



Federica Mannella \*

**Oltre un serio avvertimento al legislatore?  
La Corte costituzionale e la nuova categoria di “nati non riconoscibili”  
Nota alla sentenza n.32 del 2021 della Corte costituzionale\*\***

SOMMARIO: 1. Premessa: diritti dei minori *v.* aspirazione alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso; 2. Le peculiarità del caso oggetto del giudizio incidentale: una nuova categoria di “nati non riconoscibili” senza alcun margine di tutela; 3. L’inevitabile pronuncia di inammissibilità per discrezionalità legislativa; 4. Oltre l’inammissibilità: l’incostituzionalità prospettata, con l’aggiunta di alcune indicazioni “esemplificative” al legislatore.

**1. Premessa: diritti dei minori *v.* aspirazione alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso.**

**L**a delicata tematica relativa alla filiazione delle coppie dello stesso sesso e dei connessi diritti dei soggetti coinvolti, figli e genitori, biologici o intenzionali che siano, cerca ancora animosamente una soluzione: considerata la persistente inerzia del legislatore, le domande di tutela sono continuamente rivolte ai giudici, chiamati a operare caso per caso nel preminente interesse di quei minori nati da progetti familiari omogenitoriali, maturati o addirittura consolidati all’estero, ai quali segue poi la richiesta di un formale riconoscimento nell’ordinamento italiano. Si deve ricordare, infatti, che è di ostacolo al realizzarsi di tali progetti in Italia la previsione dell’art. 5, l. n. 40 del 2004 che limita l’accesso alle tecniche di procreazione assistita alle coppie sposate o conviventi eterosessuali, escludendo fermamente le coppie dello stesso sesso<sup>1</sup> e generando, a cascata, una serie di questioni legate all’impossibilità di riconoscimento dei nati all’estero, ove il divieto non vige.

---

\* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Perugia.

\*\* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

<sup>1</sup> La Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi in diverse occasioni sulle censure di incostituzionalità mosse all’art. 5, l. n. 40 del 2004; in particolare, con la sent. n. 221 del 2019 ha affermato che, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, l’esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è fonte di alcuna distonia o discriminazione basata sull’orientamento sessuale, rigettando di conseguenza la questione. Sul punto si veda *infra*, par. 2, in particolare nota 8.

Nel coacervo di tali richieste, si possono distinguere nettamente due profili, certamente connessi ma, come si vedrà, non parimenti valutabili: da una parte, il pacifico diritto del minore alla continuità dello *status filiationis* anche all'interno di famiglie omogenitoriali, e, dall'altra, la possibile configurabilità di un diritto (o meglio di una mera pretesa) alla genitorialità per le coppie dello stesso sesso che potrebbero risultare discriminate, sulla base dell'orientamento sessuale, rispetto alle coppie eterosessuali, alle quali il legislatore (anche grazie a una serie di “interventi correttivi” della stessa Corte costituzionale<sup>2</sup>) ha riservato un vasto ventaglio di possibilità ulteriori per diventare genitore in presenza di difficoltà riproduttive (dall'adozione piena, alla PMA omologa e da ultimo, anche eterologa).

Le risposte che i giudici hanno fornito negli ultimi anni, nel tentativo di tamponare la riscontrata lacuna legislativa, si sono concentrate sul primo profilo: tutte le pronunce in materia di filiazione da parte di coppie dello stesso sesso sono state rivolte a tutelare *l'interesse superiore del minore alla continuità dei rapporti genitoriali*, sia nel caso di richiesta del riconoscimento degli effetti giuridici nell'ordinamento interno dell'atto di nascita (o di adozione) straniero, sia nel caso di ricorso alla c.d. adozione in casi particolari<sup>3</sup>, declassando le richieste di genitorialità delle coppie omosessuali a mera pretesa<sup>4</sup>.

Il caso dal quale nasce l'attesa pronuncia della Corte costituzionale qui commentata presenta, tuttavia, come si vedrà a breve, alcune condizioni peculiari e ulteriori che non hanno consentito al Tribunale remittente di ricorrere alle soluzioni già consolidate nella precedente giurisprudenza di legittimità e di merito (in particolare ricorrendo alla *soluzione-tampone* costituita proprio dall'adozione in casi particolari) e che hanno dunque reso necessario l'intervento della Corte costituzionale.

<sup>2</sup> Cfr. Corte cost. sentt. n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015: nel primo caso la Corte ha ammesso alla riproduzione artificiale le coppie eterosessuali alle quali «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili», dichiarando illegittimo, limitatamente a tale ipotesi, il divieto di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo; nel secondo caso, la Corte ha aperto l'accesso alla PMA alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro, ricorrendo alla diagnosi pre-impianto. Entrambe le pronunce si sono mosse nella logica della valorizzazione della *finalità terapeutica* assegnata dal legislatore stesso alla PMA, senza contestare nella sua globalità l'altra scelta legislativa di fondo: quella, cioè, di escludere da tali tecniche le coppie dello stesso sesso.

