



*Costituzionalismo.it*

Fascicolo 2 | 2018  
SETTANT'ANNI DI "USO" DELLA COSTITUZIONE

## La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa

di ANNA LORENZETTI

LA RECENTE GIURISPRUDENZA  
IN MATERIA DI OMOGENITORIALITÀ  
TRA MUTAMENTI DI PARADIGMI E NUOVE  
PROSPETTIVE DI POLITICA LEGISLATIVA

di *Anna Lorenzetti*  
*Ricercatrice in Diritto costituzionale*  
*Università degli Studi di Bergamo*

ABSTRACT

ITA

Anche in ragione del mancato riconoscimento giuridico nell'ambito della legge sulle unioni civili (l. 76/2016), il tema dell'omogenitorialità si presenta come particolarmente vivace nel contesto pretorio attraverso una pluralità di questioni (adozione co-parentale, affidamento, affido, trascrizione del provvedimento straniero).

Fatte queste premesse, l'articolo analizza la recente giurisprudenza di merito e di legittimità, focalizzando l'attenzione su alcuni temi di particolare interesse. Tra questi: la compatibilità del riconoscimento (o della creazione) di un legame omoparentale con l'ordine pubblico, i *best interests of the child*, la possibilità di considerare la genitorialità come vero e proprio diritto in nome del principio di autodeterminazione, l'evoluzione della nozione di famiglia dal concetto ex art. 29 Cost., come società naturale fondata sul matrimonio, il pluralismo dei modelli e l'effetto dell'attivismo giudiziario sul sistema.

Nel mettere a fuoco questi temi, l'articolo prova a delineare la via su cui la giurisprudenza pare assestarsi, evidenziando tuttavia quali possano intravedersi come limiti o pericoli.

EN

In Italy, homoparentality is not recognised by the Law no. 76 of 2016 on same-sex unions, representing both a critical matter and a challenge. Nevertheless, same-sex parents are seeking to obtain legal recognition from Courts through a variety of strategies.

The paper analyses the recent Italian Case-Law on homoparentality, focusing on the following main issues: the compliance of recognition of homoparentality with international public order, the best interests of child, the possibility to consider parentality as a "right" (in the name of self-determination), the evolution of the original notion of family as a "natural society based on marriage" (article 29 of the Italian Constitution), the pluralism of patterns, and the effects of judicial activism.

By framing these issues, the paper gives insight on the judicial recognition of homoparental families and highlights the limits and dangers of this judicial activism.

# LA RECENTE GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI OMOGENITORIALITÀ TRA MUTAMENTI DI PARADIGMI E NUOVE PROSPETTIVE DI POLITICA LEGISLATIVA \*

di Anna Lorenzetti

SOMMARIO: 1. *Introduzione*; 2. *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità*; 3. *La rilettura dei paradigmi e le definitive acquisizioni*: 3.1. *Il nuovo concetto di ordine pubblico da “guscio vuoto” a strumento di tutela in nome della continuità degli status*; 3.2. *La genitorialità come “diritto” e l’autodeterminazione in materia genitoriale*; 3.3. *L’evoluzione della famiglia verso il pluralismo dei modelli*: 3.3.1 *La dissoluzione del nesso fra filiazione ed eterosessualità della coppia. Quale genere di genitorialità?*; 3.3.2. *Le nuove nozioni di maternità, paternità, genitorialità: l’archiviazione del nesso biologico e la “genitorialità per consenso”*; 3.4. *La ridefinizione del nucleo del problema: non la creazione di una relazione omogenitoriale, ma il mantenimento di un legame già esistente*; 3.5. *La posizione del minore e gli interessi contrapposti: la soluzione del caso concreto e i best interests of the child*; 4. *La discrezionalità del giudice e l’occasionalità dei casi: i possibili rischi tra attivismo giudiziario e regola del fatto*; 5. *Quali prospettive?* Le proposte legislative e l’evoluzione della giurisprudenza.

## 1. Introduzione

Il tema dell’omogenitorialità – ossia della genitorialità delle persone omosessuali, realtà sempre più visibile a livello sociale<sup>1</sup>, oltre che

---

\* L’autrice desidera ringraziare i/le referee per i preziosi spunti offerti e Rita Pescatore per la rilettura.

<sup>1</sup> C. LALLI, *Buoni genitori. Storie di mamme e papà gay*, Milano, 2009; C. CAVINA, D. DANNA (a cura di), *Crescere in famiglie omogenitoriali*, Milano, 2009; R. BOSISIO, P. RONFANI, *Le famiglie omogenitoriali. Responsabilità, regole e diritti*, Roma, 2015; P. BASTIANONI, C. BAIAMONTE, *Crescere in famiglie omogenitoriali*, in *Minori Giustizia*, 2015, 2, pp. 119-128; F. CORBISIERO, R. PARISI, (a cura di), *Famiglia, omosessualità, genitorialità. Nuovi alfabeti di un rapporto possibile*, Velletri, 2016; M. BOTTINO, D. DANNA, *La gaia famiglia. Che cos’è l’omogenitorialità*, Trieste, 2005.

Per un quadro complessivo circa le questioni giuridiche, v. A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011; B. LIBE-

giuridico – ha recentemente conosciuto un vivace dinamismo nel contesto interno, in particolare attraverso il formante giurisprudenziale. Le decisioni dei giudici di merito e di legittimità si sono orientate verso la costruzione di un tessuto interpretativo che è andato quasi a supplire il potere legislativo rimasto silente sul punto. Infatti, il testo normativo che nell’ordinamento italiano ha introdotto l’istituto – riservato alle coppie *same-sex* – delle unioni civili non ha modificato il quadro di riferimento<sup>2</sup>, continuando a confinare l’omogenitorialità all’anomia legislativa.

Attraverso una serie di pronunce, che hanno investito ambiti differenti, sono stati fissati alcuni punti fermi che appare interessante analizzare per ipotizzare possibili futuri spunti ed evoluzioni, anche in chiave di intervento legislativo e di messa a fuoco quanto ai potenziali rischi che prefigurano e ai limiti mostrati.

## 2. La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità

A fronte del silenzio legislativo, o forse potrebbe dirsi proprio in ragione dell’assenza di un quadro giuridico di riferimento, è stato il potere giudiziario a dover offrire risposte alle questioni poste dalla vita quotidiana delle famiglie omogenitoriali. Anche per effetto del fenomeno della circolazione dei modelli e delle esperienze giuridiche<sup>3</sup>,

---

RALI, *L’adozione dei single e delle coppie omosessuali*, in F. GIUFFRÉ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, pp. 383-399. Sia consentito rinviare anche al mio: *I profili giuridici dell’omogenitorialità*, in D. FERRARI (a cura di), *I Diritti delle coppie omosessuali: la parola al Parlamento*, Padova, 2016, pp. 45-73; B.E. HERNANDEZ-TRUYOL, R. VIRZO (a cura di), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori. Profili di diritto internazionale e diritto comparato*, Napoli, 2016.

<sup>2</sup> L. 20 maggio 2016, n. 76, cd. Legge Cirinnà, dal nome della senatrice Monica Cirinnà prima firmataria del testo da cui ha preso il via il dibattito parlamentare. Numerose le opere di commento, tra cui si segnala per completezza, 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. Nella prospettiva privatista, v. T. AULETTA, *Disciplina delle unioni civili non fondate sul matrimonio, evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 378 ss.

<sup>3</sup> R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1998, pp. 365 ss.; L. BUSATTA, *Could a common EU standard of access to MAR techniques be possible also for LGBT couples?*, in C. CASONATO, A. SCHUSTER (ed.), *Rights On The Move. Rain-*

la giurisprudenza si è infatti dovuta confrontare con istituti vietati o non disciplinati in Italia, segnando un consolidamento di posizioni che, nelle pronunce sinora note, erano sembrate oscillanti<sup>4</sup>.

Le decisioni si sono mosse in particolare lungo tre direttrici, riguardando l'affidamento di un "minore"<sup>5</sup> a coppie dello stesso sesso, la trascrizione e il riconoscimento giuridico di atti, formatisi all'estero, costitutivi di un vincolo giuridico di filiazione (come ad esempio dell'atto di nascita di un minore nato all'estero grazie a tecniche di fecondazione assistita o dell'adozione perfezionatasi nei contesti in cui ciò è consentito) e, da ultimo, l'adozione in casi particolari per il figlio del partner, nato, anche a seguito di tecniche di fecondazione assistita, effettuate all'estero (cd. *step-child adoption* o adozione co-parentale).

Quanto alla prima tipologia di decisioni, i giudici hanno confermato – con provvedimenti che si caratterizzano per la rapidità delle motivazioni e la semplicità del percorso argomentativo interamente basato sul fatto concreto e sulla necessità di far prevalere l'interesse del minore coinvolto – la possibilità di affidamento di un minore a una coppia dello stesso sesso<sup>6</sup>, ritenendo mero pregiudizio la convinzione che

---

*bow Families in Europe*, Proceedings of the Conference, Trento, 16-17 October 2014, Trento, 2014, pp. 217-231.

<sup>4</sup> Per alcune riflessioni sul quadro precedente alla più recente giurisprudenza, v. il mio *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, pp. 103-129.

<sup>5</sup> Nel contesto italiano, questa espressione è utilizzata per indicare le persone di età inferiore agli anni 18, la cui capacità giuridica è limitata dalla legge. È stato tuttavia evidenziato il potenziale stigmatizzante di simile termine, suggerendo di sostituirvi altre espressioni (minori, fanciulli e giovani adulti, secondo il lessico delle istituzioni internazionali). Si vedano in proposito, le riflessioni presentate da M.F. MOSCATI, *Bambini e adolescenti LGBTI: un approccio definitorio e le ragioni di un'indagine giuridica*, nella relazione di apertura del Convegno organizzato dall'associazione Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford, *La tutela giuridica dei bambini e degli adolescenti LGBTI: una prospettiva multidisciplinare*, Venezia, 7-8 ottobre 2016. Sul tema, v. M.F. MOSCATI, *Sometimes as a Child, Sometimes as an Adult: Children and Access to Justice in Italy*, in A. Diduck, N. Peleg, H. Reece (ed.), *Law in Society: Reflections on Children, Family, Culture and Philosophy. Essays in Honour of Michael Freeman*, Koninklijke, 2015, 571-587.

<sup>6</sup> G. tutelare Parma, 3.7.2013 e Trib. Min. Bologna, 31.10.2013, entrambe in [Articolo29.it](http://Articolo29.it), su cui v. R. CONTI, *Sull'affidamento di minore ad una coppia dello stesso sesso. Prime note a margine delle decisioni del G.T. Parma, 3 luglio 2013 e del Trib. Min. Bologna, 31 ottobre 2013*, in *Quest. Giust.*, 27 novembre 2013; A. RUGGERI, *Noterelle in tema di affido di minori a coppie omosessuali*, in [Giurcost.org](http://Giurcost.org).

sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia costituita su una coppia *same-sex*.

Anche l'adozione in casi particolari per il figlio del partner nato a seguito di tecniche di procreazione assistita effettuate all'estero (cd. *step-child adoption*) ha recentemente trovato un sempre più solido riconoscimento per via pretoria<sup>7</sup>, al punto da potersi ritenere consolidato l'orientamento volto ad ammettere l'adozione del figlio del partner dello stesso sesso, in nome del benessere del minore come emergente dal caso concreto<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> *Ex artt.* 44-57, l. 184/83 (mod. con l. 149/2001). Trib. Min. Milano, 17.10.2016, n. 261, su cui v. S. STEFANELLI, *Ancora in tema di interpretazione dell'art. 44 della legge sulle adozioni: nota a Trib. minorenni di Milano, 17 ottobre 2016, n. 261*, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#). Come ricordato da Cass. Civile, sez. I, 15.6.2017, n. 14878 – consultabile sul sito di [Articolo29.it](#), con commento di S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito. Nota a Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878* – la lettera d) ha subito una interpretazione estensiva per cui l'impossibilità di affidamento preadottivo «attiene pure all'impossibilità giuridica, oltre a quella di fatto (ove ad esempio non vi siano adottanti disponibili), e può prescindere dunque dall'abbandono». Recentemente, v. App. Napoli, 4.7.2018, 145, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#).

<sup>8</sup> Trib. Min. Roma, 30.7.2014, con un commento di M. GATTUSO, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è "sana e meritevole d'essere riconosciuta"*, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#); rileva tuttavia un carattere di eteronormatività nei riferimenti operati dai giudici laddove ricordano che le bambine potevano comunque far riferimento a figure maschili per la propria crescita, pur avendo due mamme, S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, p. 203; Cass., sez. I civ., 26 maggio 2016, n. 12962, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#); V. App. Roma, 23.12.2015, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#), su cui M. GATTUSO, *La vittoria dei bambini arcobaleno*, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#); App. Milano, 9.2.2017, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#). V. il commento di M. GATTUSO, *Anche da Milano, dopo la Cassazione, Roma e Torino, semaforo verde per l'adozione coparentale*, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#); Trib. Min. Roma, 23.12.2015, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#). Su cui v. il commento, *Adozione da parte del papà sociale di un bimbo nato da maternità surrogata: la Procura di Roma non impugna e la sentenza diventa definitiva*, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#); A. PASCARELLI, *Omogenitorialità e adozione da parte di single e coppie omosessuali. Brevi note a margine della sentenza Corte d'Appello di Roma, sez. Minori, 23 dicembre 2015*, in *RivistaAic*, 2/2016; Trib. Min. Palermo, 30.7.2017 e Trib. Min. Bologna, 20.7.2017, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#), con un commento di M. GATTUSO, A. SCHILLACI, *Il dialogo fra le corti minorili in materia di stepchild adoption* e A. SCHILLACI, *La vita non si ferma: l'unione civile, la famiglia, i diritti dei bambini*, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#); S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giur. Cost.*, 2016, 3, p. 1171, ha parlato in proposito di un "uso attivistico" dell'interesse del minore. Sul punto è intervenuta anche la Corte cost. 76/2016, su cui v. infra, nota 21 del presente lavoro.

Sulla stessa scia si collocano alcune decisioni che hanno consentito la trascrizione nei registri dello stato civile di provvedimenti stranieri costitutivi di vincoli di filiazione e riconosciuto l'efficacia di legami giuridici di omogenitorialità formatisi all'estero mediante il ricorso all'istituto dell'adozione, anche piena<sup>9</sup> o cd. legittimante<sup>10</sup>, o con il riconoscimento dell'atto di nascita straniero di un minore nato all'estero grazie a tecniche di procreazione assistita<sup>11</sup> e recante l'indicazione di due madri<sup>12</sup> o due padri nel caso di gestazione per altri<sup>13</sup>. Come affermato in più occasioni dai giudici, la possibilità di riconoscere validità al provvedimento straniero costitutivo di un legame omogenitoriale deve essere valutata rispetto alla sua compatibilità con i «diritti fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori»<sup>14</sup>, senza lasciare spazio ad affermazioni apodittiche e non motivate,

---

<sup>9</sup> Il Tribunale per i minorenni di Firenze ha ordinato la trascrizione di due provvedimenti stranieri di adozione congiunta di minori residenti nel Regno Unito e negli Stati Uniti, da parte di due coppie di uomini, con cittadinanza italiana e ivi da tempo residenti. Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#), relativamente alla vicenda originata nell'ordinamento inglese; Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#), per la vicenda sorta nell'ordinamento statunitense. Per un commento, v. A. SCHILLACI, "Una vera e propria famiglia": da Firenze un nuovo passo avanti per il riconoscimento dell'omogenitorialità, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#).

<sup>10</sup> App. Milano, 16.10.2015, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#); per un commento a prima lettura, v. *La Corte d'appello di Milano dispone la trascrizione di una adozione "piena" da parte della mamma sociale*, anch'esso consultabile sul sito di [Articolo29.it](#); App. Milano, 5.10.2016, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#); App. Milano, 5.10.2016 (dep. giugno 2017), consultabile sul sito di [Articolo29.it](#), con un commento di M. WINKLER, *Riconoscimento e trascrizione di un'adozione straniera da parte di una coppia same-sex: la pronuncia della Corte d'Appello di Milano*.

<sup>11</sup> App. Torino, 29.10.2014, pubblicata in [Articolo29.it](#); Trib. Perugia, decr. 28.3.2018, nr. 190754, confermato da App. Perugia, 22.8.2018, nr. 221, consultabili sul sito di [Articolo29.it](#), con commento di S. STEFANELLI, *Atto di nascita formato all'estero e bigenitorialità omosessuale: da Perugia un passo avanti verso il riconoscimento della filiazione intenzionale*.

<sup>12</sup> Cass., sez. I civ., 30.9.2016, nr. 19599, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#), con commento di A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*; F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., pp. 47 ss. Trib. Napoli, 11.11.2016; App. Genova, 26.7.2017, cit.; Trib. Perugia, decr. 26 marzo 2018, cit.

<sup>13</sup> App. Trento, ord. 23.2.2017, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#), con commento di A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*.

<sup>14</sup> Art. 35, co. 3, l. 184/1983.



ma ponendo al centro del percorso argomentativo l'interesse del minore coinvolto nella concreta vicenda<sup>15</sup>.

### 3. La rilettura dei paradigmi e le definitive acquisizioni

Dovendo mettere a sintesi gli approdi della recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità, alcuni punti fermi sembrano essere stati definitivamente messi a fuoco, segnando una decisa discontinuità rispetto alle comunque numericamente contenute pronunce passate in cui l'atteggiamento delle Corti appariva oscillante.

#### 3.1. *Il nuovo concetto di ordine pubblico da "guscio vuoto" a strumento di tutela in nome della continuità degli status*

Un primo elemento che ha caratterizzato le recenti decisioni in materia di omogenitorialità riguarda il tema dell'ordine pubblico<sup>16</sup>, per come si è posto nel percorso argomentativo utilizzato dai giudici.

In una prima fase, questo era stato assunto come criterio generale e astratto in nome del quale negare il riconoscimento della genitorialità delle coppie *same-sex*. Spesso soltanto apoditticamente riportato ma non motivato, il canone dell'ordine pubblico sembrava non rendere necessarie ulteriori argomentazioni, risultando *ex se* bastevole a comprimere diritti e libertà individuali dei minori inseriti in contesti omogenitoriali e delle coppie coinvolte. Ad esempio, l'ordine pubblico, definito come «quell'insieme di principi fondamentali ed indefettibili del nostro ordinamento che non possono essere derogati senza grave turbamento dell'ordine sociale e senza urtare contro le basi etiche della nostra convivenza civile nazionale»<sup>17</sup>, era stato assunto come unica motivazione per giustificare il rigetto dell'istanza volta a riconoscere

---

<sup>15</sup> V. sul punto, Cass. Civ. 11.1.2013 n. 601, circa l'onere della prova quanto alle pretese ripercussioni negative sul minore (si fa riferimento a «certezze scientifiche o dati di esperienza»), in mancanza configurandosi come mero pregiudizio nei confronti dell'orientamento sessuale omosessuale.

<sup>16</sup> F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007; più recentemente, v. ID., *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali*, cit., pp. 31-53. Specificamente sul tema, M. WINKLER, *Omogenitorialità e diritto internazionale privato*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità*, cit., pp. 115 ss.

<sup>17</sup> Trib. Min. Brescia, 26.9.2006, in *Fam. min.*, 2007, p. 74.

nell'ordinamento interno un provvedimento di adozione emesso anni prima da una corte statunitense nei confronti di una coppia di uomini<sup>18</sup>. Così, pure a fronte della delicatezza degli interessi coinvolti, era emersa l'assenza di contenuti di una clausola generale, assunta quale mero guscio vuoto plasmato da connotati ideologici.

In senso contrario, la recente giurisprudenza, anche di legittimità<sup>19</sup>, ha definitivamente condiviso un nuovo concetto di ordine pubblico, agganciando la questione più alla stabilità del legame affettivo o giuridico già costituitosi, sia pure all'estero, dunque alla continuità degli affetti e degli status familiari già esistenti, che non all'assenza dell'istituto nell'ordinamento interno. Seguendo la prospettiva già fatta propria dalla Corte europea dei diritti umani<sup>20</sup>, come dalla Corte costituzionale<sup>21</sup>, ne è così risultata valorizzata la centralità dell'interesse

---

<sup>18</sup> Art. 36, c. 4, l. 184/83. La Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale, sottoscritta all'Aja il 29.5.1993, all'art. 24, prevede che «il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno stato contraente solo se esso è manifestamente contrario all'ordine pubblico, tenuto conto del superiore interesse del minore».

