

***I bambini al centro: il cambio di prospettiva nelle tre decisioni del marzo 2021 in materia di omogenitorialità (della Consulta e delle Sezioni unite).***

*Marco Gattuso*

Sommario: *1. I bambini arcobaleno e l'inidoneità dell'adozione in casi particolari. – 2. Le “migliori condizioni di partenza”: la capacità genitoriale delle coppie omosessuali fra tradizione e scienza. - 3. “Garantire il modello”: i giudici fra difesa della famiglia tradizionale e protezione del superiore interesse del minore. – 4. I bambini al centro: lo sguardo del diritto finalmente rivolto al bambino. – 5. La parola torna ai giudici. – 5.1. I figli di due mamme. – 5.2. I nati con GPA. - 6. Conclusioni.*

***1. bambini arcobaleno e l'inidoneità dell'adozione in casi particolari***

La questione della protezione giuridica dei figli di coppie omosessuali ha subito nelle ultime settimane un'improvvisa accelerazione grazie a tre importanti decisioni, tutte del marzo 2021, della Consulta<sup>1</sup> e delle Sezioni Unite<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte costituzionale, sentenza del 9 marzo 2021, n. 32 (pres. G. Coraggio, est. S. Sciarra), questione sollevata dal Tribunale di Padova, ordinanza del 9 dicembre 2019 avente ad oggetto gli artt. 8 e 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 e 250 del codice civile, in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost. (in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo, e agli artt. 8 e 14 della Cedu).

Corte costituzionale, sentenza del 9 marzo 2021, n. 33 (Pres. Coraggio; est. Viganò), questione sollevata dalla prima sezione civile della Corte di cassazione con ordinanza del 29 aprile 2020 (pres. G. Bisogni; est. R. Caiazzo), avente ad oggetto l'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, l'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 (diritto internazionale privato) e l'art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (ordinamento dello stato civile), «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d'intenzione non biologico», in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost. (in relazione all'art. 8 Cedu e agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo, e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Entrambe in *Articolo29* con nota A. SCHILLACI, *La Corte costituzionale e l'omogenitorialità: la parola al Parlamento*.

<sup>2</sup> Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 31 marzo 2021, n. 9006 (pres. P. Curzio; est. M. Acierno) in *Articolo29* con nota S. CELENTANO, *Le Sezioni Unite: sì alla trascrizione della adozione da parte di due papà*.

Il primo caso (Corte costituzionale n. 32 del 9 marzo 2021, est. Silvana Sciarra) ha riguardato due gemelle per le quali era stato accertato in modo «inequivocabile»<sup>3</sup> dal giudice *a quo* la condivisione del progetto di procreazione medicalmente assistita (da ora PMA) da parte delle due madri (intenzionale e biologica) che dopo la loro nascita avevano convissuto con le stesse per quasi cinque anni, «con coinvolgimento di entrambe nella cura, nell'educazione e nella crescita delle stesse», ma alla madre intenzionale risultava adesso preclusa l'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1 lett. *d*), l. adoz., essendo stato negato, a causa dell'intervenuta separazione delle due donne, l'assenso del genitore legale prescritto dall'art. 46 della medesima legge.

Il secondo caso (sentenza n. 33 in pari data, 9 marzo 2021, est. Francesco Viganò) ha riguardato un bambino nato in Canada mediante maternità surrogata o gestazione per altri (per brevità, da ora: GPA), per cui la Corte Suprema della British Columbia aveva dichiarato genitori entrambi i padri (intenzionale e genetico), con provvedimento trascritto in Italia in forza di sentenza della Corte d'appello di Venezia e per cui in pendenza del ricorso in cassazione era intervenuta la sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019, che come noto ha affermato la non trascrivibilità dell'atto<sup>4</sup>.

Il terzo caso (Sezioni Unite del 31 marzo 2021, n. 9006, est. Maria Acierno) ha riguardato, infine, la richiesta di trascrizione in Italia di un provvedimento straniero con cui era stata disposta l'adozione di un minore da parte di una coppia di uomini (*Adoption Order* emesso dalla Surrogate's Court dello Stato di New York).

Posto che non è mai in discussione il legame giuridico fra il nato e il suo genitore genetico/biologico, riguardo invece al genitore intenzionale sussisteva, prima di queste decisioni, un aperto conflitto fra due diversi indirizzi interpretativi, *i.e.* fra chi, in dottrina e in giurisprudenza, reputava l'adozione in casi particolari strumento idoneo di tutela del bambino e chi riteneva necessario assicurarne una più pregnante protezione attraverso l'iscrizione di entrambi i genitori nell'atto di nascita e/o la trascrizione dei

---

<sup>3</sup> *Ritenuto in fatto* § 1.1. Salvo questa, tutte le ulteriori citazioni delle varie sentenze della Corte costituzionale riguardano il *Considerato in diritto*.

<sup>4</sup> Corte di cassazione Sezioni unite, sentenza n. 12193/2019, depositata l'8 maggio 2019 (pres. Mammone, est. Mercolino), per cui si rinvia al focus pubblicato sul n. 2019-2 della rivista *GenIUS, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere* dal titolo: *L'interesse del minore e le esigenze di ordine pubblico nella sentenza delle Sezioni unite n. 12193/19*, a cura di M. GATTUSO, con interventi di M. C. VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternalità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*; V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*; M. DOGLIOTTI, *I due padri tra ordinanza di rimessione e sezioni unite della Cassazione*; S. IZZO, «From status to contract»: la trascrizione dei provvedimenti stranieri dichiarativi dello status del figlio d'intenzione; S. TONOLO, *Lo status filiationis da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*.

relativi atti stranieri. Era comunque generalmente ammessa la trascrizione di atti di nascita stranieri recanti l'indicazione di due madri<sup>5</sup> (casi estremamente rari, atteso che comunemente le donne che si recano all'estero per sottoporsi a *pma* eterologa vivono in Italia e dunque qui rientrano per la gravidanza e il parto), mentre era stata esclusa la trascrizione di analoghi atti con due padri, attesa l'interferenza col divieto di *gpa*, ritenuto dalle Sezioni Unite principio di ordine pubblico che affievolisce i diritti del bambino impedendo il riconoscimento dello *status* di figlio del genitore intenzionale (n. 12193/2019 *cit.*).

In questo quadro così composito, la Corte costituzionale ha affermato adesso, nelle due sentenze nn. 32 e 33 del marzo 2021, l'inidoneità dello strumento della cd. adozione speciale, per diverse ragioni: è, innanzitutto, «ancora controverso»<sup>6</sup> se la stessa consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e «coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle»; non appaiono certi i tempi, né compatibili con le esigenze del minore come evidenziate anche dalla Cedu nel recente parere ove ha ritenuto che il riconoscimento del secondo genitore debba intervenire al più tardi quando il legame si è di fatto concretizzato<sup>7</sup>; è necessario il consenso del genitore biologico «che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia» (la circostanza emerge, com'è ovvio, soprattutto nella 32/2021).

La Corte non ne parla espressamente, ma dal suo argomentare emerge inoltre il problema della iniziativa e del consenso dello stesso genitore intenzionale, il quale, dopo avere messo al mondo il bambino, potrebbe sottrarsi alla propria responsabilità semplicemente non richiedendo l'adozione. A tale riguardo è assai significativa la sottolineatura della Corte riguardo a entrambi i genitori, dunque anche a quello intenzionale, per cui deve essere «affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del

---

<sup>5</sup> Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, in *Articolo29* con nota 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*; Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 15 giugno 2017, n. 14878, in *Articolo29*, con nota di S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*; Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 31 maggio 2018, n. 14007, in *Foro italiano*, 2018, I, 2717 ss.

<sup>6</sup> Sentenza n. 33/2021 § 5.8 (come le ulteriori citazioni che seguono). L'indicazione del carattere "controverso" sembra aprire alla possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata, peraltro già proposta, almeno in relazione alla relazione fra figli, da Tribunale per i minorenni di Bologna, sentenza del 3 luglio 2020 (pres. est. G. Spadaro), in *Articolo29* con nota A. SCHILLACI *Da Bologna una svolta storica verso gli effetti pieni dell'adozione in casi particolari*.

<sup>7</sup> Corte europea per i diritti dell'uomo *Avis Consultatif* del 10 aprile 2019, richiesto dalla Corte di cassazione francese, in *Articolo29*, con nota di A. SCHUSTER, *GPA: la tutela del minore limite invalicabile* e M. GATTUSO, *Certezza e tempi "breves que possible" per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019*

minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali», «doveri ai quali non è pensabile che costoro possano *ad libitum* sottrarsi» (sentenza n. 33/2021 § 5.4).

Lo strumento dell'adozione non legittimante appare da questo punto di vista non soltanto insufficiente, ma del tutto inidoneo, perché pensato per «ipotesi tipiche e circoscritte» (sentenza n. 32/21, § 2.4.1.3), diverse dal caso in cui la coppia abbia voluto il bambino sin da prima del suo concepimento e della sua nascita sicché non si tratta di verificare *ex post* la costituzione di un legame di natura genitoriale di fatto, ma di “inchiodare” il genitore intenzionale alla propria responsabilità sulla base del consenso prestato *ab origine* e non revocato «fino al momento della fecondazione dell'ovulo» (art. 6, comma terzo l 40/2004).

Per conseguenza, la Corte stigmatizza il «riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore» nato da due mamme (n. 32, §2.4.1.4) e afferma anche in relazione ai figli nati con *gpa* (sia da coppie dello stesso che di diverso sesso) che l'attuale soluzione è «ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali» (n. 33, § 5.8).

La Corte costituzionale, tuttavia, si ferma qui, rinviando all'intervento del legislatore. In entrambi i casi la Corte dichiara infatti l'*inammissibilità* delle questioni in ragione della pluralità di soluzioni possibili. Per i bambini con due mamme, la Corte osserva che «un intervento puntuale di questa Corte rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato» sicché il rinvio al legislatore si impone anche «per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario», seppure con la forte sottolineatura che «questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia» (sentenza n. 32, § 2.4.1.4). Con riguardo ai bambini nati con GPA, la Corte rileva che «non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco» anche qui affermando che l'intervento è tuttavia «ormai indifferibile» (n. 33, § 5.9.2).

Si tratta dunque di due sentenze monito, dove tuttavia il monito appare particolarmente stringente, posto che l'inerzia del Parlamento nel raggiungimento di un «fine costituzionalmente necessario», «non sarebbe più tollerabile» e l'intervento a tutela dei minori è giudicato ormai «indifferibile».

Nel terzo caso qui oggetto di commento, invece, le Sezioni Unite procedono senz'altro a confermare la trascrizione del provvedimento di

adozione piena, con importanti sottolineature in materia di omogenitorialità, che segnano come vedremo un punto di approdo assai utile per una revisione critica dei precedenti indirizzi della stessa Cassazione.

Le Sezioni Unite, alle prese con una questione di diritto internazionale privato, a due anni circa dal menzionato intervento sull'ordine pubblico internazionale in materia di GPA, enunciano inoltre in modo univoco quali sono i principi irrinunciabili dell'ordinamento, indicando per la trascrivibilità di un atto straniero «i limiti non oltrepassabili, costituiti dai principi fondanti l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori (...); dal principio del preminente interesse del minore (...); dal principio di non discriminazione, rivolto sia a non determinare ingiustificate disparità di trattamento nello status filiale dei minori con riferimento in particolare al diritto all'identità ed al diritto di crescere nel nucleo familiare che meglio garantisca un equilibrato sviluppo psico-fisico nonché relazionale sia a non limitare la genitorialità esclusivamente sulla base dell'orientamento sessuale della coppia richiedente; dal principio solidaristico che è alla base della genitorialità sociale» (sentenza n. 9006/2021, § 16.1). Dunque, l'interesse del minore, il suo diritto all'identità e a crescere nel proprio nucleo familiare e il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale sono segnalati essi stessi come principi di ordine pubblico.