<sup>3</sup> Come ancora disciplinata dall'art. 44, lett. d), l. n. 184 del 1983 (*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*).

<sup>4</sup> Secondo una “spinta puerocentrica”, così definita da E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, definizione poi ripresa anche da G. M. FLICK, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017, il quale rileva come si stia realizzando una vera e propria «rivoluzione copernicana della posizione del figlio» nei nuovi contesti familiari: «prima era la famiglia a “costituire” il minore; ora è quest'ultimo a “costituire” la prima, con il suo ruolo e il suo diritto a una “genitorialità piena”, corrispondente al suo personale *best interest*». L'A. si domanda, dunque, se sia ancora corretto fare riferimento a un “diritto a diventare genitore”, oppure se sia più opportuno mutare l'ottica di analisi, configurando un “diritto ad avere un genitore”, come, in effetti, poi confermato anche dalla sentenza in commento. Cfr. anche, Corte cost. sent. n. 230 del 2020, in cui la Corte esclude l'esistenza di un diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso.

## ***2. Le peculiarità del caso oggetto del giudizio incidentale: una nuova categoria di “nati non riconoscibili” senza alcun margine di tutela.***

La Corte costituzionale è stata investita di una questione di legittimità costituzionale riguardante, nuovamente, alcuni articoli della l. n. 40 del 2004, concernenti la tutela giuridica del nato a seguito dell'utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita. Nello specifico, i dubbi di legittimità costituzionale, sollevati dal Tribunale ordinario di Padova, riguardavano gli artt. 8 e 9, l. n. 40 del 2004, nonché l'art. 250 cod. civ., i quali, sistematicamente interpretati, non consentirebbero al nato da PMA eterologa, praticata all'estero da una coppia di donne nell'ambito di un progetto genitoriale condiviso, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale, consenziente alla pratica fecondativa della compagna, ma non registrabile, come tale, nell'atto di nascita italiano; il ricorrente evince dunque all'interno delle disposizioni impugnate una disparità di trattamento e di tutela rispetto ai nati da PMA eterologa utilizzata da coppie eterosessuali. Più precisamente, il fine di tali disposizioni è quello di garantire il riconoscimento del legame di filiazione, anche a seguito di PMA eterologa, nei confronti della coppia che ha prestato il consenso, assumendo la relativa responsabilità genitoriale a tutela del preminente interesse del minore; tuttavia la stessa legge n. 40 limita la possibilità di accesso a tali tecniche riproduttive alle sole coppie, sposate o conviventi, di sesso diverso.

Accertata l'inequivocabile condivisione del progetto di PMA eterologa, maturato e realizzato all'estero con il consenso di entrambe le donne, la peculiarità del caso oggetto del giudizio incidentale, dal quale nasce la questione di legittimità costituzionale, è costituita dalle circostanze che le minori (si tratta di due gemelle) siano nate in Italia e che la dichiarazione di nascita sia stata resa esclusivamente dalla madre biologica, non potendosi registrare la presenza della madre intenzionale e del consenso alla pratica dalla stessa prestato, stante il divieto posto dall'art. 5, l. 40 del 2004<sup>5</sup>.

La situazione è poi aggravata – rendendo dunque per il ricorrente ineludibile il ricorso alla Corte – dal fatto che non ricorrono le condizioni per procedere neppure alla c.d. adozione in casi particolari, a causa del diniego del genitore biologico, il cui assenso è previsto dalla legge sulle adozioni quale condizione imprescindibile<sup>6</sup>, pur essendo stato accertato giudizialmente l'interesse delle minori alla continuità dei rapporti familiari: queste ultime, infatti, dopo la nascita, hanno convissuto con le due donne per quasi cinque anni, con il conseguente coinvolgimento di entrambe nella loro cura, crescita ed educazione, sino alla rottura del rapporto e alla conseguente esclusione della madre intenzionale dalla quotidianità familiare.

Snodo cruciale della vicenda, ben evidenziato dallo stesso remittente, sta nel fatto che i nati da PMA, praticata da coppie dello stesso sesso, in assenza delle condizioni per ricorrere all'adozione

<sup>5</sup> Cfr., più di recente, Cass., sez. I civ., sent. 3 aprile 2020, n. 7668, nella quale è stato ribadito che non può essere accolta la domanda di rettificazione dell'atto di nascita di un minore nato in Italia, mediante l'inserimento del nome della madre intenzionale accanto a quello della madre biologica, sebbene la prima avesse in precedenza prestato il proprio consenso alla pratica di procreazione assistita eseguita all'estero, poiché nell'ordinamento italiano vige, per le persone dello stesso sesso, il divieto di ricorso a tale tecnica riproduttiva.