<sup>19</sup> Cass., 19599/2016, cit. Il punto è stato rapidamente affrontato anche da Cass. 14878/2017, facendo riferimento ai propri precedenti.

<sup>20</sup> V. i casi *Fretté c. Francia* (2002), *E. B. c. Francia* (2008), *Gas & Dubois c. Francia* (2012), *X e altri c. Austria* (2013), ma anche *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* (1999) decisi dalla Corte europea dei diritti umani. Come sottolinea G. REPETTO, *Limiti e strategie della tutela antidiscriminatoria. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, 2014, nelle sentenze richiamate, viene enfatizzata l'importanza di assicurare un riconoscimento dei rapporti familiari di fatto e l'attribuzione allo Stato dell'onere di provare l'inadeguatezza delle famiglie omoparentali a educare un minore. Sul tema, v. M.C. VITUCCI, *El best interest of the child, gran ausente en las decisiones del Tribunal europeo de los derechos humanos en materia de adopcion*, in E. HERNANDEZ-TRUYOL, R. VIRZO (a cura di), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori*, cit., pp. 145 ss.; I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di "abuso" e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti Europee*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., che affronta il tema sia nella prospettiva della Corte di giustizia dell'Unione europea (p. 60), sia della Corte di Strasburgo (p. 66); L. FERRARO, *La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero. Un esame della giurisprudenza (ultima) interna e della Corte EDU*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, Milano-Udine, 2018, pp. 195 ss.

<sup>21</sup> La Corte costituzionale è stata chiamata ad interessarsi del tema, a seguito di un incidente di costituzionalità sollevato in materia di *step-child adoption*, in particolare, circa la parte della normativa che impedirebbe al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato il riconoscimento del provvedimento straniero, a prescindere dal fatto che il matrimonio sia inidoneo a produrre effetti in Italia, come nel caso di matrimoni fra persone dello stesso sesso. V. Corte cost. 76/2016, con commento di L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il primo intervento della Consulta sul riconoscimento di provvedimenti*

del minore e dei suoi diritti per come si pongono nella vicenda concreta e coniato un nuovo concetto di ordine pubblico quale strumento di inveroamento delle tutele in ambito familiare<sup>22</sup>. Nel tracciare una distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale<sup>23</sup>, la stessa Corte di Cassazione ha stabilito come occorra guardare a quest'ultimo ovvero a quell'insieme «di principi di carattere universale, comuni a molti

---

*stranieri in tema di adozione coparentale per coppie dello stesso sesso*, consultabile sul sito di [Articolo29.it](http://Articolo29.it) e di 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.*, 2016, 2, p. 700. Sull'ordinanza di rinvio (Ord. Trib. minorenni Bologna, 10.11.2014), consultabile sul sito di [Articolo29.it](http://Articolo29.it), con il commento di M. GATTUSO, *Adozione negli U.S.A. da parte della co-madre: il tribunale minori di Bologna invia gli atti alla Corte costituzionale*. La questione riguarda una minore nata grazie all'ausilio di tecniche di fecondazione assistita; D. FERRARI, *I legami omogenitoriali formati all'estero all'esame del giudice delle leggi: come tutelare l'interesse del minore*, in *NGCC*, 5, 2015, p. 387. Con una pronuncia di inammissibilità, il giudice costituzionale ha ritenuto erronea la qualificazione del caso proposto non ritenuta una fattispecie di "adozione internazionale" (Art. 41, co. 2, l. 218/1995), ma di adozione "interna a uno Stato straniero" (Art. 66, l. 218/1995) e valorizzato l'obiettivo della legge sul diritto internazionale privato che consta nel favorire la continuità delle situazioni giuridiche costituite nell'ordinamento straniero assunto come punto di riferimento, senza tuttavia esprimersi circa la compatibilità della *step-child* nel contesto di una coppia omogenitoriale con i «diritti fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori» (art. 35, co. 3, l. 184/1983). A parere della Corte, il giudice *a quo* avrebbe dovuto dichiarare la domanda inammissibile poiché il riconoscimento dei provvedimenti di adozione "interni ad uno Stato straniero" devono essere presentati direttamente all'ufficiale per lo stato civile per la trascrizione e soltanto in caso di diniego impugnati davanti al Tribunale o alla Corte d'Appello competenti, rispettivamente ai sensi dell'art. 95, D.P.R. 396/00 e dell'art. 67, l. n. 218/1995. Come ricorda Scaffidi Runchella, sul punto vi è una sostanziale contrapposizione fra chi ritiene che la condizione di cui all'art. 35, co. 3, della l. n. 184/1983, rappresenti un limite più severo rispetto al limite dell'ordine pubblico ai fini internazionalprivatistici, in quanto quest'ultimo si concretizza non solo nel complesso dei principi fondamentali dell'ordinamento interno, ma anche nelle esigenze di garanzia, comuni a diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo (Cass., 26.4.2013, n. 10070, che richiama Cass., 6.12.2002, n. 17349 e Cass., 23.2.2006, n. 4040). Secondo una diversa posizione, invece, l'art. 35, co. 3, della l. n. 184/1983, nella misura in cui prevede che i principi fondamentali che regolano nel nostro ordinamento il diritto di famiglia e dei minori debbano essere valutati in relazione al superiore interesse del minore, consente una maggiore apertura alle esigenze del minore, evitando un appiattimento sul diritto italiano.

<sup>22</sup> F. ANGELINI, *La clausola dell'ordine pubblico rispetto alle decisioni delle corti nazionali e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di bioetica: il caso della maternità surrogata*, in R. FATTIBENE (a cura di), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, Napoli, 2017, pp. 175-213.

<sup>23</sup> Sul punto, v. Cass. 14878/2017, che richiama Cass. 17349/2002, Cass. S.U. 19809/2008.

ordinamenti giuridici, volti alla tutela e all'implementazione di diritti fondamentali della persona umana, spesso sanciti in dichiarazioni o convenzioni internazionali»<sup>24</sup>. Attraverso una lettura complessa dell'ordine pubblico, così come proveniente anche dall'ordinamento sovranazionale e dagli ordinamenti stranieri<sup>25</sup>, è stata così abbandonata la prospettiva di "tipo difensivo"; come infatti ricordato dalla Corte di cassazione, «tale più aperta concezione si fonda su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne, così da sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia ad un'eccessiva indeterminatezza sia ad un legame troppo rigido con i mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali»<sup>26</sup>. In tal modo, è stata superata la precedente posizione che intendeva la verifica di non contrarietà all'ordine pubblico dell'atto straniero nei termini di controllo sulla conformità al diritto interno dei suoi effetti, conducendo spesso all'inapplicabilità della fattispecie e ponendo nel nulla la funzione stessa del diritto internazionale privato. Piuttosto, è prevalso intendere l'ordine pubblico come il «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria»<sup>27</sup>.

Da strumento di difesa dell'intero ordinamento, l'ordine pubblico si è così trovato ripensato come strumento di difesa soltanto di quei principi fondamentali che ne caratterizzano il nucleo essenziale, co-

---

<sup>24</sup> Cass., 22.8.2013, n. 19405.

<sup>25</sup> Come ricorda Corte Cass. 14878/2017, infatti «Il giudice italiano deve dunque esaminare la contrarietà all'ordine pubblico internazionale dell'atto estero, con riferimento ai principi della nostra Costituzione, ma pure, tra l'altro, alla Dichiarazione ONU dei Diritti dell'Uomo, alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ai Trattati Fondativi e alla Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea e, con particolare riferimento alla posizione del minore e al suo interesse, alla Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, alla Convenzione ONU dei Diritti del Fanciullo, alla Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore». Richiama altresì la copiosa giurisprudenza della Corte Edu, nonché l'art. 23 Reg. C.E. n. 2201 del 2003, secondo cui la valutazione dell'ordine pubblico deve effettuarsi, tenendo conto del preminente interesse del minore.

<sup>26</sup> Corte cass., 19599/2016, par. 7, pp. 20-21. In realtà, la Corte di Cassazione aveva riconosciuto l'apertura a valori giuridici stranieri ove non confliggenti con principi fondamentali del sistema (Cass. 11.1.1988, 67).

<sup>27</sup> Corte cass., 19599/2016, par. 7, p. 22.

munque «da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale»<sup>28</sup>. Così, il giudice di legittimità ha affermato che nella valutazione circa l'ingresso di un atto di nascita straniero «il giudice italiano... deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo»<sup>29</sup>. Ancora, la Corte di Cassazione ha ritenuto che non si possa ricorrere alla nozione di ordine pubblico «per giustificare discriminazioni nei confronti [del minore] a causa della scelta di coloro che lo hanno messo al mondo mediante una pratica di procreazione assistita non consentita in Italia», diversamente producendosi «una violazione del principio di uguaglianza, intesa come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali»<sup>30</sup>.

Questo stesso principio di diritto è stato successivamente fatto proprio dai giudici di merito, in particolare in materia di adozioni<sup>31</sup>, riconoscendo che l'impossibilità, per due persone dello stesso sesso, di

---

<sup>28</sup> «La progressiva riduzione della portata del principio di ordine pubblico», prosegue la Corte, «è coerente con la storicità della nozione e trova un limite soltanto nella potenziale aggressione dell'atto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale» (Corte cass., 19599/2016, par. 7, p. 25).

<sup>29</sup> Corte cass., 19599/2016, par. 7, pp. 26-27. Analogamente, v. Corte cass. 14878/2017.

<sup>30</sup> Corte cass. 19599/2016, par. 8.3, pp. 34-35. Così, v. anche recentemente App. Napoli, 4.7.2018, 145.

<sup>31</sup> Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, in particolare, la pronuncia sulla vicenda inglese, par. 3C.3, p. 17; App. Milano, 16.12.2016, cit.; Trib. Napoli, decr. 6.12.2016, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#), con commento di A. SCHILLACI, *Il Tribunale di Napoli ordina la trascrizione di un atto di nascita straniero con due madri*; App. Trento, ord. 23.2.2017, cit., in tema di trascrizione dell'atto di nascita straniero recante l'indicazione di due genitori dello stesso sesso, su cui v. A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli*, cit. Se consolidato appare il posizionamento della giurisprudenza, più ambiguo può dirsi il quadro delle prassi amministrative. Si veda il recente caso verificatosi a Perugia, dove il Comune ha rifiutato di trascrivere, anche nei confronti della madre biologica, l'atto di nascita di un bambino nato all'estero a seguito di pratiche di p.m.a. Sulla vicenda è intervenuto il Garante regionale per l'infanzia della Regione Umbria, il cui parere è consultabile sul sito della [Regione Umbria](#). A seguito dell'impugnazione del ricorso, il giudice – di prime cure (Trib. Perugia, decr. 28.3.2018, nr. 190754) e di appello (App. 22.8.2018, nr. 221) ha ordinato al Comune di trascrivere.

unirsi in matrimonio in Italia e, quindi, di poter legittimamente adottare, non può cagionare conseguenze negative sui «bambini che hanno un diritto fondamentale a conservare lo status legittimamente acquisito all'estero»<sup>32</sup>.

In termini complessivi, questa nuova nozione di ordine pubblico è stata da un lato condivisa anche in quanto in linea con le Corti Supreme di altri ordinamenti<sup>33</sup>, dall'altro criticata – in particolare rispetto alla pratica della maternità surrogata – proprio per aver smarrito la sua funzione propriamente “difensiva”, quale controlimite a salvaguardia dei principi e dei valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Occorre in particolare evidenziare la posizione di chi ha letto negativamente l'archiviazione della relazione materna come cuore del sindacato sul limite di ordine pubblico, così come il superamento del *mater semper certa* come principio di ordine pubblico, poiché sposta tutto l'accento sulla discrezionalità dei giudici, con un “uso attivistico” dell'interesse del minore<sup>34</sup>.

Nella nuova nozione di ordine pubblico sembra piuttosto risultare indifferente la modalità di concepimento e nascita del minore<sup>35</sup> e valo-

---

<sup>32</sup> Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, sulla vicenda inglese, par. 3C.3, p. 18; analogamente, App. Trento, ord. 23.2.2017, cit. Nelle argomentazioni, si evidenzia che diversamente si produrrebbe una violazione del principio di uguaglianza, come pari dignità sociale e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali.

<sup>33</sup> G. FERRANDO, *Ordine pubblico e minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. Giur.*, 2017, 2, p. 192.

<sup>34</sup> F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali*, cit., pp. 48 ss., rispetto alla pronuncia Cass. 19599/2016. Si riferisce alla troppo frettolosa distruzione dell'idea di ordine pubblico, considerata una “scoria del fascismo”, 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 di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità.*, cit., p. 140; nello stesso volume, v. B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il “principio nel nome della madre” nella gravidanza per altri*, p. 117; S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giur. Cost.*, 2016, 3, p. 1173.

<sup>35</sup> E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità.*, cit., pp. 12-13, rileva criticamente come i giudici effettuino la delibazione in maniera sostanzialmente automatica, limitandosi a rilevare che gli atti si siano formati nel rispetto della *lex loci actus*, a nulla rilevando il contenuto della disciplina straniera, le condizioni e le modalità per addivenire, in specie, alla surrogazione di maternità (ad esempio, si pensi alla gratuità o onerosità che potrebbero profondamente modificare la valutazione di liceità), né le circostanze dell'accordo surrogatorio. Della stessa autrice, v. E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge*

rizzata la tutela del suo interesse alla certezza dei rapporti giuridici e alla piena protezione del diritto all'identità personale e sociale. Una diversa soluzione, si ritiene, farebbe infatti dipendere il suo diritto fondamentale alla conservazione dello *status* di figlio dalla qualifica giuridica che l'ordinamento interno riconnette ad una altrui condotta da cui è dipesa la nascita o la creazione del legame giuridico genitoriale<sup>36</sup> e assoggetterebbe l'atto di nascita formato all'estero a un controllo di conformità rispetto ai divieti presenti nella legislazione interna, oltrepassando i confini della sola verifica di compatibilità con l'ordine pubblico internazionale<sup>37</sup>. In proposito, sarà interessante verificare le posizioni della Corte di Cassazione chiamata, a Sezioni Unite, a decidere sulla trascrizione dell'atto di nascita di bambini nati da maternità surrogata<sup>38</sup>, in particolare quanto al peso che può assumere la modalità della nascita, posto che è stato riconosciuto l'«elevato grado di disva-

---

e l'interpretazione para-costituzionale, in *Rivista AIC*, 2/2018; anche S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., p. 210, rileva criticamente questo aspetto. Recentemente, in un caso di fecondazione eterologa da parte di una coppia di donne, la giurisprudenza ha operato un espresso richiamo alla non rilevanza del divieto di fecondazione eterologa in Italia, in quanto «la violazione di norme interne non può comunque portare alla lesione dei diritti del minore a vedersi riconosciuto come figlio delle due mamme che hanno legittimamente manifestato il loro consenso ad assumere la responsabilità genitoriale nei confronti del nascituro». Così, v. Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#), e App. Napoli, 4.7.2018, 145, cit., su cui v. M. GATTUSO, *Corte di appello di Napoli: i bambini arcobaleno sono figli di entrambi i genitori sin dalla nascita*, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#). Infatti, «le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 – imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia – non possono ricadere su chi è nato» (Corte Cass. 19599/2016). Così, anche Trib. Bologna, 6.7.2018, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#).

<sup>36</sup> Ancora E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., p. 13, sottolinea come «In considerazione di una concezione parcellizzata e totalizzante dei best interests of the child e in conseguenza di un *modus argumentandi* ripetibile all'infinito, gli effetti di quegli accordi, pur vietati finirebbero per essere in ogni caso riconosciuti».

<sup>37</sup> App. Milano, 16.12.2016, cit.; App. Trento, ord. 23.2.2017, cit. Sul punto, v. specificamente par. 5.

<sup>38</sup> Si tratta dei casi all'esame del Tribunale di Torino, decr. 21.5.2018 e 11.6.2018, consultabili sul sito di [Articolo29.it](#), con i commenti *ex ante* di V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*; G. CARDACI, *Questioni processuali in materia di riconoscimento dell'efficacia della sentenza straniera ex art. 67 l. n. 218/1995*; M. DOGLIOTTI, *Davanti alle sezioni unite della cassazione i "due padri" e l'ordine pubblico. Un'ordinanza di rimessione assai discutibile*; M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*. La Camera di consiglio è prevista per il 6.11.2018.

lore» di questa pratica, in quanto «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»<sup>39</sup>.

### *3.2. La genitorialità come “diritto” e l’autodeterminazione in materia genitoriale*

La recente giurisprudenza sembra aver raggiunto un punto fermo anche quanto all’annoso dibattito sulla configurabilità di un vero e proprio “diritto alla genitorialità”, tutelato come libertà di espressione della propria personalità, sia nella sua individualità, sia nelle formazioni sociali *ex art. 2 Cost.* Proprio mediante la riconduzione quali “formazioni sociali specifiche”<sup>40</sup>, le coppie composte da persone dello stesso sesso sono riconosciute dalla legge 76 del 2016, tracciando tuttavia una distanza rispetto alle coppie unite in matrimonio, su cui si fonda *ex art. 29 Cost.*, la famiglia come «società naturale», in nome della «finalità procreativa» e del «paradigma eterosessuale del matrimonio»<sup>41</sup>.

Facendo leva sulle posizioni della Corte costituzionale nel riconoscere una vera e propria «autodeterminazione in materia genitoriale»<sup>42</sup>, la giurisprudenza ha tuttavia ribadito la doverosità nell’astensione da comportamenti che possano infrangere contro la dimensione familiare delle coppie *same-sex* già costituita, riconducendo la scelta di diventare genitori e formare una famiglia alla «fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» in materia personale, affettiva, familiare, in condizioni di pari dignità sociale<sup>43</sup>.

In precedenza, la questione era stata affrontata dalla dottrina, senza tuttavia giungere a un punto condiviso, posto che da un lato, vi era

---

<sup>39</sup> Corte cost. 272/2017, rispettivamente pt. 4.3 CID e pt. 4.2 CID. Sulla pronuncia, v. i commenti di S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, 2017, 6, pp. 2990-2300; A. SCHILLACI, *Oltre la “rigida alternativa” tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 1; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit. Peraltro, nella pronuncia Corte cost. 162/2014, la Consulta aveva ribadito l’esplicito divieto della cosiddetta surrogazione di maternità, non censurata dalla decisione e il cui divieto conservava dunque perdurante validità ed efficacia (pt. 9 CID).

<sup>40</sup> Così, art. 1, co. 1, l. 76/2016.

<sup>41</sup> Queste espressioni sono state fatte proprie dalla Corte cost. 138/2010 e 170/2014.

<sup>42</sup> Corte cost. 162/2014.

<sup>43</sup> Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, p. 20.



certamente la possibilità di riconoscere un “diritto alla genitorialità” a partire dal primato della persona e dell’uguaglianza<sup>44</sup>, dunque attraverso gli artt. 3 e 2 Cost. che, nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell’uomo, tanto come singolo quanto nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità, tutela la genitorialità, quale espressione della centralità della persona nel progetto costituzionale. In secondo luogo, la famiglia composta da due persone dello stesso sesso è una “formazione sociale” riconosciuta e garantita dall’art. 2 Cost.<sup>45</sup> e dal diritto sovranazionale<sup>46</sup>.

Tuttavia, occorre distinguere fra quanti configurano un “diritto alla genitorialità” come pretesa individuale che deve essere soddisfatta, sempre e comunque, consentendo l’accesso agli istituti che possono darvi forma<sup>47</sup>, e quanti invece intendono tale posizione giuridica come

---

<sup>44</sup> Per un approfondimento sui profili che chiamano in causa la questione dell’omogenitorialità, rispetto alla dignità e all’uguaglianza, sia consentito un richiamo al mio *La tutela della genitorialità omosessuale fra dignità e uguaglianza*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità*, cit., pp. 81-91.