Nonostante le differenze, tutte e tre le decisioni si distinguono per quello che in dottrina è stato già segnalato come un vero e proprio cambiamento dello «sguardo» o «cambio di passo»<sup>8</sup> in relazione alla protezione dei cd. bambini arcobaleno.

Rispetto ai più recenti precedenti della Corte costituzionale e della Corte di cassazione queste sentenze rivelano, in effetti, una diversa visione riguardo alla capacità delle coppie omosessuali di svolgere le funzioni genitoriali e, soprattutto, un radicale cambiamento di angolo visuale, atteso che le corti sembrano allontanarsi da una prospettiva adultocentrica, ponendosi, finalmente, pienamente dal punto di vista del bambino, e ponendo dunque la sua identità, le sue esigenze e il suo benessere al centro delle preoccupazioni del giudice.

Nella decisione in materia di *gpa*, la Corte attesta così che «non è qui in discussione un preteso "diritto alla genitorialità" in capo a coloro che si prendono cura del bambino» ma l'«interesse di un bambino accudito sin

---

<sup>8</sup> G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte costituzionale n. 32 e 33 del 2021 in Giustizia Insieme; Ead. Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte cost. n. 230/2020 NGCC (in corso di pubblicazione); M. ACIERNO, La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità? in *Questione Giustizia on line.**

dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio *a quo*, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo» (§ 5.4, corsivo aggiunto). Parimenti nella sentenza n. 32, sin dalle prime battute in punto di ammissibilità dell'eccezione di illegittimità costituzionale, la Corte rileva come il giudice *a quo* sia stato chiaro «nell'individuare come *oggetto del giudizio* che lo occupa *il diritto delle minori* a essere riconosciute figlie di entrambe le madri» (§ 2.1.1, corsivo aggiunto).

Si tratta, come vedremo, di una prospettiva, quella che pone al centro il bambino e non più gli adulti e il loro desiderio di divenire genitori, che, seppure tutto sommato scontata, nella specie configura nondimeno un chiaro ribaltamento della chiave di lettura assunta dalla stessa Corte costituzionale (e, a ruota, dalla prima sezione della Corte di cassazione) con alcune recenti, assai deludenti, decisioni del 2019 e 2020.

In nessun caso la giurisprudenza precedente è apertamente smentita o superata, ma dalle articolate motivazioni, e anche da qualche citazione omessa, pare emergere il detto cambiamento, di sguardo e di passo.

## ***2. Le “migliori condizioni di partenza”: la capacità genitoriale delle coppie omosessuali fra tradizione e scienza.***

Occorre al riguardo prendere le mosse dalla sentenza n. 221 del 2019<sup>9</sup>, che pur concernendo tutt'altra questione (il divieto per una coppia di donne di accedere alle tecniche di PMA) ha esercitato una profonda influenza sulla giurisprudenza successiva, più che per il suo esito, per l'inedito percorso motivazionale.

La Corte ha fondato la propria decisione, di conferma della legittimità del divieto, sul rilievo che la legge 40/2004 riflette «due idee di base» (§10): 1) prevede il ricorso alla PMA «come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica», sicché a suo avviso non se ne imporrebbe l'estensione all'infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale femminile<sup>10</sup>; 2) il divieto per le coppie di donne di accedere

<sup>9</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 18 giugno 2019 (Pres. G. Lattanzi, Est. F. Modugno).

<sup>10</sup> L'argomento della Corte, in verità, non persuade, posto che l'art. 1 della legge 40/2004 funzionalizza le tecniche di procreazione assistita al superamento della “infertilità umana” senza alcuna menzione di una eziologia patologica. Tale norma è tesa ad escludere che a tali tecniche possa ricorrersi anche in mancanza di problemi di infertilità (ad es. a fini eugenetici), ma il ricorso a tali tecniche appare consentito anche in carenza di patologie (non sempre l'infertilità di una coppia composta da un uomo e una donna è riconducibile a una condizione classificabile come malattia) o comunque anche in mancanza di qualsiasi diagnosi di una condizione patologica (l'infertilità inspiegata c.d. idiopatica configura circa il 15% delle pma realizzate in Italia Sono i dati dell'Istituto Superiore di Sanità aggiornati al 2015 riportati in N.VINAI, *Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema*, in *Federalismi*, 2021) ed è pure consentito quando l'infertilità è conseguenza del mutamento di sesso (dove la sterilità, dunque, è conseguenza di una condizione che, dopo la rettificazione di sesso, non è

alla *pma* corrisponde al «trasparente intento di garantire che il suddetto nucleo riproduca il modello della *famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre*» (§ 10, corsivo aggiunto), sicché, assumendo che sia «non [...] arbitraria o irrazionale» l'idea che «una famiglia *ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato» non potrebbe «considerarsi irrazionale e ingiustificata, in termini generali, la preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle *condizioni ritenute migliori* per lo sviluppo della personalità del nuovo nato» (§ 13.1, corsivi aggiunti), né che «il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come *le migliori condizioni “di partenza”*» (§ 13.2, corsivo aggiunto). Tale giudizio di maggiore “idoneità” genitoriale delle coppie eterosessuali è bilanciato, nella motivazione della Corte, soltanto dalla scontata considerazione dell'eventuale «capacità ... della coppia omosessuale ... di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali» (§ 13.1), sicché è negato «un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere e anche generare figli», posto che «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore, dovendo la dannosità di tale inserimento essere dimostrata in concreto» (§ 13.2). È evidente, tuttavia, che tale capacità eventuale e “all'occorrenza” in mancanza di prova “della dannosità”, non elide affatto la risoluta affermazione della maggiore idoneità delle coppie eterosessuali e semmai ne esalta il carattere contraddittorio.

---

definibile come patologica). La preclusione per le coppie di donne non consegue da una presunta “finalità terapeutica” della legge (la *pma*, d'altra parte, non “cura” alcuna patologia ma pone un rimedio alle conseguenze di una condizione di infertilità umana) ma dalla individuazione dei soggetti legittimati all'accesso che è contenuta nell'art. 5 («coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi») che è la norma sospetta di incostituzionalità. La risposta della Consulta è, in buona sostanza, tautologica, nella misura in cui afferma che non è illegittima l'estensione alle coppie di donne in quanto la legge le esclude. Anche ad assumere che la restrizione, di cui all'art. 5, alle sole coppie eterosessuali consegua a una pretesa scelta di fondo di usare tali tecniche per le coppie eterosessuali solo in presenza di patologie, la domanda posta era, per l'appunto, se sia legittimo non includere il rimedio alla infertilità, sicuramente non patologica, delle coppie di donne. Il principio di non discriminazione impone che una differenza di trattamento fra coppie di conviventi eterosessuali e coppie di conviventi omosessuali (non soltanto nell'esercizio di diritti fondamentali, ma in ogni campo, posto che il principio di non discriminazione non tollera ingiustificate disparità fondate sul genere, la razza, la religione o l'orientamento sessuale) sia giustificata dalla necessità di tutelare altri diritti fondamentali, che nella specie la Corte costituzionale non rinviene, salvo l'opaco argomento del diritto del nato a nascere nel “luogo più idoneo”.

Tale conclusione è basata, con toni che verranno poi ripresi nelle decisioni delle corti del 2019 e 2020, su argomenti quali la *natura*, la *coscienza sociale*, gli *apprezzamenti correnti nella comunità sociale* e la *volontà della collettività*, senza mai alcun confronto con quanto affermato da decenni dalla scienza ufficiale, per cui vi è ormai piena evidenza che l'orientamento sessuale dei genitori è del tutto indifferente per la crescita dei bambini, perché ciò che conta non è il genere o l'orientamento sessuale ma l'attitudine del genitore a svolgere le indispensabili funzioni di cura e di accudimento del bambino<sup>11</sup>.

In modo uniforme e senza eccezioni, da decenni gli *statements* ufficiali delle associazioni degli psicologi, psicoanalisti, pediatri (non dunque prese di posizione di singoli ricercatori, ma posizioni ufficiali degli ordini e delle associazioni professionali) pongono al centro la relazione di attaccamento fra genitori e figli e le funzioni genitoriali di accudimento, escludendo qualsiasi riflesso dell'orientamento sessuale. A mo' di esempio, l'American Academy of Pediatrics (2006) rileva che «*i risultati delle ricerche dimostrano che bambini cresciuti da genitori dello stesso sesso si sviluppano come quelli cresciuti da genitori eterosessuali. Più di venticinque anni di ricerche documentano che non c'è una relazione tra l'orientamento sessuale dei genitori e qualsiasi tipo di misura dell'adattamento emotivo, psicosociale e comportamentale del bambino. Questi dati dimostrano che un bambino che cresce in una famiglia con uno o due genitori gay non corre alcun rischio specifico. Adulti coscienti e capaci di fornire cure, che siano uomini o donne, eterosessuali o omosessuali, possono essere ottimi genitori*»; l'American Psychoanalytic Association (2002/2012) rammenta da venti anni ormai che «*interesse del bambino è sviluppare un attaccamento verso genitori coinvolti, competenti e capaci di cure e di responsabilità educative*» e «*la valutazione di queste qualità genitoriali dovrebbe essere determinata senza pregiudizi rispetto*

---

<sup>11</sup> Fra i testi disponibili in Italia, *ex multis* v.: N. CARONE, *In origine è il dono*, 2016, il Saggiatore, Milano; F. FERRARI, *La famiglia in-attesa*, 2015, Mimesis Edizioni, Sesto San Giovanni, che riporta ben 38 pagine di bibliografia internazionale; 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, S. D'AMORE, A. SIMONELLI, M. MISCIOSCIA, *La qualità delle interazioni triadiche nelle famiglie lesbo-genitoriali: uno studio pilota con la procedura del Lausanne Trilogue Play*, in *Infanzia e Adolescenza*, 2013, vol. 12, n. 2, pp. 113-127; V. LINGIARDI, *Citizen gay. Affetti e diritti*, 2007/2012/2016, il Saggiatore, Milano; V. LINGIARDI *La famiglia inconcepibile*, in *Infanzia e Adolescenza*, 2013, vol. 12, n. 2; V. LINGIARDI, N. CARONE, *Adozione e omogenitorialità: l'abbandono di Edipo?*, in *Funzione gamma*, 2013, vol. 30; , 2007/2012/2016, il Saggiatore, Milano; V. LINGIARDI *La famiglia inconcepibile*, in *Infanzia e Adolescenza*, 2013, vol. 12, n. 2; V. LINGIARDI, N. CARONE, *Adozione e omogenitorialità: l'abbandono di Edipo?*, in *Funzione Gamma*, 2013, vol. 30; V. LINGIARDI, N. CARONE, *Madri lesbiche, padri gay: genitori de-generati?*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, 2016, vol. XLIII, n. 1-2, pp. 57-79. V. LINGIARDI, N. CARONE, *Madri lesbiche, padri gay: genitori de-generati?* in *Giornale Italiano di Psicologia*, 2016, vol. XLIII, n. 1-2, pp. 57-79.



