, fasc. II/2021; C. MASCIOTTA, *La vexata quaestio della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 22/2021, 170 ss.

<sup>54</sup> Il giudizio *a quo* riguardava lo *status* di un figlio nato con PMA per la quale due donne conviventi avevano prestato il consenso, una come madre biologica, l'altra come madre intenzionale. In seguito alla rottura della relazione tra le donne, non sussistevano le condizioni per procedere all'adozione in casi particolari, per in mancato consenso del genitore riconosciuto.



riconoscimento del “diritto alla genitorialità” della madre intenzionale, nella decisione da ultimo richiamata in gioco era la tutela del minore già nato, i cui diritti vanno riconosciuti anche – e soprattutto – nei confronti dei genitori<sup>55</sup>.

#### **4. Le aperture verso il riconoscimento dei rapporti di filiazione costituitisi all'estero**

Sul fronte della genitorialità omoaffettiva, ancora insoluto rimane anche il problema del riconoscimento dei rapporti di filiazione (biologica, genetica o legale) costituitisi all'estero<sup>56</sup>.

Come accennato, la l. n. 40 del 2004 riserva alle sole coppie eterosessuali l'accesso alla PMA, vietandone l'applicazione a coppie composte da soggetti dello stesso sesso e vieta, inoltre, senza eccezioni, la cd. maternità surrogata (art. 12, c 6). A fronte di tali divieti, non è inusuale che coppie di donne si rechino all'estero per accedere a tecniche di procreazione medicalmente assistita né che coppie di uomini realizzino le loro aspirazioni genitoriali mediante la cd. maternità surrogata, ammessa in diversi Stati<sup>57</sup>.

Le famiglie così costituite chiedono poi di essere riconosciute una volta rientrate in Italia, cosicché i giudici si trovano a dover trarre dal sistema norme che rispondano a tali pretese, con l'inevitabile tasso di soggettività che connota simili operazioni ermeneutiche.

L'ampio margine di “discrezionalità interpretativa”, suscettibile di dar luogo ad esiti divergenti, non riguarda l'ammissibilità della costituzione dei rapporti genitoriali citati (tramite PMA o gestazione per altri) ché, sul punto, la disciplina – come già rilevato – è chiara nel senso

---

<sup>55</sup> D'altra parte, come rilevato in dottrina, la nascita segna uno spartiacque tra un prima – in cui l'interesse alla genitorialità non è necessariamente considerato come un diritto – e un dopo, nel quale «la genitorialità diviene elemento per valutare l'adeguatezza della coppia, fissandosi sul presupposto che l'omosessualità dei/delle componenti non rileva» (così A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, cit. 31, riprendendo le considerazioni svolte da S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in ID., E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., 221 s.)

<sup>56</sup> La legge sulle unioni civili ha risolto invece l'analoga questione, più volte affrontata dalla giurisprudenza, della trascrivibilità del matrimonio omosessuale contratto all'estero (cfr., ad es., Cass. civ., sez. I, sent. 15 marzo 2012, n. 4184; Consiglio di Stato, sez. III, sent. 26 ottobre 2015, n. 4897), prevedendo che ad esso si applichi la disciplina delle unioni civili (art. 1, c. 28, lett. b), l. n. 76 del 2016 e d.lgs. n. 7 del 2017, che ha disposto la pertinente modifica della l. n. 218 del 1995).

<sup>57</sup> Solo per fare qualche esempio, è consentito l'accesso alla PMA a donne omosessuali, singole o in coppia, in: Belgio, Danimarca, Finlandia, Regno Unito, Grecia, Paesi Bassi, Spagna e Svezia. Tra i paesi che ammettono la gestazione per altri, si ricordano, a titolo meramente esemplificativo, quelli che costituiscono attualmente le principali mete per le coppie di uomini che intendono ricorrere a tale tecnica riproduttiva: California e Canada.

dell'esclusione, bensì la possibilità di trascrivere i rapporti costituitisi all'estero mediante tecniche qui vietate.