<sup>45</sup> Questa posizione, dapprima elaborata da una serie di pronunce della Corte di Cassazione (4184/2012; ord. 14329/2013) e della Corte costituzionale (138/2010; 170/2014), è stata poi “raccolta” dalla legge Cirinnà che così definisce le unioni civili (art. 1, co. 1).

<sup>46</sup> Si vedano le pronunce della Corte Europea dei diritti umani: *Salgueiro da Silva Mouta* (1999); *Gas e Dubois* (2012); *X e altri* (2013); G. REPETTO, *Limiti e strategie della tutela antidiscriminatoria*, cit.; A.M. LECIS COCCO-ORTU, *La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it). Si vedano altresì le posizioni contenute in atti di diritto sovranazionale, tra cui v. le Risoluzioni del Parlamento 8.2.1984; 8.4.1997; 17.9.1998; 16.3.2000; 4.9.2003 e il preambolo della Direttiva 2004/38. Cfr. la Carta europea dei diritti fondamentali (artt. 8, l’art. 12, 14) e la Carta di Nizza (artt. 7, 9, 21).

<sup>47</sup> V. F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità*, cit., pp. 188 ss., che ritiene configurabile un vero e proprio “diritto ad essere genitore”, che può esercitarsi nei confronti dell’altro genitore e di terzi. Altra dottrina, G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in F. GIUFFRÉ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., p. 132, ha invece tracciato una linea di demarcazione fra “diritto di procreare” e “diritto di libertà procreativa”, nonché fra il diritto (o presunto tale) alla “genitorialità” e ad “esercitare la responsabilità genitoriale”. Con l’espressione “libertà procreativa”, si è indicata la discrezionalità di ogni individuo di scegliere le pratiche a cui ricorrere per rendere possibile la procreazione, dando vita all’interrogativo se anche tale libertà debba considerarsi compresa nel diritto fondamentale di procreare oppure se l’ordinamento possa limitare le pratiche cd. artificiali di procreazione. L’autore sottolinea che la questione è incentrata sul «se e fino a che punto sia legittima una libertà nei modi e nei tempi della procreazione, ovvero il riconoscimento di un qualche diritto alla libertà procreativa, e non già di procreare comunque, agli esseri umani. Il diritto alla libertà procreativa è proprio la negazione alla radice di un diritto a procreare

tutela di chi genitore già sia dall'interferenza di terzi, dunque come diritto di chi ha generato un legame genitoriale di proseguire la propria esperienza e mantenere la genitorialità già esistente<sup>48</sup>. Peraltro, la stessa equiparazione effettuata dalla giurisprudenza di legittimità fra coppie sterili o infertili e coppie omosessuali, accomunate dalla impossibilità di generare figli naturalmente<sup>49</sup>, è stata oggetto di critica, per quanto sia stato riconosciuto come, affermato l'incoercibile diritto di diventare genitori quali che siano i limiti che la natura pone, diviene complesso stabilire in punto di ragionevolezza, la legittimità di distinzioni fondate sulla diversità di metodi procreativi o sull'orientamento sessuale dei componenti della coppia<sup>50</sup>. È ipotizzabile che una risposta possa giungere dalla Corte costituzionale che a breve dovrà decidere circa la richiesta di accesso al percorso di procreazione medicalmente assistita avanzata da due donne, dunque quanto alla ragionevolezza della distinzione su cui si fonda la legge 40 del 2004, che ne riserva l'accesso a coppie di sesso diverso in quanto trattamento sanitario che pone rimedio alla sterilità della coppia<sup>51</sup>.

Conclusivamente, va ammesso come la posizione volta ad individuare un diritto alla genitorialità non appare del tutto condivisibile,

---

perché uno tra i modi in cui il primo può essere realizzato è proprio rifiutandosi completamente di procreare».

<sup>48</sup> Sul punto v. B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte Edu: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *giudicedonna.it*, 1/2017, pp. 1 ss.; si vedano le riflessioni di S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, cit., p. 1173; ID., *La maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, parte III, pp. 1 ss.

<sup>49</sup> Corte cass. 19599/2016, par. 12, secondo cui una coppia dello stesso sesso è in una «situazione assimilabile a quella di una coppia di persone di sesso diverso cui sia stata diagnosticata una sterilità o infertilità assoluta e irreversibile».

<sup>50</sup> C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., pp. 131-132.

<sup>51</sup> V. Trib. Pordenone, ord. 2 luglio 2018, consultabile sul sito di [Articolo29.it](http://Articolo29.it), con commento di A. SCHILLACI, *Coppie di donne e p.m.a.: la legge n. 40/2004 torna alla Consulta. Il giudice a quo – adito con procedimento cautelare d'urgenza da una coppia di donne che si era vista rifiutare dalla locale Azienda Sanitaria l'accesso alla procreazione medicalmente assistita mediante fecondazione eterologa con donazione di seme – ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12, l. 40/2004, nella parte in cui limitano l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle sole coppie formate da persone di sesso diverso, per sospetto contrasto con gli artt. 2, 3, 31, co. 2, 32, co. 1, 117, co. 1, con parametro interposto artt. 8 e 14 CEDU.*

soprattutto se in assenza di un'attenta valutazione della posizione del minore coinvolto, e soprattutto se intesa come diritto di un adulto di creare un legame genitoriale<sup>52</sup>, poiché significherebbe ammettere l'esistenza di un diritto, ossia di una pretesa, che ha ad oggetto una persona, il bambino che dal progetto genitoriale nascerà<sup>53</sup>. In aggiunta, al rischio che ne risulti schiacciato *the best interests of the child*<sup>54</sup>, va considerato come di simile posizione giuridica soggettiva si stenti a trovare una garanzia assoluta nel nostro ordinamento<sup>55</sup>, non tanto in ragione dell'orientamento sessuale di chi ambisca a divenire genitore, ma in termini assoluti, come confermato dalla procedura di adozione che comunque richiede la valutazione di idoneità. Infatti, le stesse argomentazioni contrarie all'utilizzo di tecniche di procreazione assistita – quali ad esempio, la commercializzazione del corpo di una donna nel caso di maternità surrogata, di un minore, ma anche l'inserimento di un terzo soggetto nell'ambito di un progetto procreativo – non sembra trovino una configurazione autonoma laddove le coppie siano composte da persone dello stesso sesso, rientrando *ex se* nell'alveo di un terreno eticamente controverso.

### 3.3. *L'evoluzione della famiglia verso il pluralismo dei modelli*

Nella revisione complessiva degli assunti cui era pervenuta negli anni, la giurisprudenza si è confrontata con una progressiva modifica della nozione di famiglia originariamente intesa quale istituto unitario,

---

<sup>52</sup> Diversa è invece la valutazione laddove venga in causa il diritto del minore coinvolto «ad instaurare relazioni affettive stabili con entrambi i genitori». Così, Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit., «il diritto alla genitorialità, e ancor più alla bigenitorialità, è un diritto prima di tutto del minore ad instaurare relazioni affettive stabili con entrambi i genitori, sia quando lo stesso sia stato concepito biologicamente che a mezzo delle tecniche mediche di cui alla PMA, posto che anche in tali ultimi casi il figlio è generato in forza di un progetto di vita comune della coppia, etero o omosessuale, volto alla creazione di un nucleo familiare secondo un progetto di genitorialità condiviso».

<sup>53</sup> C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., p. 136, parla in proposito di un «diritto di non essere oggetto di diritti o pretese altrui»; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio*, cit., pp. 2990 ss.; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit.

<sup>54</sup> V. *infra*, par. 3.5. Sul tema la letteratura è ampia: v. almeno, v. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; L. LENTI, “Best interests of the child” o “best interests of children”?, in *NGCC.*, II, 2010, pp. 157 ss.

<sup>55</sup> *Contra* v. F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, cit., pp. 188 ss.

consolidandosi l'idea di una pluralità di nozioni di famiglia, al cui interno ogni singola vicenda si atteggia nel rispetto della libertà e dell'autonomia di quell'isola che il diritto può soltanto lambire<sup>56</sup>. Mutato è sembrato il ruolo del diritto cui «spetta di tutelare proprio tali rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di contemperare gli interessi eventualmente in conflitto, avendo sempre come riferimento il prevalente interesse dei minori», attraverso la concreta osservazione della quotidianità delle famiglie omogenitoriali<sup>57</sup> e con il superamento dell'essenzialità del requisito della discendenza biologica<sup>58</sup>.

### *3.3.1 La dissoluzione del nesso fra filiazione ed eterosessualità della coppia. Quale genere di genitorialità?*

Nell'analisi dei passaggi attraverso i quali è emersa l'evoluzione della nozione di famiglia, va evidenziata la definitiva archiviazione dell'idea per cui l'orientamento sessuale omosessuale di uno o di entrambi i genitori possa rappresentare, di per sé, condizione ostativa all'assunzione o al mantenimento della responsabilità genitoriale su un minore.

La questione in realtà era stata oggetto di posizioni controverse, sembrando comunque prevalente l'idea per cui si trattasse di una condizione personale che nessun pregiudizio può arrecare *ex se* sul minore, richiedendosi sempre e comunque una verifica *in concreto* circa l'adeguatezza e l'idoneità a crescere la prole. Così, già una decina di anni or sono, seguendo gli spunti provenienti dal contesto sovranazionale<sup>59</sup>, l'omosessualità del genitore non era stata ritenuta elemento

---

<sup>56</sup> Secondo la nota espressione di C.A. Jemolo.

<sup>57</sup> Si vedano le pronunce del Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, in particolare, per la decisione sul caso inglese, v. par. 4, p. 20.

<sup>58</sup> Secondo la Corte di Cassazione, «la discendenza biologica dei figli... non è più considerata requisito essenziale della filiazione» (Cass. 19599/2016 par. 12.1, p. 56).

<sup>59</sup> V. le pronunce della Corte Edu: *Salgueiro da Silva Mouta* (1999), in cui è stato escluso che l'orientamento omosessuale possa essere sufficiente a negare l'affidamento familiare e riconosciuta la discriminatorietà del trattamento. Cfr. pure i casi *Fretté* e *E.B.* (2002) risolti in senso opposto dalla Corte EDU; posto che la normativa nazionale (francese) consente l'adozione al *single*, negata nel caso in esame, in *E.B.*, la Corte ha riconosciuto la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. La Corte Edu ha poi riconosciuto la legittimità dell'adozione dei figli del proprio partner. Il caso appariva paradossale, in quanto, secondo la legislazione austriaca, ammettere l'adozione avrebbe fatto perdere i diritti alla madre naturale, con la compressione dei diritti del minore; v. anche il caso *X e altri c. Austria* (2013).

ostativo agli obiettivi della riforma sull'affidamento condiviso<sup>60</sup>, in quanto condizione ininfluyente e giuridicamente neutra, salvo che non mini o rischi di compromettere l'equilibrio psico-fisico del minore, analogamente a quanto accade in caso di eterosessualità dei genitori: «l'omosessualità infatti è una condizione personale e non certo una patologia, così come le condotte e le relazioni omosessuali non presentano, di per sé, alcun fattore di rischio o di disvalore giuridico, rispetto a quelle eterosessuali»<sup>61</sup>. Al contrario, costituisce “mero pregiudizio” ritenere che «sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale», dovendosi dimostrare in concreto l'eventuale dannosità di tale condizione del genitore nei confronti del minore, peraltro in analogia a quanto accade per ogni altra condizione ostativa all'idoneità genitoriale<sup>62</sup>. Infatti, «non è possibile sostenere l'esistenza di un principio costituzionale fondamentale [...] idoneo ad impedire

<sup>60</sup> Legge 54/2006. Cfr. Trib. Bologna, 15.7.2008, su cui E. FALLETTI, *Genitore omosessuale e affidamento condiviso*, in *Giur. It.*, 2009, p. 5.

<sup>61</sup> Cfr. Trib. Napoli, 18.12.1984, *Dir. Fam.*, 1985, 229; Trib. Napoli, 28.6.2006, *Corr. Mer.*, 2006, 8-9, 984, confermato da App. Napoli, 11.4.2007, n. 1067, *Corr. Mer.*, 2007, 6, 701, confermata da Cass. Civ. sez. I 18.6.2008, n. 16593, *Giust. civ. mass.*, 2008, 6, 974, in *Foro it.*, 2008, 9, 2446, in *Vita not.*, 2008, 3, 1443; Trib. Min. Catanzaro, 27.5.2008, in *Fam. Min.*, 2008, 10, 86; Trib. Bologna, 7-15.7.2008, in *Fam. Min.*, 9, p. 78, con nota di G. Vaccaro; sul diniego dell'affido condiviso anche in conseguenza dei sentimenti discriminatori e di forte pregiudizio nei confronti del (presunto) orientamento omosessuale dell'altro genitore cfr. M. MANTOVANI, (*Presunta*) omosessualità di un genitore, idoneità educativa e rilievo della conflittualità ai fini dell'affidamento, in *Nuova giur. civ.*, 2009, 1, p. 70; Cass. Civ., I, sez., 25.7.2007, n. 16417, in *NGCC*, 2, 2008, p. 271. V. anche Trib. Nicosia, ord. 14.2.2010, secondo cui «l'eventuale relazione omosessuale della madre, laddove non comporti pregiudizio per la prole, non costituisce ostacolo all'affidamento esclusivo dei minori e alla individuazione della dimora degli stessi presso l'abitazione della madre» e Cass. Civ. 11.1.2013 n. 601, che richiede la prova delle supposte negative ripercussioni sul minore, su cui v. L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra “pregiudizi” e interesse del minore*, in *Corr. Giur.*, 7, 2013, pp. 893-895; F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*, in *Fam. dir.*, 6, 2013, pp. 572 ss.; M. WINKLER, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*, in *Giur. it.*, 2013, pp. 1038-1041; L. FRANCO, *Il gesso di Ettore: dalla tradizione al cambiamento antropologico. Coppie omosessuali tra affidamento e adozione*, in *NGCC*, 2013, pp. 506-522. V. anche Trib. Genova, 30.10.2013 (che ha rifiutato l'affido esclusivo alla madre in ragione dell'omosessualità del padre), consultabile sul sito di [Articolo29.it](http://Articolo29.it), con un commento di D. AMRAM, *Omogenitorialità: le questioni rilevanti e quelle irrilevanti (nota a Tribunale di Genova, 30 ottobre 2013)*, e le pronunce del Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, cit.

<sup>62</sup> Cass. 601/2013, ripresa da 19599/2016 par. 12.1, p. 55, par. 12.1, p. 53. Recentemente, v. anche Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit.

l'ingresso in Italia dell'atto di nascita [...] in ragione di una asserita preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso (unite da uno stabile legame affettivo) di accogliere, di allevare e anche di generare figli»<sup>63</sup>.

A dover essere valutate, sono infatti le *concrete* relazioni di affetto e cura e il rapporto affettivo instauratosi con il minore che si concretizza nei *best interests of the child*; sorge così la “pretesa” che l'inidoneità all'affidamento da parte di coppie *same-sex* sia motivata e non semplicemente (pre)supposta, diversamente ammettendosi l'ingresso di considerazioni etico-morali in seno ad argomentazioni che dovrebbero invece avere natura strettamente giuridica<sup>64</sup>.

Può dirsi così definitivamente superata la isolata posizione che, una decina di anni or sono, aveva interpretato come necessaria l'eterosessualità del legame fra i genitori<sup>65</sup>. Nonostante l'istanza fosse stata presentata da uno solo dei componenti della coppia<sup>66</sup>, il Tribunale aveva richiamato il matrimonio quale requisito irrinunciabile per

---

<sup>63</sup> Cass. 19599/2016, par. 12.1, p. 53, che conferma «che le coppie omosessuali ben possano adeguatamente accogliere figli e accudirli». La Cass., sez. I civ., 12962/2016, cit., ha consentito il ricorso all'adozione in casi particolari, in coppie omosessuali, ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. d), l. 184/1983.

<sup>64</sup> Trib. Min. Roma, 30.7.2014, cit., su cui v. M. GATTUSO, *Tribunale per i minorenni di Roma*, cit.; App. Roma, 23.12.2015, cit.; Trib. Min. Roma, 22.10.2015, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#); App. Torino, 27.06.2016, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#), con il commento di A. SCHILLACI, *Dalla Corte d'appello di Torino nuova conferma alla stepchild adoption per le famiglie arcobaleno*. Questa decisione ha riformato l'esito cui era giunto il giudice di prime cure che aveva persino ritenuto “eversiva” un'interpretazione volta a riconoscere giuridicamente il legame affettivo già esistente. Viene confermato l'orientamento per cui l'impossibilità di affidamento preadottivo – ritenuta dall'art. 44, lett. d) presupposto per l'adozione speciale – va intesa non soltanto in senso materiale, o comunque connessa allo stato di abbandono, ma anche come impossibilità giuridica data, nel caso di specie, dalla presenza di un genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale, in linea con la necessità di garantire tutele alle situazioni familiari di fatto. Così anche la giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. I civ., 26.5.2016, n. 12962, cit.

<sup>65</sup> Si tratta del già richiamato provvedimento che ha rifiutato la trascrizione di un provvedimento di adozione emesso anni prima da una corte statunitense a favore di due persone dello stesso sesso regolarmente coniugate: v. Trib. Min. Brescia, 26.9.2006, cit. Sul tema v. F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, cit., pp. 163 ss., e M. WINKLER, *Le unioni same-sex straniere in Italia dopo la sentenza n. 138/2010: indicazioni per i giudici*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex*, cit.

<sup>66</sup> Probabilmente nella consapevolezza che presentare la richiesta come coppia *same-sex* avrebbe avuto un esito negativo alla luce del non riconoscimento del legame in Italia, il coniuge italiano aveva agito individualmente.

l'adozione<sup>67</sup> e, visto il non riconoscimento in Italia del *same-sex marriage*, ritenuto il provvedimento straniero contrario ai «nostri principi etici e sociali». L'idea del matrimonio o comunque della coppia eterosessuale, anche di fatto, come l'unico modello capace in assoluto di crescere il minore, anche per la supposta instabilità della coppia *same-sex*<sup>68</sup>, oltre a non essere stata in alcun modo dimostrata, risultava così sganciata da qualsiasi valutazione del reale interesse del minore, in un anacronistico tentativo di arroccarsi su posizioni ideologizzate e ammettendo, per una loro difesa, anche il sacrificio dell'interesse del minore<sup>69</sup> che, a seguito della pronuncia, si era visto negare giuridicamente un legame con quelli ritenuti, fino a quel momento, i propri genitori, e dei quali aveva peraltro assunto il cognome (in conformità alle regole dell'ordinamento statunitense). Una delle motivazioni della sentenza rimaste inesprese era stata rintracciata nel timore che un eventuale accoglimento della questione avrebbe potuto incoraggiare una sorta di “turismo familiare” verso paesi che ammettono la possibilità di adottare o di accedere a tecniche di fecondazione medicalmente assistita anche alle coppie dello stesso sesso. Tuttavia, pure riconosciuto tale possibile rischio, si sarebbe dovuto ragionevolmente ritenere non sufficiente a giustificare la compressione dell'interesse del minore coinvolto nel caso concreto, sulla base di un presunto e non dimostrato contrasto con l'ordine pubblico<sup>70</sup>. Ad ogni modo, una simile analisi, che attiene più alla politica del diritto che al diritto degli affet-

<sup>67</sup> Art. 6, l. 184/1983, anche alla luce delle modifiche introdotte con la l. 149/2001.

<sup>68</sup> Peraltro, nel caso di coppie *same-sex* la “non stabilità” del rapporto di coppia era una forzata conseguenza dell'assenza di qualsiasi forma di riconoscimento giuridico.

<sup>69</sup> V. Trib. Min. Milano, decr. 2.11.2007, in *Fam. min.*, 3, 2008, p. 86, che correttamente analizza quale sia la soluzione migliore per l'interesse dei minori, disinteressandosi dell'orientamento sessuale delle genitrici coinvolte.