<sup>6</sup> Così art. 44, comma 1, lett. d), e art. 46, l. n. 184 del 1983.

in casi particolari, sarebbero destinati a un perenne stato di figli con un solo genitore, non riconoscibili dall'altra persona che ha contribuito al progetto procreativo, andando a costituire una *nuova categoria di nati "non riconoscibili"*<sup>7</sup>, che, in quanto tale, sfuggirebbe a qualsivoglia forma di tutela, come invece previsto dall'ordinamento per lo *status* giuridico dei figli a livello costituzionale, legislativo e anche delle norme Cedu. In particolare, sarebbero violati i diritti del nato al mantenimento, all'educazione, all'istruzione, nonché i diritti successori, da far valere nei confronti della coppia che si è assunta la responsabilità della procreazione, in contrasto con gli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu, per quanto riguarda il diritto alla vita privata del bambino e alla sua identità personale. Ne conseguirebbe un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai nati da PMA praticata da coppia eterosessuale, ai nati da PMA praticata da coppie dello stesso sesso che hanno la possibilità di accedere all'adozione coparentale, e, addirittura, rispetto ai nati da rapporto incestuoso, per il solo fatto dell'orientamento sessuale dei genitori.

Alla luce di tali rilievi, il rimettente afferma dunque di non poter accogliere l'istanza della ricorrente, dovendo tener conto, secondo una interpretazione sistematica di tutte le disposizioni in materia, del limite posto dall'art. 5 della l. 40 del 2004, che esclude, di fatto, dalle relative tutele le coppie dello stesso sesso e, di conseguenza, anche i nati nell'ambito di tali progetti genitoriali<sup>8</sup>.

Non è dunque in discussione la legittimità dei limiti posti alle coppie omosessuali nella possibilità di accesso alla PMA, ma, piuttosto, *l'illegittimità dell'ingiustificabile compressione dei diritti dei nati che sconterebbero il prezzo, senza volerlo, dell'illiceità delle scelte procreative della famiglia in cui nascono*. Il remittente concentra dunque il *focus* delle proprie richieste sulla tutela del superiore interesse del minore, consapevolmente sgombrando il campo da ulteriori richieste in merito al riconoscimento di un diritto alla genitorialità di tali coppie, ma, anzi, richiamando le pretese della madre

<sup>7</sup> Espressione ripresa dalla Corte stessa nella sentenza in commento, punto n. 1.2. del *Ritenuto in fatto*.

<sup>8</sup> Sulle censure di incostituzionalità mosse all'art. 5, l. n. 40 del 2004, cfr. Corte cost., sent. n. 221 del 2019. A commento di tale sentenza v. M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 2019, 2613 ss.; C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2019, 2622 ss. In tal senso si deve richiamare anche la sent. n. 237 del 2019, nella quale la Corte ha specificato che il legislatore, approvando la l. n. 76 del 2016 non ha previsto per le coppie dello stesso sesso né la filiazione adottiva, né per fecondazione assistita, operando nel pieno della propria discrezionalità in materia. Da ultimo, cfr. anche Corte cost. sent. 230 del 2020 cit. e il relativo commento di E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio.Aic.it*, n. 2 del 2 marzo 2021, 141 s., la quale rileva: "non stupisce che nella sentenza n. 230/2020 l'inammissibilità della *quaestio legitimatis* sia stata motivata dal fatto che con le leggi n. 40/2004 e n. 76/2016 il legislatore ha già compiuto alcune valutazioni in tema di omogenitorialità (seppur, nel secondo caso, in modo pilatesco), e che il riconoscimento di tale genitorialità non è imposto dalle disposizioni costituzionali invocate dal rimettente. Ciò vuol dire non che il riconoscimento sia precluso, ma che, se si vuol garantire il diritto delle coppie dello stesso sesso di diventare genitori, tale obiettivo non può essere raggiunto né attraverso un'interpretazione para-legislativa delle disposizioni vigenti né attraverso una pronuncia più o meno manipolativa di illegittimità costituzionale. Ciò vale, peraltro, anche per il connesso profilo del *vulnus* all'interesse del minore, che deriverebbe dal mancato riconoscimento del diritto alla (bi)genitorialità, ad esempio, nel caso in cui una delle due donne unite civilmente abbia prestato il consenso alla fecondazione eterologa della compagna". L'A. evidenzia, insomma, come la Corte, pur trovandosi, in questo caso, in presenza delle condizioni necessarie per poter ricorrere alla adozione in casi particolari, abbia ancora una volta ribadito che per garantire una diversa tutela del miglior interesse del minore, con più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la madre intenzionale, sia indispensabile operare sul piano delle scelte rimesse alla discrezionalità del legislatore.

intenzionale solamente a scopo *mediato e funzionale* all'attuazione delle necessarie tutele del minore nell'ambito della sua famiglia di origine.