Particolarmente significativa nel determinare l'evoluzione giurisprudenziale sul tema si è mostrata la duttilità del concetto di "ordine pubblico", il quale costituisce nella nostra legislazione limite al riconoscimento di atti esteri<sup>58</sup>, prestandosi a soluzioni anche opposte tra di loro<sup>59</sup>.

Tradizionalmente, infatti, l'ordine pubblico veniva interpretato, a garanzia della coerenza interna dell'ordinamento, come non contrarietà a norme imperative, con la conseguenza che il riconoscimento di rapporti costituitesi all'estero in maniera vietata in Italia sarebbe stato da ritenersi in ogni caso precluso.

Con riguardo al riconoscimento della filiazione realizzatasi all'estero tramite PMA, si è invece affermato un orientamento favorevole sulla scorta di una diversa accezione di ordine pubblico, più orientata alla salvaguardia dei (soli) principi fondamentali dell'ordinamento, la cui tutela sia rinvenibile anche a livello internazionale e sovranazionale, categoria indeterminata che lascia ancor più spazio all'apprezzamento dell'interprete.

È stato ad esempio riconosciuto lo *status* di una bambina nata in Spagna con cd. «*Reception of Oocytes from Partner*»<sup>60</sup> e lì registrata come "figlia matrimoniale" di una coppia di donne che nel medesimo Paese avevano contratto matrimonio. La contrarietà all'ordine pubblico di tale riconoscimento è stata esclusa sul presupposto che il limite in questione sia da intendersi come «complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati su esigenze di garanzia comuni ai diversi ordinamenti» e che vada «declinato con riferimento all'interesse del minore»<sup>61</sup>.

La contrarietà all'ordine pubblico, aggiunge la Corte di Cassazione confermando le conclusioni già raggiunte in sede di appello, andrebbe rilevata non in tutte le ipotesi di contrasto con norme interne (seppure imperative o inderogabili) ma solo in caso di contrasto con valori fondanti

---

<sup>58</sup> Cfr. artt. 64 e 65, l. 218 del 1995 e art. 18 d.P.R. n. 396 del 2000.

<sup>59</sup> Sull'evoluzione della nozione di ordine pubblico: C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 481 ss. Sul ruolo dell'ordine pubblico nel riconoscimento dello *status filiationis* costituitosi all'estero: G. FERRANDO, *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2017, 946 ss; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e telescopi)*, cit.

<sup>60</sup> Donazione dell'ovocita da parte di una donna e conduzione della gravidanza da parte dell'altra, con gamete esterno donato da un terzo anonimo, tecnica assimilata alla PMA di tipo eterologo.

<sup>61</sup> Corte di Appello di Torino, sez. fam., decr. 29 ottobre 2014.

dell'ordinamento. L'ordine pubblico sbarrerebbe la strada cioè solo alle scelte che neppure il legislatore avrebbe potuto compiere.

Partendo da questo assunto, si afferma che nella Costituzione non è rilevabile un divieto costituzionale per le coppie omosessuali di accogliere o generare figli e che bisogna invece aver riguardo «al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero»<sup>62</sup>.

Il superiore interesse del minore, riconosciuto peraltro in numerose fonti di diritto internazionale ratificate dall'Italia<sup>63</sup>, lungi dal poter essere compresso in nome dell'ordine pubblico, sembra piuttosto integrarne la nozione, ponendosi come elemento di valutazione preminente nella trascrizione di atti finalizzata alla conservazione di legami familiari validamente costituitisi (all'estero).

A conferma del *favor* verso il riconoscimento di *status*, sembra essersi affermato un orientamento favorevole alla trascrizione delle adozioni (anche di tipo legittimante) avvenute all'estero da parte di adottanti omosessuali.

Dunque, oltre all'adozione in casi particolari *ex art. 44, lett. d) l. n. 184 del 1983* ed alla progressiva estensione dei suoi effetti, vengono già riconosciuti, grazie alla circolazione degli istituti consentita dal diritto internazionale privato, anche rapporti (anche formalmente) di adozione piena.