*all'orientamento sessuale»*; l'American Psychological Association (2005) afferma che *«non un solo studio dimostra che i figli di genitori gay e lesbiche siano in qualche modo svantaggiati rispetto ai figli di coppie eterosessuali»*<sup>12</sup>. Si tratta di indirizzo unanime di tutte le associazioni occidentali e, per venire al nostro Paese, anche il Consiglio Nazionale dell'Ordine degli Psicologi (2014) afferma che *«non è certamente la doppia genitorialità a garantire uno sviluppo equilibrato e sereno dei bambini, ma la qualità delle relazioni affettive. Da tempo infatti la letteratura scientifica e le ricerche in quest'ambito sono concordi nell'affermare che il sano ed armonioso sviluppo dei bambini e delle bambine, all'interno delle famiglie omogenitoriali, non risulta in alcun modo pregiudicato o compromesso»*.

È, infine, pertinente richiamare qui il comunicato diramato dall'Associazione Italiana di Psicologia nel 2014, in risposta ad analoghe affermazioni dell'allora Ministro della Salute Lorenzin, per cui sarebbe ragionevole assumere che ai bambini siano verosimilmente garantite migliori condizioni con genitori di sesso diverso, ove si sottolineava che *«tali asserzioni sono prive di fondamento empirico e disconoscono quanto appurato dalla ricerca scientifica internazionale, a partire da studi avviati ormai quarant'anni fa. Sull'argomento le più rappresentative società scientifiche si sono espresse in modo inequivocabile. (...) Su questi temi la comunità scientifica è unanime. L'Associazione Italiana di Psicologia ancora una volta invita i responsabili delle istituzioni politiche a tenere in considerazione i risultati che la ricerca scientifica ha prodotto e messo a disposizione della società e si facciano promotori del rispetto delle persone e della corretta divulgazione scientifica evitando di esprimere asserzioni infondate che hanno il solo risultato di rinforzare i pregiudizi e danneggiare le famiglie mono-genitoriali, le coppie omosessuali e soprattutto i loro bambini»*.

La ricerca scientifica sul campo, che ha riguardato da decenni un numero notevole di bambini e bambine, è agevolata dal fatto che molti di questi figli sono oggi adulti e a loro volta genitori. Basti pensare che l'associazione italiana Famiglie Arcobaleno, certo non una delle prime fondate al mondo, ha festeggiato quest'anno i suoi venti anni di attività e

---

<sup>12</sup> Per completezza va segnalato che esistono alcuni studi di segno contrario, nei quali si afferma che l'omogenitorialità sarebbe causa di disagio per i figli: si tratta di quattro studi (Sarantakos, 1996; Regnerus, 2012; Allen, 2013; Sullins, 2015) su migliaia. In seguito a numerose debolezze metodologiche rilevate nello studio di Regnerus, nel 2015 i dati sono stati riesaminati da altri due gruppi di ricerca (il primo coordinato da Simon Cheng e Brian Powell; il secondo da Michael Rosenfeld) giungendo alla conclusione che quanto sostenuto da Regnerus fosse errato. In particolare, ad aver determinato gli esiti negativi non era stato l'orientamento sessuale dei genitori, ma l'instabilità della struttura familiare di cui Regnerus non aveva tenuto adeguatamente conto. Per un'analisi dettagliata delle criticità che rendono i quattro studi inaffidabili si rimanda a F. FERRARI, *La famiglia in-attesa*, 2015, Mimesis Edizioni, Sesto San Giovanni.

che una intera generazione di “bambini arcobaleno” italiani è ormai maggiorenne ed è in grado di raccontare sé stessa, in interviste, interventi, video. Non dunque ricerche di frontiera, per cui debba ancora attendersi il consolidamento di dati e possa invocarsi il principio di precauzione.

Nella decisione della Corte costituzionale italiana impressiona in effetti come il giudizio sulle “migliori condizioni di partenza” offerte dalle coppie eterosessuali sia espresso in carenza di qualsiasi riferimento a dati scientifici, in palese contrasto con il tradizionale dialogo della Corte con la scienza e con quanto espressamente affermato dalla stessa Corte nella sentenza n. 162/2014, quando era in gioco l’accesso alla *pma* eterologa non delle coppie di donne ma di coppie eterosessuali<sup>13</sup>. Sei anni dopo, qualsiasi dato scientifico viene accuratamente omesso<sup>14</sup>.

Tali affermazioni contenute nella sentenza 221/19, citate con fin troppa disinvoltura in tutte le successive sentenze del 2019 e 2020 della stessa Corte costituzionale e della prima sezione della Cassazione (e che, invece, scompaiono nelle sentenze del marzo 2021), configurano in effetti una vera e propria cesura rispetto alle opposte conclusioni cui era pervenuta in modo omogeneo la giurisprudenza in materia di omogenitorialità e, in particolare, rappresenta un inedito nel panorama delle corti costituzionali occidentali: in Spagna, il Tribunal Constitucional ha sottolineato da tempo come la idoneità genitoriale nulla abbia a che vedere con l’orientamento sessuale della persona<sup>15</sup>; in Germania, il BVerfG ha sottolineato come «i dubbi per la crescita dei minori derivanti dal loro

---

<sup>13</sup> Corte costituzionale, sentenza del 10 giugno 2014, n. 162, ove si legge che il legislatore non può decidere sulla base di mera discrezionalità legislativa ma è tenuto a tener conto «degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenza n. 8 del 2011), anche in riferimento all’accertamento dell’esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela». L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2020: evidenza come nel 2004 «la Corte non si era astenuta dal verificare, anche dal punto di vista scientifico, la fondatezza dell’assunto circa il pericolo di pregiudizio per gli interessi del minore. (...) In tal modo la Corte era quindi giunta alla conclusione che la misura precauzionale non rispondeva a una effettiva esigenza di tutela della salute del nascituro ma piuttosto a un giudizio negativo, fondato principalmente su considerazioni di ordine etico».

<sup>14</sup> L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento cit.* per cui, posto «che la Corte ha individuato nella tutela del nascituro la finalità del divieto in questione, non pare però che essa abbia anche provveduto a svolgere una verifica della fondatezza»; è «ormai consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di leggi *science based*, secondo cui le scelte legislative implicanti valutazioni di carattere tecnicoscience che incidono su beni costituzionalmente rilevanti devono essere fondate su una previa verifica dello stato delle conoscenze scientifiche ed essere aggiornate all’evolversi delle stesse»; nel caso di specie, «invece, la Corte non ha fatto nemmeno cenno a suddetta esigenza, né si è espressa nel senso della fondatezza scientifica dell’idea per cui le coppie omosessuali non garantirebbero le migliori condizioni “di partenza” per il minore».

<sup>15</sup> Corte costituzionale spagnola n. 198 del 6 novembre 2012: «*en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores*».

inserimento in una coppia genitoriale dello stesso sesso sono stati confutati dalla grande maggioranza dei pareri specialistici»<sup>16</sup> e anche la giurisprudenza della Cedu è ormai da decenni univoca sul punto, respingendo ogni valutazione per categorie e affermando la necessità di giudizi caso per caso, in egual modo per le persone eterosessuali e omosessuali<sup>17</sup>. Indirizzo mai più smentito, e anzi reiteratamente confermato e seguito, anche in Italia, da innumerevoli decisioni di merito<sup>18</sup> e più e più volte dalla Corte di cassazione<sup>19</sup> anche in relazione alla idoneità genitoriale di coppia.

L'affermazione, dunque, che atteso il «grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità” nell’ambito della comunità sociale» (§ 13.1) non sarebbe oggi “irragionevole” ritenere che le coppie eterosessuali assicurino “migliori condizioni di partenza”, potendo rappresentare le coppie dello stesso sesso un luogo meno idoneo per i bambini, ha, lo si consenta, un carattere francamente inaccettabile<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Corte costituzionale tedesca 19 febbraio 2013, § 80: «*Bedenken, die sich gegen das Aufwachsen von Kindern in gleichgeschlechtlichen Elterngemeinschaften im Allgemeinen richten, wurden in der ganz überwiegenden Zahl der sachverständigen Stellungnahmen zurückgewiesen*».

<sup>17</sup> La prima sentenza risale a oltre venti anni fa, Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 dicembre 1999, causa 33290/96 (*Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*) per cui viola gli artt. 8 e 14 CEDU negare l'affidamento di una figlia minore al padre motivando sulla base dell'omosessualità di quest'ultimo; con giurisprudenza altrettanto risalente la Corte di Strasburgo ha pure affermato che il diritto all'adozione una volta ammesso nella legislazione nazionale per i single non può essere negato in ragione dell'orientamento sessuale (*Fretté c. Francia*, 26.2.2002, causa 36515/97). V. anche *E.B. c. Francia* del 22 gennaio 2008: poiché la Francia prevede il diritto dei *single* ad adottare, è contrario agli artt. 8 e 14 CEDU il diniego di idoneità all'adozione nei confronti di una donna omosessuale, non potendo l'orientamento sessuale della donna influire sulla decisione.

<sup>18</sup> Fra le più risalenti decisioni di merito (tutte reperibili sul sito *Articolo29*): Corte d'Appello Napoli, 11 aprile 2007; Tribunale di Bologna, 7 luglio 2008; Tribunale di Firenze, 30 aprile 2009; Tribunale di Nicosia, 14 dicembre 2010; Tribunale di Genova, 30 ottobre 2013. Tribunale di Parma decreto del 3 luglio 2013; Tribunale per i minorenni di Bologna, 31 ottobre 2013, Tribunale per i minorenni di Palermo, decreto del 4 dicembre 2013; Tribunale minorenni Roma, 30 luglio 2014; Tribunale minorenni Roma 22 ottobre 2015 ecc...

<sup>19</sup> Corte di cassazione sentenza n. 601/2013, per cui alla base dell'allegazione di un rischio per il bambino «non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale». Conforme anche Corte di cassazione, prima sezione civile 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro italiano*, 2016, I, 2342 ss., e similmente anche in tutte le sentenze della Corte di cassazione citate nella nota 5.

<sup>20</sup> Assai critica M. C. Venuti, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *La Nuova Giur. civ. commentata*, 2020, 3, pag. 664 per cui «secondo questo approccio, laddove il legislatore adottasse (come in questo caso) una soluzione che comprimesse i diritti fondamentali di categorie di persone, questa sarebbe inattaccabile anche dal punto di vista della tenuta costituzionale, poiché' conforme agli «orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico». M. Picchi, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)* in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 2020 «L'inquietante e perentoria chiusura della Corte suscita delle perplessità perché, in sostanza, l'orientamento sessuale viene considerato un elemento che incide sulla capacità di essere genitori e sul grado di accettazione dello stesso nato da parte della collettività»; «occorre sottolineare che la Corte costituzionale richiama più volte l'apprezzamento sociale: sembra quasi che operi un bilanciamento con il grado di accettazione del fenomeno della omogenitorialità nella comunità sociale, senza prendere in

I toni nelle sentenze n. 32 e 33 del 2021 sono radicalmente mutati.

Non è mai posto in dubbio, in alcun passaggio, che le coppie omosessuali assicurino condizioni eguali a quelle determinate dalle coppie eterosessuali e rappresentino un “luogo” idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato: la Corte riscontra che i bambini arcobaleno sono oggi esposti effettivamente a una “condizione deteriore”, ma non certo a causa della identità di sesso dei loro genitori ma in quanto e nella misura in cui agli stessi non venga assicurata dall’ordinamento una protezione giuridica analoga «rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell’orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo» (n. 32/21, § 2.4.1.3). Come si legge nella sentenza n. 33, va tutelata l’identità del bambino e il suo diritto di crescere nella sua famiglia «anche laddove il nucleo in questione sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento che *l’orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull’idoneità all’assunzione di responsabilità genitoriale*» (§ 5.3). Anche in caso di figli nati con *gpa* la Corte non evoca i dubbi sulla tutela del nato, evidentemente non assumendo che siano qui in gioco la dignità e il benessere di questi bambini. D’altra parte, anche in questo caso le ricerche condotte ormai da decenni, soprattutto nel Regno Unito e negli Stati Uniti, informano delle condizioni di benessere (tanto delle gestanti che) dei bambini<sup>21</sup>. Questi bambini sono mortificati dallo stigma giuridico e, quindi, sociale; non dalla storia, spesso rispettabile e per loro facilmente comprensibile, che li ha portati in vita<sup>22</sup>.