Il Tribunale chiede dunque una pronuncia di carattere additivo, che addirittura definisce a “rime obbligate”, poiché il vuoto di tutela potrebbe essere colmato solamente estendendo anche ai nati da un progetto di PMA praticata da coppie dello stesso sesso, al di là dei limiti legislativi posti all'utilizzo di tale pratica nell'ordinamento interno, la stessa tutela che le disposizioni censurate già garantiscono a tutti gli altri nati da procreazione assistita, quando sia accertato l'interesse del minore in tal senso<sup>9</sup>.

### **3. L'inevitabile pronuncia di inammissibilità per discrezionalità legislativa.**

La Corte costituzionale addivene a una pronuncia di inammissibilità, non senza evidenziare, però, ancora una volta, il vuoto di tutela per questa nuova categoria di nati non riconoscibili, che il caso oggetto del giudizio, con le sue peculiarità (e che con molta probabilità potrebbero ripresentarsi in occasioni future) ha mostrato in tutta la sua gravità e che è compito del legislatore colmare, pur negli ampi margini di discrezionalità di cui gode in materia.

La Corte modula la propria decisione evidenziando, fin dai primi passaggi, una perdurante situazione di *carenza dell'ordinamento con implicazioni costituzionali* per quanto riguarda la tutela dello *status filiationis* nelle sue molteplici implicazioni e rispetto alla quale si è già espressa in numerose, seppur differenti, occasioni.

Tale rilievo, infatti, era stato già formulato ancora prima che il legislatore intervenisse dando una regolazione sia alle tecniche di PMA, sia al più ampio tema della responsabilità genitoriale. In tal senso è richiamata la precedente giurisprudenza costituzionale che, pur misurandosi con casi diversi (si trattava di nati da PMA eterologa, praticata da una coppia eterosessuale con il consenso di entrambi, quando ancora non esisteva una disciplina omogenea in materia<sup>10</sup> e, poi, quando era ancora vietata<sup>11</sup>), ha sottolineato come, in presenza di un progetto genitoriale condiviso, con il consenso prestato da entrambi, la coppia deve assumersi comunque la responsabilità dei nati, al di là del dato meramente biologico<sup>12</sup>, al fine di garantire in capo al nato “una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione”<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Come si vedrà nel paragrafo successivo, in questo caso non ricorrono le condizioni per una soluzione “a rime obbligate”, o costituzionalmente imposta, stante l'ampio margine di discrezionalità legislativa in materia: ciò non impedisce, tuttavia, alla Corte di intervenire in un secondo momento con una soluzione conforme a Costituzione per sanare il *vulnus* rilevato: in tal senso cfr. M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate?”*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2021, 59 ss., il quale definisce le “rime obbligate” un “limite relativo” all'intervento della Corte costituzionale.

<sup>10</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 347 del 1998.

<sup>11</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 162 del 2014.

<sup>12</sup> Cfr. anche, più di recente, Corte cost. sent. n. 272 del 2017.

<sup>13</sup> Così, da ultimo, Corte cost. sent. n. 127 del 2020.

La Corte, richiamando tale giurisprudenza e le carenze di tutela in essa enucleate, riconosce come il legislatore abbia effettivamente recepito le sollecitazioni rivolte con l'approvazione sia della l. n. 40 del 2004 (in particolare l'art. 9 che ha valorizzato, rispetto al *favor veritatis* e al dato meramente biologico, l'importanza determinante del consenso alla genitorialità, con l'assunzione delle conseguenti responsabilità), sia del d. lgs. n. 154 del 2013 (che ha introdotto l'istituto della responsabilità genitoriale); alla luce di tali importanti interventi legislativi la Corte non può non rilevare che “*l'evoluzione dell'ordinamento segna dunque un'ancor più accentuata consonanza*” non solo con i diritti sanciti in Costituzione<sup>14</sup>, ma anche con la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea e soprattutto della Corte EDU<sup>15</sup>.

Ma, tale riconoscimento, evidentemente, *non basta*, come dimostra il caso in esame.

