



Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 12/11/2021

AUTORE: Francesco Paterniti*

STATUS DI FIGLIO E LIMITI ALLE POSSIBILITÀ GENITORIALI DELLE COPPIE OMOAFFETTIVE: LACUNE DELL'ORDINAMENTO, ATTESE LEGISLATIVE E (PROBLEMATICI) ARRESTI GIURISPRUDENZIALI

Sommario: 1. Premessa – 2. L'orientamento della Corte costituzionale relativo alla tutela dell'interesse del minore allo status filiationis nel contesto delle coppie omosessuali, tra le aspirazioni genitoriali della coppia civil-unita e le problematiche conseguenti all'eventualità della crisi della relazione omoaffettiva – 3. Filiazione e maternità surrogata di fronte alla necessità evidenziata dalla Corte costituzionale di salvaguardare comunque i diritti dei minori nati a seguito di tale pratica illecita – 4. Gli interessi dei figli ed il crescente rilievo del principio del best interests of the child nella (problematica) prospettiva di tutela dallo stesso offerta – 5. Le prospettive tratteggiate dalla Corte di Cassazione circa l'influenza delle contaminazioni extrastatali nella definizione dei contorni dello status filiationis nell'ambito delle unioni omosessuali – 5.1. Il perimetro (incerto e problematico) del limite dell'ordine pubblico internazionale nel riconoscimento del provvedimento straniero che dispone l'adozione piena di un minore da parte di una coppia omosessuale – 6. La necessità di salvaguardare l'interesse del minore al suo stato di figlio nel contesto di una unione omosessuale: l'erosione dell'orientamento legislativo (pur legittimo) nel processo di emersione di un problematico "principio di giuridicità" quale fattore ordinante dell'ordinamento

1. Premessa

Tra la fine del 2020 e l'avvio del 2021 alcuni interventi giurisprudenziali, tanto della Corte costituzionale quanto della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, hanno prestato grande attenzione alla tematica della filiazione nell'ambito delle coppie omosessuali, aprendo nuovi scenari in merito agli orizzonti normativi di tale materia.

Preliminarmente è da evidenziare che gli arresti sopra menzionati, pur soffermandosi su un tema non nuovo al dibattito giuridico, propongono un approccio sicuramente innovativo, tanto nel merito quanto nel metodo.

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Catania.

La questione della filiazione nell'ambito delle coppie omoaffettive, infatti, sulla spinta di crescenti e variegata pressioni sociali, interessa oramai da tempo anche il mondo del diritto. A fronte della recente normativa intervenuta in materia di unioni civili, tuttavia, l'interesse, tanto della dottrina quanto della giurisprudenza, si è molto spesso concentrato su ciò che la legge non ha trattato piuttosto che su quanto ivi stabilito. Con ciò volendo all'evidenza alludere alla mancata regolazione di una prospettiva genitoriale anche per le coppie omoaffettive.

A fronte di un dibattito prevalentemente orientato ad indagare e valutare la legittimità delle aspirazioni genitoriali delle coppie omosessuali, le menzionate decisioni intendono invece prestare attenzione, non tanto (o, comunque, non solo) alle ambizioni genitoriali delle coppie omoaffettive, quanto piuttosto allo status da riconoscere a quei bambini che, a vario titolo, si trovano inseriti – per nascita o adozione – in tali contesti familiari.

Nell'ordinamento italiano, come è ben noto, le coppie omosessuali, quand'anche legalmente formalizzate in una unione civile, sono escluse da qualsivoglia orizzonte genitoriale. Le stesse, infatti, non possono avere accesso né a percorsi di adozione, né all'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA), né, tanto meno, a pratiche di surrogazione di maternità (altresì detta gestazione per altri, GPA), in ragione dell'esplicito divieto – in quest'ultimo caso esteso anche alle coppie eterosessuali – al riguardo previsto dalla nostra legislazione¹. I limiti normativi appena ricordati, tuttavia, non sono nei fatti capaci di impedire che tali coppie possano comunque avere accesso alla dimensione genitoriale qualora decidano di rivolgersi all'estero a sistemi socio-sanitari che consentono prospettive di questo tipo.

L'eventualità da ultimo menzionata, a ben vedere, interessa anche il nostro ordinamento. Ciò perché i soggetti di orientamento omosessuale che all'estero fanno ricorso a pratiche di PMA o di GPA, ovvero che concludono positivamente un percorso adottivo, laddove siano cittadini italiani, dopo aver realizzato con successo fuori dal nostro Paese il loro progetto (sia esso procreativo ovvero adottivo), facendo rientro in Italia sempre più di frequente si trovano ad avanzare alle istituzioni civili richieste di riconoscimento e tutela delle loro pretese genitoriali. In tal modo, coinvolgendo inevitabilmente anche lo *status filiationis* dei bambini coinvolti in tali procedure.

L'elemento da ultimo considerato appare all'evidenza di grande rilievo. Senza volerci in questa sede soffermare né sulla legittimità né sulla opportunità del menzionato limite alla genitorialità omoaffettiva posto dalla normativa italiana, ciò che appare elemento di primaria importanza è la condizione, personale, sociale e giuridica, in cui vengono a trovarsi i bambini che inseriti in siffatti contesti.

Nella prospettiva menzionata i recenti interventi giurisprudenziali prima richiamati

¹ Nel nostro ordinamento la legge n. 184/1983 (c.d. legge sulle adozioni), riconosce la possibilità di adottare soltanto alle coppie coniugate, da ciò derivando quindi l'esclusione delle coppie omosessuali. Ulteriormente, la legge n. 40/2004 vieta la c.d. maternità surrogata, sia per le coppie omosessuali che per quelle eterosessuali. Differentemente, è riconosciuta alle coppie eterosessuali, ma non anche a quelle omosessuali, la procreazione medicalmente assistita, sia omologa che eterologa (quest'ultima grazie all'intervento della Corte cost., sent. n. 162/2014).

sembra possano offrire un contributo rilevante al fine di meglio delineare il perimetro delle varie questioni riconducibili allo status da riconoscere ai bambini nati o comunque inseriti nell'ambito di una coppia omosessuale. Ciò nondimeno, non può essere sottaciuto come le decisioni in questione lascino aperte alcune questioni problematiche, non meno rilevanti, rispetto alle quali si cercherà di indirizzare le riflessioni di questo scritto.

2. L'orientamento della Corte costituzionale relativo alla tutela dell'interesse del minore allo *status filiationis* nel contesto delle coppie omosessuali, tra le aspirazioni genitoriali della coppia civil-unita e le problematiche conseguenti all'eventualità della crisi della relazione omoaffettiva

La Corte costituzionale con la sentenza n. 230 del 2020 ha avuto modo di prendere in esame il caso di una coppia di donne unite civilmente che, dopo aver attivato all'estero un percorso di PMA, a seguito della nascita di un bambino, avvenuta in Italia, ha chiesto alle autorità italiane di annotarlo nei registri dello stato civile come figlio di entrambe. Ricevuto dall'ufficiale di stato civile un rifiuto, in ragione della vigente normativa, il provvedimento di diniego è stato quindi impugnato e nel corso del giudizio è stata sollevata questione di legittimità costituzionale della normativa di riferimento, lamentando la violazione degli artt. 2, 3, 30 e 117, co. 1, della Costituzione².

Nel caso in oggetto, dopo aver delineato il perimetro della normativa impugnata con riferimento al divieto di percorsi di PMA per le coppie omosessuali, la Corte ha ribadito quanto dalla stessa recentemente affermato allorché ha avuto modo di chiarire che «[l']esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è [...] fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale»³. Ciò perché, essendo stata inquadrata dal legislatore come rimedio alla sterilità, l'accesso a tale tecnica procreativa è legittimamente circoscritto alle sole coppie eterosessuali.

La Consulta ha ricordato altresì come anche la Cassazione abbia recentemente riconosciuto la legittimità del divieto di annotare nei registri dello stato civile la c.d. "doppia maternità", poiché nell'ordinamento italiano vige, per le persone dello stesso sesso, il divieto di ricorso a tale tecnica riproduttiva⁴.

La Corte, quindi, ha affermato che la scelta del legislatore di non riferire le norme relative al rapporto di filiazione alle coppie dello stesso sesso non può essere valutata in conflitto con la Costituzione, tanto perché «l'aspirazione della madre intenzionale ad essere ge-

² Nello specifico, come si evince dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia, oggetto di impugnazione è l'art. 1, co. 20, della l. n. 76/2016, «perché, limitando l'applicabilità delle leggi speciali alle coppie di donne omosessuali unite civilmente ai "soli diritti e [...] doveri nascenti dall'unione civile", nel combinato disposto con l'art. 29, 2° comma d.P.R. 396 del 2000 preclude loro 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».