---

considerazione, invece, i risultati di studi scientifici, oramai molteplici e diffusi, che sono andati a verificare proprio se i genitori *same sex* sono in grado di garantire le migliori condizioni di partenza per i figli».

<sup>21</sup> SÖDERSTRÖM-ANTILA, U.B. ROMUNDSTAD, C. BERGH, *Surrogacy: Outcomes for Surrogate Mothers, Children and the Resulting Families - A Systematic Review*, in *Human Reproduction Update*, n. 2/2016, pp. 260 ss. Con riguardo al benessere psicologico delle persone nate, cfr. anche V. JADVA, L. BLAKE, P. CASEY, S. GOLOMBOK, *Surrogacy Families 10 Years On: Relationship with the Surrogate, Decisions over Disclosure and Children Understanding of Their Surrogacy Origins*, in *Human Reproduction*, n. 10/2012, p. 3008; S. GOLOMBOK, L. BLAKE, J. SLUTSKY, E. RAFFANELLO, G. D. ROMAN, A. EHRHARDT, *Parenting and the adjustment of children born to gay fathers through surrogacy*, in *Child Development*, 2018, vol. 89, 1223–1233; N. CARONE, V. LINGIARDI, A. CHIRUMBOLO, A., R. BAIOTTO, *Italian gay father families formed by surrogacy: Parenting, stigmatization, and children’s psychological adjustment*, in *Developmental Psychology*, 2016, vol. 54, pp. 1904-1916; N. CARONE, R. BAIOTTO, D. MANZI, C. ANTONIUCCHI, V. CARICATO, E. PAGLIARULO, V. LINGIARDI, V., *Surrogacy families headed by gay men: Relationships with surrogates and egg donors, fathers’ decisions over disclosure and children’s views on their surrogacy origins*, in *Human Reproduction*, 2018, vol. 33, 248–257; N. CARONE, R. BAIOTTO, V. LINGIARDI, K. KERNS, K., *Child attachment security in gay father surrogacy families: Parents as safe havens and secure bases during middle childhood* in *Attachment & Human Development*, 2020, vol. 22, pp. 269-289.

<sup>22</sup> Su questi temi e in particolare sulla posizione della gestante e sul bilanciamento fra autodeterminazione e dignità della donna cfr. il focus, a cura di R. RUSSO, in *Giustizia Insieme*, 2020, dal titolo *Maternità surrogata e status dei figli* con i pareri di G. LUCCIOLI, M. PALADINI, S. STEFANELLI, M. GATTUSO.

Le Sezioni Unite, a loro volta, escludendo nella sentenza n. 9006/21 che l'identità di genere dei due membri della coppia sia impeditiva della trascrizione dell'adozione, sottolineano che «l'ininfluenza dell'orientamento sessuale nelle controversie riguardanti l'affidamento dei minori e la responsabilità genitoriale all'interno del conflitto familiare costituiscono un approdo fermo nella giurisprudenza di legittimità (Cass. 601 del 2013), così come per l'accesso all'adozione non legittimante delle coppie omoaffettive (Cass. 12962 del 2016)», rilevando che tale conclusione è «univocamente assunta dalla giurisprudenza di legittimità che si è espressa al riguardo» e osservando che «la conferma più rilevante si ritrae dalla sentenza delle S.U. n. 12193 del 2019» dove «la differenza di genere per le coppie omogenitoriali maschili costituisce un discrimine soltanto se il progetto genitoriale comune si fonda sul ricorso alla gestazione per altri», «limite peraltro comune anche alle coppie eterosessuali», sicché le Sezioni Unite sottolineano come nella decisione del 2019 «non viene individuato alcun ostacolo od impedimento alla piena valutazione dell'interesse preminente del minore nelle azioni sugli *status* genitoriali che possa ricondursi all'orientamento sessuale delle coppie» (§ 17, 17.1, 17.2).

Tali affermazioni, in quanto così autorevolmente sottolineate dalle Sezioni Unite, appaiono particolarmente significative in quanto riferite alle «coppie omogenitoriali maschili», essendo evidente che queste soffrono più di altre della preoccupazione, secondo il *comune sentire*, che la mancanza di una figura materna possa comportare un qualche pregiudizio per il bambino.

### ***3. “Garantire il modello”: i giudici fra difesa della famiglia tradizionale e protezione del superiore interesse del minore***

Ciò che, ad ogni modo, preme sottolineare in questa sede è l'ulteriore conseguenza che era stata tratta dalla stessa Corte costituzionale dopo la sentenza n. 221/19, prima in un *obiter* contenuto nella sentenza n. 237 del 2019 (che riguardava una questione internazionalprivatistica decisa con pronuncia di inammissibilità per una imprecisa indicazione della norma sospetta di illegittimità<sup>23</sup>), richiamato nelle due sentenze della prima

---

<sup>23</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 237 del 15 novembre 2019 (pres. Lattanzi, est. Morelli), con riguardo alla supposta impossibilità di formare un atto di nascita di un bambino anche di nazionalità straniera con l'indicazione della doppia maternità sulla base di una legge straniera che ammette la doppia maternità. Sull'ordinanza di rimessione Trib. Pisa, ord. 15 marzo 2018, v. in *Articolo29*, A SCHILLACI, *L'omogenitorialità a Palazzo della Consulta: osservazioni a prima lettura dell'ordinanza del Tribunale di Pisa del 15 marzo 2018*

sezione della Corte di cassazione dell'aprile 2020<sup>24</sup>, e quindi nella sentenza della Consulta n. 230 del novembre 2020<sup>25</sup> (dunque di pochi mesi precedente alle sentenze qui in commento).

Se nella sentenza n. 221/19 il difforme giudizio sulla idoneità genitoriale “per categorie” riguardava le condotte degli adulti e il loro accesso alla PMA, in tali successive decisioni il giudizio viene trasferito alla diversa questione dello *status* del bambino già nato. In queste decisioni, della Consulta e della prima sezione della Cassazione, prendendo a piene mani dalle affermazioni contenute nella 221/19 sulla difforme idoneità genitoriale delle coppie dello stesso sesso, le corti (costituzionale e di cassazione) hanno escluso la possibilità di annotare le due mamme nell'atto di nascita formato in Italia affermando che il principio di autoresponsabilità, recepito negli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, postula «pur sempre che quelle coinvolte nel progetto di genitorialità così condiviso siano coppie “di sesso diverso”, atteso che le coppie dello stesso sesso non possono accedere, in Italia, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita».

Si tratta di un evidente slittamento di prospettiva, atteso che la posizione del minore e i diritti degli adulti non si pongono affatto sullo stesso piano, anzi. Il principio della doverosa assunzione della responsabilità genitoriale non concerne il riconoscimento di *diritti degli adulti*, ma l'affermazione di un fascio di doveri e obblighi nei confronti del bambino. Come chiarisce la Relazione illustrativa al d.lvo n. 154/2013 sullo *status unico di figlio*, la responsabilità genitoriale va considerata «non più come una potestà sul figlio minore, ma come un'assunzione di responsabilità da parte dei genitori nei confronti del figlio»; tale nozione consiste in «una situazione giuridica complessa idonea a riassumere i doveri, gli obblighi e i diritti derivanti per il genitore dalla filiazione», ciò che permette, conclude la Relazione, di attribuire «risalto alla diversa visione prospettica che nel corso degli anni si è sviluppata ed è ormai da considerare patrimonio condiviso: i rapporti genitori-figli non devono più essere considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse dei figli minori».

In questa nuova visione prospettica, gli artt. 8 e 9 della legge 40/2004, collocati nel Capo titolato *Disposizioni concernenti la tutela del nascituro*, costituiscono dispositivi a protezione dei minori, anche *contro la volontà* dei genitori intenzionali, secondo il principio di autoresponsabilità per cui *nemo contra factum proprium venire potest*.

---

<sup>24</sup> Corte di cassazione, prima sezione, sentenza n. 7668 del 3 aprile 2020 (pres. M. C. Giancola; est. A. P. Lamorgese);

Corte di cassazione, prima sezione, sentenza n. 8029 del 22 aprile 2020 (pres. M. C. Giancola; est. G. Mercolino).

<sup>25</sup> Corte costituzionale, sentenza del 4 novembre 2020 n. 230 (pres. est. M. R. Morelli).

Dunque, certamente non diritti dei genitori, ma fondamento della loro responsabilità nei confronti di chi hanno messo al mondo.

Non è indifferente che la stessa ordinanza di remissione (nel caso che ha condotto alla sentenza n. 230 del 2020) sia affetta dal medesimo errore prospettico, sospettando di illegittimità costituzionale l'art. 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76 (cd. *clausola generale di equivalenza* fra matrimonio e unione civile) nella parte in cui non comprende, fra i diritti "matrimoniali" estesi alle parti dell'unione civile anche «la possibilità di essere indicate, entrambe, quali genitori nell'atto di nascita quantunque siano unite civilmente e [...] abbiano fatto ricorso (all'estero) alla procreazione medicalmente assistita». Si tratta, com'è evidente, di un doppio errore di prospettiva, sia perché lo *status* riconosciuto dalla legge n. 40/2004 prescinde del tutto dalla esistenza di un vincolo matrimoniale fra i genitori, sicché è inappropriato il richiamo alla legge sull'unione civile e alla clausola di equivalenza, sia – e soprattutto – perché lo *status* del minore nato con PMA eterologa è riconosciuto dalla legge 40/2004 dal punto di vista del minore e niente affatto come diritto degli adulti, sicché, ancora una volta, ogni richiamo al comma 20 della legge 76/2016 è mal posto.

L'errata impostazione dell'eccezione di illegittimità costituzionale conduce nella 230/20 la Corte costituzionale al rigetto «perché l'aspirazione della madre intenzionale ad essere genitore non assurge a livello di diritto fondamentale» (§ 6), senza che la Corte sia condotta a considerare, dunque, il diverso punto di vista del bambino. Com'è stato opportunamente osservato, ci si è mossi così «guardando esplicitamente alle potenzialità generative della coppia e all'orientamento sessuale della stessa anziché muovere dall'interesse del minore»<sup>26</sup>, così che «a ben vedere, l'elemento determinante ai fini dello spostamento dell'ago della bilancia è la natura eterosessuale o omosessuale della coppia che aspira alla genitorialità, perché l'esigenza di proteggere la persona nata da PMA torna a prevalere solo qualora si tratti di una coppia dello stesso sesso, come a presupporre l'inidoneità ontologica degli individui che la compongono (o meglio: della loro unione) a crescere adeguatamente dei figli»<sup>27</sup>.

Anche la prima sezione civile della Corte di cassazione (la quale come detto si era occupata, con decisioni favorevoli, di alcuni casi di trascrizione in Italia di atti di nascita stranieri recanti due mamme<sup>28</sup>) con due decisioni dell'aprile 2020, emesse a ruota, come detto, dell'*obiter*

---

<sup>26</sup> M. PICCHI, *Figli di un dio minore*: quando lo *status filiationis* dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale).

<sup>27</sup> A. GIUBILEI, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili. Nota alla sentenza n. 230 del 2020 della Corte costituzionale* in *Nomos*, 2020.