La Corte osserva, infatti, come le peculiarità del caso e la concomitanza di una serie di circostanze che ostacolano la possibilità di percorrere *soluzioni-tampone* già ampiamente arate dalla giurisprudenza, rivelano una *preoccupante lacuna dell'ordinamento* nel garantire tutela a questa categoria di minori e ai loro migliori interessi, ai fini della necessaria permanenza dei legami affettivi e familiari, anche se non biologici, per conferire certezza nella costruzione dell'identità personale.

Al fine di argomentare nel modo più puntuale possibile il proprio ragionamento, la Corte torna a ribadire con fermezza, ancora una volta, che *non è rilevante* l'elusione del limite stabilito dall'art. 5, l. 40 del 2004 (come, del resto, aveva già fatto, consapevolmente, il remittente), che, pur escludendo le coppie dello stesso sesso, secondo una scelta discrezionale del legislatore, non vieta però la possibilità per tali coppie di accogliere figli. Per l'ennesima volta è dunque *esclusa l'esistenza di un diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso*, ma, specularmente, non può invece escludersi la preminente tutela del miglior interesse del minore, anche se nato a seguito di tecniche di procreazione assistita, praticata all'estero da due donne.

La carenza di tutela e il vuoto normativo appena richiamati mostrano tutto il loro peso e la loro gravità proprio in quegli ambiti, come quello oggetto di giudizio, in cui il ricorso alla adozione in casi particolari, *per come è ancora regolato*, non può trovare spazio. Se l'applicazione di tale istituto ha trovato riscontro positivo nella giurisprudenza di legittimità e di merito per sopperire alla carenza di tutela dei nati da progetti genitoriali omosessuali, esso ha da subito mostrato tutta la sua debolezza, in considerazione della *ratio* della norma nell'epoca in cui è stata approvata e delle difficoltà di rendere una interpretazione evolutiva della stessa, alla luce della varietà di casi peculiari in tema di filiazione omogenitoriale che oggi continuamente si presentano all'attenzione dei giudici e che il legislatore dell'epoca non poteva contemplare.

La stessa Corte costituzionale si era già misurata in passato con l'interpretazione delle norme vigenti in materia di adozione in casi particolari: in relazione a un caso di richiesta di adozione del figlio del *partner* nell'ambito di una coppia di fatto eterosessuale, la Corte aveva avuto modo di specificare che l'art. 44, *lett. d*), l. adozioni, rappresenta una sorta di *clausola residuale*, di valvola per tutti quei casi che non rientrano nella c.d. adozione legittimante (che ricorre quando il minore

<sup>14</sup> Cfr. punto 2.4.1.1. del Considerato in diritto (corsivi aggiunti).

<sup>15</sup> Cfr. punto 2.4.1.2 Considerato in diritto.

versa in stato di abbandono); essa “non recide i legami del minore con la sua famiglia di origine, ma offre allo stesso *la possibilità di rimanere nell’ambito della nuova famiglia che lo ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui*” (corsivi aggiunti)<sup>16</sup>.

Tale interpretazione resa dai giudici costituzionali ha avuto un seguito importante nella successiva giurisprudenza di merito<sup>17</sup>, per poi essere estesa, anche dalla giurisprudenza di legittimità, ai casi di richiesta di adozione del figlio del *partner* nelle coppie dello stesso sesso, assicurando, in tal modo, il fine principale di proteggere l’interesse superiore dei minori che crescono in famiglie omogenitoriali alla continuità dei rapporti parentali<sup>18</sup>.

Anche alla luce dell’ampliamento dello spettro dei casi riconducibili nell’ambito di applicazione della norma relativa all’adozione in casi particolari, resta il fatto che il caso di specie mostra concretamente l’insufficienza del ricorso a tale istituto che, per come è ancora regolato, risulta impraticabile “proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubitabilmente, la *crisi della coppia* e la *negazione dell’assenso* da parte del genitore biologico/legale” (corsivi aggiunti)<sup>19</sup>.

#### **4. Oltre l’inammissibilità: l’incostituzionalità prospettata, con l’aggiunta di alcune indicazioni “esemplificative” al legislatore.**