La stessa Corte di Cassazione, confermando un filone giurisprudenziale diffusosi negli ultimi anni, si è pronunciata a favore della richiesta di riconoscimento di una sentenza francese che aveva disposto, nei confronti di due donne coniugate all'estero, l'adozione (piena) da parte di ciascuna del figlio biologico dell'altra, affermando che «le sentenze di adozione del giudice francese di cui si chiede il riconoscimento in Italia non risultano contrarie all'ordine pubblico, valutato in relazione al superiore interesse dei minori ed al mantenimento, già vagliato dal giudice straniero, della stabilità della vita familiare venutasi a creare con ambedue le figure genitoriali»<sup>64</sup>.

Le segnalate posizioni estensive della giurisprudenza statale trovano ora, peraltro, un'autorevole sponda nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che ha riconosciuto a un

---

<sup>62</sup> Cass., sez. I civ., sent. 21 giugno 2016, n. 19599.

<sup>63</sup> Quali, ad esempio, la Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata con l. n. 176 del 1991 e la stessa Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

<sup>64</sup> Cass. civ., sez. I, ord. 31 maggio 2018, n. 14007; Cass., Sez. Un., sent. 12 gennaio 2021, n. 9006.

«minore cittadino dell’Unione il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso» il diritto a veder riconosciuto il suo *status* e ad esercitare, con ciascuno dei due genitori, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri<sup>65</sup>.

Anche il Giudice di Lussemburgo ha argomentato la propria decisione circoscrivendo la nozione di “ordine pubblico” – rilevante ai fini di giustificare una deroga a una libertà fondamentale tutelata dal diritto eurounitario –, stabilendo che «la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell’Unione» nell’applicazione del diritto europeo.

Nel caso di specie, l’obbligo per uno Stato membro di riconoscere il rapporto di filiazione costituitosi in un Paese UE tra un minore e due persone omosessuali<sup>66</sup> «non viola l’identità nazionale né minaccia l’ordine pubblico di tale Stato membro» poiché il diritto alla libera circolazione così come riconosciuto «non impone allo Stato membro di cui il minore interessato ha la cittadinanza di prevedere nel suo diritto interno la genitorialità di persone dello stesso sesso o di riconoscere, a fini diversi dall’esercizio dei diritti che a tale minore derivano dal diritto dell’Unione, il rapporto di filiazione tra tale minore e le persone indicate come genitori di quest’ultimo nell’atto di nascita emesso dalle autorità dello Stato membro ospitante»<sup>67</sup>.

#### **4.1. Il (vietato) ricorso alla gestazione per altri: la “colpa” dei padri non può ricadere sui figli**

Il menzionato *favor* verso il riconoscimento degli atti esteri che attribuiscono lo *status* di figli a minori nati tramite PMA o adottati da coppie omosessuali non si riscontra in relazione alla cd. maternità surrogata<sup>68</sup>. Il divieto di ricorrere a tale tecnica, posto dalla l. n. 40 del 2004 e corredato

<sup>65</sup> Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sent. 14 dicembre 2021, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, C-490/20.

<sup>66</sup> Nel limitato «ambito dell’esercizio, da parte del medesimo, dei suoi diritti a titolo dell’articolo 21 TFUE e degli atti di diritto derivato ai medesimi connessi».

<sup>67</sup> Corte di Giustizia UE, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, cit. p. 57.

<sup>68</sup> Sui profili problematici della cd. gestazione per altri, si segnalano, tra i molti: D. GIUNCHEDI, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*, in *Corr. giur.*, 2019, 1212 ss.; A.G. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 757 ss.; M.

da sanzione penale (art. 12, c. 6), è stato in questo caso ritenuto “fondante” e dunque in grado di integrare quell’ordine pubblico ostativo alla trascrizione in Italia di atti esteri.

La Corte di Cassazione ha ritenuto il divieto della surrogazione di maternità – in generale, non solo con riferimento alle coppie omosessuali – qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l’adozione, unico istituto volto a costituire un vincolo di filiazione in assenza di legame biologico<sup>69</sup>.