<sup>28</sup> Vedi nota 5.

contenuto nella sentenza della Corte costituzionale n. 237/19, ha circoscritto il principio di responsabilità del genitore intenzionale ai soli figli di coppie eterosessuali, affermando che la responsabilità anche del genitore omosessuale si porrebbe «in contrasto con la L. n. 40 del 2004, art. 4, comma 3 e con l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali» (sentenza 8029/20, § 5.5).

Nella prima sentenza, la n. 7668/20, contraddistinta da una motivazione sorprendentemente succinta, la Corte evita persino di menzionare l'impianto degli artt. 8 e 9, legge 40 del 2004 sulla protezione del nascituro come se il medesimo non fosse il protagonista della sua decisione<sup>29</sup>, mentre nella seconda sentenza, la n. 8029/20, pur con una motivazione più articolata, la Cassazione condisce le oscure affermazioni della 221/19 sulle difformi capacità genitoriali di eterosessuali e omosessuali («il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre» ... «luogo più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato...») con un improbabile richiamo alla centralità della filiazione biologica nel codice civile e con un poco accurato esame dell'impatto della legge n. 76 del 2016.

I rilievi sulla centralità del dato genetico, per cui «l'intera disciplina del rapporto di filiazione, così come delineata dal codice civile, rimane tuttora saldamente ancorata alla necessità di un rapporto biologico tra il nato ed i genitori» (§ 5.3) non colgono che il codice ha riguardo alla posizione dei figli nati mediante generazione biologica e non di quelli nati con PMA, normata invece dalla legge 40/2004<sup>30</sup>.

Non persuade neppure l'argomento del ridotto impatto della legge sull'unione civile, per cui non sarebbe «un caso, d'altronde, che la L. n. 76 del 2016, nel dettare la disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, si sia limitata a far salvo “quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti” (art. 1, comma 20), senza richiamare in alcun modo la disciplina della procreazione medicalmente assistita, rimasta immodificata a seguito di tale intervento normativo» (§ 5.3.), frutto evidentemente di una lettura frettolosa del quadro normativo. Al contrario, la menzionata *clausola generale di equivalenza* richiama *tutte* le norme dell'ordinamento, nessuna esclusa, che facciano riferimento

---

<sup>29</sup> G. FERRANDO, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli* in *Questione Giustizia*, lamenta a proposito la «stringatezza della motivazione»; «la sentenza n. 7668 respinge il ricorso in base ad un unico argomento: la legge vieta alle coppie dello stesso sesso di accedere alle tecniche di pma», ma «l'argomento sembra non centrare il bersaglio. La questione all'esame della Corte di cassazione non riguardava infatti la legittimità o meno della richiesta di accesso alle tecniche da parte di una coppia di donne, come appunto nel caso deciso dalla Consulta, riguardava invece lo stato del figlio, di una persona già nata».

<sup>30</sup> G. FERRANDO, *ivi*: «il fatto è che il codice civile (e l'ordinamento di stato civile) ...disciplina lo stato del figlio generato da una donna e da un uomo nel corso di un rapporto sessuale, la generazione “naturale”, come si suol dire. Non allarga il suo orizzonte oltre questo confine».



al “matrimonio” e ai “coniugi”, prescrivendone l’applicazione alle parti dell’unione civile, non escludendo dunque affatto quelle contenute nella legge n. 40 del 2004; la legge Cirinnà, semmai, espressamente esclude l’estensione proprio delle (sole) disposizioni della legge adozioni (che contengono la parola “coniuge”, e dunque dell’art. 6 e dell’art. 44 lettera *b*, ma non della lettera *d*, che resta applicabile in quanto non riferita al coniuge ma anche al mero convivente). La cd. “*clausola di salvaguardia*”, per cui resta salvo «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti» è citata davvero a sproposito dalla Corte di cassazione, non tenendo conto, evidentemente, che riguarda le sole adozioni per la semplice ragione che solo queste sono escluse dalla generale equivalenza fra unione civile e matrimonio. In buona sostanza, escludendo le (sole) adozioni dal principio di equivalenza, il legislatore ha voluto rinviare comunque alla giurisprudenza, confidando nella sua funzione regolatrice e di aggiornamento del sistema rispetto ai principi di non discriminazione e di protezione dei minori<sup>31</sup>.

Riguardo alla legge n. 76/2016, è forse il caso di precisare come non sia affatto scontato che, regolando mediante l’unione civile la relazione orizzontale di coppia, abbia invece escluso le relazioni verticali di filiazione. Il dato giuridico, innanzitutto, non è affatto univoco, posto che il mancato rinvio alle disposizioni sui figli nati nel matrimonio si spiega, più semplicemente, sul dato di fatto che la filiazione nel codice civile è imperniata sulla generazione naturale, sicché sarebbe stato insensato e impraticabile (o comunque assai complesso) richiamare per l’unione civile omosessuale la “presunzione di concepimento” di cui agli artt. 231 e 232 c.c.. Al contrario, come detto, la filiazione tramite *pma*, che è quella mediante la quale le coppie omosessuali mettono al mondo i loro bambini, non è affatto esclusa dalla “*clausola generale di equivalenza*” e, soprattutto, prescinde da qualsiasi vincolo formale, di matrimonio o di unione civile, fra i genitori. Anche le norme del codice civile che, con lo *status* unico di figlio introdotto dal 2013, regolamentano in egual modo le relazioni verticali tra genitori e figli prescindendo da eventuali vincoli formali tra i genitori, si applicano com’è ovvio anche alle parti dell’unione civile (e non necessitavano dunque di alcun richiamo). Non è, infine, da sottovalutare che la legge Cirinnà contiene il rinvio, espresso, a una lunga serie di disposizioni che regolamentano la posizione dei *figli comuni della coppia* nella fase dello scioglimento del vincolo<sup>32</sup>, a riprova che, quando

<sup>31</sup> Per una trattazione approfondita della cd. clausola di equivalenza sia consentito rinviare a M. GATTUSO, *La clausola generale di equivalenza*, in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M.M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, 2017, pp. 219 e ss.

<sup>32</sup> Si tratta di disposizioni che non hanno alcun senso se non si presuppone che vi siano due genitori di uno stesso figlio: l’art. 1, comma 19 della legge 76/2016 richiama l’art. 146 terzo comma, il quale (richiamando l’art. 147) consente al giudice di intervenire disponendo il sequestro dei beni della parte in

necessario, la posizione dei *figli comuni* delle due parti dell'unione civile non è stata affatto ignorata dal legislatore, anzi è stata dettagliatamente regolata.

La valutazione dell'impatto della legge del 2016 appare più precisa quando sia corretta la prospettiva, superando l'approccio centrato sul diritto di divenire genitore e sull'apertura o meno della legislazione italiana a un diverso "modello" di genitorialità e non su una visione centrata sugli strumenti necessari per la protezione del bambino già venuto al mondo.

Il mancato richiamo della Legge Cirinnà all'art. 6 della legge adozioni, così come la mancata modifica dell'art. 12, terzo comma della legge 40 del 2004, attesta che il legislatore (nel 2016, nel 2004) non ha voluto accedere a un diverso *modello di genitorialità*. Ciò tuttavia non preclude affatto che dinanzi ad un bambino effettivamente nato debbano assumersi le decisioni più confacenti al suo superiore interesse.

Il legislatore del 2004 sicuramente non voleva aprire a un nuovo modello di genitorialità fondata sulla fecondazione eterologa e, dunque, su una genitorialità scissa dal dato genetico (anzi la coincidenza fra *pma* e generazione *ad instar naturae* configurava l'asse portante di quella legge), ma ciò nonostante quel legislatore ha assicurato, attraverso gli artt. 8 e 9, piena protezione al bambino. Assicurare al bambino già nato con *pma* eterologa piena tutela non significava affatto, nell'ottica del legislatore del 2004, legittimare la *pma* eterologa, nello stesso identico modo in cui assicurare oggi piena protezione in caso di *pma* eterologa realizzata da due donne non significa affatto, nel 2021, legittimare la *pma* da parte di due donne, ma solo proteggere il bambino.

La distinzione fra *modello di genitorialità* e *protezione del minore* è affermata con nettezza dalla stessa prima sezione della S.C. che, solo pochi mesi prima delle sentenze dell'aprile 2020, per una ipotesi di una procreazione *post mortem* rilevava che «è chiaro, infatti, che qualsivoglia considerazione riguardante la valutazione in termini di

---

caso di mancato adempimento dei «doveri verso i figli», evidentemente comuni.; il comma 25 rinvia all'obbligo per il ricorrente di indicare nella domanda per ottenere lo scioglimento dell'unione la presenza di eventuali «figli di entrambi» (art. 4, comma 4) e rinvia alla disposizione che prevede che il presidente adotti i provvedimenti temporanei ed urgenti «che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole», espressamente disponendo all'uopo l'ascolto del figlio minore (art. 4, comma 8); viene richiamata anche la norma che prevede che la domanda congiunta di scioglimento indichi anche «le condizioni inerenti alla prole» e che il Tribunale valuti «la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli», procedendo ai sensi del comma ottavo qualora «ravvisi che le condizioni relative ai figli sono in contrasto con gli interessi degli stessi» (art. 4, comma 16); lo stesso comma 25 rinvia anche alla facoltà del P.M. di impugnare la sentenza di divorzio limitatamente all'interesse patrimoniale dei figli (art. 5, comma 5) ed è richiamata, inoltre, la disposizione che consente «la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli» (art. 9, primo comma); ancora, la legge rinvia alle norme che in materia di pensione di reversibilità stabiliscono il diritto di ognuno dei genitori a una quota del 50% della pensione maturata dal figlio comune; anche il rinvio alla l. n. 162/2014 sulla negoziazione assistita comprende la possibilità di determinazioni con riguardo ai figli comuni.

illiceità/illegittimità, in Italia, della tecnica di PMA in precedenza specificamente richiamata, oltre che, eventualmente, delle condotte di coloro che ne consentono l'accesso o l'applicazione, non potrebbe certamente riflettersi, in negativo, sul nato e sull'intero complesso dei diritti a lui riconoscibili. In altre parole, la circostanza che si sia fatto ricorso all'estero a PMA non espressamente disciplinata (o addirittura non consentita) nel nostro ordinamento non esclude, ma anzi impone, nel preminente interesse del nato, l'applicazione di tutte le disposizioni che riguardano lo stato del figlio venuto al mondo all'esito di tale percorso, come, peraltro, affermato, con chiarezza, della Corte EDU nelle due sentenze "gemelle" *Mennesson c. Francia* (26 giugno 2014, ric. n. 65192/11) e *Labassee c. Francia* (26 giugno 2014, ric. n. 65941/11), oltre che sancito anche dalla Corte Costituzionale fin dalla sentenza n. 347 del 1998, che (ancor prima del sopravvenire della L. n. 40 del 2004) sottolineò la necessità di distinguere tra la disciplina di accesso alle tecniche di PMA e la doverosa, e preminente, tutela giuridica del nato, significativamente collegata alla dignità dello stesso»<sup>33</sup>.

In buona sostanza, se questi principi valgono a tutela dei bambini, non è chiaro perché in un caso, quando un genitore sia deceduto, il divieto non trascini anche lo *status* dei figli, mentre nell'altro, quando un genitore è omosessuale, si ripercuota sulla protezione assicurata al bambino<sup>34</sup>.