³ Corte cost., sent. n. 221/2019.

⁴ In tal senso, Cass., Sez. I civ., sent. n. 7668/2020.

nitore non assurge a livello di diritto fondamentale della persona nei sensi di cui al citato art. 2 Cost.», quanto perché «l'art. 30 Cost. “non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli”», a ciò dovendosi aggiungere che «[l]a libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori [...] non implica che [...] possa esplicitarsi senza limiti»⁵.

Ulteriormente, per fugare ogni dubbio anche circa la possibilità di paventare una violazione dell'art. 3 Cost., riprendendo quanto già in precedenza chiarito, la Corte ha approfittato dell'occasione per ribadire che «[l]a circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia»⁶. Sul punto, tra l'altro, specificando che «sia la Carta di Nizza sia la CEDU, in materia di famiglia, rinviano in modo esplicito alle singole legislazioni nazionali e al rispetto dei principi ivi affermati», motivo per cui «la giurisprudenza della Corte EDU ha affermato in più occasioni che, nelle materie che sottendono delicate questioni di ordine etico e morale, gli Stati conservano – segnatamente quanto ai temi sui quali non si registri un generale consenso – un ampio margine di apprezzamento»⁷.

Meritevole di essere tenuto in considerazione è comunque il fatto che il riconoscimento dell'omogenitorialità, seppur non evocato da alcun precetto costituzionale, non è neanche escluso dal Testo. Nel riconoscere tale assunto, tuttavia, la Corte ha specificato al contempo che una soluzione in tal senso orientata spetta esclusivamente all'intervento del legislatore quale interprete delle emergenti istanze sociali.

Nel quadro d'insieme così delineato, la Consulta non ha mancato di prendere in esame l'interesse del minore, con particolare riferimento al rapporto che lega quest'ultimo anche alla c.d. madre d'intenzione⁸.

La Corte, al riguardo, ha evidenziato gli approdi già raggiunti dalla giurisprudenza di merito a tutela dell'interesse in questione, avallando in tal senso il possibile ricorso alla c.d. adozione non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore⁹. Soluzione, quest'ultima, che non esclude «una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale». Fermo restando, però, che le forme per attuare tale differente soluzione «attengono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore»¹⁰.

⁵ In tal senso, Corte cost., sent. n. 162/2014.

⁶ Corte cost., sent. n. 221/2019.

⁷ Corte cost., sent. n. 230/2020, punto n. 6 del *considerato in diritto*.

⁸ Dovendosi intendere come madre d'intenzione quella tra le due donne civilmente unite che, sia pur in violazione del divieto posto dall'art. 5 della l. n. 40/2004, con il consenso dell'altra, abbia portato a termine, all'estero, un percorso di fecondazione eterologa, da cui sia poi nato, in Italia, quel bambino

⁹ Art. 44, co. 1, lett. d), l. n. 184/1983.

¹⁰ Corte cost., sent. n. 230/2020, punto n. 9.1 del *considerato in diritto*.

Nel senso da ultimo accennato, dunque, appare evidente come la Consulta abbia colto l'occasione per definire anche una questione di metodo, chiarendo, a fronte della astratta ipotizzabilità di soluzioni basate su possibili interventi decisori di matrice giudiziaria e dal tenore additivo, che solo il legislatore è abilitato a valutare l'opportunità di predisporre soluzioni normative volte ad offrire una disciplina in grado di regolamentare i tanti profili che il giudice costituzionale non può autonomamente prendere in considerazione¹¹.

Quasi a voler proseguire e arricchire il discorso intrapreso con la decisione appena richiamata si pone la sentenza n. 32 del 2021, di poco successiva, con la quale la Corte costituzionale si è trovata ad affrontare la questione relativa agli interessi di due bambine nate a seguito dell'iniziativa di una coppia di donne che, nell'ambito di un'unione omosessuale, avevano attivato all'estero un percorso di PMA dal quale erano nate in Italia le minori che avevano convissuto stabilmente con entrambe le dette donne.

Successivamente, entrata in crisi e terminata la relazione affettiva tra le donne in questione, la c.d. madre intenzionale aveva chiesto alle autorità italiane di essere riconosciuta come genitore delle bambine e, in tal senso, che venisse rettificato l'atto di nascita delle minori pur in presenza del mancato consenso della madre biologica. Appurata l'impossibilità legale di procedere in tal senso, veniva dunque adito il Tribunale di Padova che sollevava all'uopo questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della l. n. 40 del 2004 e dell'art. 250 c.c. per presunta violazione degli artt. 2, 3 e 30 Cost. unitamente all'art. 117, co. 1, Cost. in relazione alla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989 e della CEDU.

Il caso in oggetto, a differenza di quello precedentemente trattato, muove in premessa dall'impossibilità di individuare quale elemento potenzialmente risolutivo il ricorso alla c.d. adozione in casi particolari, stante l'interruzione della relazione di coppia e la conseguente indisponibilità della madre biologica a prestare il suo indispensabile consenso per procedere in siffatta direzione.

L'elemento appena riportato non è di poco momento laddove si consideri che tale situazione viene nei fatti a determinare una evidente criticità avendo riguardo ai diritti dei minori coinvolti. Gli stessi, infatti, nell'impossibilità di una lettura evolutiva dell'art. 5 della l. n. 40 del 2004, volta a consentire anche al c.d. genitore sociale il riconoscimento dei figli nati a seguito di PMA attivata da una coppia omosessuale¹², risultano all'evidenza limitati, potendo

¹¹ In argomento cfr. A. RUGGERI, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)*, in *Consulta online*, 22 febbraio 2021, 200-201, il quale osserva che: «Il vero è che, qui come altrove, si tocca con mano la vocazione della Corte a smarcarsi dal *pressing* delle parti, non intendendo impegnarsi sulla richiesta volta al riconoscimento del diritto di accesso alla PMA alle coppie omosessuali, mentre in altri campi di esperienza (come ad es. a riguardo di talune vicende di fine-vita: *Cappato docet*), dove ha voluto, la Corte non ha esitato, pur se col costo – a me pare – di una vistosa forzatura, di dare spazio a talune pressanti sollecitazioni venute dalla società». Riflessioni critiche rispetto al complessivo risultato cui giunge la Corte vengono espresse da 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)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2021.

¹² È lo stesso Giudice rimettente che riconosce di non poter accogliere l'istanza della ricorrente, in tal senso orientata, ritenendo che l'ambito di applicazione degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004, sulla base dell'interpretazione sistematica e logica degli stessi e a seguito della sentenza n. 237 del 2019 della Corte costituzionale, sia implici-

costituire un rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che pur ha condiviso il progetto procreativo. Da ciò derivando una situazione che vede gravemente compromessa la tutela dei preminenti interessi di quei minori che, loro malgrado, risultano implicati dalla vicenda.

L'analisi svolta dalla Corte costituzionale, nel caso in questione, individua infatti proprio nell'interesse dei minori il centro nevralgico della vicenda.

La premessa da cui muove il ragionamento della Corte è la considerazione per cui «l'evoluzione dell'ordinamento (...) ha progressivamente riconosciuto (...) rilievo giuridico alla genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica», ciò perché «il consenso alla genitorialità e l'assunzione della conseguente responsabilità nell'ambito di una formazione sociale idonea ad accogliere il minore (...) “dimostra la volontà di tutelare gli interessi del figlio”, garantendo “il consolidamento in capo al figlio di 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”»¹³.

In questa prospettiva, sulla scia anche del consolidato orientamento espresso dalla Corte di Strasburgo¹⁴, la Consulta ha sottolineato la necessità di prestare primaria attenzione al principio posto a tutela del miglior interesse del minore. Obiettivo da tener fermo, tanto nell'approvazione di leggi quanto nell'adozione di ogni provvedimento che riguardi i minori.

Gli interessi preminenti dei minori, come evidenziato dalla Corte, emergono in primo luogo dalla più recente normativa nazionale¹⁵, che ha riconosciuto i diritti del minore a «crescere in famiglia e (...) mantenere rapporti significativi con i parenti» (art. 315-bis c.c.), a «mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, (...) ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi» (art. 337-ter c.c.). Normativa che, tra l'altro, ha parallelamente introdotto anche la nozione di responsabilità genitoriale, in luogo dell'originaria potestà genitoriale, al fine di meglio recepire l'indicazione dell'art. 30 Cost., «volta a “tradurre” “gli obblighi di mantenimento ed educazione della prole, derivanti dalla qualità di genitore”»¹⁶.