Il quadro così delineato e argomentato dalla Corte rivela, dunque, con fermezza, *l’esistenza di un vuoto di tutela* del superiore interesse del minore che trova pieno riscontro nei principi costituzionali evocati. Non può ignorarsi, tuttavia, che il legislatore gode di un ampio margine di discrezionalità in questi ambiti sensibili e a lui spetta trovare quel ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel preminente rispetto della dignità della persona umana<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 383 del 1999. Dalle argomentazioni della Corte consegue, com’è stato rilevato, un’importante distinzione, sul piano dell’applicabilità della norma ai casi concreti, tra adozione piena e adozione particolare: cfr. G. FERRANDO, *L’adozione in casi particolari nell’evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Il diritto delle successioni e della famiglia*, n. 1, 2017, 79 ss.: «solo la prima ha come presupposto indefettibile lo stato di abbandono, la seconda, invece, intende realizzare il diritto del minore ad una famiglia in casi in cui, pur se non ricorrono le condizioni per l’adozione piena del minore, è comunque necessario od opportuno procedere all’adozione *dando veste giuridica a relazioni familiari già esistenti di fatto*. Si delinea così una distinzione tra adozione (piena) dei minori in stato di abbandono ai quali occorre dare una famiglia sostitutiva di quella di origine, e adozione (semplice) dei minori non in stato di abbandono per i quali è opportuno dare veste giuridica a rapporti familiari di fatto. La formalizzazione del rapporto di fatto corrisponde, infatti, all’interesse del bambino nel momento in cui offre un quadro giuridico di certezze con l’assunzione di precise responsabilità ed obblighi sia nei confronti del bambino, sia nei confronti dei terzi».

<sup>17</sup> Cfr. Corte App. Firenze, 4 ottobre 2012, n. 1274.

<sup>18</sup> Cfr. Cass., Sez. I civ., n. 12962 del 26 maggio 2016.

<sup>19</sup> Cfr. punto 2.4.1.3. del Considerato in diritto.

<sup>20</sup> V. A. RUGGERI, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente*, in *giurcost.org*, n. 1, 2021, 203 s., il quale esprime la necessità di un complessivo rifacimento dell’impianto legislativo, in modo da dotare la relativa struttura della necessaria flessibilità e rispondenza ai valori costituzionali, nel loro fare “sistema”, con particolare riguardo, sopra tutti, per il “metadiritto” della dignità”.

Tanto giustifica il ricorso a una sentenza di inammissibilità, con la quale la Corte conclude ritenendo di non poter porre rimedio, almeno *ora*, a tale vuoto, considerato che un suo intervento, rispetto a tale caso, peculiare anche per la sua particolare “sensibilità”, potrebbe generare *disarmonie* nel complesso del sistema: specifica infatti che un suo intervento mirato, a mezzo dunque di una sentenza additiva, volto al riconoscimento dello *status* di figlio al nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, in presenza di una crisi di coppia e in carenza dei presupposti per ricorrere all’adozione in casi particolari, porrebbe in una condizione deteriore e meno garantita gli stessi nati per i quali è invece ammissibile tale forma (come si è visto meno garantista) di adozione, in presenza dell’accordo tra i genitori e dell’assenso della madre biologica.

Pertanto, appare indispensabile un puntuale intervento legislativo che introduca una riforma complessiva e organica che individui i mezzi più congrui e adatti al raggiungimento di un *fine costituzionalmente necessario*. Insomma, spetta alla discrezionalità legislativa il compito di prendere in considerazione e ponderare opportunamente la molteplicità di situazioni peculiari oggi esistenti, a mezzo di uno specifico e puntuale riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore anche nei confronti della madre intenzionale.

Tuttavia, alla classica pronuncia di *inammissibilità per discrezionalità legislativa* – già utilizzata in altre precedenti occasioni, ancora riguardanti il delicato tema della omogenitorialità<sup>21</sup> – in questa occasione la Corte si spinge oltre il monito e aggiunge qualcosa di più, fornendo al legislatore “*in via esemplificativa*”, alcuni suggerimenti per una futura regolazione in materia, al fine di riempire quel vuoto di tutela: in particolare, la Corte fa riferimento alla possibilità di una *risrittura delle previsioni in materia* di riconoscimento dei legami affettivi stabili, ovvero all’introduzione di una *nuova tipologia di adozione*, che attribuisca la pienezza dei diritti connessi a tutti i nati da progetti familiari omogenitoriali, in modo tempestivo ed efficace<sup>22</sup>.

La Corte invoca dunque un *urgente* intervento del legislatore per sanare le rilevanti lacune della disciplina legislativa, ma, al tempo stesso, non si trattiene dal prefigurare talune soluzioni, alle quali lo stesso legislatore potrà attingere, discrezionalmente, nell’ampio ventaglio di scelte normative a lui riservate.

Non si può non rilevare come la formula decisoria prescelta dai giudici costituzionali, benché in assonanza, presenti indubbiamente un carattere ben più blando, rispetto allo schema già collaudato con le pronunce relative al c.d. caso Cappato<sup>23</sup> e ripreso poi in altre due recenti

<sup>21</sup> Cfr. A. GIUBILEI, *L’aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili. Nota alla sentenza n. 230 del 2020 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 9 ss., che, con particolare riferimento alla sent. n. 230 del 2020, parla di una “classica” inammissibilità per discrezionalità legislativa”, richiamando altri precedenti esempi in tal senso.