E la preminenza della tutela di tali valori rispetto all’interesse del minore è stata considerata frutto di un non irragionevole bilanciamento operato dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione. Il rapporto genitoriale istauratosi potrà semmai assumere rilevanza mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici quali l’adozione<sup>70</sup>.

Le recenti conclusioni delle Sezioni unite (che costituiscono diritto vivente) sono state però messe in discussione dallo stesso giudice di legittimità: la Prima sezione civile ha infatti adito la Corte costituzionale, sulla base di un parere della Corte europea dei diritti dell’uomo, che ha ritenuto lesivo dell’art. 8 CEDU («Diritto al rispetto della vita privata e familiare») il mancato riconoscimento – mediante trascrizione dell’atto di nascita che lo attesta o, in via subordinata, tramite adozione piena – del legame di filiazione della “madre intenzionale” di un minore nato all’estero tramite maternità surrogata (nel caso di specie i genitori “intenzionali” erano un uomo e una donna)<sup>71</sup>.

La (legittima) scelta del legislatore francese, di vietare la maternità surrogata e di scoraggiare il recarsi all’estero per aggirare il divieto non può ricadere sul minore che vedrebbe gravemente inciso il suo diritto al rispetto della vita privata e familiare qualora non si desse continuità al suo rapporto

---

CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019.

<sup>69</sup> Cass. civ., sez. un., sent. 8 maggio 2019, n. 12193, che ha negato la riconoscibilità del provvedimento straniero che affermi il rapporto di genitorialità tra un bambino nato a seguito di maternità surrogata e il c.d. genitore d’intenzione, sul presupposto che il divieto di surrogazione di maternità, previsto dall’art. 12, comma sesto, l. n. 40/2004, integra un principio di ordine pubblico. A commento della sentenza si veda, ad es. G. LUCCIOLI, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in GenIUS, n. 1/2020, 152 ss.

<sup>70</sup> Adozione in casi particolari, secondo la citata Cass. civ., sez. un., sent. 8 maggio 2019, n. 12193; adozione piena secondo la recente sentenza n. 33 del 2021 della Corte costituzionale, su cui v. *infra*.

<sup>71</sup> Cass. civ., sez. I, ord. 29 aprile 2020, n. 8325, per un commento alla quale, cfr.: v. F. FERRARI, *La legge “presa sul serio”. Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020. Il parere della Corte europea dei diritti dell’uomo è stato reso in esito al primo rinvio operato dalla Cassazione francese ai sensi del protocollo n. 16 CEDU, ad oggi non ratificato dall’Italia.

con entrambi i genitori (intenzionali, seppur non entrambi biologici). Il mancato riconoscimento dello *status filiationis* è ammissibile soltanto qualora sia valutato, nel caso concreto, che ciò corrisponda al preminente interesse del minore.

La posizione della Corte di Strasburgo, seppur non direttamente vincolante, non può essere ignorata – argomenta il giudice *a quo* – né può tacersi il contrasto con il “diritto vivente” emerso dalla posizione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, secondo cui il divieto di maternità surrogata è principio di ordine pubblico: da qui la questione di costituzionalità, decisa con la sent. n. 33 del 2021<sup>72</sup>.

La Corte costituzionale, confermando la sua giurisprudenza più recente, ha condiviso il «diritto vivente censurato dal giudice *a quo*» il quale «si impernia sulla qualificazione, operata dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione, del divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità di cui all’art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 come “principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali”, tra cui segnatamente la dignità umana della gestante»<sup>73</sup>.

Muovendo da tale premessa, la Corte ribadisce le non dissimili considerazioni già espresse nella sentenza n. 272 del 2017 in tema di maternità surrogata, precisando che all’elevato grado di disvalore connesso alla minaccia per la dignità della donna va aggiunta anche la considerazione del rischio di «sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate» nel caso di accordi commerciali per la gestazione per altri.