<sup>70</sup> M. WINKLER, *Omogenitorialità e diritto internazionale privato*, cit., p. 119, sottolinea che laddove l'interesse del minore imponga il riconoscimento di legami familiari anche in spregio alla legge nazionale o alla clausola di ordine pubblico, il caso dovrebbe essere risolto disapplicando la norma di conflitto e consentendo un'adesione del diritto «evidentemente inadeguato, alle odierne realtà familiari». S. NICCOLAI, *Di amo alla maternità quel che le spetta*, cit., p. 210 ss. Nel contesto di coppie *same-sex*, l'autrice sostiene che sarebbe più appropriato, da parte della giurisprudenza, chiedersi se siano di ordine pubblico le norme che nell'ordinamento italiano presuppongono la diversità di sesso della coppia genitoriale. Se si fosse ritenuto che sono norme di ordine pubblico, l'atto di nascita che riporta due genitori dello stesso sesso non potrebbe trasciversi, in violazione dell'interesse del minore, al punto da profilare una questione di costituzionalità o la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme *de qua*.

ti, appare in contrasto con il «diritto del minore ad una famiglia» sancito dalla legge 149/2001, la cui *ratio* dovrebbe essere di garantire al minore – che per essere stato dichiarato adottabile ha già subito un abbandono – la stabilità familiare. Nello specifico, la lettura marcata ideologica fatta propria dal Tribunale – in senso contrario a vicende analoghe che hanno interessato *single* o coppie di fatto eterosessuali che dopo aver adottato in paesi esteri, avevano richiesto (e ottenuto) il riconoscimento del provvedimento in Italia<sup>71</sup> – è emersa nella considerazione per cui «il nostro paese non è preparato a una sana convivenza con le realtà “atipiche”»<sup>72</sup>. Per quanto non omologabili al modello familiare statisticamente prevalente, di queste “realità atipiche” va ricordata l’analoga idoneità all’educazione ed alla cura dei minori, come attestato dagli studi in materia<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Trib. Brescia, decr. 31.10.2006; App. Roma, ord. 25.9.1993, in *Fam. Dir.*, 1994, pp. 48 ss.; App. Roma, decr. 28.11.1994, in *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 172; Cass. civ., sez. I, 21.7.1995, n. 7950, in *Fam. Dir.*, 1995, pp. 536 ss. Questo sembra dimostrare come, pur in presenza di un legame non giuridicizzato, aspetto che potrebbe implicare il rischio della non stabilità, il giudice abbia tenuto conto delle circostanze concrete, *in primis* dell’interesse del minore ad avere una famiglia. Pare poter riconoscere pertanto come a determinare la diversità di esito rispetto al caso del matrimonio *same-sex* sia stata la differenza di sesso degli aspiranti adottanti, che ha di fatto comportato un trattamento sfavorevole sulla base dell’orientamento sessuale.

<sup>72</sup> Cfr. il commento di S. PASCASI, *Contrario all’ordine pubblico riconoscere come genitori una coppia omosessuale*, a Trib. Min. Brescia, 26.9.2006, cit.

<sup>73</sup> Dagli studi condotti in altri contesti non emerge che crescere in una famiglia omogenitoriale costituisca un fattore negativo per un minore. V. le ricerche dell’American Psychological Association, *Sexual orientation, parents, and children* (2004), consultabile sul sito dell’*APA*; *The children of same sex couples* (2011), consultabile sul sito dell’*APA*; *APA on children raised by gay and lesbian parents* (2012), consultabile sul sito dell’*APA*. Numerosi e significativi iniziano ad essere gli studi, anche nel contesto interno; A. CADORET, *Genitori come gli altri. Omosessualità e genitorialità*, Milano, 2008; F. FERRARI, *Famiglia inattesa. I genitori omosessuali e i loro figli*, Milano, 2015; S. GOLOMBOK, *Famiglie moderne. Genitori e figli nelle nuove forme di famiglia*, Milano, 2016; N. CARONE, *In origine è il dono. Donatori e portatrici nell’immaginario delle famiglie omogenitoriali*, Milano, 2016; D. DETTORE, A. PARRETTA (a cura di), *Crescere nelle famiglie omosessuali. Un approccio psicologico*, Roma, 2013; E. RUPPINI, S. LUCIANI (a cura di), *Nuovi genitori*, Roma, 2010; A. TAURINO, *Famiglie e genitorialità omosessuali. Costrutti e riflessioni per la disconferma del pregiudizio omofobico*, in *Rivista internazionale di filosofia e psicologia*, vol. 3 (2012), n. 1; G. PRATI, L. PIERANTONI, *Sviluppo e omogenitorialità: una rassegna di studi che hanno confrontato famiglie omosessuali e eterosessuali*, in *Rivista sperimentale di freniatria*, 132, 2, 2008; R. BAIOTTO, F. SANTAMARIA, S. IOVERNO, C. PETRACCA, P. BIONDI, F. LAGHI, S. MAZZONI, *Famiglie composte da genitori gay e lesbiche e famiglie composte da genitori eterosessuali: benessere dei bambini, impegno nella relazione e soddisfazione diadica*, in *Infanzia e Adolescenza*, 2013, vol.12, n. 2, pp. 99-112, consultabile sul sito [Infanziaeadolescenza.it](http://Infanziaeadolescenza.it); S. D’AMORE, A. SIMONELLI, M. MISCIOSCIA, *La qualità delle interazioni triadiche nelle famiglie lesbo-genitoriali: uno stu-*



Recentemente, anche il giudice di legittimità ha richiamato l'indifferenza della cornice giuridica del rapporto tra i genitori rispetto alle vicende relative allo status di figlio, ritenendo che «l'elemento di discriminazione rappresentato dalla diversità di sesso tra i genitori – che è tipico dell'istituto matrimoniale – non può giustificare una condizione deteriore per i figli né incidere negativamente sul loro status»<sup>74</sup>.

---

*dio pilota con la procedura del Lausanne Trilogue Play*, in *Infanzia e Adolescenza*, 2013, vol. 12, n. 2, pp. 113-127, consultabile sul sito [Infanziaeadolescenza.it](http://Infanziaeadolescenza.it); R. BAIOTTO, S. IOVERNO, *Omogenitorialità e benessere dei bambini e delle bambine: confusione dell'identità di genere o confusione dell'ideologia del gender?*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, 2016, 43, pp. 85-88; R. BAIOTTO, F. SANTAMARIA, S. IOVERNO, L. FONTANESI, E. BAUMGARTNER, F. LAGHI, V. LINGIARDI, *Lesbian mother families and gay father families in Italy: Family functioning, dyadic satisfaction, and child well-being*, in *Sexuality Research and Social Policy*, 2015, vol. 12, n. 3, pp. 202-212; R. BAIOTTO, N. CARONE, V. LINGIARDI (a cura di), *La famiglia da concepire. Il benessere dei bambini e delle bambine con genitori gay e lesbiche*, Roma, 2017; P. BASTIANONI, C. BAIAMONTE (a cura di), *Le famiglie omogenitoriali in Italia*, Reggio Emilia, 2015; A.M. SPERANZA, *I ragazzi stanno bene, nonostante le controversie ideologiche*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, 2016, 43, pp. 169-174; P.R. AMATO, *The well-being of children with gay and lesbian parents*, in *Social Science Research*, 2012, 41(4), pp. 771-774; N. CARONE, R. BAIOTTO, V. LINGIARDI, *Italian gay fathers' experiences of transnational surrogacy and their relationship with the surrogate pre- and post-birth*, in *Reproductive BioMedicine Online*, 2017, 34, pp. 181-190; N. CARONE, R. BAIOTTO, S. IOVERNO, A. CHIRUMBOLO, V. LINGIARDI, *Same-sex parent families in Italy: Validation of the Coparenting Scale-Revised for lesbian mothers and gay fathers*, in *European Journal of Developmental Psychology*, 2017, 14, pp. 367-379; A.L. FEDEWA, W.W. BLACK, S. AHN, *Children and adolescents with same-gender parents: A meta-analytic approach in assessing outcomes*, in *Journal of GLBT Family Studies*, 2015, 11, pp. 1-34; V. LINGIARDI, N. CARONE, *Lesbian mothers, gay fathers: an inconceivable conception?*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, 2016, 43, pp. 57-80; S. D'AMORE, R. BAIOTTO, *La transition vers la parentalité des familles homoparentales: Recherche et implications cliniques*, in *Cahiers Critiques de Therapie Familiale et de Pratiques de Reseaux*, 2014, 52, pp. 41-56.

<sup>74</sup> Cass. 19599/2016, par. 12.1, pp. 54-55. In proposito, si veda la pronuncia della Corte di Appello di Venezia, riformata dalla Cass. 14878/2017. Come ricorda, S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri*, cit., nella nota di commento a Cass. 14878/2017, «Non si tratta, dunque, di una giurisprudenza che si sostituisce al legislatore nell'affermazione di tutele negate alle famiglie arcobaleno dalla discussione parlamentare, ma dell'interpretazione sistematica della ricordata disposizione, alla luce della fondamentale considerazione per cui escludere, al contrario, la parte unita civilmente dall'adozione del figlio dell'altra parte, mentre l'eccezione non potrebbe applicarsi alle coppie formate da persone dello stesso sesso conviventi, ma non unite civilmente, si risolverebbe in primo luogo in un irragionevole trattamento deteriore di quelle formazioni sociali che, pur specifiche, assicurano una garanzia di stabilità comparabile al matrimonio. Condurrebbe, inoltre, ad una discriminazione rispetto alla condizione dei figli di queste persone, incompatibile col principio per cui lo status del figlio è insensibile al vincolo eventualmente sussistente tra i genitori, affermato da Corte Cost. 13 maggio 1998, n. 166 ed alla cui attuazione

Per quanto vada ammesso che la questione della tutela giuridica per le coppie omosessuali prescinda e differisca da quella relativa alla genitorialità omosessuale che preesiste e non segue (tanto meno necessariamente) la prima, in occasione dell'introduzione delle unioni civili con la l. 76 del 2016 si era riproposto un acceso dibattito; parte della dottrina, infatti, già da tempo aveva tentato di tracciare un nesso immediato tra filiazione ed eterosessualità della coppia<sup>75</sup> e gli spunti erano stati ripresi dal dibattito pubblico e parlamentare. Così, tra le motivazioni contrarie all'introduzione delle unioni civili erano state evocate le "pericolose derive" che sarebbero seguite al riconoscimento della *step-child adoption* all'interno del testo sulle unioni civili, ossia l'adozione e l'accesso alla procreazione medicalmente assistita. Peraltro, con un'operazione di controcampo, parimenti discutibile, l'argomento della genitorialità era già stato utilizzato per negare l'ammissibilità del "matrimonio omosessuale", sottolineando che l'istituto sarebbe "naturalmente" finalizzato alla procreazione. Sulla base dell'«essenziale fecondità»<sup>76</sup> quale caratteristica del matrimonio, veniva dunque motivata la preclusione alle coppie *same-sex*, posto che l'identità di sesso degli aspiranti coniugi non consente di procreare "naturalmente" al proprio interno<sup>77</sup>. Ricordare come l'accesso al ma-

---

tende la riforma dettata con l. 219/2012 e d.lgs. 154/2013, sulla parificazione degli *status filiationis*».

<sup>75</sup> Dal combinato disposto degli artt. 29, 30, 31 Cost., A. SINAGRA, *Matrimonio omosessuale validamente celebrato all'estero ed ordine pubblico italiano*, in *Giur. merito*, 2006, 2, 1, p. 624, fa derivare che la famiglia tutelata dalla Costituzione è quella «finalizzata alla procreazione e dunque fondata sulla diversità di sesso». Nello stesso senso, M. CASINI, M. L. DI PIETRO, *Il matrimonio tra omosessuali non è un vero matrimonio*, in *Giur. merito*, 2006, 2, pt. 1, pp. 616 ss.; F. D'ANGELI, *Il fenomeno delle convivenza omosessuali: quale tutela giuridica?*, Padova, 2003, p. 12.

<sup>76</sup> A. MORO, *Appunti sull'esperienza giuridica: lo Stato 1946-1947*, Bari, Laterza, 1978, pp. 254-255; F. D'AGOSTINO, *Le coppie omosessuali: problema per i giuristi*, in *Iustitia*, 1994, I, pp. 80-81, per il quale «la convivenza omosessuale – per il solo fatto di non poter essere obiettivamente aperta alla finalità procreativa – non possiede alcun rilievo pubblico; va socialmente rispettata, come relazione interpersonale ... ma non merita di essere riconosciuta istituzionalmente, né di essere tutelata dal diritto».

<sup>77</sup> V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della "libertà"*, in *federalismi.it*; F. D'ANGELI, *Il fenomeno delle convivenza omosessuali*, cit., p. 12; A. SINAGRA, *Matrimonio omosessuale validamente celebrato all'estero*, cit., 624; M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *Il matrimonio tra omosessuali non è un vero matrimonio*, cit., pp. 616 ss.; sul tema v. M. MANETTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione* e B. LIBERALI, *Eterosessualità e funzione procreativa del matrimonio: un argomento supe-*

trimonio delle coppie formate da persone dello stesso sesso non avrebbe comunque comportato, tanto meno necessariamente, una loro diretta e immediata legittimazione ad adottare<sup>78</sup> o ad accedere alle tecniche di fecondazione assistita<sup>79</sup> può aiutare a evidenziare la debolezza di simile posizione, tuttavia fatta propria dalla Corte costituzionale<sup>80</sup>.

Al di là della diversità dei ruoli di genere, riflessione che meriterebbe un approfondimento a sé stante<sup>81</sup>, la prospettiva della genitoria-

*rabile dalla Corte costituzionale*, entrambi in G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, R. BIN, P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Torino, 2010 (rispettivamente, pp. 214 ss. e pp. 207 ss.); J. LONG, *Essere genitori LGBTI*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Equality and Justice*, 2011, pp. 127 ss.

<sup>78</sup> Come ben noto, è infatti previsto un filtro che consiste nella valutazione dell'idoneità della coppia, ex L. 184/1983.

<sup>79</sup> Occorre infatti ricordare che la legge 40/2004 impone espressamente la diversità di sesso degli aspiranti genitori che chiedono di accedere a tecniche di p.m.a. (consentendola peraltro alle coppie eterosessuali anche se non unite in matrimonio). Sulla legge 40, è intervenuta a più riprese la Corte costituzionale che, da ultimo, ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa (sent. 162/2014). Resta da verificare se, all'indomani dell'approvazione della legge 76 (e della cd. “clausola di equivalenza” ex comma 20, art. 1), vi siano profili di illegittimità nella preclusione alla fecondazione eterologa di coppie di donne giuridicamente riconosciute, mentre risultano ammesse coppie di fatto composte da persone di sesso diverso il cui rapporto non risulti giuridicamente costituito. Su questo punto, v. Trib. Pordenone, ord. 2.7.2018, cit., di rinvio alla Corte. Secondo Trib. Pisa, ord. 15.3.2018, anch'essa di rinvio alla Corte, alla base dell'impossibilità di leggere il termine “genitori” in modo neutrale, e non come padre e madre, vi è anche l'analogia concettuale fra l'istituto della filiazione e quello del matrimonio. Su questo, va ricordato come la stessa Corte cost. 138/2010 ha ritenuto che l'ordinamento recepisce la nozione tradizionale e millenaria, la quale presuppone la diversità di sesso; inoltre, nell'agganciare il matrimonio all'art. 29, in funzione della finalità procreativa, e la tutela delle coppie *same-sex* all'art. 2, la Consulta ha di fatto tracciato la strada per l'ingresso del doppio binario di riconoscimento poi sancito con la l. 76/2016 che infatti inquadra le unioni civili come “formazione sociale specifica”, distanziandole rispetto alla nozione di famiglia ex art. 29 Cost., per quanto un riferimento, sia pure isolato, sia in essa espressamente contenuto (co. 12, art. 1, quanto al concordare tra le parti «l'indirizzo della vita familiare»).

<sup>80</sup> V. Corte cost. 138/2010, per quanto l'individuazione della finalità del matrimonio nella procreazione si scontra con il dato per cui non vengono eseguite indagini sulla capacità e la volontà delle coppie che intendono sposarsi di fare figli e il matrimonio è legittimo anche quando fini procreativi vadano esclusi in partenza, come nel caso del cambiamento del sesso, di unione di persone in età avanzata o di sterilità di uno dei coniugi).

<sup>81</sup> Benché affrontare la questione della genitorialità omosessuale contribuisca ad allentare la rigidità dei ruoli di genere all'interno del modello tradizionale di famiglia, in USA nelle coppie gay vi sono stati molti casi di ritiro dal lavoro per dedicarsi alla famiglia, con una riproduzione dei ruoli tradizionalmente presenti nel modello di famiglia “classica”. V. *apa.org*. V. T.J. BIBLARZ, J. STACEY, *How does the gender of parents matter?*, in *Journal of Marriage and Family*, 2010, 72, pp. 3-22; M. FULCHER, E.L. SUTFIN, C.J. PATTERSON, *In-*

lità come connessa alla eterosessualità del legame affettivo interno alla coppia suggerisce di analizzare la questione sotto il profilo delle “regole di genere” che, in un primo momento, postulavano in modo automatico e non messo in discussione, un unico modello come capace di garantire la crescita e lo sviluppo armonico della personalità del minore nel contesto affettivo della comunità familiare. Questa “regola” appariva radicata al punto che i giudici sembravano quasi non percepire la necessità di addurre motivazioni che escludessero ipotesi alternative, quasi spingendosi a ritenere implicita la condizione di eterosessualità per la creazione di un regime di filiazione<sup>82</sup>. Allo stesso modo sembra doversi leggere il richiamo alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio (eterosessuale) che vale a differenziarlo rispetto all’unione omosessuale<sup>83</sup>.

In senso diametralmente opposto, la recente giurisprudenza ha decisamente archiviato simile posizione e riconosciuto che la diversità di sesso dei genitori non può più essere considerata un elemento fattuale necessario al riconoscimento di legami genitoriali. Questo conferma, come in un rapporto circolare di mutua e reciproca influenza, il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere<sup>84</sup>. Infatti, le “regole di genere”, per propria natura mutevoli sulla base della società e del contesto storico di riferimento, in un primo momento assunte quali re-

---

*dividual differences in gender development: Associations with parental sexual orientation, attitudes, and division of labor*, in *Sex Roles*, 2008, 58, pp. 330–341; D.P. SULLINS, *Sample Errors Call Into Question Conclusions Regarding Same-Sex Married Parents: A Comment on “Family Structure and Child Health: Does the Sex Composition of Parents Matter?”*, in *Demography*, 2017, pp. 1-9.

<sup>82</sup> Non sembra di dover spendere parole nel precisare che ciò significherebbe affermare la “minorità” umana, sociale, oltre che giuridica, delle persone omosessuali e delle coppie *same-sex*. Sulla *deminutio* della coppia composta da persone dello stesso sesso, G. DE CRISTOFORO, *Le “unioni civili” tra coppie dello stesso sesso: note critiche*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, 1, p. 68; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili*, in *Pol. Dir.*, 2017, 1, p. 17 che tuttavia le qualifica come famiglia anche se prive di figli.

<sup>83</sup> Pt. 9 CID, Corte cost. 138/2010. In senso critico, v. P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *St. iuris*, 2010, 10, pp. 997 ss.; B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 2715 ss. Sul punto, v. R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex*, cit.

<sup>84</sup> B. PEZZINI (a cura di), *Genere e Diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Bergamo, 2012.

gole giuridiche immutabili e universalmente valide per ogni persona anche a fronte della necessità di garantire una continuità a rapporti affettivi esistenti e consolidati<sup>85</sup>, hanno poi subito una decisa sterzata nel considerare le realtà omogenitoriali come altrettanto idonee alla crescita del minore, conformando a partire dalla realtà, il diritto, sia pure attraverso (ancora) il (solo) formante giurisprudenziale. Se il ruolo delle regole giuridiche è quello di porsi come strumento generale e astratto, va però considerato come vadano impedito differenziazioni non sorrette da ragionevolezza e garantito il rispetto della dignità individuale e dell'uguaglianza a prescindere dalle proprie condizioni personali e sociali<sup>86</sup>.