<sup>22</sup> In relazione alla possibilità di introdurre una nuova tipologia di adozione per le coppie dello stesso sesso, si deve rilevare che, in verità, il legislatore aveva già escluso tale possibilità: infatti, in occasione dell’approvazione della l. n. 76 del 2016 in materia di unioni civili, è significativo che sia stato stralciato dal testo definitivo l’art. 5 del d.d.l., che avrebbe specificamente previsto, per le coppie omogenitoriali, la possibilità di ricorrere all’adozione coparentale. Il legislatore ha preferito invece inserire il sintagma «resta fermo quanto previsto e *consentito* in materia di adozione dalle norme vigenti» in chiusura dell’art. 1, comma 20, lasciando un certo margine di manovra ai giudici per consentire di far rientrare anche l’adozione del figlio del *partner* dello stesso sesso nell’ambito di quella nozione di “adozione in casi particolari”, ma che tuttavia sta rivelando, come si è visto, tutto la sua fragilità e inadeguatezza.

<sup>23</sup> Corte cost., ord. n. 207 del 2018 e sent. n. 242 del 2019. Rileva, nell’immediato, evidenti assonanze tra la sentenza in commento e la prima pronuncia sul caso Cappato A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità legislativa* (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021), in *giurcost.org*, n. 1, 2021, 221 s.

occasioni<sup>24</sup>; nonostante la minore incisività, essa non ha comunque impedito alla Corte di fissare alcuni punti rilevanti, che presentano, in effetti, una certa assonanza con le argomentazioni delle decisioni sopra richiamate:

- in particolare, in prima battuta, la Corte rileva l'esistenza inconfutabile di un *vulnus*, dovuto al riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore;
- rispetto a tale vuoto, la Corte ritiene "di non poter *ora* porre rimedio";
- rivolge dunque un severo monito al legislatore a intervenire "*al più presto*" per il raggiungimento di un fine costituzionalmente necessario;
- invoca, infine, l'approvazione di una disciplina organica in materia, con l'indicazione, a *titolo esemplificativo*, di alcune scelte normative che il legislatore potrebbe compiere al fine di predisporre l'adeguata tutela dei nati da PMA praticata dalle coppie dello stesso sesso, con specifico riferimento al rapporto con la madre intenzionale.

Benché tali passaggi siano contenuti in una sentenza di inammissibilità, con tutti i limiti che tale decisione comporta, non può ignorarsi come la Corte lasci intendere, ricorrendo in particolare all'uso del termine "ora", l'opportunità di un proprio intervento decisivo, più stringente, nel prossimo futuro, al ripresentarsi di simili questioni, qualora il legislatore non provveda, nei margini della propria discrezionalità, a trovare un adeguato spazio di tutela alla nuova categoria dei c.d. nati non riconoscibili, nel momento in cui riterrà di non poter concedere altro tempo, poiché "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".

Insomma, la peculiarità della sentenza commentata sta nel fatto che, pur insistendo sull'ampio margine di discrezionalità legislativa in materia, evidenzia comunque un'incostituzionalità prospettata, che il legislatore dovrebbe andare a sanare alla luce delle indicazioni esemplificative fornite dalla Corte, a pena di un futuro intervento additivo<sup>25</sup>. Il fatto che la Corte abbia deciso, in tal caso, più cautamente, di non imporre un termine definitivo per l'intervento del Parlamento, ma ne invochi più semplicemente l'urgenza di attivarsi, non può escludere che la Corte possa giungere nel prossimo futuro ad un esito non dissimile da quello ottenuto nel caso Cappato.

<sup>24</sup> Ci si riferisce, in prima battuta, alla decisione riguardante le norme che puniscono con la reclusione il reato di diffamazione a mezzo stampa: la Corte, con l'ord. n. 132 del 2020, ha concesso al Parlamento un anno di tempo - rinviando la trattazione della questione alla prossima udienza del 22 giugno 2021 - per approvare una nuova disciplina che operi l'opportuno bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione personale. Segue poi la più recente decisione in materia di c.d. ergastolo ostativo, Corte cost., ord. n. 97 del 2021: secondo la Corte, "la vigente disciplina del cosiddetto ergastolo ostativo preclude in modo assoluto, a chi non abbia utilmente collaborato con la giustizia, la possibilità di accedere al procedimento per chiedere la liberazione condizionale, anche quando il suo ravvedimento risulti sicuro. Ha quindi osservato che tale disciplina ostativa, facendo della collaborazione l'unico modo per il condannato di recuperare la libertà, è in contrasto con gli articoli 3 e 27 della Costituzione e con l'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, l'accoglimento immediato delle questioni rischierebbe di inserirsi in modo inadeguato nell'attuale sistema di contrasto alla criminalità organizzata. La Corte ha perciò stabilito di rinviare la trattazione delle questioni a maggio 2022, per consentire al legislatore gli interventi che tengano conto sia della peculiare natura dei reati connessi alla criminalità organizzata di stampo mafioso, e delle relative regole penitenziarie, sia della necessità di preservare il valore della collaborazione con la giustizia in questi casi" (così Comunicato stampa della Corte cost. del 15 aprile 2021).