Pur concludendosi con una inammissibilità, la sentenza rappresenta tuttavia un passo avanti verso il riconoscimento dell’interesse alla continuità affettiva dei minori inseriti in un contesto

<sup>72</sup> La Corte costituzionale sottolinea peraltro come il parere, sicuramente non vincolante, specie per gli Stati che come l’Italia non hanno ratificato il Protocollo 16 CEDU sia «confluito in pronunce successive, adottate in sede contenziosa dalla Corte EDU (sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia; decisione 19 novembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia)» e, dunque, costituisca all’interpretazione del parametro convenzionale.

<sup>73</sup> Corte cost., sent. n. 33 del 2021, p. 5.1 *Considerato in diritto*. A commento della decisione, cfr., tra i molti: F. ASTONE, *Procreazione di coppie “same sex” e “status” dei figli: un problema di discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, n. 2/2021, 357 ss.; S. AGOSTA, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, in *Federalismi.it*, n. 17/2021; E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra “letture neutralizzanti” il fenomeno e tutela sovranazionale degli ‘human rights’*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021.

La Corte costituzionale si era già incidentalmente espressa sul “bilanciamento” operato dal legislatore in tema di maternità surrogata, ritenendo che il *best child interest* (alla conservazione del suo *status filiationis*), pur da ritenersi preminente alla luce di numerosi fonti internazionali nonché della Costituzione e della stessa giurisprudenza costituzionale, non possa imporsi senza limiti sugli altri interessi contrapposti quale, nel caso di specie, l’interesse alla verità, avente anche “natura pubblica” perché relativo ad una pratica vietata dalla legge: «la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna», «mina nel profondo le relazioni umane» ed è connotata da un «elevato grado di disvalore» ad essa connesso dal nostro ordinamento (Corte cost., sent. n. 272 del 2017, su cui cfr. G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9.03.2018).

familiare omogenitoriale, dal momento che, richiamando una risalente decisione in tema di “miglior interesse del minore”<sup>74</sup>, sposta l’attenzione dalla (il)legittimità del ricorso alla maternità surrogata alla valutazione “in concreto” della soluzione ottimale per l’interesse del minore.

Senza volere riconoscere un diritto alla genitorialità attraverso pratiche vietate, viene infatti sottolineato, come nella vicinissima e già citata sent. n. 32 del 2021, la necessità di tutelare l’interesse del minore al riconoscimento, anche giuridico, del legame “familiare” con entrambi i soggetti che hanno condiviso il “progetto genitoriale”, anche al fine di scongiurare il rischio che un genitore (seppur non biologico) possa *ad libitum* decidere di sottrarsi ai doveri connessi alla responsabilità genitoriale.

Il compito spetta però, «in prima battuta» al legislatore poiché, come ormai costantemente affermato dalla giurisprudenza costituzionale, neppure l’interesse – pur preminente – del minore al riconoscimento della sua realtà familiare, può divenire tiranno, prevalendo su ogni altro diritto in gioco, né può in assoluto prevalere sulla «legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l’ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale»<sup>75</sup>.

La Corte, dunque, stante «il ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte impicanti interventi su materie di grande complessità sistematica», è costretta a «cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore», al quale spetta 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»<sup>76</sup>.

Il punto di equilibrio è stato tuttavia apertamente suggerito dalla Corte nella sentenza e coincide con quello proposto dalla giurisprudenza della Corte EDU: l’adozione piena.

Non la trascrizione dell’atto di nascita con l’indicazione di entrambi i genitori, perché potrebbe incoraggiare – pur indirettamente – il ricorso a pratiche vietate; non l’adozione in casi particolari, ritenuta insufficiente a garantire la pienezza della tutela<sup>77</sup>.

Il dispositivo è dunque quello della inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore ma la strada percorribile è tracciata in maniera precisa.

---

<sup>74</sup> Nella decisione richiamata si sottolineava la necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata «la 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”» (Corte cost., sent. n. 11 del 1981).

<sup>75</sup> Corte cost., sent. n. 33 del 2021, p. 5.6 *Considerato in diritto*.

<sup>76</sup> P. 5.9 *Considerato in diritto*.

<sup>77</sup> P. 5.8 *Considerato in diritto*.