Va constatato come il tema venga certamente influenzato dalle posizioni secondo cui la «genitorialità [è] costruita sulla doppia figura genitoriale del padre e della madre, figura che è l'unica, in assoluto, capace di assicurare nella complementarietà dei sessi sul piano affettivo ed educativo, lo sviluppo armonico della personalità del minore in tutti i suoi aspetti, ivi compreso il processo di maturazione sessuale»<sup>87</sup>. Affermare che «l'ancoraggio fisico della paternità in un corpo maschile e della maternità in un corpo femminile costituisce un dato di fatto irriducibile e strutturante da cui non si deve prescindere»<sup>88</sup> non appare tuttavia condivisibile se ciò significhi che maternità e paternità devono forzatamente realizzarsi all'interno di una coppia di persone di sesso diverso<sup>89</sup>. Infatti, la filiazione naturale all'interno della coppia eterosessuale andrebbe considerata una sorta di «schema-base», a cui è possibile derogare facendo ricorso a metodi alternativi di creazione di un legame, umano, sociale e giuridico, di filiazione. La disciplina giuridica della filiazione nell'ambito di un rapporto omosessuale non costituirebbe dunque il totale travolgimento di un presupposto naturale e antropo-ontologico della filiazione<sup>90</sup>, ma una scelta che consentirebbe

<sup>85</sup> Trib. Min. Brescia, 26.9.2006, cit.

<sup>86</sup> V. B. PEZZINI, *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex*, cit., pp. 110.

<sup>87</sup> F. D'ANGELI, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali*, cit., p. 22.

<sup>88</sup> L. SCARAFFIA, Introduzione a *Identità e genere*, Quaderni di Scienza & Vita, 2, 2007, p. 9.

<sup>89</sup> V. N. CARONE, *In origine è il dono*, cit. L'autore avanza la riflessione nella prospettiva della decostruzione e ricostruzione del paradigma edipico in cui maternità e paternità, pur rimanendo identificabili sul piano delle capacità genitoriali (e delle identificazioni di genere), vengono slegate dai corpi.

<sup>90</sup> S. COTTA, *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Milano, 1997, p. 112.

di porre rimedio alla compressione di un diritto senza dubbio meritevole di tutela, intendendosi soprattutto non il diritto alla genitorialità *ex se* considerato, ma il diritto alla tutela di chi già sia genitore e del minore coinvolto.

L'apertura al riconoscimento di legami omogenitoriali deve peraltro fare i conti con le modalità attraverso cui si è realizzata la genitorialità<sup>91</sup>, e dunque con la diversità di apporto del corpo femminile e maschile alla procreazione, posto che si nasce esclusivamente da un corpo di donna e che la relazione materna rappresenta, sempre e comunque, la sola via attraverso cui si viene al mondo<sup>92</sup>.

### *3.3.2. Le nuove nozioni di maternità, paternità, genitorialità: l'archiviazione del nesso biologico e la "genitorialità per consenso"*

Un punto che emerge dall'analisi delle recenti pronunce in tema di omogenitorialità riguarda la revisione delle nozioni giuridiche di genitorialità, di maternità, di paternità, da cui discendono diritti, *in primis* verso la pubblica autorità, e doveri, in primo luogo nei confronti dei figli. La giurisprudenza sembra aver preso atto di come i concetti presupposti o risultanti dal codice civile e dall'intero impianto legislativo risultano in gran parte inadeguati alle famiglie omogenitoriali. Ne è così scaturita una riflessione sulla non attualità delle categorie domestiche, che spesso risultano inapplicabili in quanto pensate sulla base di conoscenze tecnico-scientifiche non più attuali e su presupposti ideologici e valoriali ben diversi, spingendo verso un loro generale ripensamento. Si pensi all'idea, data per scontata al momento della stesura del codice civile, per cui la procreazione fosse possibile soltanto per vie "naturali"<sup>93</sup>, messa in discussione dai progressi della scienza che, nel rendere possibile la fecondazione *in vitro*, consente di pre-

---

<sup>91</sup> In termini critici, S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., p. 210; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio*, cit., pp. 2990 ss.; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit., rilevano l'indifferenza della giurisprudenza sul come i bambini sono nati. V. *infra*, par. 5.

<sup>92</sup> S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit.

<sup>93</sup> Ossia, nell'ambito dell'incontro sessuale fra un uomo e una donna. Questo termine viene utilizzato nella consapevolezza del suo potenziale disvalore simbolico per le coppie *same-sex*, considerate cosa altra rispetto alle famiglie cd. "naturali". F. REMOTTI, *Contro natura*, Roma-Bari, 2008.

scindere dalla stessa esistenza di una coppia e dall'atto sessuale<sup>94</sup>. Si pensi ancora all'unicità e alla certezza della condizione di madre, dato giuridicamente non messo in discussione, in quanto regola pensata senza che fossero all'orizzonte le evoluzioni scientifiche che hanno consentito una moltiplicazione (o frammentazione?) delle figure materne – madre biologica, madre genetica, madre sociale o intenzionale, madre gestazionale<sup>95</sup> – riconosciuta dalla giurisprudenza<sup>96</sup>.

Queste considerazioni vanno contestualizzate tenendo conto di come le coppie formate da persone dello stesso sesso introducono un elemento di totale discontinuità con l'idea di famiglia intesa dalla tradizione come “naturalmente” fondata sull'unione matrimoniale fra uomo e donna, chiedendo un ripensamento complessivo delle regole. In assenza di riferimenti normativi, i giudici hanno riconosciuto la compatibilità con l'ordine pubblico della genitorialità diversa da quella biologica, ammettendo, nell'interesse del figlio, che a svolgere il compito di madre, sia anche chi è priva della qualifica di partoriente<sup>97</sup>. Così, in tema di trasmissione del doppio cognome, è stata applicata anche in caso di riconoscimento del secondo genitore dello stesso sesso, la normativa sul riconoscimento successivo del padre (art. 262, co. 2, c.c.)<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> L. CHIEFFI, *Nuove frontiere della medicina della riproduzione nel confronto tra alcune esperienze giuridiche. Ritardi e inadeguatezza della legislazione italiana*, in ID. (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità*, cit., pp. 16 ss.; S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, 2017.

<sup>95</sup> In proposito, si ricordino le parole della Corte di Cassazione (Cass. 19599/2016), secondo cui «quello enunciato dal terzo comma dell'art. 269 c.c. ha costituito per millenni un principio fondamentale (*mater semper certa est*), idoneo a fotografare gli effetti, sul piano del diritto, della piena coincidenza in una sola donna di colei che partorisce e di colei che trasmette il patrimonio genetico. Questa coincidenza tuttavia nel tempo è divenuta non più imprescindibile, per via dell'evoluzione scientifico-tecnologica che ha reso possibile scindere la figura della donna che ha partorito da quella che ha trasmesso il patrimonio genetico grazie all'ovulo utilizzato per la fecondazione». V. B. PEZZINI, nell'introduzione al Focus su *Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, in *Genius*, 2017, 2, pp. 6-11 e in *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, parte II, pp. 183 ss.

<sup>96</sup> Così, «è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia è figlio di due madri (una che lo ha partorito, e l'altra che ha donato l'ovulo)» (Cass., 19599/2016, par. 11.1, p. 52).

<sup>97</sup> Trib. Napoli, 11 novembre 2016, cit., pp. 6-7.

<sup>98</sup> Si tratta delle decisioni Trib. Torino, decr. 21.5.2018; Trib. Torino, 11.6.2018, consultabili sul sito di [Articolo29.it](http://Articolo29.it), con il commento di M. GATTUSO, *Comune di Torino sulla iscrizione di due mamme o papà negli atti di nascita: non è una forzatura giuridica*; Si rinvia

Le recenti decisioni si sono indirizzate verso l'archiviazione del paradigma genetico/biologico come elemento indiscutibile e imprescindibile nella costituzione dello stato giuridico di figlio (e dunque di genitore)<sup>99</sup>, giungendo a dichiarare del tutto irrilevanti le circostanze del parto – una delle prove della maternità<sup>100</sup> – ai fini della trascrizione del provvedimento straniero<sup>101</sup>.

Interessante anche notare come nelle pronunce abbiano altresì trovato ingresso espressioni e termini che provengono dalle scienze sociali; si pensi ai concetti di genitorialità, maternità o paternità socia-

---

sul punto, ID., *Un bambino e le sue mamme*, cit.; ID., *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, cit., p. 266. Il Tribunale di Torino espressamente sostiene che non ha carattere preclusivo che il codice civile si riferisca al “padre”, rilevando che «deve trovare applicazione l'art. 262 c.c. anche al caso di specie, ancorché il riconoscimento successivo sia stato effettuato non dal padre, in conformità alla littera legis, bensì dall'altra genitrice di sesso femminile», dovendosi applicare la disposizione in via analogica alla “seconda madre”. Così, anche Trib. Bologna, 6 luglio 2018.

<sup>99</sup> App. Trento, ord. 23.2.2017, cit., secondo cui l'insussistenza di un legame genetico tra i minori e il padre non è di ostacolo al riconoscimento di efficacia giuridica al provvedimento straniero: infatti, è da escludere «che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato; all'opposto deve essere considerata l'importanza assunta a livello normativo dal concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato; la favorevole considerazione da parte dell'ordinamento al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico, con la regolamentazione dell'istituto dell'adozione; la possibile assenza di relazione biologica con uno dei genitori (nella specie il padre) per i figli nati da tecniche di fecondazione eterologa consentite» (pp. 17-18).

V. Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit., secondo cui, «il percorso motivazionale della Corte [nella sentenza Corte cost. 162/2014] consente di ritenere ormai abbandonato un concetto di filiazione basato sul solo dato biologico e genetico, aprendo invece l'orizzonte a criteri di attribuzione dello status filiationis che poggiano sulla manifestazione del consenso così come disciplinata dall'art. 6 L. 40/2004». Così, ancora Trib. Perugia, decr. 28.3.2018, nr. 190754. V. ancora App. Napoli, 4.7.2018, 145, secondo cui «Accanto alla genitorialità naturale si pone però quella da p.m.a., che implica l'intervento di un terzo, il medico, e che può prescindere del tutto dal legame genetico del figlio con la coppia richiedente... [e in cui vi è] un almeno tendenziale disallineamento (come del resto per l'adozione) tra dato genetico e stato di filiazione». Il giudice prosegue affermando che «l'elemento volontaristico/consensuale, quindi, è assolutamente prevalente, ai fini della determinazione della filiazione da p.m.a., omologa o eterologa che sia, rispetto al mero dato della derivazione genetico-biologica, al limite anche gestazionale, che può anche mancare; tanto, beninteso, anche con riferimento all'acquisizione degli status».

<sup>100</sup> Così, S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri*, cit.

<sup>101</sup> App. Milano, 16 dicembre 2016, cit.



le<sup>102</sup>, come pure alla nozione di “progetto genitoriale”<sup>103</sup> o di “genitorialità intenzionale”<sup>104</sup> o ancora di “bigenitorialità”<sup>105</sup>.

Questi aspetti mettono in evidenza la difficoltà per i giudici nel rielaborare la differenza sessuale come elemento che caratterizza la riproduzione, in cui un diverso peso deve essere riconosciuto al maschile e al femminile, alla luce del rilievo della questione in chiave di ge-

---

<sup>102</sup> L'utilizzo dell'espressione “genitore sociale” – ampiamente utilizzata dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza – abbisognerebbe di una serie di specifiche cui in questa sede è soltanto possibile operare un rapido rinvio. Nel contesto interno, si impiega per definire chi svolge il ruolo genitoriale, riconosciuto “socialmente” come figura genitoriale, ma senza essere genitore legale. Talvolta, lo si utilizza anche in alternativa a genitore biologico, per quanto non possa essere negato il potenziale stigmatizzante che ad esso sottostà, presupponendo una sorta di *deminutio* del rapporto che lega il genitore “sociale” al bambino, dunque una differenza tra genitori basata sul vincolo biologico che potrebbe generare disparità di potere all'interno della coppia, con effetti esiziali in caso, ad esempio, di conflitti familiari. M.F. MOSCATI, *Genitorialità sociale e orientamento sessuale: profili di diritto comparato*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità*, cit., pp. 67 ss., che l'autrice desidera ringraziare per gli importanti spunti.

<sup>103</sup> Si riferiscono a un progetto di genitorialità, *inter alia*, Trib. Napoli, 11.11.2016, cit.; Cass. 14878/2017; Cass., 19599/2016, par. 11.1, pp. 48-49.

<sup>104</sup> Proprio lo spostamento della filiazione come fondata sull'intenzione, dunque sulla volontà di dare vita a un progetto procreativo, appare una rilevante novità che conferma la progressiva marginalizzazione del legame biologico. Così, da ultimo Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit.; App. Napoli, 4.7.2018, 145, secondo cui «dalla causalità/derivazione biologica, alla base della procreazione naturale, si passa qui ad una causalità umana; se si preferisce, nella p.m.a. la genitorialità (di converso, la filiazione) si fonda sì sulla verità, ma non su quella biologica: la verità è qui data dal consapevole consenso della coppia richiedente, quanto all'assunzione del ruolo genitoriale». Per i richiami alla dottrina, v. M. GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in *Questione giustizia.it*, 2018; la letteratura sui criteri di imputazione della genitorialità in seguito a PMA, contrapposti a quelli previsti dal codice civile per la procreazione “naturale”, è ormai divenuta significativa: P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, vol. I, Milano, 2011, pp. 3 ss.; M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 20; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Rivista di BioDiritto*, 2014, 2, p. 34; V. BALDINI, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2012, p. 32; M.C. VENUTI, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e per le parti unite civilmente*, in *GenIUS*, 2018, I, pag. 85; M. GATTUSO, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, cit., pp. 266.

<sup>105</sup> Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit.; App. Napoli, 4.7.2018, 145; Trib. Perugia, decr. 28.3.2018, nr. 190754, su cui v. S. STEFANELLI, *Atto di nascita formato all'estero e bigenitorialità omosessuale*, cit.

nere<sup>106</sup>. In specie rispetto alla maternità surrogata, è stato evidenziato come il termine genitorialità richieda di operare una valutazione *ex ante* o *ex post* rispetto alla nascita: sotto quest'ultima prospettiva, la genitorialità diviene elemento per valutare l'adeguatezza della coppia, fissandosi sul presupposto che l'omosessualità dei/delle componenti non rileva. *Ex ante*, è stato però affermato come l'utilizzo del termine genitorialità non consenta di riconoscere a *tutte* le coppie un *diritto* di *fare* bambini, posto che non tutte ne sono in grado (le coppie di uomini, ad esempio), ma anche poiché significherebbe rendere oggetto di un diritto – dunque di una pretesa che può essere rivendicata – un bambino. È così stato evidenziato il rischio che dietro il riconoscimento della genitorialità che sostituisce di fatto la maternità e la paternità vi sia il convitato di pietra della lettura antidiscriminatoria, ossia il rischio della neutralizzazione delle differenze di genere anche nell'esperienza, quella della riproduzione, che più di altre segna il diverso apporto del maschile e del femminile<sup>107</sup>. Proprio in questo senso, è stata riconosciuta la forte caratterizzazione di genere della genitorialità respingendo la conclusione per cui, nell'ordinamento civile interno, sarebbe *gender-neutral*<sup>108</sup>, come peraltro desumibile inequivocabilmente dalla lettera della legge<sup>109</sup> che, per quanto influenzata dal periodo storico nel quale è stata formulata, non può certamente essere ignorata.

---

<sup>106</sup> B. PEZZINI, *Nascere dal corpo di donna*, cit., pp. 191; v. S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *Rivista di Biodiritto*, 2016, 2, p. 100.

<sup>107</sup> S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 221-223.

<sup>108</sup> V. la recente ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale, Trib. Pisa, ord. 15.3.2018, consultabile sul sito di [Articolo29.it](http://Articolo29.it), con commento di A. SCHILLACI, *L'omogenitorialità a Palazzo della Consulta: osservazioni a prima lettura dell'ordinanza del Tribunale di Pisa del 15 marzo 2018*, secondo la quale «il diritto italiano, in materia di famiglia, non è affatto *gender-neutral*», ritenendo «escluso che genitori di un figlio possano essere due persone dello stesso sesso», anche in ragione del nesso fra filiazione e matrimonio (ritenuto non irragionevole dalla Corte costituzionale nella pronuncia 138/2010), nonché per i «chiarissimi indici testuali», *ex lege* 40/2004 e 76/2016, posto che entrambe hanno – a parere del giudice *a quo* – espressamente escluso la possibilità di consentire alle coppie omosessuali la genitorialità attraverso la procreazione medicalmente assistita o l'adozione legittimante.

<sup>109</sup> *Contra*, M. GATTUSO, *Figli alla nascita: dal tribunale di Torino una prima conferma per la “primavera dei comuni”*, cit., che però sembra non considerare le numerose disposizioni che costellano il codice civile e che espressamente si riferiscono alla madre e al padre (con una logica anche rispetto alla presunzione di concepimento che non si presterebbe, se non a rischio di forzature eccessive, ad essere applicata nei casi di coppie *same-sex*).

L'archiviazione – per via pretoria – del nesso biologico come asse su cui incardinare la filiazione<sup>110</sup> ha enfatizzato la lettura della genitorialità come fondata sull'intenzione di dare vita a un progetto genitoriale, dunque sulla condivisione del progetto procreativo a prescindere dalla diversità di sesso dei/delle genitori/genitrici, dando forma ad un legame genitoriale mediante consenso inedito nell'ordinamento di diritto positivo<sup>111</sup>.

### *3.4. La ridefinizione del nucleo del problema: non la creazione di una relazione omogenitoriale, ma il mantenimento di un legame già esistente*

Un aspetto interessante che emerge dalla recente giurisprudenza riguarda l'idea per cui le istanze presentate ai giudici fossero volte a chiedere la creazione di un legame genitoriale, equivoco di fondo che però ha in passato condizionato l'esito delle questioni. I giudici si interrogavano così sull'opportunità di dare vita a “realtà atipiche” rispetto alle quali il nostro paese non appariva adeguatamente “preparato”<sup>112</sup>, sull'opportunità dunque di consentire o meno la creazione di un rapporto genitoriale tra un minore e due persone dello stesso sesso<sup>113</sup>, giungendo spesso a negare l'ingresso nel sistema interno di legami giuridici, oltre che umani e sociali, correttamente formati all'estero. Sfuggiva la constatazione per cui il minore era già riconosciuto come figlio della coppia o del ricorrente, sia giuridicamente, pur in un ordinamento differente, sia spesso socialmente e affettivamente, essendosi instaurato un legame con coloro che la legge (del paese straniero) ed egli stesso spesso considerava i propri genitori. Con opzioni ermeneutiche paradossali, anzi, i giudici avevano spesso motivato il diniego in

---

<sup>110</sup> È tuttavia stato confermato, sia pure in un caso di coppia eterosessuale, anche dalla Consulta, richiamando la pronuncia 162/2014, che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa» (Corte cost. 272/2017).

<sup>111</sup> Con una interpretazione che pare debordare dai limiti ermeneutici della *ubi voluit*, Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit. e App. Napoli, 4.7.2018, 145, hanno inteso la clausola generale di equivalenza, ex co. 20, l. 76/2016 come non escludente l'applicazione in via analogica dell'art. 8, l. 40/2004. V. anche Trib. Perugia, decr. 28.3.2018, nr. 190754. L. CHIEFFI, *Nuove frontiere della medicina della riproduzione*, cit., pp. 16-17.

<sup>112</sup> V. S. PASCASI, *Contrario all'ordine pubblico riconoscere come genitori una coppia omosessuale*, cit., di commento a Trib. Min. Brescia, 26.9.2006, cit.

<sup>113</sup> Così rileva F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, cit., pp. 194-195, rispetto alla questione sottoposta al Trib. Min. Brescia, 26.9.2006.

nome della migliore tutela del minore, ritenendo persino “eversivo” il riconoscimento di legami omogenitoriali<sup>114</sup>. In altri casi, era stato il ricorso a motivazioni di natura tecnica circa l’impossibilità di applicare la normativa in materia di adozioni a determinare il rigetto della richiesta di riconoscimento<sup>115</sup>. L’aspetto appariva a tal punto radicato da non ritenersi neppure necessario motivare la mancata applicazione legislativa del diritto internazionale privato, che postula comunque la prevalenza della soluzione che privilegia la miglior tutela del minore coinvolto.