Nelle menzionate sentenze degli ultimi due anni torna più volte<sup>35</sup> la distinzione, concettuale, fra adozione e *pma*, tratta dalla 221/19 («vi è una differenza essenziale tra l'adozione e la PMA. L'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando: essa non serve per dare un figlio a una coppia, ma precipuamente per dare una famiglia al minore che ne è privo» § 13) e tuttavia tali conclusioni, che nella 221 avevano un senso, se riferite invece non al diritto di diventare genitori ma alla protezione dei minori, appaiono fuori centro, poiché conducono, semmai, a conclusioni esattamente opposte: l'apertura dell'adozione legittimante alle coppie omosessuali assumerebbe, verosimilmente, il significato di una apertura *a un nuovo modello di genitorialità*, mentre nel caso del bambino nato con *pma* è in questione la garanzia di una piena protezione giuridica «al minore che ne è privo».

---

<sup>33</sup> Corte di cassazione, prima sezione civile, Sentenza n. 13000 del 15/05/2019

<sup>34</sup> S. CELENTANO "Tradizione", "natura" e pregiudizio. *Storie di figli nati a metà*, in *Questione Giustizia*, 2020, per cui la Cassazione non spiega «perché rispetto alle altre ipotesi di divieto normativo, a quella sola della mancata diversità di sesso degli adulti, debba conseguire la disapplicazione del principio suddetto, valido invece in tutte le altre ipotesi di illecito. La risposta a tale quesito è la grande assente della pronuncia in commento ... e dunque la decisione, ove carente di tale spiegazione, corre il rischio concreto di risultare il prodotto di un inaccettabile e specifico approccio pregiudizievole rispetto ad una sola delle ipotesi di divieto normativo, quella della identità affettiva e dell'orientamento sessuale delle persone».

<sup>35</sup> Da ultimo, ad es. nella sentenza 7668/20 della Corte di cassazione (§ 4.1) che richiama la 221/19.

Poco centrato, nella prospettiva della protezione dei bambini, anche il dubbio, nella sentenza n. 8029/20, «se il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre e comunque» (§ 5.2). Il giudizio “suprematista”, non sorretto dal benché minimo riscontro scientifico, sulla difforme idoneità genitoriale delle coppie, se riferito all'interesse del bambino conduce a effetti paradossali, come dire che l'interesse del bambino e le migliori risposte alle sue esigenze di cura possano individuarsi, nel nostro ordinamento, con un richiamo al *quisque de populo* e non sulla base di serie indagini scientificamente fondate. L'affermazione più sorprendente, a mio avviso, si ha dove la Corte di cassazione, citando la 221/19 per argomentare il diniego di riconoscimento del genitore intenzionale quando è dello stesso sesso di quello genetico, rileva che non si può «considerare irrazionale ed ingiustificata la preoccupazione di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato» (sentenza n. n. 8029/20, § 5.2), senza cogliere che qui, a differenza che nella vicenda vagliata dalla Consulta nella sentenza 221/2019, non si trattava affatto di valutare le «condizioni ritenute migliori» per la nascita di un futuro bambino, ma quale fosse l'interesse, qui e ora, del concreto bambino già nato, sicché, come osservato dalla migliore dottrina, «riguardo a questa bambina è privo di significato parlare di un suo diritto ad una famiglia composta da un padre ed una madre»<sup>36</sup>. Alla domanda di protezione di quella bambina, i giudici paiono rispondere, così, che per lei sarebbe stato meglio non nascere.

La dottrina ne ha ben evidenziato la «logica sanzionatoria», rilevando come «negare il diritto della bambina allo stato, per la ragione che la legge italiana vieta il ricorso alla fecondazione eterologa alle coppie di donne ha allora l'amaro sapore di una sorta di rivincita moralistica che colpisce i bambini, negando loro la possibilità di avere due genitori (con tutte le garanzie giuridiche e sociali che ne conseguono in termini personali ed economici), per dare una lezione alle madri. Quel che si difende non è il bambino: è il modello»<sup>37</sup>.

#### ***4. I bambini al centro: lo sguardo del diritto finalmente rivolto al bambino***

Come si è detto, lo sguardo della Corte costituzionale e delle Sezioni unite nelle sentenze qui in commento è finalmente cambiato.

Al centro delle preoccupazioni delle Corti non vi è più il diritto degli adulti a essere riconosciuti come genitori, o l'interesse della madre o del padre intenzionale ad affermare il proprio ruolo genitoriale, quanto il «riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore» (n. 32, § 2.4.1.4) ed

<sup>36</sup> G. FERRANDO, *I diritti dei bambini smarriti cit.*

<sup>37</sup> *Ibid.*

una «condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo», tanto da evocare, seppure solo per questo aspetto, «un'altra categoria di nati cui, per molti anni, è stato precluso il riconoscimento dello status di figli (i cosiddetti figli incestuosi)» (n. 32 § 2.4.1.3). Ciò che «è qui in discussione è unicamente l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali» (n. 33, § 5.4).

Com'è stato osservato, lo «sguardo del diritto finalmente si rivolge al bambino», i suoi interessi e il suo benessere tornano al centro delle valutazioni del giudice e in ciò sta il *cambio di passo*<sup>38</sup>.

Emerge qui una diversa traccia interpretativa della Corte costituzionale degli ultimi anni, che viene evidenziata in modo particolare nella sentenza n. 33/2021 dove la Corte rammenta il divieto costituzionale di “strumentalizzazione” del minore. Il divieto di ricaduta sui figli degli eventuali giudizi, di natura giuridica e/o morale, sui loro genitori è invero principio profondamente inciso nella nostra tradizione culturale: già nella Bibbia (*Deuteronomio 24.16; Ezechiele 18.20*) troviamo scritto che le colpe dei padri non debbono ricadere sui figli, ma analogo principio personalistico, che in fondo discende da quella tradizione, informa la nostra Costituzione, precludendo ogni strumentalizzazione della persona umana, men che meno dei bambini, al fine di “sanzionare” le condotte dei loro genitori.

Su questo solco sono numerose le pronunce della Corte costituzionale, che ai tempi della decisione sullo *status* dei figli incestuosi (non a caso richiamata in entrambe le sentenze del marzo 2021) si espresse in modo netto: «l'adozione di misure sanzionatorie ... che coinvolga soggetti totalmente privi di responsabilità – come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare – non sarebbe giustificabile se non in base a una concezione "totalitaria" della famiglia» (n. 494/2002, § 6.1).

Analogamente la Corte ha escluso ogni automaticità della sospensione o decadenza della responsabilità genitoriale come sanzione

---

<sup>38</sup> G. FERRANDO, *Di chi è figlio un bambino, cit.*: «Cosa è cambiato, allora, con le due pronunce in commento della Corte costituzionale? È cambiato lo sguardo del diritto che finalmente si rivolge al bambino, e nel prisma dei suoi diritti esamina i due diversi casi... C'è tuttavia un cambio di passo. Non solo l'intervento del legislatore viene definito “indifferibile” (n. 33), e viene giudicato “non ...più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa” (n.32), ma, ancor prima il bambino e i suoi diritti vengono messi al centro dell'attenzione».

accessoria per il genitore autore di una sottrazione e trattenimento di minore all'estero (n. 102 del 2020, non a caso lo stesso estensore della 33/2021) o nell'ipotesi di alterazione e soppressione di stato (n. 31 del 2012 e n. 7 del 2013).

La Corte osserva adesso come «ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata» (n. 33, § 5.7, corsivo aggiunto).

Volgere lo sguardo verso i bambini, porre le loro esigenze al centro delle valutazioni dei giudici consente di superare i latenti pregiudizi che impediscono una razionale valutazione della fattispecie. Il pregiudizio omofobo è purtroppo, al pari di quello razziale o antisemita, fortemente annidato nella società, non essendone esenti i giudici e neppure gli stessi omosessuali (si parla a tale riguardo di omofobia interiorizzata<sup>39</sup>). È per questo che diviene essenziale cambiare prospettiva e guardare, in concreto, al benessere dei bambini.

Dovendo verificare quale sia nella specie l'interesse del bambino, la Corte costituzionale non ha più dubbi. Se nelle decisioni del 2019-2020 assumendo un punto di vista astratto sulle politiche legislative in materia di *pma* e sui diversi “modelli” di filiazione, poteva affiorare il dubbio che non fosse «arbitrario o irrazionale» ritenere la coppia eterosessuale rappresentasse il “luogo più idoneo” per accogliere e crescere i bambini, cambiata la prospettiva e assumendo il punto di vista di *quel* bambino, in concreto, che vive, è accolto, amato, educato dai suoi genitori, il giudice costituzionale afferma senza ambiguità che «non v'è dubbio, in proposito, che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio *a quo*, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata» poiché «questi legami sono parte integrante della stessa identità del bambino», «sicché indiscutibile è l'interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso – dalla cura della sua salute, alla sua educazione scolastica, alla tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi stessi diritti ereditari –; ma anche, e

---

<sup>39</sup> Per omofobia interiorizzata si intende un insieme di sentimenti negativi, ad esempio ansia, disprezzo, avversione, che alcuni omosessuali provano nei confronti dell'omosessualità propria e altrui, cfr. V. LINGIARDI, *Citizen gay*, cit.

prima ancora, allo scopo di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte» (n. 33, § 5.3).

A tale riguardo mi pare notevole che la Corte costituzionale, nel tornare dopo pochi mesi sulla questione delle due mamme, non citi in nessun passaggio della sua ampia motivazione il suo recentissimo precedente del novembre 2020, né menzioni la 221 e la 237 del 2019, salvo (nella sola 32/2021) rammentarne non le espressioni di chiusura ma le caute aperture verso una «diversa tutela del miglior interesse del minore».

Similmente, le Sezioni unite nella sentenza n. 9006 del 2021 citano solo di sfuggita le due sentenze della prima sezione dell'aprile 2020 e solo per circoscriverne la portata al diritto interno, pur trattandosi dei precedenti più recenti sul tema dell'omogenitorialità, che forma, pur nella prospettiva del diritto internazionale privato, il principale oggetto della sua decisione.

Mi pare, infine, che la valorizzazione nelle sentenze in commento della giurisprudenza della Corte Edu (a partire dal citato parere dell'aprile 2019) segnali finalmente un approccio meno deludente nel dialogo con Strasburgo in materia di tutela dei bambini nati da coppie di mamme o mediante *gpa*, che nelle precedenti sentenze appariva caratterizzato da una lettura troppo spesso al ribasso, come se potesse essere soddisfacente, in negativo, verificare la mancata violazione del margine di apprezzamento (così collocando il nostro paese agli ultimi posti del carro dei diritti umani, insieme al gruppo di paesi con minore tradizione democratica e tradizioni culturali assai distanti) senza un sincero dialogo in positivo, avvicinando l'Italia a paesi (Francia, Belgio, Spagna, Portogallo, Austria...) che hanno tradizioni giuridiche, culturali e religiose a noi prossime.

##### **5. La parola torna ai giudici**

La Corte costituzionale ha offerto un radicale cambiamento di prospettiva rispetto ai propri precedenti, anche assai recenti, e verosimilmente non poteva spingere più avanti il cambio di passo. È nondimeno notevole che nell'esprimere il forte monito, la Corte affermi che non possa porre rimedio “ora” (n. 32, § 2.4.1.4) e “allo stato” (n. 33, § 5.9), quasi a preannunciare ulteriori riflessioni a partire dal proprio cambiamento di prospettiva.

Le Sezioni Unite, consegnando una decisione assai significativa soprattutto per i chiari passaggi sulla idoneità genitoriale delle coppie omosessuali maschili, fanno trasparire l'insoddisfazione per un sistema

che appare incoerente e portatore di disparità di trattamento («oggetto del presente giudizio non è la coerenza di *un sistema che accoglie la disparità di trattamento di minori che versano in situazioni di fatto del tutto omologabili* ma soltanto la verifica della compatibilità di un provvedimento estero di adozione piena», § 18.6).