Al fine di delineare il perimetro del preminente interesse dei minori, come evidenziato dalla Consulta, non meno importante è il contributo offerto dalla Corte EDU «per riconoscere la permanenza e la stabilità dei legami che si instaurano tra il bambino e la sua famiglia e per salvaguardare il suo diritto a beneficiare di relazioni e contatto continuativo con entrambi i genitori». È in tale contesto che emerge la necessità di garantire i «legami affettivi stabili con chi, indipendentemente dal vincolo biologico, abbia in concreto svolto una funzione genitoriale, prendendosi cura del minore per un lasso di tempo sufficientemente ampio»¹⁷.

tamente limitato ai nati da PMA eterologa praticata da coppie di sesso diverso, in base a quanto previsto dall'art. 5 della medesima l. n. 40/2004.

¹³ Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.1 del *considerato in diritto*.

¹⁴ In tal senso, cfr. Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.2 del *considerato in diritto*.

¹⁵ In tal senso il D.Lgs. n. 154 del 2013 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della l. n. 219 del 2012) in tema di filiazione.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.1 del *considerato in diritto*.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.2 del *considerato in diritto*.

La situazione che coinvolge i minori nati a seguito di PMA praticata da coppie omosessuali si scontra però con il fatto che tale pratica in Italia non sia consentita per una scelta del legislatore. Opzione normativa che, già in precedenza, la Corte ha chiarito essere non costituzionalmente censurabile¹⁸. Ciò nonostante, la stessa Consulta prende atto del fatto che tale tecnica è comunque praticata e praticabile in altri Paesi, che non pongono analogo divieto per le coppie omosessuali.

Emerge quindi la necessità di rinvenire ed attivare comunque adeguate forme di garanzia in favore dei nati a seguito del ricorso a siffatte tecniche. Costoro, infatti, indipendentemente dalle modalità del loro concepimento, sono pur sempre titolari di diritti. Motivo per cui ignorare tale elemento si tradurrebbe in un'illegitima compressione dei diritti dei nati, su cui di fatto ricadrebbe la responsabilità relativa all'illiceità delle tecniche adottate nella procreazione.

Nei termini accennati, quindi, la Corte evidenzia la necessità di tutelare sempre e comunque la condizione giuridica del nato, in termini di certezza e stabilità. Prospettiva che necessita di non sovrapporre la questione relativa allo stato del figlio a quella riguardante l'illiceità del percorso seguito per farlo nascere.

In tal senso, prescindendo dalla contrapposizione tra ciò che non è consentito fare e quello che concretamente viene fatto, la Corte mette in evidenza che «se il rapporto di filiazione è già diventato una “realtà pratica”, la procedura prevista per il riconoscimento deve essere “attuata in modo tempestivo ed efficace”». Ciò perché risulta evidentemente coinvolta in tale iter l'identità del minore «che il legame di filiazione rafforza in modo significativo»¹⁹.

Sulla base del quadro tratteggiato la Corte evidenzia come l'attuale assetto normativo, pur non presentando scenari di illegittimità costituzionale con riferimento ai limiti posti alle possibilità procreative delle coppie omosessuali, «svela una preoccupante lacuna dell'ordinamento nel garantire tutela ai minori e ai loro migliori interessi»²⁰, con particolare riferimento alla necessità di assicurare anche ai bambini nati da PMA attivata da due donne la permanenza dei legami affettivi e familiari, anche se non biologici, e il riconoscimento giuridico degli stessi, al fine di conferire certezza nella costruzione dell'identità personale.

Il caso in oggetto, peraltro, mettendo in evidenza – come prima ricordato – l'insufficienza del rimedio offerto dalla c.d. adozione in casi particolari, pone all'attenzione «l'urgenza di una “diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale”, invocando l'intervento del legislatore»²¹.

Anche in questo caso, dunque, nell'individuare il vulnus che colpisce lo *status filiationis* in tali particolari circostanze, la Corte non manca di precisare il corretto approccio metodologico da seguire per approntare le necessarie soluzioni. Nei detti termini, infatti, viene chiaramente manifestata la consapevolezza che un intervento del Giudice costituzionale dal

¹⁸ In questa direzione, Corte cost., sent. n. 221/2019.

¹⁹ Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.2 del *considerato in diritto*.

²⁰ Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.3 del *considerato in diritto*.

²¹ Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.3 del *considerato in diritto*.

tenore additivo non sarebbe idoneo a porre adeguato rimedio, rischiando di generare disarmonie nel sistema generale. Da ciò derivando un ulteriore monito rivolto al legislatore, affinché si adoperi per colmare il denunciato vuoto di tutela tramite le soluzioni ritenute più appropriate²², specificando però che «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore»²³.

3. Filiazione e maternità surrogata di fronte alla necessità evidenziata dalla Corte costituzionale di salvaguardare comunque i diritti dei minori nati a seguito di tale pratica illecita

Immediatamente successiva alla decisione da ultimo richiamata è la sentenza n. 33 del 2021, con la quale la Corte costituzionale si è trovata a prendere in esame il caso relativo agli interessi di un bambino nato a seguito dell'iniziativa di due uomini di cittadinanza italiana che, sposati in Canada e successivamente uniti civilmente in Italia, avevano attivato nel menzionato Stato estero un percorso procreativo di maternità surrogata utilizzando i gameti di uno solo dei due partners.

Al momento della nascita del bambino, le autorità canadesi avevano annotato nell'atto di nascita come genitore solo il padre che aveva fornito i gameti. Successivamente, però, accogliendo il ricorso dei due uomini, la Corte Suprema della British Columbia aveva dichiarato che entrambi i ricorrenti dovevano essere considerati genitori del bambino, disponendo quindi la rettifica del provvedimento.

La coppia aveva quindi chiesto all'ufficiale di stato civile italiano di rettificare anche in Italia l'atto di nascita del bambino, sulla base della decisione della Corte estera. In seguito al rifiuto opposto a tale richiesta, i due uomini si erano rivolti alla Corte d'appello di Venezia per ottenere il riconoscimento in Italia del provvedimento canadese²⁴. La Corte d'appello di Venezia, accogliendo il ricorso, aveva quindi riconosciuto l'efficacia in Italia del menzionato provvedimento. Tale decisione veniva però impugnata dall'Avvocatura dello Stato innanzi alla Cassazione. Quest'ultima, avendo presente il recente orientamento restrittivo assunto al riguardo dalle Sezioni Unite²⁵, investiva della vicenda la Corte costituzionale, dubitando della compatibilità di tale indirizzo con una pluralità di parametri costituzionali²⁶.

²² In via esemplificativa, la Corte ipotizza al riguardo la possibilità di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione.

²³ Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.4 del *considerato in diritto*.

²⁴ Ai sensi dell'art. 67 della l. n. 218/1995.

²⁵ La Cassazione, SS.UU. Civili, con sentenza n. 12193 del 2019, ha affermato il principio secondo cui non può essere riconosciuto nel nostro ordinamento un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il genitore "d'intenzione". Tale riconoscimento, infatti, secondo le Sezioni unite, troverebbe un ostacolo insuperabile nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, co. 6, della l. n. 40/2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione.

²⁶ Nello specifico, individuando quali parametri gli artt. artt. 2, 3, 30, 31, 117, co. 1, Cost., (quest'ultimo in relazione alla CEDU, alla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989 e della Carta dei diritti fonda-

Prendendo in esame il caso sottoposto, la Corte costituzionale ricorda innanzitutto come l'indirizzo restrittivo espresso dalle Sezioni Unite in materia di maternità surrogata è in linea con la più recente giurisprudenza costituzionale, che ha avuto modo di evidenziare come tale pratica «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»²⁷, comportando «un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»²⁸.

Ribadito quanto sopra, tuttavia, la Corte precisa che nel caso in oggetto la questione centrale riguarda gli interessi del bambino nato mediante GPA.

La Consulta rammenta al riguardo il principio, già precedentemente formulato²⁹, secondo cui «in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei “migliori interessi” (best interests) o dell’“interesse superiore” (intérêt supérieur) del minore». Principio che si traduce nella «necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata “la soluzione ottimale “in concreto” per l’interesse del minore, quella cioè che più garantisce, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”»³⁰.

Al fine di mettere a fuoco la soluzione ottimale in concreto per l’interesse del minore, la Corte costituzionale afferma che non vi è dubbio 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». Ad avviso della Corte, infatti, «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»³¹.

L’attenzione prestata dalla Consulta, come prima accennato, si concentra esclusivamente sugli interessi del bambino. Motivo per cui, per sgombrare il campo da qualsivoglia possibile fraintendimento, la Corte sottolinea che «non è qui in discussione un preteso “diritto alla genitorialità” in capo a coloro che si prendono cura del bambino. Ciò che è qui in discus-

mentali dell’Unione europea), la Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 12, co. 6, della l. n. 40/2004, dell’art. 64, co. 1, lett. g), della l. n. 218/1995 e dell’art. 18 del d.p.r. n. 396/2000 «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».