Le recenti pronunce hanno invece definitivamente chiarito come le questioni non vadano affrontate partendo dal presupposto, non corretto, che la richiesta sia rivolta ad ammettere nell’ordinamento interno la creazione di un legame omogenitoriale, quanto piuttosto di riconoscere un legame già esistente e giuridicamente formatosi in modo corretto, sia pure in altri ordinamenti. Si è altresì definitivamente preso atto di come non riconoscere nel sistema interno il legame costituitosi all’estero significherebbe inevitabilmente interrompere la continuità affettiva del minore già inserito in una famiglia<sup>116</sup> e violare quel diritto del minore a «non essere sradicat[o] dal nucleo sociale» creato dai genitori<sup>117</sup>, che si configura quale “diritto a conservare lo status di figlio”, strettamente connesso con quello alla vita privata e all’identità, non solo fisica, ma anche personale e sociale del minore, irrilevante restando che la nascita sia avvenuta con una pratica vietata in Italia<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> Nella pronuncia poi riformata in appello con App. Torino, 27 maggio 2016, cit.

<sup>115</sup> Trib. min. Milano, 17.10.2016 n. 261, su cui criticamente, G. FERRANDO, *A Milano l’adozione del figlio del partner non si può fare*, in *NGCC*, 2017, 2, p. 171, e S. STEFANELLI, *Ancora in tema di interpretazione dell’art. 44 della legge sulle adozioni*, consultabile sul sito di [Articolo29.it](http://Articolo29.it).

<sup>116</sup> App. Roma, 23.12.2015, cit., secondo cui il “profondo legame” della minore instaurato con la co-madre «sin dalla nascita e caratterizzato da tutti gli elementi affettivi e di riferimento relazionale, interno ed esterno, qualificanti il rapporto genitore/figlio» non può che far propendere per il riconoscimento dell’adozione coparentale, posto che «non si tratta... di affiancare una seconda figura materna o creare un nuovo rapporto genitore-figlio, ma di prendere atto di una relazione già sussistente e consolidata nella vita della minore e valutare l’utilità per quest’ultima che la relazione di fatto esistente sia rivestita giuridicamente a tutela della minore medesima». Così, anche App. Torino, 27.5.2016, cit., su cui v. A. SCHILLACI, *Dalla Corte d’appello di Torino*, cit., di riforma della pronuncia di primo grado.

<sup>117</sup> Trib. Napoli, 11.11.2016.

<sup>118</sup> Cass. 19599/2016, lo configura quale diritto alla continuità dello status (continuità interordinamentale) nei confronti di entrambe le madri, come riconosciuto dall’atto di nascita estero di cui si chiede la trascrizione; v. A. SCHILLACI, *Le vie dell’amore sono infinite*,

Va dunque ricordato come le istanze non sono mai state rivolte alla richiesta di accesso alla procreazione medicalmente assistita o all'adozione, istituti volti dunque alla *creazione* di un legame genitoriale, ma al *riconoscimento* di legami giuridici (e spesso anche affettivi) già nati e formatisi all'estero, nel rispetto degli ordinamenti di riferimento. Su questi aspetti è stata chiamata a esprimersi la Corte costituzionale nel valutare la ragionevolezza del mancato accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, e in specie alla fecondazione eterologa, da parte di una coppia di donne<sup>119</sup>.

### 3.5. *La posizione del minore e gli interessi contrapposti: la soluzione del caso concreto e i best interests of the child*

È interessante riflettere sulla posizione giuridica del minore in realtà omogenitoriali rispetto a eventuali interessi e situazioni potenzialmente contrapposti, valutati in chiave di bilanciamento. Se in passato la dottrina aveva prospettato un interesse alla corretta formazione della personalità del concepito, presupponendo un impatto negativo laddove il minore cresca con un genitore omosessuale o del quale non condivide patrimonio genetico e biologico, oggi può dirsi definitivamente archiviata questa opzione<sup>120</sup>. Le recenti decisioni hanno messo in luce il rischio di una caratterizzazione ideologica di simile interpretazione, laddove ad esempio si afferma l'esigenza di assicurare la stabilità emotiva e la strutturazione dell'identità personale del minore, dovendosi garantire il suo equilibrio psico-fisico<sup>121</sup>.

---

cit. A parere del giudice di legittimità, negare la continuità dello status di figlio rispetto alla madre di nazionalità italiana precluderebbe al minore l'acquisto della cittadinanza italiana, determinando incertezza giuridica e una «situazione giuridica claudicante», che influirebbe negativamente sulla definizione dell'identità personale del minore, compromettendo sia l'acquisto della cittadinanza italiana, sia l'accesso a diritti ereditari, alla libertà di circolare nel territorio italiano e di essere rappresentato dal genitore nei rapporti con le istituzioni italiane (par. 8.2, pp. 32-33). Inoltre, negare al minore la continuità della relazione giuridica con entrambe le madri radicherebbe una violazione dell'art. 24, par. 3, della Carta dei diritti dell'UE, che sancisce il diritto a mantenere rapporti significativi con entrambi i genitori, indipendentemente dal loro sesso o orientamento sessuale.

<sup>119</sup> Trib. Pordenone, ord. 2.7.2018, cit.

<sup>120</sup> Cass. 19599/2016.

<sup>121</sup> M. CASINI, M. L. DI PIETRO, *Il matrimonio tra omosessuali non è un vero matrimonio*, cit., pp. 616 ss.; in senso contrario v. M. MORI, *La fecondazione artificiale*, Bologna-Bari, 1995, pp. 126 ss. Sul punto, si veda la pronuncia – Trib. Min. Venezia, 31.7.2017 – che, se

Superata può dirsi anche la posizione di potenziale contrasto rispetto agli interessi del minore dell'autorità pubblica cui compete l'indagine circa la corretta costituzione di un legame di filiazione mediante adozione o procreazione assistita realizzate all'estero. La giurisprudenza ha infatti ritenuto che, in vicende di profonda complessità giuridica e umana, sia necessario procedere costantemente a un bilanciamento fra diritti e interessi contrapposti così per come si atteggiavano nel caso concreto, unico approccio che consente di mettere a fuoco le diverse posizioni da considerare, senza al contrario lasciare entrare in bilanciamento criteri generali apoditticamente richiamati ma non motivati<sup>122</sup>, quali l'interesse generale, l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza<sup>123</sup>. In un recente caso di riconoscimento della genitorialità di due madri, il giudice di legittimità ha escluso che i principi desumibili dai divieti e nelle norme inderogabili contenute nella legge 40/2004 in tema di procreazione medicalmente assistita possano rappresentare un utile parametro di valutazione, non rientrando tra i valori costituzionali primari di cui deve essere assicurata la preminente applicazione, anche e soprattutto in virtù dell'ampia discrezionalità di cui il legislatore gode nella materia<sup>124</sup>. Il giudice di legittimità ha respinto la portata "giusnaturalistica" dell'affermazione per cui madre è solo colei che partorisce, che non assurge a principio fondamentale di rango costituzionale e quale principio inderogabile di ordine pubblico, piuttosto definendola quale «regola di esperienza, progressivamente integrata e superata dall'evoluzione scientifico-tecnologica»<sup>125</sup>.

---

pure ha riconosciuto l'adozione a favore della coppia di donne, ha precisato che sono (o piuttosto dovranno essere) consapevoli della necessità che i figli si relazionino "con persone di orientamento non omosessuale".

<sup>122</sup> Indicativa di questa posizione, è la modifica rispetto allo spazio riconosciuto all'ordine pubblico, su cui v. *supra* par. 3.1.

<sup>123</sup> Trib. Min. Brescia, 26.9.2006, cit.

<sup>124</sup> Cass., 19599/2016, ha riconosciuto che «l'atto di nascita straniero... da cui risulti la nascita di un figlio da due madri... non contrasta di per sé con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta in Italia dalla legge n. 40/2004, la quale rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate» (par. 10.1, p. 41).

<sup>125</sup> Cass., 19599/2016, parr. 10.2 e 11.1, p. 44 e 52. Criticamente, F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali*, cit., pp. 47 ss.; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., p. 126 ss., che stigmatizza l'assottigliarsi dell'ordine pubblico internazionale; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio*, cit., pp. 2990 ss.; E. OLIVITO, *Di alcuni fra-*

Dalle recenti decisioni, sembra affiorare l'impossibilità di ammettere in bilanciamento un generale interesse dello Stato e della pubblica autorità a contrastare il mantenimento di legami omogenitoriali, in assenza di qualsiasi riferimento al caso concreto e di valutazioni reali dell'interesse del minore coinvolto.

Come ricordato dalla dottrina in tema di affido, occorre domandarsi se sia legittimo che i *best interests of the child* precedano e determinino l'individuazione della cerchia dei soggetti astrattamente idonei a porsi quali legittimi destinatari nell'aspirare alla genitorialità, o se esso possa entrare in campo unicamente *dopo* che si siano stabiliti tali soggetti<sup>126</sup>. In altre parole, la questione è intesa nel domandarsi se sia possibile, in nome dell'interesse del minore, far luogo a un adattamento interpretativo della nozione costituzionale di "famiglia", in modo da comprendervi anche le coppie *same-sex*, sia pure non ancora definitivamente riconosciute come tali dall'ordinamento<sup>127</sup>, per quanto andrebbe problematizzata la diversa modalità con cui si è dato origine alla procreazione<sup>128</sup>.

Posto che le istanze trattate sono state dirette al riconoscimento del legame genitoriale già esistente e non a una sua creazione, non è inve-

---

*tendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit. Adesivamente, G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. Giur.*, 2017, 2, p. 196; A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite*, cit.; S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri*, cit.; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, *Le persone e la famiglia*, 4, Torino, 2015, pp. 140 ss. e 302 ss.; S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *Biolaw Journal*, 2016, 2, 28 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Familia*, 2002, pp. 399 ss.

<sup>126</sup> A. RUGGERI, *Noterelle in tema di affido*, cit.

<sup>127</sup> Inoltre, in aggiunta alle disposizioni che presuppongono l'esistenza di figli, il co. 20, art. 1 (terzo periodo), l. 76/2016, recita che «Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti»; v. App. Milano, 9.2.2017, consultabile sul sito di [Articolo29.it](http://Articolo29.it); Trib. Min. Bologna, 6.7.2017, cit., in materia di adozione speciale; App. Napoli, 4.7.2018, 145, che hanno richiamato la legge Cirinnà, ritenendo che «in forza di tale pur ambiguo inciso finale l'interpretazione "evolutiva" dell'art. 44, 1° comma lett. d) cit. della l. cit., così come le altre aperture alla omogenitorialità, in forza del diritto internazionale privato... hanno conservato valore (e infatti sono state ampiamente ribadite ed estese) anche sotto l'impero della nuova legge». V. M. GATTUSO, *La clausola generale di equivalenza*, in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, cit., pp. 219 ss.

<sup>128</sup> Sembra infatti di doversi tenere distinta l'ipotesi in cui la nascita sia avvenuta a seguito di una pratica prevista come reato dalla legge italiana.

ce stato affrontato il tema del possibile ingresso in bilanciamento di un generale interesse della collettività alla “tenuta” del sistema nel suo complesso, dunque al rispetto delle regole che spesso sono infrante nei casi di omogenitorialità. Nel ricordare come la questione chiama in causa la discrezionalità del legislatore e i suoi possibili limiti, va tuttavia ribadito come il criterio di ragionevolezza impedirebbe il sacrificio di diritti e garanzie individuali, tanto più se di un minore, a fronte di una generica esigenza di rispetto della normativa e di effettività dell’ordinamento, dovendosi richiamare il rispetto di quei valori, primo dei quali il principio personalista, su cui è incentrata la nostra Costituzione<sup>129</sup>.

L’interesse superiore del minore è dunque da intendersi quale «principio, di rilevanza costituzionale primaria... che si sostanzia nel... diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito all’estero»<sup>130</sup>, superando le posizioni passate che sembravano assunte, non avendo riguardo al reale interesse del minore così come si configura nella vicenda concreta<sup>131</sup>, ma all’interesse del minore così come interpretato alla luce dell’esperienza comune e del pensiero proprio della maggioranza degli individui nella società di riferimento<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> Tuttavia, occorre considerare come una valutazione sul tema dell’omogenitorialità sia già intervenuta, tanto nel non modificare (secondo l’*ubi voluit*) la normativa sulle adozioni e sulla fecondazione assistita in occasione dell’approvazione della l. 76/2016, tanto in sede di controllo di ragionevolezza, ad esempio, nel ribadire la legittimità del divieto di maternità surrogata (Corte cost. 162/2014; 272/2017); quanto all’esclusione delle coppie *same-sex* dall’accesso alla p.m.a. la questione sarà oggetto dello scrutinio della Corte su rinvio del Trib. Pordenone, ord. 2.7.2018.

<sup>130</sup> Cass. 19599/2016, par. 8.4, p. 36, su cui v. A. SCHILLACI, *Le vie dell’amore sono infinite*, cit.

<sup>131</sup> V. Cass. 601/2013, secondo cui «ogni situazione deve essere valutata singolarmente, tenuto conto del preminente interesse del minore rispetto alle figure genitoriali e al suo diritto di convivere e/o mantenere regolari rapporti significativi con tutte le figure adulte di riferimento, indipendentemente dalle loro tendenze sessuali, ritenute in concreto adeguate ad assicurargli l’affetto e la cura indispensabili per la sua armoniosa crescita»; similmente App. Milano, 16.10.2015, cit. G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 89, sottolinea l’importanza di una verifica ad esempio circa la concretezza del caso, ivi compresi i comportamenti dei soggetti coinvolti quanto alla violazione della legge. Su questo profilo, v. B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., p. 159.

<sup>132</sup> G. REPETTO, *Limiti e strategie della tutela antidiscriminatoria*, cit. Sul punto, S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 217, ricorda la vocazione paternalista del *best interests*, intriso di pregiudizi razziali e di genere, e strumentalmente utilizzato dall’adulto in base ai propri (pre)giudizi.



Peraltro, sempre più di recente, la posizione del minore è stata valorizzata anche sotto il profilo dell'identità «personale e sociale del minore stesso», laddove il mancato riconoscimento della continuità dello status potrebbe determinare una situazione di grave incertezza giuridica e influire «sulla definizione di identità personale del minore, provocando conseguenze pregiudizievoli concernenti la possibilità di acquisire la cittadinanza italiana e i diritti ereditari, di circolare liberamente nel territorio italiano e di essere rappresentato dai genitori nel rapporto con le istituzioni»<sup>133</sup>.

Quanto la soluzione del caso concreto possa condurre al rischio di dare forma a un “diritto del fatto” e a quello che è stato definito il «dispotico campo del fatto compiuto»<sup>134</sup> resta la zona d'ombra sul tema, soprattutto se si considera come ciò rischi di legittimare progressivamente, *ex ante*, anche gli accordi di surrogazione penalmente sanzionati in Italia<sup>135</sup>, e aprire la via alla rimozione della madre biologica<sup>136</sup>. La prospettiva del fatto concreto per come giunge all'attenzione del giudice tende infatti a offuscare la valutazione “a monte” della nascita del bambino<sup>137</sup>, concentrando l'attenzione interamente sulla prospettiva “a valle”, o se si preferisce, *ex post*, con il prevalere del carattere puntuale e di specificità che le vicende concrete hanno<sup>138</sup>.

Appare evidente come la costruzione casistica in materia di omogenitorialità se, da un lato, determina un attenuarsi del suo carattere problematico rispetto all'anomia legislativa, sbilanciando la questione

<sup>133</sup> Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, sul provvedimento statunitense, alle pp. 19-20.

<sup>134</sup> E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., p. 22. Così, v. anche J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., p. 147.

<sup>135</sup> E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., pp. 14-15, parla criticamente della «forza del fatto compiuto» che finisce per infrangere gli argini posti dalla normativa nazionale.

<sup>136</sup> B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile*, cit., p. 116.

<sup>137</sup> Avevo rilevato la necessità di distinguere la prospettiva “a monte” e “a valle” della nascita del bambino alla luce della profonda diversità di prospettive e dinamiche chiamate in causa, in *Coppie same-sex e fecondazione assistita*, cit. Nella prospettiva *ex ante*, S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., pp. 191 ss.

<sup>138</sup> E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., pp. 23 ss., ritiene che la valutazione della posizione *ex ante*, rispetto alla maternità surrogata, si traduce nel principio *mater semper certa est* e nella possibilità di *dire* i principi costituzionali, primo dei quali il rilievo della persona umana; ID., *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit.; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio*, cit., pp. 2990 ss.

interamente sul minore già nato, e ponendo in secondo piano le opzioni di politica legislativa, dall'altro contamina il dibattito sui criteri attraverso i quali valutare il canone dei *best interests*, vera e propria «clausola taumaturgica»<sup>139</sup>, «feticcio per escludere ogni valutazione della conformità ai principi fondamentali in materia»<sup>140</sup> e «controlimite dell'ordine pubblico»<sup>141</sup>, quasi «formula magica»<sup>142</sup>, intesa quale «salvacondotto per i giudici per disapplicare la legge e, al contempo, liberarsi dall'obbligo di adeguatamente motivare le proprie decisioni»<sup>143</sup>, prestandosi tuttavia al rischio di un abuso<sup>144</sup>. Infatti, il dubbio è che spesso si sia ammesso uno slittamento del miglior interesse del bambino sul miglior interesse dei genitori, dunque assumendo un generico interesse alla continuità dello status pure se recentemente acquisito, in assenza del consolidamento di una relazione affettiva, e in assenza della valutazione di altri possibili profili quali l'effetto del distacco dalla madre subito dopo il parto o l'impossibilità di una relazione (affettiva e giuridica) con lei, o ancora del crescere in un contesto familiare originato da chi ha violato la legge<sup>145</sup>. La dottrina ha così pure segnalato il rischio di giungere per tale via a risultati paradossali, accentuando il potenziale di discrezionalità nella soluzione dei casi e la possibile incertezza giuridica che inevitabilmente ne consegue<sup>146</sup>.

---

<sup>139</sup> L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, 1, pp. 86 ss.

<sup>140</sup> J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì*, cit., p. 145.

<sup>141</sup> F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Giurisdizione e riconoscimento di sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg., Torino, 2005, pp. 336 ss.

<sup>142</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., 100, rispetto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo; l'autrice stigmatizza come ciò sembri consentire la soluzione del caso concreto senza tuttavia enunciare i motivi della sua scelta.

<sup>143</sup> C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., p. 129.

<sup>144</sup> I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore*, cit., pp. 55 ss.

<sup>145</sup> C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., p. 130; J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì*, cit., p. 146, fa riferimento quale esempio all'interesse del figlio «alla conservazione del nome della madre». Palesa quali molteplici potenziali controinteressi del minore, il diritto a conoscere le proprie origini, il diritto a non subire discriminazioni sulla base del proprio *status filiationis*, il diritto di crescere in una famiglia e ricevere cure, il diritto alla protezione contro l'abbandono, I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore*, cit., p. 72.

<sup>146</sup> I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore*, cit., p. 56.

#### 4. La discrezionalità del giudice e l'occasionalità dei casi: i possibili rischi tra attivismo giudiziario e regola del fatto

In termini complessivi, può riconoscersi come le vicende giudiziarie in materia di omogenitorialità abbiano messo in luce una certa contraddittorietà e confusione del sistema, con l'attribuzione di un significativo potere discrezionale ai magistrati<sup>147</sup>, ma anche agli operatori giuridici (sindaci<sup>148</sup>, ufficiali di stato civile<sup>149</sup>, polizia di frontiera<sup>150</sup>,

---

<sup>147</sup> Si pensi non soltanto alle decisioni dei giudici, rispetto alle quali, si rileva una certa discontinuità, in base al tribunale preso a riferimento, ma anche all'atteggiamento delle procure. È recente la notizia di una impugnativa della trascrizione dell'atto di nascita di due bambini nati all'estero da una coppia di uomini, ipotizzando una turbativa dell'ordine pubblico (Procura di Pesaro).