Pendono già alcune cause avanti alla Corte di Strasburgo, sia in relazione alle difformità di trattamento fra bambini a seconda dell'orientamento sessuale dei loro genitori (cd. discriminazione *per associazione*), sia per i bambini nati con GPA, nelle quali è richiesta una condanna dell'Italia, dopo le chiare parole della nostra stessa Consulta sull'inidoneità delle tutele e l'inerzia del legislatore.

Il tratto più vistoso della vicenda italiana è peraltro l'introduzione di principi discriminatori riguardo allo *status* dei bambini, a mezzo di interpretazioni giurisprudenziali di disposizioni legislative neutre. La Corte di Strasburgo è più volte intervenuta per sanzionare discriminazioni legislative fra conviventi eterosessuali e omosessuali, o per sanzionare la lesione della vita privata e familiare di minori nati con GPA, ma nel caso del nostro art. 8, legge 40/2004 e della nostra clausola di ordine pubblico internazionale, la discriminazione non è contenuta affatto nella lettera della norma ma deriva da interpretazioni restrittive ricostruite dalle corti (così nella interpretazione della parola “coppia” contenuta nell'art. 8, riferito dalla giurisprudenza alla sola coppia eterosessuale; così in relazione allo *status* dei bambini nati con GPA, per cui la Corte costituzionale, nella sentenza 33/21, § 5.5, indica uno “scopo” perseguito, non dal legislatore, ma «dall'ordinamento» di cui «si fanno carico le sezioni unite civili della Corte di cassazione»).

Vi è dunque spazio, nella prevedibile inerzia del legislatore, per un ripensamento degli attuali indirizzi interpretativi.

### 5.1. I figli di due mamme

L'art. 8 della legge 40/2004 prevede che siano riconosciuti come genitori i due membri della «coppia» che hanno espresso il consenso con atti concludenti (art. 9) e a tale proposito non può dubitarsi che nel nostro ordinamento il termine “coppia”, quando indicato senza alcuna declinazione di genere, debba essere riferito anche alle coppie omosessuali.

Già prima dell'entrata in vigore della Legge n. 76/2016, la giurisprudenza, del tutto conforme al risalente orientamento della Corte europea dei diritti umani<sup>40</sup>, non dubitava che in linea generale le parole

<sup>40</sup> Corte EDU, 2 marzo 2010, ricorso n. 13102/02, *Kozak c. Polonia*, in *Famiglia e diritto* 2010, 873, nonché Corte EDU, 24 luglio 2003, ricorso n. 40016/98, *Karner c. Austria*, decisione del 24 luglio 2003.



«convivente» o «coppia» utilizzate in fonti normative o negoziali, fossero giuridicamente da riferire tanto alle convivenze fra persone di sesso diverso che dello stesso sesso<sup>41</sup>. Di tale accezione giuridica del termine a maggior ragione non può dubitarsi oggi, posto che la parola «coppia» è espressamente riferita dall'unica fonte normativa in materia di famiglia di fatto, la legge n. 76/2016, anche alla coppia omosessuale. Il comma 36 dell'art. 1 della legge cd. Cirinnà reca difatti l'espressa definizione di «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di *coppia* e di reciproca assistenza morale e materiale», così denotando la coppia giuridicamente rilevante per la legislazione italiana, indifferentemente dalla diversità o identità di sesso. La parte rilevante della legge, ai fini della vicenda *de qua*, è dunque la seconda parte, relativa alle convivenze di fatto, e non la prima parte, relativa all'unione civile (sulla confusione fra relazioni orizzontali, in cui rileva il vincolo fra le parti, e relazioni verticali, in cui, dopo la riforma della 2013 sullo *status* unico di figlio, tale vincolo è irrilevante, si rimanda a quanto esposto nel § 3).

Logica conseguenza è che l'art. 8 della legge 40 del 2004 debba essere interpretato, a protezione dei bambini nati con PMA, nel senso che gli stessi sono figli dei due membri della «coppia» che li hanno voluti mettere al momento, indifferentemente dal loro sesso<sup>42</sup>.

La questione, così posta, ha incontrato l'adesione largamente maggioritaria della giurisprudenza di merito<sup>43</sup>.

Alcuni giudici, peraltro menzionati pure nella sentenza 32/2021 della Corte costituzionale, hanno continuato a dare applicazione di tale disposizione in via diretta ai bambini con due mamme anche dopo le contrarie decisioni della Corte di cassazione.

---

<sup>41</sup> Corte d'Appello di Milano, sezione lavoro, 31 agosto 2012, n. 7176, in *Articolo29*; Tribunale di Milano, sezione lavoro, sentenza del 15 dicembre 2009.

<sup>42</sup> In questo senso sia consentito il rinvio a M. GATTUSO, *Il problema del riconoscimento ab origine della genitorialità omosessuale*, in G. BUFFONE, M. GATTUSO, M.M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, cit., pp. 255 e ss. e *Id.*, *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40 in Questione Giustizia*, 2018.

<sup>43</sup> Tribunale di Genova, decreto del 4 novembre 2020 (pres. D. Canepa; est. A. Bertini); Tribunale di Trento, decreto del 27 maggio 2020 (pres. est. R. Fermanelli); Corte di appello di Roma, decreto del 23 aprile 2020 (pres. F. Mangano; est. R. Massera); Tribunale di Cagliari, decreto del 28 aprile 2020 (pres. I. Tamponi; est. A. Gana); Tribunale di Bergamo, decreto del 20 aprile 2020 (pres. est. M.C. Elda); Tribunale di Rimini, decreto del 25 gennaio 2020 (pres. F. Miconi; est. C. Zito); Corte d'appello di Trento, decreto del 16 gennaio 2020 (pres. A.M. Creazzo; est. C. Gattiboni); Corte d'appello di Perugia, decreto del 18 novembre 2019 (pres. C. Matteini; est. F. Altrui); Tribunale di Rovereto, decreto del 19 aprile 2019 (pres. G. Adilardi; est. M. Dieni); Tribunale di Genova, decreto del 8 novembre 2018 (pres. est. D. Canepa); Corte d'appello di Perugia, decreto del 7 agosto 2018 (pres. S. Lorigi; est. F. Altrui); Tribunale di Bologna, decreto del 6 luglio 2018 (pres. M. Betti; est. S. Migliori); Tribunale di Pistoia, decreto del 5 luglio 2018 (pres. F. Amato; est. L. Maione); Corte di appello di Napoli, sezione per i minorenni, sentenza del 15 giugno 2018 (pres. A. Cocchiara; est. G. Casaburi); Tribunale di Torino, decreto del 21 maggio 2018 (pres. D. Giannone; est. M. Carbonaro) e decreto dell'11 giugno 2018 (pres. C. Castellani; est. A. La Manna). Tutte reperibili sul sito *Articolo29*.

In particolare il Tribunale di Cagliari, dando atto «che il dialogo tra giudici di merito e di legittimità debba proseguire e non già arrestarsi», si è consapevolmente dissociato dalle decisioni della prima sezione della Cassazione evidenziandone le criticità motivazionali, posto che il riconoscimento dello *status* del minore «non svolge la sua primaria funzione in ordine all'affermazione di un diritto fondamentale alla genitorialità, quanto, piuttosto, è diretto a garantire in favore del nato l'instaurazione del rapporto di filiazione, in uno con la piena consapevolezza da parte di quest'ultimo della propria identità e dell'ambito familiare e parentale di riferimento», rilevando peraltro come le Sezioni Unite nella sentenza n.12193/2019 avessero individuato nel divieto di *gpa* l'unico limite al principio di prevalenza dell'interesse del nato in caso di nascita con procreazione medicalmente assistita<sup>44</sup>. Ancora, il Tribunale di Genova ha dato atto «di non condividere il percorso argomentativo sopra delineato e di confermare quindi la decisione già assunta in fattispecie analoghe», «dovendosi avere riguardo non alla liceità/illiceità della condotta delle parti, ma al superiore interesse del minore»<sup>45</sup>. Parimenti, il Tribunale di Brescia, confrontandosi con l'impianto delle due decisioni della prima sezione della Cassazione, ha osservato come «queste decisioni promuovono un'interpretazione dell'art. 8 L. 40/2004 che finisce per discriminare le coppie omosessuali»<sup>46</sup>.

Come si vedrà, anche dopo il deposito delle sentenze del marzo 2021 la Corte d'appello di Cagliari ha quindi accolto tale interpretazione<sup>47</sup>.

## 5.2. I nati con GPA

Com'è noto, negli ultimi anni la maggioritaria giurisprudenza di merito si era espressa in senso favorevole alla trascrizione di atti di nascita stranieri di bambini nati con GPA<sup>48</sup>.

Le Sezioni Unite con il noto arresto del 2019, pur contraddicendo tale esito, non hanno inteso che, allo scopo di disincentivare le coppie italiane

<sup>44</sup> Tribunale di Cagliari, 28 aprile 2020 *cit.*

<sup>45</sup> Tribunale di Genova, 4 novembre 2020 *cit.*

<sup>46</sup> Tribunale di Brescia, 11 novembre 2020 *cit.*

<sup>47</sup> Corte d'Appello di Cagliari, decreto del 16 aprile 2021 (pres. M. Mura; est. D. Aru), in *Articolo29* con nota M. GATTUSO.

<sup>48</sup> Corte d'appello di Bari, decreto 9 ottobre 2020 (pres. F. Labellarte; est. S. Capasso); Corte d'appello di Firenze, decreto 28 gennaio 2020 (pres. E. Monti; est. L. Scionti); Tribunale Roma sezione prima, decreto dell'11 maggio 2018 (pres. F. Mangano; est. D. Colla); Tribunale di Milano, decreto del 16 ottobre 2018 (pres. G.B. Rollero; est. I. Mazzei); Tribunale di Pisa, decreto del 23 luglio 2018 (pres. est. N. A. Dinisi); Corte d'Appello di Venezia, ordinanza 28 giugno 2018 (pres. est. Gionfrida); Tribunale Roma sezione prima, decreto dell'11 maggio 2018 (pres. F. Mangano; est. D. Colla); Tribunale di Livorno, decreto 12 dicembre 2017 (pres. Marinai; est. Marino); Corte d'Appello di Trento, ordinanza del 23 febbraio 2017 (pres. rel Zattoni); Corte d'appello di Milano, decreto del 28 dicembre 2016 (pres. est. Canziani). Tutte reperibili sul sito *Articolo29*

dall'andare in altri paesi in cui la GPA è ammessa e regolamentata, l'interesse del minore potesse essere radicalmente soppresso, ma soltanto affievolito, sicché hanno ritenuto che lo stesso potesse essere sufficientemente assicurato, non con la trascrizione, ma a mezzo dell'adozione non legittimante. Come si sa, dopo il parere della Cedu del 10 aprile 2019 (del quale le Sezioni Unite nella sentenza n. 12193/2019 non hanno potuto tenere conto, essendo stato depositato soltanto dopo la sua camera di consiglio<sup>49</sup>), la stessa prima sezione della Corte di cassazione, in una accurata ordinanza, ha dubitato della tenuta di tale indirizzo.

L'affermazione della Corte costituzionale per cui i diritti fondamentali dei minori nati con GPA non sono adeguatamente protetti attraverso l'adozione in casi particolari interroga oggi e mette sostanzialmente in crisi l'approdo restrittivo delle Sezioni Unite. È vero che la Consulta non si spinge a dichiarare fondata la questione di legittimità costituzionale delle norme per come interpretate dalle Sezioni Unite, ma di fatto ne smonta l'impianto, poiché il giudice, di fronte al caso concreto di un bambino bisognoso di tutela, non potrà limitarsi ad accertare la lesione dei suoi diritti fondamentali pronunciando un *non liquet*<sup>50</sup>.