²⁷ Corte cost., sent. n. 272/2017.

²⁸ Corte cost., sent. n. 33/2021, punto n. 5.1 del *considerato in diritto*.

²⁹ Corte cost., sent. n. 102/2020.

³⁰ Corte cost., sent. n. 33/2021, punto n. 5.3 del *considerato in diritto*.

³¹ In tal senso, Corte cost., sent. n. 33/2021, punto n. 5.4 del *considerato in diritto*. Al riguardo, la Corte specifica che l’interesse al riconoscimento di tali legami vale «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 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. E ciò 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».

sione 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. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano ad libitum sottrarsi»³².

La Corte, quindi, richiamando anche la consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, evidenzia la necessità «che i bambini nati mediante maternità surrogata, anche negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, ottengano un riconoscimento giuridico del “legame di filiazione” (lien de filiation) con entrambi i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita, e che se ne sia poi presa concretamente cura»³³. Da ciò derivando che l'interesse del minore non potrebbe ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore “biologico”.

Valorizzando il principio del preminente interesse del minore, tuttavia, la Corte non manca di precisare come tale preminenza sia da interpretare quale rilevanza del menzionato interesse, non invece come assoluta ed incondizionata preponderanza dello stesso rispetto a qualsivoglia altro interesse che possa essere parimenti coinvolto. In tal senso, quindi, «gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»³⁴.

In ragione di quanto appena evidenziato, dunque, ad avviso della Corte non appare irragionevole l'indirizzo restrittivo delle Sezioni Unite della Cassazione volto a non consentire la trascrivibilità del provvedimento straniero che indichi quale genitore del bambino anche il c.d. “padre d'intenzione”. Al fine di salvaguardare comunque l'interesse del minore, tuttavia, la Consulta evidenzia la necessità di predisporre adeguate forme di tutela che «dovrà, in questo caso, essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino»³⁵.

A fronte dell'interesse del minore ad una genitorialità che coinvolga entrambe le figure che si sono per lungo tempo prese cura di lui, la Corte non manca però di evidenziare come l'ipotesi di fare ricorso alla c.d. adozione in casi particolari rappresenti una forma di tutela significativa ma non del tutto adeguata³⁶.

³² Corte cost., sent. n. 33/2021, punto n. 5.4 del *considerato in diritto*.

³³ Corte cost., sent. n. 33/2021, punto n. 5.4 del *considerato in diritto*.

³⁴ Corte cost., sent. n. 33/2021, punto n. 5.5 del *considerato in diritto*.

³⁵ Corte cost., sent. n. 33/2021, punto n. 5.7 del *considerato in diritto*. Specifica al riguardo la Corte che «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».

³⁶ Ciò perché – come evidenzia la Corte costituzionale – «l'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante» ed «è ancora controverso (...) se anche l'adozione in casi particolari 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, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore “biologico” (...), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia».

Anche in questo caso, dopo aver affrontato il merito della questione sottopostale, la Consulta non manca di prendere in esame anche la prospettiva metodologica più appropriata. Precisa al riguardo la Corte costituzionale che spetterà “in prima battuta” al legislatore il compito di farsi carico del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata e l’indifferibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei bambini, ponendo così rimedio all’attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore. Nei detti termini, con ogni evidenza, lasciando intuire – neanche troppo velatamente – che una eventuale omissione (come pure un ingiustificato ritardo) del decisore politico non potrà essere ignorata dal Giudice costituzionale, che, in assenza di adeguati interventi normativi, non si tirerà indietro di fronte all’eventualità di dovere pronunciare sentenze dal tenore chiaramente regolatorio. Ipotesi, quest’ultima, che rimanda a un recente orientamento decisionista intrapreso a partire dal c.d. caso Cappato e, a quanto pare, destinato ad essere replicato.

4. Gli interessi dei figli ed il crescente rilievo del principio del *best interests of the child* nella (problematica) prospettiva di tutela dallo stesso offerta

I plurimi interventi della Corte costituzionale fin qui richiamati presentano indubbi elementi di pregio nella prospettiva di ampliare il ventaglio di tutele poste a salvaguardia dei minori di fatto inseriti nell’ambito di una coppia omoaffettiva.

La definizione dei contorni di tale particolare *status filiationis*, in particolare, riceve un contributo determinante dal ripetuto richiamo alla clausola dei c.d. *best interests of the child*. Quest’ultima, già utilizzata in maniera crescente dai giudici di merito al fine di garantire il massimo benessere possibile “per *quel* minore”³⁷ la cui vicenda vengono sottoposte al vaglio giudiziario³⁸, si consolida adesso nella sua funzione di parametro generale volto ad assegnare preminente rilievo agli interessi e ai diritti fondamentali del bambino nel bilanciamento con gli altri interessi e diritti in gioco³⁹.

³⁷ In argomento, cfr. L. GIACOMELLI, *(Re)interpretando i Best Interests of the Child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, in F. Giuffrè-I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno dell’Associazione “Gruppo di Pisa” tenutosi a Catania il 7-8 giugno 2013, Napoli, 2014, 481; ID., *Il giudice nel silenzio della legge: riconosciuta la doppia maternità in applicazione diretta della legge sulla procreazione assistita*, in www.questionegiustizia.it, 2018.

³⁸ Al riguardo, osserva G. MATUCCI, *Adozione omogenitoriale e diritti costituzionali del minore*, in *Forumcostituzionale.it*, 2016, 14, che, con riferimento al richiamato principio del superiore e preminente interesse del minore, è stato posto in evidenza che «muovendo dalla giurisprudenza costituzionale che ricostruisce la tutela del suddetto interesse dalla lettura combinata degli artt. 2, 3, 30, commi primo e secondo, e 31 Cost., la giurisprudenza minorile si riferisce all’accezione più lata del principio, inteso non tanto (e non solo) come espressione dell’esigenza *materiale* di stabilità e di sicurezza giuridica ed economica del minore, ma anche (e soprattutto) come manifestazione del bisogno *spirituale* di questo ad una dimensione psicologica e affettiva serena, in grado di favorirne uno sviluppo armonico ed equilibrato».

³⁹ In tal senso, come già ebbe modo di riconoscere il Tribunale per i minorenni di Roma, con la sent. n. 299/2014, il perseguimento dell’interesse del minore appare «limite invalicabile e chiave interpretativa dell’istituto».

Il detto principio, nella prospettiva fatta propria dalla Consulta, alla luce delle differenze che l'ordinamento pone tra le coppie sposate e quelle omosessuali, impone di prestare adeguata attenzione, non tanto alla distinzione di regime giuridico che intercorre tra le dette coppie, quanto piuttosto al profilo della eventuale discriminazione che potrebbe derivare a carico dei bambini alle stesse a vario titolo legati. Ciò per arrivare alla conclusione che non sarebbe ammissibile una differenza (discriminatoria) di trattamento tra i bambini inseriti nel contesto di una classica relazione familiare e quelli che nei fatti risultano involontariamente coinvolti in una unione di tipo omosessuale⁴⁰.

Le situazioni giuridiche che assumono rilievo al fine di soddisfare in termini non discriminatori i diritti di tutti i figli, come evidenziato dalla richiamata giurisprudenza, possono così essere identificate nel diritto a crescere in una famiglia, alla continuità affettiva, alla stabilità dei legami familiari di fatto, all'assistenza morale e materiale, al mantenimento dello *status filiationis*, al nome e all'identità personale.

Garantire a tutti i minori i menzionati diritti fondamentali, a prescindere dall'orientamento sessuale dei genitori e per conseguenza del contesto familiare ove i bambini si trovano loro malgrado ad essere inseriti, potrebbe così assicurare il soddisfacimento dei loro *best interests*⁴¹.

Tratteggiata nei termini appena menzionati la cornice di tutela riconducibile al menzionato principio, non sembra però trascurabile la problematicità che si incontra nel tentativo di tradurre lo stesso in prescrizioni definite e pratiche concrete.

Il preminente, o superiore, interesse del minore, infatti, si presenta a ben vedere come un principio tendenzialmente "incipite"⁴², che cioè, per vedere la sua piena realizzazione, richiede di tenere in contemporanea considerazione due elementi divergenti.

Da un lato, esso esige "rigidità", dovendo poter contare su un apparato di regole, certe e inderogabili, da cui ricavare gli istituti giuridici più idonei per garantire la tutela dei diritti fondamentali dei minori. Tanto che la Corte costituzionale, nel sollecitare con le sue recenti decisioni l'intervento del legislatore, offre tale principio come elemento imprescindibile della futura regolazione normativa.