<sup>148</sup> Si ricordi come differenti sono stati gli atteggiamenti dei sindaci suddivisi, anche in base alla maggioranza politica di riferimento, fra chi ha trascritto i provvedimenti (così, Roma, Torino, che aveva dapprima negato la trascrizione; Milano, Bologna, Firenze, Palermo, Napoli, Empoli, Gabicce, Grosseto, Serradifalco, Casalecchio di Reno, Catania; Piosasco, Collegno, Caselette, Gassino, Borgano R.se, Chieri, Moncalieri, Beinasco, Settimo Torinese, Nichelino) e chi si è rifiutato (così, Udine, Perugia, tra l'altro in un caso di fecondazione eterologa, in cui si è avuto un diniego anche rispetto alla madre biologica, ottenendo poi la trascrizione per via giudiziaria con Trib. Perugia, decr. 28.3.2018, nr. 190754, confermato da App. Perugia, 22.8.2018, nr. 221). V. L. TAVANI, *Il punto di vista degli ufficiali di stato civile sulle iscrizioni e trascrizioni*, consultabile sul sito di [Articolo29.it](#). Investiti della questione, i Tribunali hanno ritenuto illegittimo il diniego opposto dal Sindaco alla dichiarazione di riconoscimento del figlio minore da parte della madre non biologica, ordinando al sindaco, nella sua qualità di Ufficiale di Stato Civile, di formare un nuovo atto di nascita con l'indicazione delle due madri, attribuendo al bambino il cognome di entrambe (Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit.; Trib. Bologna, decr. 6.7.2018, cit.; Trib. Pisa, ord. 15.3.2018, ha invece sollevato la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 449 c.c., 29, co. 2, D.P.R. 396/2000, sul Regolamento per lo stato civile, dell'art. 250 c.c. e degli artt. 5 e 8, l. 40/2004, nella parte in cui non consente all'ufficiale di stato civile di formare l'atto di nascita di un bambino, cittadino straniero, con l'indicazione di due genitori dello stesso sesso, qualora ciò sia corrispondente allo status a questo riconosciuto dalla sua legge nazionale, applicabile in base all'art. 33, l. 218/1995. I parametri sono gli artt. 2, 3, 24, 30 e 117 Cost., con parametro interposto artt. 3 e 7 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989. Il ricorso origina dal diniego dell'ufficiale di stato civile del Comune di Pisa di ricevere la dichiarazione di riconoscimento congiunto del minore da parte di due donne – l'una madre gestazionale e cittadina statunitense, l'altra madre intenzionale e cittadina italiana – e formare l'atto di nascita in conformità allo *status filiationis* sussistente nei confronti di entrambe ai sensi della legge nazionale del minore, su cui v. A. SCHILLACI, *L'omogenitorialità a Palazzo della Consulta*, cit. In attesa di quanto statuirà la Corte costituzionale, pare di dover rilevare la forzatura nella trascrizione, *sic et simpliciter*, dell'atto di nascita straniero a prescindere da una decisione giudiziaria. Sul punto, *contra*, M. GATTUSO, *Comune di Torino sulla iscrizione di due mamme o papà negli atti di nascita*, cit., sulle decisioni Trib. Torino, decr. 21.5.2018; Trib. Torino, 11.6.2018; secondo l'autore, si tratterebbe di una conferma dell'interpretazione

autorità consolari). Questo potere è stato peraltro esercitato con un significativo tasso di occasionalità, sulla base delle sensibilità individuali, nonché delle condizioni del caso e della collocazione geografica delle vicende<sup>151</sup>, senza invece dare peso alle modalità con cui è avvenuta la creazione della filiazione giuridica<sup>152</sup>. Simile aspetto rende necessario circondare di cautele le posizioni assunte dai giudici, dovendosi evidenziare due linee di riflessioni. Da un lato, appare di primario rilievo verificare se l'esercizio di un potere discrezionale possa tradursi in arbitrio, rischio palesato dagli antitetici esiti giudiziari di vicende analoghe<sup>153</sup>. In proposito, si richiama la dottrina che – nel criticare la latitanza del legislatore e il vuoto normativo – ha sollevato la questione del non «lasciare il giudice solo con se stesso, obbligato ad una innaturale supplenza nei riguardi dei decisori politico-normativi ed a fare perciò fronte con provvedimenti-tampone a bisogni soggettivi che, per il tramite di tali misure, non possono essere sufficientemente appagati»<sup>154</sup>, nel rispetto della separazione dei poteri<sup>155</sup>. Criticamente, è

---

dell'art. 8, l. 40/2004, per cui i bambini nati da p.m.a. sono figli della “coppia” che ha espresso il consenso, senza alcun restringimento alla sola “coppia” eterosessuale, non rilevando il divieto in Italia.

<sup>149</sup> Appare emblematico di questo assunto quanto accaduto rispetto al rilascio di carte di identità di minori con l'indicazione di due mamme (così, Comune di Firenze).

<sup>150</sup> Le prassi restituiscono infatti un notevole tasso di discrezionalità nei controlli che, al rientro nel territorio italiano, vengono effettuati su coppie o singoli che viaggiano con bambini di pochi giorni.

<sup>151</sup> G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata*, cit., p. 87, parla di ineliminabili esigenze “casistiche”, nelle quali si esprime la tensione problematica tra produzione e applicazione del diritto, tra legge e giurisdizione. Si veda anche M. FARINA, *L'adozione omogenitoriale dopo la legge 20 maggio 2016, n. 76: ubi lex voluit... tacuit?*, in *Pol. Dir.*, 2017, 1, p. 90. Ha sottolineato l'adesione dei giudici a un valore anteriore, I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide?*, in *RivistaAic*, 4/2016; adesivamente S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., p. 207. V. C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica tra legislatore, giudici e Corte*, in *Rivista di Biodiritto*, 2014, 2, pp. 67 ss. Ha ritenuto la giurisprudenza sull'omogenitorialità come ambito rilevante per la *strategic litigation*, A. PISANÒ, *Ritorno alla complessità del diritto e paradigma bio-giuridico nel percorso verso la legge Cirinnà*, in *Pol. Dir.*, 2017, 1, p. 133.

<sup>152</sup> Criticamente, lo rileva E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., p. 6. Così, App. Trento, 23.2.2017.

<sup>153</sup> Ha rilevato lo squilibrio sulla discrezionalità del giudice, in particolare rispetto a Cass. 19599/2016, B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile*, cit., p. 117.

<sup>154</sup> A. RUGGERI, *Noterelle in tema di affido*, cit. Mette in luce il divario fra le realtà formatesi a partire dalla p.m.a. e il diritto scritto, A. MARGARIA, *Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Torino, 2018.

stata così rilevata una fuoriuscita del potere giudiziario dai margini di manovra consentiti a legislazione invariata, una sorta di fuga in avanti del potere giudiziario, rispetto a quello legislativo, addirittura prospettando un “vizio” della magistratura<sup>156</sup>, e l’aspirazione di alcune sentenze a farsi “norma”<sup>157</sup>, mettendo in evidenza l’importanza di un intervento legislativo<sup>158</sup>. Sulla stessa scia, si colloca chi ha suggerito di non valutare la questione soltanto attraverso i “microscopi” del caso concreto, ma al contrario utilizzando anche i “telescopi” così da osservare il quadro di insieme<sup>159</sup>, evitare abusi e un approccio casistico alle situazioni della vita, posto che uno sguardo concentrato sul caso sin-

---

<sup>155</sup> Tra la sterminata dottrina, v. almeno G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, parte II, pp. 59 ss., spec. p. 90.

<sup>156</sup> M. FINOCCHIARO, *Quel “vizio” ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore*, in *Guida al Diritto*, Luglio, 2017.

<sup>157</sup> Così, E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., pp. 6 ss. L. CHIEFFI, *Introduzione. Prospettive di dialogo tra scienza e diritto*, in ID. (a cura di), *La medicina nei tribunali*, Bari, 2016, secondo cui i giudici sono i “legislatori interstiziali del caso concreto”. Riconduce l’accresciuto ruolo del giudice nella progressiva attrazione della regolazione di ogni fenomeno sociale da parte del mercato e della tecnica, C. IANNELLO, *La maternità surrogata e il ruolo della legge: dal divieto generalizzato a un bilanciamento più mite?*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità*, cit., p. 171; ancora, p. 172, indica i giudici – chiamati a risolvere i conflitti che emergono dalla liberalizzazione di queste pratiche, prodotta dalla regolazione del mercato, dal dominio della tecnica e delle sovranità individuali – come l’ultimo elastico anello di un complesso sistema di regolazione che sfugge alla legge e agli stessi divieti posti dal diritto agli stati nazionali, rendendo così il ruolo della legge ancillare e il legislatore costretto a rincorrere processi che non riesce né a dirigere né a controllare.

<sup>158</sup> In senso critico rispetto all’attivismo giudiziario, C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico*, cit., p. 140, che ribadisce l’importanza di un intervento legislativo. S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., p. 207, ritiene piuttosto trattarsi di una giurisprudenza impegnata a togliere le castagne dal fuoco al legislatore, all’arena politica, giudicando assai difficile una sua valutazione. L’autrice pone in rilievo come ciò tenda a costruire una narrativa per cui gli ostacoli alla genitorialità della coppia omosessuale derivano dal divieto di maternità surrogata, piuttosto che da come sono stati giuridicamente costruiti (anche dalla legge 76/2016) la nozione di filiazione e l’ordinamento sullo stato civile. Secondo L. CHIEFFI, *Nuove frontiere della medicina della riproduzione*, cit., p. 33, è indispensabile l’introduzione di una disposizione di legge in grado di orientare l’attività ermeneutica dei giudici, anche al fine di ridurre i margini di oscillazione giurisprudenziale.

<sup>159</sup> C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico*, cit., pp. 133 ss.

golo impedisce di cogliere i molteplici risvolti sociali delle azioni individuali<sup>160</sup>.

Tra le criticità che derivano dalle posizioni della giurisprudenza, vi è in primo luogo il rischio di dare forma a prassi e modalità “a macchia di leopardo”, che variano a seconda del tribunale adito, della cui compatibilità con il principio di uguaglianza vi è da dubitare. Così, va pure tenuto conto di come – trattandosi di realtà che solo recentemente stanno giungendo a un significativo grado di visibilità sociale e ritenute “anomale” in quanto non rispondenti al modello statisticamente prevalente, sulla cui base il legislatore ha pensato e plasmato le regole – è sempre possibile che vi sia una penalizzazione da parte di singole decisioni<sup>161</sup>. Simile rischio appare confermato da alcune argomentazioni che sono sembrate orientate dalla volontà di “punire” scelte non condivise<sup>162</sup>, o comunque di scoraggiare quello che è stato definito «turismo procreativo»<sup>163</sup> – o meglio «emigrazione riproduttiva»<sup>164</sup> – innescato dal divieto interno di accesso a ogni forma di genitorialità legale<sup>165</sup>. In questo senso, occorre ricordare come le “vittime” di eventuali difformità rispetto agli standard di tutela garantiti anche dall’ordinamento sovranazionale sarebbero, in primo luogo, i minori

---

<sup>160</sup> D. ROSANI, *L’equilibrio sull’ecosistema. Una discussione sincera sulla genitorialità per tutelare davvero il minore*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., pp. 179 e 185.

<sup>161</sup> In senso opposto, A. SCHILLACI, “Una vera e propria famiglia”, cit., ha rilevato come i giudici nello svolgere una funzione quasi di “supplenza” del potere legislativo si sono indirizzati in chiave “contromaggioritaria”, così da evitare che l’essere portatori di una condizione minoritaria confinata all’anomia legislativa possa generare una minorità giuridica.

<sup>162</sup> È innegabile l’emersione di un giudizio valoriale nell’analisi delle soluzioni prospettate circa alcuni casi di maternità surrogata, sia pure riferite a coppie *opposite-sex*, v. da ultimo, Cass. 12.12.2014, n. 24001, e Trib. Milano, 8.4.2014, *contra* v. Trib. Varese, 8.10.2014.

<sup>163</sup> Il fenomeno è, numericamente, significativo. Si pensi che da alcuni studi è emerso che il 55% di accessi a cure riproduttive è determinato dalla volontà, o forse si potrebbe dire dalla *necessità*, di eludere i divieti di legge per alcune condizioni e/o tipologie di vicende (principalmente dovute all’età o alla condizione di coppia *same-sex*). V. ROZÉE, E. DE LA ROCHEBROCHARD, *Cross-border reproductive care among French patients eligible for ART funding in France*, in *Human Reproduction*, 28, Issue suppl. 1, p. 3014; F. SHENFIELD ET AL., *Cross border reproductive care in six European countries*, in *Human Reproduction*, vol. 25, n. 6, 2010, p. 1361.

<sup>164</sup> V. G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, cit., p. 127.

<sup>165</sup> Sulla necessità di uno standard comune europeo per l’accesso alle tecniche di fecondazione assistita da parte di coppie *same-sex*, v. L. BUSATTA, *Could a common EU standard of access*, cit., pp. 217-231.

coinvolti, per quanto a patire è certamente anche il sistema nel suo insieme, sotto il profilo della certezza del diritto che soltanto un intervento del legislatore potrebbe garantire.

A fronte dall'anomia legislativa e pur nella consapevolezza dei rischi evidenziati, ancorare la soluzione del caso al prudente apprezzamento del giudice appare comunque l'unica opzione poiché è questi l'unico in grado di procedere a una valutazione delle posizioni a confronto, di tenere conto della vicenda concreta, senza ammettere che la "prospettiva del fatto" possa convertire, automaticamente, quella che rappresenta una eccezione in regola, con l'abdicazione della norma al proprio ruolo di strumento di regolazione generale e astratta<sup>166</sup>.

## 5. Quali prospettive? Le proposte legislative e l'evoluzione della giurisprudenza

A fronte del quadro che si è tentato di riassumere, vi è da prevedere che la complessità e varietà delle esperienze umane non tarderà a chiedere alla magistratura di esprimersi su nuovi casi, anche generati dal fenomeno della circolazione delle persone<sup>167</sup>. Si pensi, come esempio, all'esito che potrebbe ottenere la richiesta di ricongiungimento di un minore e del partner (cittadino non comunitario), presentata dal co-genitore (non biologico) provvisto di cittadinanza europea e residente in Italia. Il quesito, cui il canone del *best interests of the child* pare offrire una risposta univoca, è se il giudice possa ragionevolmente accettare la compressione dei diritti del minore in ragione dell'anomia in cui il legislatore ha finora confinato la genitorialità del-

---

<sup>166</sup> E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., pp. 6 e 27, ritiene inquietante e preoccupante questo attivismo giudiziario «non tanto perché fa aggio su decisioni assunte caso per caso, ché anzi moltissime pronunce si segnalano per una pressoché totale disattenzione alle modalità concrete con cui la surrogazione è avvenuta. Esso preoccupa, tutt'al contrario, per l'aspirazione di alcune sentenze a farsi "norma", al di là della fattispecie del singolo caso e indipendentemente da esso». F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali*, cit., p. 36, che – in particolare rispetto alla maternità surrogata – criticamente riferisce di come vi siano «torsioni orientate ideologicamente» che finiscono per semplificare la portata reale delle questioni, con rappresentazioni riduttive o ultronee delle diverse questioni problematiche evocate.

<sup>167</sup> M. WINKLER, *Adozione legittimante del single, stepchild adoption e famiglia monoparentale: aspetti internazionalprivatistici*, in G.O. CESARO, P. LOVATI, G. MASTRANGELO (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014, pp. 102-119.

le coppie *same-sex*; dovrebbe ritenersi che un positivo esito sia probabile anche alla luce delle recenti acquisizioni cui è pervenuta la giurisprudenza, che ha affermato che «gli Stati membri devono rispettare il diritto del cittadino dell’Unione di spostarsi nel territorio della UE conservando i propri rapporti familiari»<sup>168</sup>. Si pensi anche ai casi in cui la pubblica amministrazione si pone come datrice di lavoro e in cui l’assenza di un riconoscimento giuridico per il co-genitore impedirebbe un’adeguata tutela del minore, ad esempio, quanto al mancato riconoscimento dei congedi parentali, dei permessi retribuiti per visite mediche, malattia del figlio o in caso di disabilità (*ex l. 104/1992*), alla impossibilità di fruire dei *benefit* previsti per i figli dei dipendenti, quali accesso agli asili nido aziendali o rimborso delle spese mediche nei fondi aziendali integrativi<sup>169</sup>. Si pensi ancora alle questioni che potrebbero sorgere in caso di rottura del legame affettivo tra i genitori, sia sotto il profilo personale, ossia per il riconoscimento dei diritti di visita (da garantire non nella prospettiva del “diritto” del co-genitore, quanto piuttosto di quello del minore alla continuità affettiva e dunque al mantenimento della relazione con il genitore non biologico), sia materiale, quanto alla corresponsione degli alimenti<sup>170</sup>. Così, anche in caso di mancata erogazione di servizi sociali, quali ad esempio l’assegnazione di alloggi in edilizia residenziale pubblica, in conseguenza dell’assenza di riconoscimento giuridico delle famiglie omogenitoriali, anche se la prassi mostra significative aperture in via ap-

---

<sup>168</sup> Trib. Reggio Emilia, decr. 13.12.2012, in [personaedanno.it](http://personaedanno.it).

<sup>169</sup> Questi ostacoli potrebbero tuttavia essere superati attraverso la contrattazione decentrata, ad esempio prevedendo l’estensione ai minori conviventi, a prescindere dal riconoscimento giuridico del legame genitoriale. In proposito, si segnalano alcune iniziative in ambito privato, ad esempio, dall’associazione di aziende Parks – Liberi e uguali. V.: [parksdiversity.eu](http://parksdiversity.eu).

<sup>170</sup> I pochi casi noti non consentono infatti di trarre indicazioni univoche, per quanto Corte cost. 225/2016 abbia riconosciuto come al convivente coi figli dell’altro partner non spetti il diritto di visita. Il caso originava da un’ordinanza di rinvio (App. Palermo, ord. 31.8.2015) che dubitava della costituzionalità dell’art. 337-ter c.c. che non consentirebbe al giudice di valutare se risponda all’interesse del minore mantenere rapporti con il proprio genitore “sociale” (nella specie la ex partner, dello stesso sesso, del genitore cd. “biologico”). Sulla pronuncia di primo grado (che aveva ritenuto possibile un’interpretazione costituzionalmente orientata della norma, comunque escludendo, contraddittoriamente, la legittimazione attiva della madre sociale), v. G. CASABURI, *Luci ed ombre di un recente provvedimento del Tribunale di Palermo*, in [Articolo29.it](http://Articolo29.it), 2015. Sul tema, v. quanto riportato da M.F. MOSCATI (ed.), *Same-sex couples and Mediation in the EU*, London, 2015.



plicativa<sup>171</sup>. Peraltro, la questione riguarda in termini sostanzialmente analoghi anche le coppie di fatto eterosessuali laddove, ad esempio, vi sia la ricostituzione del nucleo attorno ad un nuovo rapporto di coppia dopo una separazione o un divorzio. Tuttavia, le vicende delle coppie *same-sex* sembrano trovare una maggiore difficoltà di penetrazione nel tessuto socio-istituzionale, probabilmente anche a causa della loro minore visibilità e rilevanza numerica.

Il fermento della giurisprudenza appare l'effetto dell'anomia legislativa, posto che la vita reale bussa alle porte dei tribunali, chiedendo ai giudici di decidere casi concreti così per come si pongono nella quotidianità, anche in assenza di riferimenti normativi chiari.

Riprendendo le considerazioni per cui il legislatore difficilmente potrebbe impedire ma semmai regolare, nell'esclusivo interesse del minore, i casi di omogenitorialità, resta da osservare quali saranno le successive evoluzioni della giurisprudenza, se dunque nel senso di consolidare gli assunti che si è tentato di riassumere, o se tornare sulle proprie posizioni, sembrando più probabile la prima via. Su alcune questioni, si è in attesa delle decisioni della Corte di Cassazione – quanto alla trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato da maternità surrogata – e della Corte costituzionale – circa l'accesso anche a coppie di donne a tecniche di fecondazione eterologa e circa la formazione di un atto di nascita di un bambino straniero riportante due genitori dello stesso sesso – per cui è ipotizzabile che a breve giungano importanti spunti ermeneutici.