<sup>25</sup> Cfr. F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1645 ss., il quale evidenzia la differenza tra decisioni strettamente monitorie e quelle che pur presentando la forma del monito, esprimono qualcosa in più, vale a dire quelle di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata.

Si tratta forse di un'occasione persa per ritardare soluzioni più nette<sup>26</sup>, o invece di una scelta consapevolmente animata dalla garanzia del principio collaborativo tra Corte e legislatore, al quale viene indicata una possibile e ragionevole strada da seguire, in tempi prossimi ma non definiti con scadenza<sup>27</sup> (visto che comunque in passato l'imposizione di un termine ultimo non ha pagato), per evitare una dichiarazione di incostituzionalità, nel rispetto delle prerogative del potere legislativo in una materia particolarmente sensibile come quella trattata<sup>28</sup>.

Intanto, nelle more di un improbabile intervento del Parlamento, i giudici continuano a misurarsi con casi simili in cerca di soluzione, stante il divieto del *non liquet*, e sarà interessante verificare come saranno utilizzate le argomentazioni rese dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. M. PICCHI, "Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende da luogo di nascita (Brevi riflessioni sulla sentenza n. 230 del 2020), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021, 8 s., la quale, in occasione di altra sentenza di inammissibilità per discrezionalità legislativa in materia di rapporto tra nato e genitore intenzionale, osserva che l'impressione sia "che la Corte abbia voluto allontanare il più possibile da sé questi temi insistendo più volte sulla spettanza al legislatore delle scelte inerenti la tutela dei diritti del genitore intenzionale e dei figli, dato il suo ruolo di interprete della coscienza sociale".

<sup>27</sup> Definisce, invece, la sentenza in commento "apodittica", con abdicazione del ruolo di garanzia di legittimità costituzionale della Corte, A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?* in *giurcost.org*, n. 2, 2021, 375, invocando, per il caso di specie, la necessità di ricorrere a una formula decisoria come quella utilizzata dalla stessa Corte nel c.d. caso Cappato.

<sup>28</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, in *AA.VV., Scritti dedicati a Maurizio Converso, a cura di D. Dalfino*, Roma, 2016, 517 ss., in particolare 525 s., il quale ha rilevato che "La necessità di un intervento del legislatore in varie occasioni viene segnalata dalla giurisprudenza, sia da quella costituzionale, attraverso lo strumento dei 'moniti' più o meno espliciti, sia anche da quella comune e da specifiche decisioni sui casi concreti che portino ad evidenza la necessità di una disciplina della materia. D'altra parte, è anche chiaro come il legislatore non possa essere obbligato a farlo, non essendo espressamente sanzionabile l'ipotesi di omissione legislativa e come quella di non intervenire possa rappresentare una precisa scelta attraverso la quale i soggetti politici mostrino di accettare che la regolamentazione della materia sia rilasciata, almeno al momento, al diritto giurisprudenziale".

<sup>29</sup> Sono già state segnalate alcune pronunce successive, nella quali i giudici fanno riferimento alle sentt. della Corte costituzionale n. 32 e 33 del 2021: di recente, cfr. M. GATTUSO, *Cagliari e Roma: le prime due decisioni dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *articolo29.it*, 5 maggio 2021, il quale segnala, in particolare, la decisione della Corte di Appello di Cagliari, Sez. I civ., decreto del 16 aprile 2021, depositato il 29 aprile 2021., che ha confermato la necessità di iscrivere anche la madre intenzionale nell'atto di nascita. In particolare, la Corte di Appello, richiamando a sostegno le ampie argomentazioni dei giudici costituzionali, rileva che la sent. n. 32 del 2021 della Corte costituzionale non esclude che i giudici possano rendere una interpretazione costituzionalmente orientata della norma impugnata, considerato che l'art. 8, l. n. 40 del 2004 prevede che siano riconosciuti come genitori i due membri della «coppia» che hanno espresso il consenso con atti concludenti: ne consegue che il termine "coppia", quando indicato senza alcuna declinazione di genere, può essere riferito anche alle coppie omosessuali, secondo una interpretazione evolutiva, in tal caso ritenuta inevitabile.