*De iure condito*, e in mancanza di un intervento organico del legislatore, appare allora corretto ammettere lo strumento di tutela già previsto, la trascrizione, ogniqualvolta il giudice accerti la volontà della madre gestazionale di non essere nominata e valuti che il riconoscimento giuridico del genitore intenzionale corrisponda al superiore interesse del minore<sup>51</sup>. Si tratta, in buona sostanza, di accedere a una valutazione della contrarietà all'ordine pubblico internazionale non in astratto, ma in concreto.

Nel senso di un più prudente bilanciamento, avuto riguardo alle condizioni in concreto, milita già la soluzione offerta dalla stessa Corte costituzionale nell'unico precedente in materia di bambini nati da GPA (la sentenza n. 272 del 2017<sup>52</sup>) in cui la Corte, pur affermando che la GPA

---

<sup>49</sup> Così M. ACIERNO *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo*, cit.

<sup>50</sup> In questo senso G. FERRANDO, *Di chi è figlio un bambino*, cit.: «nell'attesa che il legislatore intervenga, i giudici – a partire proprio dai remittenti - si troveranno a dover decidere questioni relative allo status dei figli di coppie omogenitoriali. Come dovranno decidere? Dovranno applicare una *regola iuris* di cui la Corte ha già rilevato il contrasto con la Costituzione o non dovranno invece dare una interpretazione costituzionalmente orientata che garantisca in modo ottimale il diritto del bambino ad avere due genitori, coloro che ne hanno voluto la nascita e che sono responsabili della sua formazione?».

<sup>51</sup> *Ibid.*: «Penso che le sentenze della Corte costituzionale n. 32 e 33 offrano argomenti per un ripensamento della nozione di ordine pubblico fatto proprio dalle Sezioni unite, per un diverso bilanciamento tra i valori in gioco, un diverso bilanciamento che, già alla luce del parere consultivo CEDU, la prima sezione sembrava suggerire, trattenuta peraltro dal rispetto dovuto all'autorità delle Sezioni Unite».

<sup>52</sup> Corte costituzionale, sentenza del 18 dicembre 2017, n. 272 in *Giur. Cost.* con nota A. SCHILLACI,

«offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (§ 4.2) ha dichiarato l'inammissibilità della questione posta (in relazione all'impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento di figlio naturale), segnalando come l'art. 263 c.c., interpretato alla luce dei principi generali che includono la tutela del migliore interesse del bambino, consente sempre una valutazione caso per caso. La Corte costituzionale rileva che, anche in caso di maternità surrogata, «l'interesse del minore non è per questo cancellato» (§ 4.2) essendo comunque necessaria «una valutazione comparativa della quale, nel silenzio della legge, fa parte necessariamente la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità» (§ 4.3): anche in caso di *GPA* permane dunque un margine di valutazione per (in quel caso: mantenere; in caso di trascrizione o formazione di un atto di nascita: riconoscere) il legame giuridico con il genitore intenzionale.

Emerge, dunque, un duplice contrasto fra l'arresto delle Sezioni Unite del 2019 e le pronunzie della Consulta in materia di figli nati da maternità surrogata: è necessario un bilanciamento in concreto (271/17) e l'adozione in casi particolari non rappresenta una idonea alternativa (33/21).

In questo senso, già prima delle sentenze di marzo, alcune corti avevano deciso, in aperto dissenso con le Sezioni Unite, in favore della trascrivibilità di atti di nascita americani (il luogo di nascita non è del tutto irrilevante, posto che, nel bilanciamento, non può escludersi che i giudici abbiano tenuto conto dell'elevato standard di protezione della donna nella regolamentazione della *gpa* nel codice civile californiano e nelle legislazioni statali canadesi<sup>53</sup>).

La Corte d'appello di Firenze, in particolare, aveva già ritenuto che l'adozione in casi particolari non sia strumento idoneo, sicché, valutato in concreto il superiore interesse del minore, ha ravvisato la necessità di applicare l'unico strumento giuridico già previsto dall'ordinamento. Identica soluzione è stata raggiunta anche dalla Corte d'appello di Bari, ancora in dissenso dalle Sezioni Unite del 2019, affermando che «il minore ha diritto a essere riconosciuto figlio di entrambi coloro che, all'interno di una relazione affettiva, hanno concorso alla sua nascita; ha diritto che entrambi esercitino pienamente le responsabilità che hanno consapevolmente assunto prestando il consenso alla procreazione medicalmente assistita, e che entrambi siano tenuti ad adempiere ai doveri

---

*Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/17 della Corte costituzionale*

<sup>53</sup> Su questi temi si consenta il rinvio a M. GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, in *Questa Rivista*, 2017, n. 1 e *Id.*, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino* in *Questione Giustizia*, 2/2019.

nei suoi confronti che discendono da quella manifestazione di volontà e dalla scelta operata. Pertanto, sotto il profilo dei rimedi approntati dal nostro ordinamento, l'istituto dell'adozione in casi particolari non tutela il minore in modo pieno, in quanto esso ne salvaguarda il diritto alla vita familiare ma non anche quello all'identità personale».

## 6. Conclusioni

Pur auspicando l'intervento del Parlamento, tocca dunque ancora una volta ai giudici, di merito e delle singole sezioni della Corte di cassazione, individuare una soluzione sostenibile.

Non mi pare che una interpretazione costituzionalmente orientata, e tutto sommato letterale delle nostre disposizioni interne, sia preclusa alla luce del tenore delle stesse decisioni della Corte costituzionale in commento, posto che – in disparte dal dispositivo di “inammissibilità” che non vincola che le parti - la Corte si è limitata a dare atto, soltanto in sede di valutazione dell'ammissibilità delle eccezioni, che *«l'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa denunciata è stata esplorata e consapevolmente scartata dal Collegio rimettente, “il che basta ai fini dell'ammissibilità della questione (sentenza n. 189 del 2019)” (sentenza n. 32 del 2020)»* (n. 32, § 2.3) senza mai fare proprie, come si è visto, le conclusioni di cui al proprio precedente 230/20. Opposti erano stati i toni nella sentenza 221/19 dove, rispetto al rilievo del giudice *a quo* dell'impossibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata, la Corte costituzionale aveva sancito che *«l'affermazione appare corretta»* (§ 7).

L'impianto delle due decisioni traccia anzi con chiarezza il contesto in cui maturare una interpretazione evolutiva delle norme esistenti. Come già rilevato nei primi commenti<sup>54</sup> la decisione n. 32 del marzo 2021 dedica infatti uno spazio davvero amplissimo alla ricostruzione del principio di autoresponsabilità in funzione della protezione del nascituro, tanto che lo stesso rappresenta il vero perno su cui ruotano entrambe le decisioni di marzo. La Corte rammenta al riguardo come già «in epoca antecedente all'adozione della legge n. 40 del 2004, in relazione a una questione inerente alla tutela dello *status filiationis* del concepito tramite fecondazione eterologa, ancora non disciplinata, questa Corte ha evidenziato “una situazione di carenza dell'attuale ordinamento, con implicazioni costituzionali” (sentenza n. 347 del 1998)» e come *«senza addentrarsi nel valutare la legittimità di quella tecnica, è stata in*

---

<sup>54</sup> M. ACIERNO, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo, cit.:* «amplissimo spazio nella motivazione viene dedicato alla centralità del consenso alla genitorialità da p.m.a. e alla tutela del diritto all'identità del minore».

quell'occasione espressa l'urgenza di individuare idonei strumenti di tutela del nato a seguito di fecondazione assistita» (§ 2.4.1.1, corsivo aggiunto). Pure nella richiamata sentenza n. 347 del 1998<sup>55</sup> (che riguardava una questione identica a quella affrontata nella 32/21, salvo l'orientamento sessuale dei genitori), la Corte rimetteva al legislatore il compito di specificare le modalità della tutela, richiamando al contempo, in quel caso in modo espresso, anche la funzione della giurisprudenza. La Corte ha ricordato quindi come dopo il monito della 347/98 e la successiva decisione dalla Corte di cassazione del 1999 che recepiva quel monito<sup>56</sup>, «gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 stanno a dimostrare che, nell'ascoltare quel monito, il legislatore ha inteso definire lo *status* di figlio del nato da PMA anche eterologa, *ancor prima che fosse dichiarata l'illegittimità costituzionale del relativo divieto* (sentenza n. 162 del 2014)» (n. 32, § 2.4.1.1, corsivo aggiunto). Anche nella sentenza n. 33, la Corte ricorda il precedente n. 347 del 1998, evidenziando che «ciò che è qui in discussione» è unicamente «quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriale», «ai quali non è pensabile che costoro possano *ad libitum* sottrarsi (per una analoga sottolineatura, si veda la sentenza n. 347 del 1998, che – seppur nel diverso contesto della fecondazione eterologa – già evocava i diritti del minore “nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità”)» (§ 5.4).

La storia, dunque, per molti versi si ripete. Oltre venti anni dopo, la stessa questione del bambino nato con pratiche vietate nel nostro ordinamento si ripropone, questa volta con coppie di genitori omosessuali o nati con GPA.

Nella menzionata prima decisione di un giudice di merito dopo le sentenze di marzo, la Corte d'appello di Cagliari<sup>57</sup> con accurata motivazione ha dato atto che «a seguito di queste recentissime pronunce del giudice delle leggi, il primo e fondamentale snodo su cui la Corte deve cimentarsi, riguarda lo spazio di intervento riservato al giudice di merito, a seguito di una pronuncia di inammissibilità della Corte Costituzionale» e come «il quesito da porsi» è, dunque, se sia possibile per il giudice una esegesi costituzionalmente orientata della normativa vigente, concludendo che «ad avviso di questa Corte, la sentenza n. 32/2021 del Giudice delle leggi, di natura processuale - essendosi il giudizio definito con una pronuncia di inammissibilità - non preclude la verifica, alla luce dei motivi

---

<sup>55</sup> Corte costituzionale, sentenza 26 settembre 1998, n. 347, in NGCC, 1999, I, p. 51 ss., con nota di E. PALMERINI.

<sup>56</sup> Cassazione civile, prima sezione civile, 16 marzo 1999, n. 2315, in Giur. it., 2000, p. 275 ss. e Fam. dir., 1999, 237

<sup>57</sup> Vedi nota 47.

di impugnazione, della possibilità, riconosciuta dal giudice di primo grado, di una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa vigente, ed in particolare degli artt. 8 e 9 L. n. 40/2004 ai fini di assicurare piena tutela al minore nato a seguito di un tale progetto». I giudici cagliaritari rammentano al riguardo che «le pronunce di inammissibilità della Corte non hanno in alcun modo inciso su tali disposizioni», che la Corte costituzionale non ha fatto propria l'interpretazione del giudice *a quo*, ma ne ha solo dato atto in sede di valutazione dell'ammissibilità dell'eccezione, rilevando dunque che «la Consulta non ha pertanto assunto alcuna posizione sulle diverse interpretazioni affermatesi nella giurisprudenza di merito e di legittimità» e, infine, che «la Corte costituzionale ha propugnato da sempre la teoria della interpretazione "adeguatrice", sollecitando costantemente i giudici ad esercitare il poterdovere di ricostruire il contenuto e la portata delle disposizioni di legge ordinaria alla stregua dei principi della Costituzione, in modo da attribuire alle disposizioni, tra i plurimi significati astrattamente possibili, quello che non sia in contrasto con i valori costituzionali».

Collocato il bambino al centro, il quadro sembra ricomporsi.