Resta poi da verificare come agirà il legislatore, se “inseguendo” la giurisprudenza e dando conto dell'ingresso nell'ordinamento giuridico di realtà omogenitoriali (in ipotesi, introducendo modifiche puntuali,

---

<sup>171</sup> La stampa riferisce di numerosi casi in cui ospedali, scuole e persino questure hanno superato le procedure *standard* per andare incontro ai diritti delle famiglie composte da persone dello stesso sesso e non comprimere l'interesse dei minori coinvolti; v. il sito [\*Huffington Post\*](#). In questo articolo, si narra la difficoltà di far includere, ai fini della certificazione Isee, funzionale all'iscrizione all'asilo, la reale composizione della famiglia. La Questura di Milano avrebbe inserito nei passaporti di entrambe le co-mamme i loro quattro i figli, ponendosi in astratto contrasto con la disposizione per cui non è possibile viaggiare all'estero con un bambino non figlio proprio; poiché il timbro tradizionale porta la dicitura “padre” e “madre”, la scritta “padre” è stata cancellata, aggiungendo il nome della co-mamma.

ad esempio, nell'ambito della riforma della legge sulle adozioni<sup>172</sup>, con l'ammissione della cd. *step-child adoption*) o se continuando a confinare all'anomia legislativa simili vicende. La cautela del legislatore è ben attestata dal dibattito che ha accompagnato la recente introduzione del regime di regolamentazione delle coppie formate da persone dello stesso sesso che, come noto, non ha riguardato la questione dell'omogenitorialità. A prescindere dal fatto che nella prima versione era presente un (sia pur limitato riconoscimento), poi non incluso nella versione finale del testo della legge 76 del 2016<sup>173</sup>, occorre rilevare come il dibattito pubblico si sia concentrato soltanto sulla possibilità di consentire l'adozione del figlio del partner<sup>174</sup>, confinando le pretese di riconoscimento del legame genitoriale di coppie *same-sex* al solo contesto dell'adozione del figlio del/la coniuge o del/la partner e non invece come costruzione di una genitorialità della coppia, di un progetto di genitorialità condiviso e intenzionale<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> V. i risultati dell'*Indagine conoscitiva sull'attuazione della legislazione in materia di adozioni ed affido della Commissione Giustizia*, consultabile sul sito della Camera dei Deputati.

<sup>173</sup> Sul dibattito che ha condotto all'approvazione della legge v. S. ROSSI, *Tra politica e procedura: il conflitto (in)utile sulla legge Cirinnà*, in OsservatorioAIC, 3/2016; A. SCHILLACI, *Le unioni civili al Senato: diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento*, in *GenIUS*, 2016, 2, 18.

<sup>174</sup> Inizialmente, era prevista la piena equiparazione dell'unione civile fra persone dello stesso sesso al matrimonio con riguardo all'accesso alla adozione coparentale ex art. 44, lett. b, l. 184/1983 (art. 5 del c.d. d.d.l. Cirinnà, S.14), disposizione poi stralciata dal testo definitivo (S. 2081). Si veda il commento di A. SCHILLACI, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, consultabile sul sito di Articolo29.it; G. CASABURI, *Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)*, consultabile sul sito di Articolo29.it. Si veda la lettura proposta da G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata*, cit., pp. 78 ss., che riconduce alla polemica innescata dall'appello di *Se non ora quando*, contrario alla maternità surrogata che sembrava affacciarsi come conseguenza della *step-child*, quale causa dello stralcio dalla legge 76. Criticamente, sul punto, v. però S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., pp. 195 ss. L'autrice fa riferimento alla legge Cirinnà come a un «inchino al privilegio procreativo del matrimonio e della coppia eterosessuale». In senso opposto sembra concludere Trib. Bologna, 6.7.2018, cit., secondo cui «in forza del quadro normativo e giurisprudenziale...dopo l'entrata in vigore della l. n. 76 del 2016 lo status filiationis è unico, indipendentemente dalla forma giuridica del rapporto fra i genitori» (pt. 2H). Sul tema, recentemente, v. anche M.C. VENUTI, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, in *GenIUS*, 2018, 1, pp. 85 ss.

<sup>175</sup> S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., p. 198, sottolinea come tuttavia la *step-child* non fosse l'unico modo di riconoscere la genitorialità omosessuale e stigmatizza il silenzio della legge Cirinnà sulla genitorialità sociale.

Nell'analizzare il tema della genitorialità e del potere del legislatore nel porre regole e limiti, sembra necessario distinguere i casi nei quali il minore sia già venuto in vita e quelli che riguardano momenti precedenti al concepimento e alla nascita. In quest'ultimo caso, certamente rientra nella sfera di discrezionalità del legislatore la regolamentazione (nel caso di specie, la limitazione) dell'accesso alla procreazione assistita e all'adozione per le coppie *same-sex*, per quanto resti ferma la necessità di verificare il rispetto della ragionevolezza della distinzione che dovrebbe passare attraverso una verifica dell'oggettività dei requisiti richiesti. La richiesta del vincolo coniugale quale requisito per le coppie che chiedono accesso all'adozione, presupponendo che il vincolo matrimoniale sia idonea garanzia di stabilità del nucleo in cui si andrebbe ad inserire il minore<sup>176</sup>, si traduce in una condizione impossibile da rispettare per le coppie *same-sex*, nell'attuale quadro legislativo<sup>177</sup>. Infatti, alla luce della pronuncia della Cassazione 4184/2012, se pure il matrimonio *same-sex* contratto all'estero non può più essere considerato inesistente, né invalido, esso è comunque inidoneo a legittimare l'accesso all'adozione<sup>178</sup>. Così, nel

---

<sup>176</sup> La legge che regola l'adozione (l. 184 del 1983) ha inteso assicurare al minore un ambiente familiare di crescita e di sviluppo il più prossimo possibile a un modello tradizionale di famiglia, ritenuto più idoneo a garantire stabilità e continuità nel rapporto con l'adottando.

<sup>177</sup> Ovviamente, ciò a meno di non considerare equivalente al matrimonio, l'unione civile, ex l. 76/2016, co. 1, art. 1.

<sup>178</sup> Tuttavia, come ricordato di recente dalla Corte di Cassazione (14878/2017), in base alla clausola di equivalenza, l. 76/2016, art. 1, co. 20, il ricorso all'adozione in casi particolari sarebbe possibile in quanto "già consentito". Infatti, «Si precisa, al comma 20 dell'art. 1, che le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e quelle che contengono le parole "coniuge, coniugi" o termini equivalenti in qualsiasi fonte normativa (anche nei regolamenti, negli atti amministrativi e nei contratti collettivi) si applicano a ognuna delle parti dell'unione civile, ma non le norme del codice civile, al di là di quelle espressamente indicate dalla legge in esame, e neppure quelle della L. n. 184 del 1983 (affidamento e adozione). Si aggiunge peraltro che «resta fermo quanto previsto e consentito dalle norme vigenti in materia di adozione». Non si potranno dunque disporre adozioni piene e neppure adozioni in casi particolari ex art. 44 L. n. 184, quanto alla lettera b): adozione del figlio del coniuge. Resta aperta una via già praticata da alcune pronunce di merito che avevano applicato la lettera d) dell'art. 44: impossibilità di affidamento preadottivo, secondo un'interpretazione estensiva, che attiene pure all'impossibilità giuridica, oltre a quella di fatto (ove ad esempio non vi siano adottanti disponibili), e può prescindere dunque dall'abbandono. Tale interpretazione ha trovato, dopo la L. n. 76, sicuro avallo in una recente pronuncia di questa Corte, già ricordata (Cass. N. 12962 del 2016). La Corte ha condiviso un'interpretazione estensiva della norma, alla luce del quadro costituzionale e con-

valutare il rispetto della ragionevolezza della distinzione, va considerato come agganciare l'accesso all'adozione alla diversità di sesso degli aspiranti genitori potrebbe configurare una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, per quanto vadano operati dei distinguo fra i diversi istituti. Tuttavia, i giudici non sembrano aver tenuto in considerazione né la distanza fra l'adozione e la p.m.a., né la diversa disciplina straniera nel cui contesto la filiazione ha trovato la propria origine giuridica<sup>179</sup>, aspetto particolarmente problematico nel caso di trascrizione di atti stranieri di minori nati a seguito di *surrogacy* – su cui il legislatore ha espresso il massimo disvalore, sanzionandola penalmente<sup>180</sup> –, né ancora la diversità tra maternità surrogata e altre tecniche di fecondazione assistita, in particolare eterologa<sup>181</sup>, né da ultimo la diversa modalità di concepimento e nascita del minore, ad esempio, assimilando ogni forma di maternità surrogata a prescindere dal fatto che sia altruistica o commerciale<sup>182</sup>; oltre a mostrare non con-

---

venzionale ed in particolare dei principi affermati dalla Corte EDU in ordine al reale interesse del minore. V. S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri*, cit.

<sup>179</sup> Lo rileva criticamente E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., p. 12.

<sup>180</sup> Posizione confermata dalla Corte cost. 272/2017.

<sup>181</sup> Parla in proposito di una fuorviante tendenza, E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., p. 12, che stigmatizza l'assenza di verifica, in sede giurisdizionale di autorizzazione della trascrizione degli atti di nascita, della disciplina straniera in applicazione della quale gli atti son stati redatti. Ancora E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit., ribadisce come non vi sia «alcun vuoto normativo nella tutela dell'interesse del minore, poiché il riconoscimento della genitorialità sociale, nelle sue molteplici forme, dimostra che la protezione di tale interesse, già minato dal ricorso alla surrogazione, può passare *ex post* – non automaticamente, ma quando ve ne siano i presupposti – attraverso l'adozione (in casi particolari)». Così, v. S. NICCOLAI, *La regola di giudizio*, cit., pp. 2990 ss. In senso critico, v. anche G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata*, cit., p. 84, che rileva la confusione concettuale da parte della giurisprudenza.

<sup>182</sup> Sul tema, ampia è la letteratura che tuttavia non concorda nel tracciare una distinzione fra la pratica commerciale e quella altruistica per il carattere vischioso che presenta: M. RIZZUTI, *Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale*, in *Rivista di Biodiritto*, 2015, 2, p. 100; E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., pp. 19-22, sottolinea questa distinzione rappresenti uno spartiacque ambiguo, molto debole e facilmente aggirabile, che peraltro non può esser misurato soltanto sulla remunerazione della prestazione della madre surrogata posto che, ad esempio, andrebbe verificato il costo delle attività di intermediazione. Così, l'autrice sottolinea l'importanza di tenere conto di come la logica del “dono” si riveli come messaggio pacificato sul punto. Secondo S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., p. 216, non sarebbe comunque il carattere altruistico della prestazione della donna a impedire la costi-

sapevolezza delle differenze fra le diverse pratiche<sup>183</sup> e quanto al diverso peso del maschile e del femminile nella riproduzione e che, proprio rispetto alla *surrogacy*, emerge nella sua complessità<sup>184</sup>, simile aspetto ha condotto ad assimilare la genitorialità omosessuale maschile e quella femminile<sup>185</sup>, con il rischio di rimuovere gli elementi di differenza tanto sul piano medico, tanto sul piano legale<sup>186</sup>. Così, è stato ritenuto come non potrebbe farsi dipendere il diritto fondamentale alla conservazione dello *status* di figlio dalla qualificazione giuridica che l'ordinamento interno riconnette alla condotta di coloro che hanno dato forma al progetto procreativo e da cui è dipesa la sua nascita o la creazione del legame giuridico genitoriale<sup>187</sup>. Tuttavia, oltre al già segnalato rischio di ipostatizzare il fatto compiuto<sup>188</sup>, va valutato il pos-

---

tuzione di un mercato, per cui non avrebbe senso ammettere la pratica se altruistica. L'interrogativo dovrebbe piuttosto sorgere domandandosi se sia opportuna la creazione di un mercato attorno al corpo delle donne.

<sup>183</sup> Rispetto alla Cass. 19599/2016, v. J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì*, cit., pp. 148 ss., che ne segnala il rilievo pratico poiché il richiamo alla giurisprudenza sull'eterologa a favore di coppie di donne consente ai giudici di superare i profili di contrarietà all'ordine pubblico senza considerarne componenti che possono divenire decisive. Da ultimo, v. App. Napoli, 4.7.2018, 145, che proprio nell'assimilare la maternità surrogata alle altre tecniche di procreazione assistita ha affermato che «la configurazione di una genitorialità/filiazione fondata non tanto sulla derivazione biologica (che, come detto, può mancare), quanto sul consenso, può avere ricadute anche con riferimento alla maternità surrogata, compresa quella omogenitoriale».

<sup>184</sup> Così, v. E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., pp. 5 ss. L'autrice fa riferimento alla totale disattenzione per le modalità con cui la surrogazione è avvenuta (p. 5) e mette in evidenza l'ineludibile differenza sessuale nella riproduzione che oggi pone la donna in una posizione di forza (p. 26).

<sup>185</sup> Mette in luce questo aspetto, S. NICCOLAI, *La maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione*, cit.

<sup>186</sup> E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit., p. 7.

<sup>187</sup> App. Milano, 16.12.2016, cit.; in tal modo la Corte supera l'anomalia del parto gemellare di due bambini con diversa paternità genetica. Per l'assoluta indifferenza delle tecniche cui si sia fatto ricorso all'estero, rispetto al diritto del minore al riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti di entrambi i genitori che lo abbiano portato al mondo, nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa, v. anche App. Trento, ord. 23.2.2017, cit.; in essa, il giudice riconosce l'esigenza di salvaguardare il diritto del minore alla continuità dello *status filiationis* nei confronti di entrambi i genitori, il cui mancato riconoscimento non solo determinerebbe un grave pregiudizio per i minori, ma li priverebbe di un fondamentale elemento della loro identità familiare, così come acquisita e riconosciuta nello stato estero in cui l'atto di nascita è stato formato.

<sup>188</sup> E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., p. 22. Così, v. anche J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì*, cit., p. 147.

sibile impatto in termini di tenuta del sistema, posto che significherebbe archiviare il ruolo delle regole e della giurisdizione. Se infatti lo *iuris dicere* chiede ai giudici di porsi come attuatori del disposto legislativo, come soggetti che mediano la regola generale e astratta, applicandola al caso concreto, non pare rientrare nelle prerogative loro riconosciute l'archiviazione, *sic et simpliciter*, del disposto legislativo, sempre da considerare come espressione della discrezionalità legislativa e, in ultima analisi, del principio democratico.

Se invece si considera l'omogenitorialità in una prospettiva successiva alla nascita del minore, va ribadito come appaia dubbia la legittimità di respingere un fatto da cui è nato un essere umano. Così, andrebbe verificata la possibilità di regolare le relazioni di filiazione con minori nati a seguito di fecondazione assistita o adozione eseguite all'estero, pure se in violazione della proibizione interna, posta la necessità di non lasciare il minore coinvolto sguarnito di tutele e posto che, pure a fronte dei rigidi divieti interni, non sembra che gli operatori possano esimersi dal confronto con simili vicende. Il tema chiama altresì in causa la questione dello status dei minori concepiti da coppie *same-sex* all'estero mediante il ricorso a tecniche di procreazione assistita ma nati in Italia che, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, possono vedere applicato il combinato disposto degli artt. 8 e 9, l. 40/2004, in quanto disposizioni poste non nell'interesse della coppia esclusa dall'accesso alla procreazione assistita, ma del nato, sul quale non possono ricadere le conseguenze delle scelte dei genitori<sup>189</sup>. Questo aspetto conferma l'importanza di tenere conto della differenza tra quelle vicende che si pongono temporalmente prima della nascita o successivamente ad essa. Mentre in questo secondo caso, la tutela della genitorialità appare connotata da minori problematicità, posto che è funzionale alla protezione degli interessi del minore a veder riconosciuto il nucleo familiare in cui è già inserito, nella fase precedente alla nascita, sembra invece di doversi ribadire come rientri nella discrezionalità del legislatore la valutazione delle diverse opzioni di politica legislativa quanto alla meritevolezza di tutela dei diversi modelli familiari, per quanto debbano essere avanzate perplessità laddove questo sfoci nell'assenza completa di riconoscimento per alcune vicende. È dunque plausibile che, a fronte dell'emersione sempre più frequente di

---

<sup>189</sup> Su questo profilo, v. M. GATTUSO, *La clausola generale di equivalenza*, cit., pp. 287 ss.

realtà omogenitoriali, il legislatore dovrà confrontarsi con il tema, regolando, ma non vietando (sempre ammesso che ciò sia possibile) vicende familiari diverse da quelle statisticamente maggioritarie e oggi uniche destinatarie del riconoscimento giuridico per via legislativa.

Sembra di poter riconoscere come la discrezionalità del legislatore si collochi all'interno di uno spettro ordinamentale che non preclude una tutela piena alla genitorialità omosessuale, offrendo al contrario spunti di riflessione per la sua assimilabilità alla genitorialità eterosessuale e dunque per la sua piena garanzia costituzionale. Peraltro, già prima dell'approvazione della legge 76 del 2016, era già stata messa in dubbio la legittimità dell'esclusione di forme di famiglia diverse da quelle fondate sul matrimonio (le famiglie di fatto, le famiglie monoparentali, le comunità familiari, le coppie omosessuali), in nome del *favor* dell'art. 29 Cost., in quanto la pari dignità di modelli da quest'ultima difforni trovava un fondamento in combinato disposto con l'art. 2 Cost., espressione di un valore personalista, del valore della persona umana, della dignità umana e della tutela delle formazioni sociali<sup>190</sup>. Inoltre, l'art. 30 Cost., imponendo il *dovere* dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio, ma riconoscendolo altresì come *diritto*, comunque offriva un rilievo costituzionale al legame di filiazione a prescindere dalla tipologia di famiglia nel cui ambito esso origina e si svolge<sup>191</sup>. L'unicità della condizione filiale delinea una unicità della condizione genitoriale, i cui diritti e doveri, *ex artt.* 30, 36, 37 Cost., anche nella prospettiva del genitore lavoratore, appaiono identici, senza che sia possibile escludere casi di omogenitorialità<sup>192</sup>. Le solide prospettive offerte in tal senso dal quadro costituzionale inducono a concludere per una serie di possibili aperture nel riconoscimento giuridico dei legami omogenitoriali che, a legislazione invariata, spetta ai giudici garantire caso per caso, in linea con il consolidato percorso intrapreso dall'agiusprudenza che,

<sup>190</sup> Corte cost. 138/2010; art. 1, co., 1, l. 76/2016.

<sup>191</sup> In relazione alla permanenza della relazione familiare verticale (rapporto genitori-prole) qualsiasi siano le vicende delle relazioni orizzontali (rapporti fra i coniugi), cfr. B. PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, cit., p. 97: «l'art. 30 relativizza l'articolo 29 e la definizione di famiglia in quella proposta, interrompendo il nesso rigido tra filiazione, famiglia e matrimonio».

<sup>192</sup> B. PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio*, cit., p. 109. Sia consentito anche un rinvio al mio *La tutela della genitorialità omosessuale fra dignità e uguaglianza*, cit.

progressivamente, è orientata a riconoscere le vicende omogenitoriali, ponendo al centro della decisione, pure con le criticità evidenziate, il minore e il fascio dei diritti e delle libertà che attorno a lui possono essere individuati.







# *Costituzionalismo.it*

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

## Direzione

*Direttore* Gaetano **AZZARITI**

*Vicedirettore* Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

## Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

**BASCHERINI**, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

**CHERCHI**, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

**FERRAJOLI**, Marco

**GIAMPIERETTI**, Antonio

**IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

**PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Laura

**RONCHETTI**, Ilenia

**RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

## Redazione

Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**,

Caterina **AMOROSI**, Alessandra

**CERRUTI**, Andrea **VERNATA**

Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)