Dall'altro lato, tuttavia, il medesimo principio richiede al contempo una certa "flessibilità", obbligando i soggetti istituzionali, che a vario titolo sono chiamati a valutare cosa sia meglio per il minore, a prendere in considerazione le contingenze del singolo caso concreto, scegliendo volta per volta la soluzione più idonea per lo sviluppo, personale e morale, dello specifico bambino di cui ci si sta occupando⁴³.

In ragione di quanto evidenziato, dunque, il principio in questione avrebbe la capacità di suggerire e giustificare anche soluzioni differenti da quelle precostituite dalla legge e ma-

⁴⁰ R. PALLADINO, *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights, 3/2013, 19.

⁴¹ L. GIACOMELLI, *Il giudice nel silenzio della legge: riconosciuta la doppia maternità in applicazione diretta della legge sulla procreazione assistita*, cit.

⁴² E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 16.

⁴³ E. LAMARQUE, op. loc. ult. cit.

gari avallate anche da consolidati precedenti giudiziari⁴⁴. Motivo per cui, infatti, da tempo anche la Corte costituzionale ha al riguardo specificato che il principio in parola si traduce nella necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata «la soluzione ottimale “in concreto” per l’interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”»⁴⁵.

D’altro canto, però, non si può ignorare come siffatta elasticità tenda a giustificare i timori espressi da chi riconosce l’attitudine del menzionato principio a «trasformarsi camaleonticamente a seconda dei casi, disponendosi docilmente a sue plurime, continuamente cangianti appunto, ridefinizioni da parte dell’operatore di turno»⁴⁶.

Non meno problematico appare definire l’estensione del menzionato principio dei *best interests of the child*. La traduzione italiana dello stesso, distaccandosi dalla sua origine – anche semantica – anglo-americana, lascia infatti intendere una superiorità o preminenza dell’interesse del bambino rispetto a tutti gli altri interessi ed esigenze⁴⁷, o forse anche diritti, dei soggetti con i quali viene messa a confronto la posizione del minore⁴⁸.

Tale lettura, però, come sottolineato da attenta dottrina, appare il frutto di una “retorica del minore nel mondo del diritto”. La asserita supremazia e prevalenza (*paramountcy*) degli interessi del minore, infatti, non è accettabile, non potendosi accogliere l’idea di un principio tiranno ed indisponibile ad essere inserito in quell’opera di continuo e necessario bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, la cui doverosità è stata a più riprese evidenziata anche dalla nostra Corte costituzionale⁴⁹. Quest’ultima, infatti, anche di recente ha ritenuto opportuno ricordare che «l’interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco. La frequente sottolineatura della “preminenza” di tale interesse ne segnala bensì l’importanza, e lo speciale “peso” in qualsiasi bilanciamento; ma anche rispetto all’interesse del minore non può non rammentarsi che “[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”»⁵⁰.

In ragione di quanto osservato, dunque, volendo citare a titolo esemplificativo solo una delle possibili situazioni idonee a far emergere interessi confliggenti e difficilmente concili-

⁴⁴ L. LENTI, «*Best interests of the child*» o «*Best interests of children*»? in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2010, 160.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 11/1981.

⁴⁶ A. RUGGERI, *La maternità surrogata, ovverosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS*, 2/2017, 65.

⁴⁷ Si rinvia, al riguardo, alle osservazioni di L. GIACOMELLI, *(Re)interpretando i Best Interests of the Child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, cit., 479 ss.

⁴⁸ E. LAMARQUE, op. cit., 79. La stessa A. al riguardo sviluppa un articolato ragionamento critico rispetto alla logica della assoluta ed incondizionata supremazia e prevalenza (*paramountcy*) degli interessi del minore rispetto a tutti gli altri interessi degli altri soggetti coinvolti (p. 80-83).

⁴⁹ E. LAMARQUE, op. cit., 85-86.

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 33/2021, come pure la precedente sent. n. 85/2013.

liabili, è evidente la difficoltà che si avrà nel tentare di rinvenire un giusto equilibrio tra la irrinunciabile necessità di scoraggiare e punire la pratica della maternità surrogata e le esigenze di tutelare comunque quei bambini nati a seguito del progetto – invero, né astratto, né remoto – di coloro i quali, in dispregio a siffatto divieto, si rivolgono all'estero a madri “surrogate” per poi introdurre tali minori nel nostro ordinamento rivendicandone la genitorialità legale.

In siffatta ipotesi, infatti, la recente sentenza n. 33 del 2021, pur ribadendo la legittimità dell'indirizzo assunto dalle Sezioni Unite della Cassazione nel senso di non consentire la trascrivibilità dell'atto di nascita indicante la doppia genitorialità (quindi, anche del padre d'intenzione), sollecita un intervento di tutela da concretizzarsi tramite un “procedimento di adozione effettivo e celere”. Soluzione, quest'ultima, da alcuni ritenuta giustificabile a fronte dell'impossibilità di attribuire una differente e più ampia genitorialità in ragione del fatto che, pur potendosi ipotizzare plurime soluzioni normative per disciplinare il tema della filiazione, non può essere ignorata la condizione irrinunciabile di una discendenza biologica, tra padre e figlio, per riconoscere una genitorialità piena⁵¹. Non potendo però essere ignorata la perplessità manifestata da chi, ritenendo inappropriata la prospettiva di un rapporto di filiazione di minor spessore (quale sarebbe da intendersi quello conseguente all'adozione), lamenta come in siffatta prospettiva «la protezione dei diritti e della dignità della donna passa attraverso la negazione della dignità del bambino, che diviene il “mezzo” su cui si costruiscono le politiche di deterrenza statali»⁵².

⁵¹ S. AGOSTA, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, in *Federalismi.it*, 17/2021, 6.

⁵² G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021, 117. Al riguardo, tuttavia, non può essere ignorato che gli sforzi per predisporre adeguati percorsi di tutela in favore dei bambini nati a seguito di tecniche procreative attivate – *contra legem* – da coppie omosessuali rende evidente la difficoltà di rinvenire solide fondamenta costituzionali cui ancorare le possibili soluzioni normative in tale direzione rivolte. Ogni ipotesi regolatoria, infatti, rischia di appalesarsi non del tutto soddisfacente a fronte dei molteplici interessi sottesi a tali vicende. Quanto appena considerato assume connotati concreti a fronte delle esigenze di tutela dei bambini nati a seguito di GPA che vengono poi inseriti nel contesto delle coppie omosessuali che hanno attivato tale pratica procreativa. Se è vero, infatti, che la Costituzione riconosce anche “ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica sociale” (art. 30, co. 3) è altrettanto vero che siffatto impegno di intenti si scontra con non poche difficoltà ove si cerchi di conciliare la più ampia tutela da accordare a questi bambini con la necessità di scoraggiare e punire la pratica del GPA. Non può tra l'altro essere ignorato che l'obiettivo posto dalla menzionata disposizione costituzionale è all'evidenza stato pensato in favore di quei minori che, pur al di fuori dalla classica famiglia basata sul matrimonio, siano comunque nati per iniziativa di un padre e di una madre. Ovvero, di una coppia eterosessuale. Le possibilità consegnate dalla scienza anche alle coppie omosessuali pongono oggi invece la necessità di bilanciare problematiche evidentemente non prese in considerazione dal Testo e, conseguentemente, difficilmente allocabili nel perimetro di tutela dallo stesso offerta. Cosicché, quando si critica la soluzione (individuata dalla Corte) della necessità di regolamentare una specifica procedura di adozione (celere ed efficace) per i figli nati a seguito di GPA, ritenendo tale possibilità come una illegittima *deminutio* a scapito di tali minori, non può essere ignorato che l'unica indicazione costituzionale, certa e incontrovertibile, è quella che richiede la tutela della maternità (art. 31, co. 2). Prescrizione, questa, che impone parimenti di non retrocedere dalla necessità di predisporre strumenti dissuasivi e sanzionatori per chi approda comunque alla pratica della maternità surrogata. La ricerca di soluzioni in grado di tutelare interessi e diritti non espressamente previsti in Costituzione, nemmeno con riferimento alla dimensione dei limiti agli stessi applicabili, rende quindi evidente la problematicità della lettura dell'art. 2 Cost. come clausola aperta (F. VARI, *Sulla tutela del concepito nella Costituzione italiana. Riflessioni alla luce dell'insegnamento di Pierfrancesco Grossi*, in *Federalismi.it*, 2009, 7 ss.), che, come è ben noto, è stato individuato come il precetto nel quale affondano le radici della tutela riconosciuta in favore delle coppie omoaffettive.

Appare dunque evidente come, sebbene vada tenuto in primaria considerazione, l'interesse del bambino non può evidentemente sottrarsi ad un doveroso bilanciamento anche con differenti interessi che, in una determinata situazione, posso venire ad emergere. Aprendo però il campo di intervento a soluzioni che, come prima accennato, rischiano di offrire tutele non del tutto soddisfacenti.