Non è allora difficile immaginare che, a fronte del prolungarsi del silenzio del Parlamento, nel breve periodo saranno ancora i giudici a tentare di adeguare le proprie decisioni alle indicazioni del giudice delle leggi<sup>78</sup>, le quali sembrano ormai tutte confluire verso il riconoscimento dell'accesso all'adozione piena per le coppie omosessuali: l'intervento legislativo, pur ripetutamente richiesto, sembra sempre meno necessario.

E tuttavia, una soluzione apparentemente così semplice, non è in grado di soddisfare tutti gli interessi coinvolti in rapporti familiari connotati dalla sempre più marcata scomposizione tra "genitorialità biologica" e "genitorialità sociale".

Il ricorso all'adozione può forse essere considerato un'opzione in grado di conciliare il netto rifiuto da parte dell'ordinamento della maternità surrogata<sup>79</sup> e l'interesse del minore al riconoscimento della sua realtà familiare. La medesima soluzione potrebbe esser considerata meno confacente alla realtà dei figli nati da PMA nell'ambito di coppie di donne, alle quali non è consentito il ricorso a tale tecnica riproduttiva, senza però che tale divieto sia accompagnato dal medesimo «elevato grado di disvalore» che, agli occhi del legislatore, connota la qualificazione normativa della gestazione per altri<sup>80</sup>. Eppure, se non equiparabile è la "colpa" dei genitori nelle due ipotesi, senz'altro equiparabile è la posizione dei figli.

Le soluzioni avanzate dalla recente giurisprudenza costituzionale riguardano, peraltro, il riconoscimento di rapporti già di fatto esistenti, benché frutto della violazione di un divieto. Rimangono sullo sfondo tutti gli interrogativi che concernono il "prima": sarebbe legittimo (o doveroso) modificare la l. n. 40 del 2004, consentendo l'accesso alla PMA alle coppie omosessuali

---

<sup>78</sup> Si segnala, ad esempio, l'ordinanza n. 1842 del 21 gennaio 2022, con cui la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione ha trasmesso gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della questione relativa al riconoscimento dell'atto di nascita estero di un minore nato mediante ricorso alla gestazione per altri, nell'ambito di una coppia omogenitoriale maschile, ritenendo che, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale si è «aperto un vuoto normativo, per essere venuto meno in un suo presupposto essenziale quel bilanciamento che costituiva il punto di equilibrio espresso dal diritto vivente costituito dalla sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite». Ad avviso della Sezione rimettente è necessaria l'individuazione di un nuovo indirizzo interpretativo che risponda all'esigenza immediata di tutela del minore, pur in assenza dell'intervento del legislatore sollecitato dalla Corte Costituzionale.

<sup>79</sup> E, conseguentemente, dello *status* di genitore di colui che tale è diventato – all'estero – in violazione del divieto previsto dalla legislazione italiana che, come ricordato, prevede come reato il ricorso alla maternità surrogata, indipendentemente dalla formalizzazione del rapporto tra i "committenti" e dal loro orientamento sessuale.

<sup>80</sup> Tanto è vero che per la tutela dei diritti dei figli nati tramite procreazione medicalmente assistita nell'ambito di coppie di donne, la Corte costituzionale, nella citata sent. n. 32 del 2021, ipotizza, oltre alla modifica della disciplina dell'adozione, soluzioni diverse, come la revisione delle disposizioni in materia di riconoscimento del figlio, opzione come rilevato esclusa in relazione ai figli nati tramite maternità surrogata.



femminili? Sarebbe legittima (o doverosa) la rimozione del divieto di maternità surrogata? In altre parole, esiste e – se sì – fin dove si estende il diritto (anche degli omosessuali) a diventare genitori?

Appare in ultima analisi necessario che il legislatore faccia chiarezza sulla diversa considerazione che può (o deve) essere riservata, per un verso, al *preminente* diritto alla genitorialità inteso quale “diritto ad avere genitori” o “diritto del minore ad una famiglia” (titolo e *ratio* della l. n. 184 del 1983) e, per altro verso, al distinto (e controverso) diritto alla genitorialità, inteso come diritto ad accedere ad ogni tecnica riproduttiva.