In ragione di quanto evidenziato, dunque, in presenza di un minore nato o comunque inserito nell'ambito di un sodalizio affettivo di natura omosessuale, nel quale ha radicato i propri affetti e la sua identità, è evidente che pur essendo stato acclarato dalla Consulta un vuoto di tutela ordinamentale che necessita dalla ricerca di adeguati interventi legislativi, la soluzione normativa che il legislatore dovrà trovare si presenta tutt'altro che semplice. Ciò perché, come prima evidenziato, la disciplina da definire difficilmente potrà tradursi in soluzioni univoche.

Elemento da non tralasciare, al riguardo, appare ulteriormente legato al fatto che la Consulta, nel sollecitare un intervento del legislatore, volto a colmare il vuoto di tutela attualmente presente nell'ordinamento a scapito dei minori di fatto inseriti nel contesto di una coppia omosessuale, circoscriva l'obiettivo di fondo di siffatto intervento nella necessità di salvaguardare la «“permanenza” dei legami affettivi e familiari» come pure di preservare quei «legami affettivi “stabili”»⁵³ che si sono venuti a creare.

Nei detti termini, la Corte aggancia l'esigenza di tutela dell'interesse del minore a quelle situazioni già venute in essere, sia pur in presenza del limite legale attualmente posto alla omogenitorialità. Non viene diversamente evidenziata la necessità di modificare l'orientamento di fondo dell'impianto normativo esistente nel senso di una apertura alla prospettiva genitoriale anche per le coppie omosessuali. Al riguardo, anzi, la Corte specifica che siffatta eventualità per essere concretizzata necessiterebbe di una «svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, ma propriamente “attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre [...] il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale”»⁵⁴.

La tutela dell'interesse del minore, quindi, non corrisponde all'accoglimento delle rivendicazioni genitoriali delle coppie omosessuali. Potendosi quindi ritenere che il *favor familiae* enunciato dall'art. 31 Cost., con le implicazioni riproduttive ad esso correlate, resti fermamente ancorato a quel modello familiare delineato dall'art. 29 della Carta e basato su una unione eterosessuale, che la Corte ha chiaramente distinto da altre tipologie di unioni (quali quelle omoaffettive) che, pur meritevoli di dignità e tutela, non possono però essere sovrapposte alla famiglia tratteggiata dalla nostra Costituzione⁵⁵.

Pur tuttavia, qualora tali coppie – non osservando il limite posto dalla normativa in vigore – abbiano comunque raggiunto nei fatti una dimensione sostanzialmente sovrapponibile

⁵³ Corte cost., sent. n. 32/2021.

⁵⁴ In tal senso, Corte cost., sent. n. 230/2020, punto n. 8 del *considerato in diritto*.

⁵⁵ In tal senso la ben nota sent. n. 138/2010.

a quella genitoriale, la salvaguardia degli interessi dei bambini coinvolti necessita di dare adeguata copertura giuridica alla situazione di fatto venutasi a creare.

Come detto, però, al fine di valutare la corrispondenza tra l'interesse del minore e la permanenza in siffatti contesti ambientali, si dovranno valutare le situazioni concretamente venute in essere, soffermandosi sulle variabili peculiarità di ogni singolo caso e prestando particolare attenzione alla capacità della coppia omoaffettiva di ottemperare nel migliore dei modi gli oneri conseguenti al ruolo genitoriale.

Nel valutare l'idoneità del contesto nel quale far crescere un minore, tuttavia, sembra non potersi tralasciare di tenere in considerazione anche l'atteggiamento della aspirante coppia genitoriale che, pur consapevole dei limiti legali alla omogenitorialità, ha deliberatamente scelto di non osservarli. L'elemento in questione, invero, non pare di poco momento laddove si consideri che il valore paradigmatico della funzione genitoriale si concretizza non solo nella creazione ma anche – e, forse, soprattutto – nella formazione della persona del figlio, che prende forma nel dovere di educarla⁵⁶. Da ciò derivando la possibilità di nutrire qualche dubbio sulla idoneità genitoriale di chi manifesta apertamente un evidente disinteresse rispetto a quel valore costituzionale, posto a fondamento del vivere civile, che si concretizza nel dovere di osservanza delle leggi posto dall'art. 54 Cost.

Di certo complesso sarà quindi il percorso regolatorio che dovrà intraprendere il legislatore nel tentativo di definire dei parametri, da consegnare tanto alle istituzioni socio-assistenziali, quanto alla magistratura, utili a valutare l'opportunità della permanenza di un bambino nel contesto di una coppia omosessuale che, contravvenendo al limite legale alla omogenitorialità, abbia comunque avviato e portato a termine all'estero pratiche riproduttive o adottive. Con la conseguenza che, in presenza di una situazione di fatto che veda la presenza di un minore nell'ambito di una coppia omosessuale, non sembra che la sua permanenza in siffatto contesto possa essere aprioristicamente individuata come soluzione universale, automatica e scontata.

Le numerose problematiche fin qui tratteggiate sembrano invero restare fuori dal ragionamento sviluppato dalla Corte, lasciando così al legislatore l'onere di un bilanciamento di diritti e interessi tutt'altro che semplice.

5. Le prospettive tratteggiate dalla Corte di Cassazione circa l'influenza delle contaminazioni extrastatali nella definizione dei contorni dello *status filiationis* nell'ambito delle unioni omosessuali

Le menzionate sentenze della Corte costituzionale vengono temporalmente affiancate anche da una recente decisione della Corte di Cassazione che, pronunciandosi a Sezioni Unite con la sentenza n. 9006 del 2021, ha avuto modo di prendere in considerazione la

⁵⁶ G. CERRINA FERONI-A. BELLIZZI, *Appunti sulla moderna razionalità della distinzione tra matrimonio ed unioni affettive tra persone dello stesso sesso*, in *Federalismi.it*, 2013, 2.

questione relativa alla trascrivibilità nel nostro ordinamento di un provvedimento di adozione formulato all'estero in favore di una coppia omosessuale. Situazione all'evidenza di rilievo anche per gli interessi dei minori coinvolti in siffatta procedura adottiva.

Il caso ha per oggetto le vicende di due uomini, di cui uno cittadino italiano, partners nel contesto di una coppia omoaffettiva e poi uniti in matrimonio (nello Stato di New York, USA), che adottano un bambino all'estero, con il consenso dei genitori biologici⁵⁷. Giunti in Italia, i due uomini chiedono il riconoscimento del provvedimento estero di adozione e, per l'effetto, di formalizzare anche nel nostro ordinamento il rapporto con il bambino tramite l'adozione piena dello stesso. L'ufficiale di stato civile adito rifiuta però la trascrizione del provvedimento di adozione in ragione del limite, posto dalla legislazione nazionale, all'accesso delle coppie omosessuali all'adozione. Avverso tale provvedimento viene quindi proposto ricorso alla Corte d'Appello di Milano che, diversamente valutando, ritiene ammissibile il riconoscimento nel nostro ordinamento dello status acquisito all'estero. La decisione viene quindi impugnata innanzi alla Corte di Cassazione che si pronuncia a Sezioni Unite con la menzionata sentenza n. 9006 del 2021.

Il contenzioso giunto fino alla Cassazione ruota attorno alla compatibilità degli effetti del provvedimento straniero con i principi di ordine pubblico internazionale che, ove contrastanti, possono limitarne o escluderne il riconoscimento⁵⁸.

Per definire la vicenda, nel caso in questione, la Corte di Cassazione dichiara sin da subito di aderire ad una "concezione aperta e universalistica" di ordine pubblico internazionale. Visione in base alla quale si deve riconoscere ai principi di ordine pubblico internazionale «non soltanto la funzione di limite all'applicazione della legge straniera (...) ed al riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri (...) ma anche quella di promozione (...) e garanzia di tutela dei diritti fondamentali della persona», in modo tale da poter delineare «il complesso dei principi fondamentali e caratterizzanti il profilo etico giuridico dell'ordinamento di un determinato periodo storico»⁵⁹.

Per definire il perimetro dell'ordine pubblico internazionale, dunque, ad avviso della Cassazione non bisogna indagare circa la coerenza della normazione interna con quella

⁵⁷ Adozione disposta dalla Surrogate's Court dello Stato di New York a seguito di un procedimento volto ad accertare l'idoneità genitoriale della coppia adottante.

⁵⁸ Le tesi avanzate delle parti alla Corte di Cassazione prospettano evidentemente ricostruzioni ampiamente divergenti. Ad avviso della Corte d'Appello di Milano la questione pone quale prioritario elemento il supremo interesse del minore a mantenere lo *status filiationis* acquisito all'estero tramite un provvedimento giudiziario valido ed efficace. A ciò dovendosi aggiungere che la limitazione posta dalla nostra legislazione all'accesso all'adozione piena per le coppie omosessuali non può essere letta come una opzione costituzionalmente obbligata. Motivo per cui nel riconoscimento del menzionato provvedimento straniero non potrebbe ravvisarsi alcun contrasto con i principi di ordine pubblico. Diversamente, contestando la superiore rappresentazione, la tesi su cui poggia il ricorso in Cassazione ritiene che nella nozione di ordine pubblico internazionale debbano necessariamente essere inclusi anche i principi derivanti dalla legislazione nazionale. Ancor di più nel caso in questione, visto che il limite costituito dall'eterosessualità della coppia adottante unitamente alla precondizione che tale coppia sia unita in matrimonio non possono essere ritenuti principi recessivi in comparazione con il superiore interesse del minore, dato che il modello matrimoniale è costituzionalizzato e la stessa Corte di Strasburgo ha ripetutamente riconosciuto la discrezionalità degli Stati aderenti circa le forme di riconoscimento delle unioni omoaffettive ed all'introduzione di limiti di accesso alla filiazione.

⁵⁹ Corte di Cassazione, SS.UU., sent. n. 9006/2021, punto 16.1.

estera che ha condotto alla formazione del provvedimento di cui si chiede il riconoscimento, dovendosi invece verificare la compatibilità degli effetti che l'atto produce con i limiti non oltrepassabili, costituiti tanto da norme costituzionali quanto da disposizioni CEDU. Con specifico riferimento alla vicenda sottopostale, infatti, la Corte individua quali principi fondamentali che costituiscono la trama dell'ordine pubblico internazionale «i principi fondanti l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori (art. 2 Cost.; art. 8 Cedu)», il «principio del preminente interesse del minore»⁶⁰, il «principio di non discriminazione»⁶¹ ed il «principio solidaristico che è alla base della genitorialità sociale».

Per definire in che senso opera il limite dell'ordine pubblico internazionale e la conseguente barriera che questo pone all'ingresso nel nostro ordinamento di provvedimenti stranieri con lo stesso contrastanti, la Cassazione esclude che sia riconducibile a principio fondamentale dell'ordinamento l'eterosessualità della coppia nella definizione dei limiti al riconoscimento di atti stranieri relativi a status familiari⁶². Questi ultimi potendo essere identificati come quei provvedimenti giurisdizionali esteri rivolti al riconoscimento di una genitorialità sociale del tutto equiparabile alla genitorialità biologica, sorta dentro o fuori il matrimonio, ai fini del complesso di diritti e tutele dei figli minori, in particolare in relazione alla linea di parentela.

Ad avviso della Cassazione, quindi, non costituisce limite di ordine pubblico internazionale la preclusione posta dalla legislazione nazionale in materia di adozione legittimante, accessibile soltanto per le coppie eterosessuali coniugate, e dalla legge sulle unioni civili che non ha esteso anche alle coppie omoaffettive l'accesso all'adozione legittimante, lasciando tuttavia aperto – grazie all'intervento della giurisprudenza – il ricorso alla c.d. adozione in casi particolari.

Il limite posto dalla legislazione interna, secondo questa rappresentazione, non potrebbe essere elevato a limite di ordine pubblico internazionale in ragione di una continua e crescente attenzione ad una prospettiva maggiormente inclusiva dei modelli relazionali e familiari che richiedono riconoscimento e tutela, in virtù di un'interpretazione aperta dell'art 2 Cost. e dell'art. 8 CEDU.

La non riconducibilità del limite interno ai limiti dell'ordine pubblico internazionale troverebbe giustificazione anche nel fatto che la scelta legislativa, sia pur legittima, non rappresenta un valore fondante dell'ordinamento ma è solo una delle alternative (non imposte) entro le quali può muoversi il legislatore e che potrà essere modificata qualora muti l'apprezzamento sociale della fenomenologia in questione⁶³.

⁶⁰ Con particolare riferimento al principio del preminente interesse del minore, ricorda la Corte come già in precedenza ebbe a pronunciarsi (sent. 14007/2018) evidenziando la coincidenza dello stesso con il diritto al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatasi con entrambe le figure genitoriali.

⁶¹ Principio che – evidenzia la Cassazione – nel caso di specie si riflette «(sul) diritto all'identità (e sul) diritto di crescere nel nucleo familiare che meglio garantisca un equilibrato sviluppo psico-fisico nonché relazionale».

⁶² In tal senso la Corte richiama anche il precedente indirizzo formulato dalle SS.UU. con la sent. n. 12193/2019.

⁶³ A sostegno di tale rappresentazione la Cassazione richiama la Corte costituzionale, con le sentenze n. 221/2019, n. 237/2019 e n. 230/2020.

Neanche l'art. 29 Cost. potrebbe essere incluso tra i parametri costituzionali da cui ricavare il limite dell'ordine pubblico internazionale. Ciò perché l'unione matrimoniale, così come prevista dalla menzionata disposizione costituzionale, in relazione agli status genitoriali non costituisce più, soprattutto dopo la riforma della filiazione, il modello unico o quello ritenuto esclusivamente adeguato per la nascita e la crescita dei figli minori. A ciò dovendosi aggiungere che in relazione alla genitorialità sociale l'*imitatio naturae* manca ab origine ed è però ampiamente compensata dalle ragioni solidaristiche dell'istituto e, con riferimento al minore, dalla realizzazione, da assoggettarsi a verifica giurisdizionale, del processo di sviluppo personale e relazionale più adeguato alla sua crescita.

Conclusivamente, la Cassazione riconosce la legittimità del riconoscimento nel nostro ordinamento del provvedimento straniero che ha disposto l'adozione del minore da parte di una coppia omosessuale. Rilevano al riguardo le Sezioni unite come assumano rilievo quali principi cardine, utili a valutare la compatibilità dei provvedimenti esteri con i limiti di ordine pubblico internazionale, il diritto del minore alla conservazione dell'identità e della stabilità familiare⁶⁴ unitamente al favor verso la continuità degli status filiali. Diritti, questi ultimi, in grado di concretizzare il principio del preminente interesse del minore nelle determinazioni che incidono sul suo diritto all'identità, alla stabilità affettiva, relazionale e familiare, come pure il principio della parità di trattamento tra tutti i figli, nati all'interno o fuori del matrimonio o adottivi.

5.1. Il perimetro (incerto e problematico) del limite dell'ordine pubblico internazionale nel riconoscimento del provvedimento straniero che dispone l'adozione piena di un minore da parte di una coppia omosessuale

Il recente intervento delle Sezioni Unite, nei termini riportati, pare muovere nel senso di declinare il limite dell'ordine pubblico tenendo in considerazione quei parametri sovranazionali che possono essere utili alla migliore tutela di ciò che viene ricondotto agli interessi del minore.

Il ragionamento sviluppato dalla Cassazione ruota quindi all'evidenza attorno alla definizione del perimetro del limite dell'ordine pubblico internazionale. Potendosi intendere quest'ultimo come un presidio di tutela per l'insieme dei principi fondamentali fissati dalla nostra Costituzione, come pure dal diritto internazionale ed eurounitario, unitamente però – come si cercherà di evidenziare – anche agli indirizzi di fondo espressi dalle normative interne.

La nozione di ordine pubblico internazionale appare invero oggi oscillare tra due letture, all'evidenza non coincidenti.

Da un lato, infatti, si pone una accezione volta a riconoscere a tale clausola la funzione di limite, tanto all'applicazione della legge straniera, quanto al riconoscimento di atti e

⁶⁴ Cass., sent. n. 14007/2017.

provvedimenti esteri, rispettivamente ai sensi degli artt. 16 e 64 della l. n. 218 del 1995. Declinazione questa che, seppur da taluni marchiata come “chiusa e nazionalistica”⁶⁵, evidenzia comunque chiare ed incontestabili radici normative nell’ambito del nostro ordinamento.

In antitesi alla detta visione si pone invece la concezione definita “aperta e universalistica” di ordine pubblico internazionale⁶⁶, in virtù della quale si riconosce ai principi di ordine pubblico internazionale, non soltanto la funzione di limite all’applicazione della legge straniera ed al riconoscimento di atti e provvedimenti esteri, ma anche – e forse soprattutto – quella di promozione e garanzia di tutela dei diritti fondamentali della persona, in modo tale da poter delineare i «principi fondamentali e caratterizzanti il profilo etico giuridico dell’ordinamento di un determinato periodo storico»⁶⁷.

La rappresentazione da ultimo richiamata, tuttavia, fuoriuscendo dal perimetro della normativa volta a disciplinare la materia, potrebbe offrire il fianco a qualche dubbio qualora venisse lasciato uno spazio ampio – se non addirittura eccessivo – alla creazione giudiziaria⁶⁸. Siffatta eventualità, infatti, susciterebbe non poche perplessità laddove non venisse attribuito il giusto rilievo all’indirizzo desumibile dalle menzionate prescrizioni della legge n. 218 del 1995 che, come è ben noto, stabiliscono che l’apertura a provvedimenti e norme estranee all’ordinamento interno non può avvenire in contrasto con l’ordine pubblico.

L’elemento da ultimo evidenziato sembra idoneo a mettere in chiaro che, unitamente ai menzionati parametri costituzionali e sovranazionali, trattandosi di clausola espressa per il tramite di una legge ordinaria, la collocazione sistematica del limite in questione – alla luce dei criteri ordinatori che regolano le relazioni tra le fonti – sottende la necessità di tenere in considerazione anche gli orientamenti di fondo desumibili dalla legislazione statale. Ciò significa che il provvedimento straniero dovrebbe essere posto a confronto anche con i valori di fondo dell’ordinamento interno al fine di escludere ogni ipotesi di contrasto o incompatibilità. Il suo eventuale riconoscimento nel nostro ordinamento, in questi termini, non potrebbe muovere dal presupposto della doverosa accettazione di qualsivoglia impostazione, anche se nettamente antagonista agli indirizzi di fondo emergenti dalla normativa nazionale. Tale eventualità, infatti, contraddirebbe il principio democratico che la nostra Costituzione, già dall’articolo 1, concretizza per il tramite delle scelte espressive della sovranità popolare.

La sentenza n. 9006 del 2021 esclude però di poter inglobare la legislazione interna nella definizione del limite dell’ordine pubblico internazionale, rilevando come tale normativa, non identificabile come valore fondamentale dell’ordinamento, rappresenti solo una tra le molte alternative legislative che, in quanto tale, potrà anche essere modificata in futuro.

⁶⁵ S. AGOSTA, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, cit., 4.

⁶⁶ In tal senso il recente arresto della Cass. SS.UU. n. 9006/2021, come pure le precedenti sentenze della stessa Corte n. 16601/2017 e n. 12193/2019.

⁶⁷ Cass. SS.UU. n. 9006/2021, punto 16.1.

⁶⁸ S. AGOSTA, op. cit., 4-5.

L'indirizzo che viene così ad emergere propone a ben vedere una rinnovata declinazione del concetto di ordine pubblico, in funzione della quale il diritto interno, se non di rango costituzionale, sarebbe di fatto ridotto all'irrelevanza⁶⁹.

Per come configurato, quindi, il limite dell'ordine pubblico non sembrerebbe più teso alla protezione della sovranità dello Stato ed alla garanzia dell'armonia dell'ordinamento interno⁷⁰, ma, differentemente, diventerebbe uno strumento per valutare solo se l'atto straniero contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale nonché dalla CEDU⁷¹.

Nei termini così proposti, però, l'ordine pubblico parrebbe trasfigurarsi, mutando da clausola di tutela dell'ordinamento statale a mezzo promozionale di normative extra-statali discrezionalmente valutate come strumenti di ampliamento dei diritti dell'uomo⁷². Sembra in tal modo potersi rinvenire un'elaborazione giurisprudenziale in grado di attivare un processo valutativo implicitamente funzionale a riconoscere un rilievo sostanzialmente costituzionale ad alcuni principi, rendendoli così di fatto indefettibili, da cui poi ricavare la ricevibilità e l'applicazione del diritto straniero e delle sentenze su di esso fondate⁷³. La qual cosa si riflette inevitabilmente tanto sulla forma quanto sulla sostanza della regolamentazione di importanti settori giuridici che, nel caso di nostro interesse, riguardano lo *status* di figlio.

La soluzione così proposta non pare però esente da perplessità. In primo luogo, perché essa pare smentire la chiave di lettura già da tempo offerta in argomento dalla Corte costituzionale, allorché ebbe modo di affermare che «la inderogabile tutela dell'ordine pubblico, e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giu-

⁶⁹ N. MARCHEI, *Il limite dell'ordine pubblico davanti alla Chiesa cattolica e davanti allo Stato secolare: due percorsi giurisprudenziali a confronto*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 15.

⁷⁰ Anche qualora si appuri che le norme di collegamento del diritto internazionale privato optino per il recepimento della disciplina extra-statale è infatti evidente che l'apertura dell'ordinamento costituzionale al diritto straniero debba essere comunque bilanciata da un limite "identitario" alla sua efficacia quale appunto quello espresso dall'ordine pubblico (cfr. F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2/2018, 277). In tal senso, come rileva F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, 2, esso assume le sembianze di «"limite protettivo" dell'integrità dei principi fondamentali di un ordinamento giuridico».

⁷¹ Osserva, al riguardo, P. SPAZIANI, *Matrimonio, filiazione e omosessualità nell'ordinamento italiano tra principi normativi e decisioni giurisprudenziali*, in *www.magistraturaindipendente.it*, 2017, che «nella concezione aperta agli ordinamenti esterni l'ordine pubblico è il complesso dei principi ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria».

⁷² In tal senso, cfr. A. LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 317. In argomento, osserva G. ARMONE, *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, in *Questione Giustizia*, 1/2019, che «tale nuova concezione non porta necessariamente a spalancare le frontiere all'ingresso nell'ordinamento di qualsiasi norma straniera. Quando quest'ultima sia "arretrata", l'ordine pubblico ritrova apparentemente la sua funzione di argine, ma ciò solo perché adempie al suo (nuovo) ruolo di vigilanza sui progressi della civiltà giuridica; l'applicazione del diritto interno non è qui il frutto di una sua primazia formale, ma di una sua maggiore evoluzione rispetto al diritto straniero, al quale viene rivolta una sorta di implicito rimprovero per la sua inadeguatezza».

⁷³ In tal senso, come chiarito dalla Corte di Cassazione nella sent. n. 19599/2016, «si tratta di un giudizio (o di un test) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari».

ridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società, è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato»⁷⁴. Prospettiva, quest'ultima, che avvalorata il legame tra il formante costituzionale e l'elaborazione legislativa nella definizione dei contenuti della clausola dell'ordine pubblico.

Ulteriormente è da considerare che facendo leva – come nel caso in questione – non già su ciò che è prescritto dal Testo costituzionale, quanto piuttosto su quanto lo stesso espressamente non vieta, tale concezione dell'ordine pubblico internazionale si presterebbe ad una funzione potenzialmente “colonialista”⁷⁵ che, potendo potenzialmente importare regolamentazioni provenienti anche da sistemi ordinamentali espressivi di una cultura giuridica molto differente dalla nostra, manifesterebbe l'impropria ambizione di ammantare di universalità principi selezionati da alcuni ordinamenti stranieri, al fine di escludere l'applicazione del diritto nazionale, soggettivamente ed arbitrariamente considerato inferiore⁷⁶.

Tale opzione consentirebbe così al giudice di selezionare arbitrariamente alcuni principi, ammantandoli unilateralmente delle vesti di strumenti di tutela dei diritti, nel tentativo (invero aberrante) di tratteggiare – come espressamente affermato dal recente arresto delle SS.UU. – i contorni “etici” oltre che giuridici dell'ordinamento. Eventualità, quest'ultima, che sembra non tenere nella dovuta considerazione il fatto che a fronte dell'etica laica, per sua natura pluralistica e quindi fluttuante, non può che spettare comunque al diritto il compito di individuare i “capisaldi condivisi di valore normativo”⁷⁷. Diversamente operando, infatti, grave sarebbe il rischio di un pericoloso indebolimento di questi ultimi ove si consentissero interventi in grado di relativizzarli o, peggio, di manipolarli arbitrariamente per mano di soggetti esterni al circuito democratico.

La definizione degli obiettivi che il nostro ordinamento intende perseguire fuoriuscirebbe così dal circuito democratico della sovranità statale, per affondare nuove radici in un contesto sovranazionale attento più ai valori che alla legittimazione formale delle fonti⁷⁸. Con la conseguenza però che la funzione del limite in questione verrebbe così stravolta.

Una nozione di ordine pubblico internazionale circoscritta ai soli valori costituzionali primari, ed ai principi tratti dal diritto internazionale e eurounitario, non avendo alcuna base normativa espressa finirebbe per di più con lo snaturare il senso di tale clausola. Tale rinnovata lettura del contenuto dell'ordine pubblico renderebbe infatti molto difficile poter immaginare situazioni di operatività del limite, posto che un contrasto con i principi fondamentali della Costituzione (come pure dell'ordinamento internazionale o di quello eurounitario) sarebbe non semplice da identificare anche in ragione dell'elasticità di siffatte formule che, per loro innata caratteristica, tendono a lasciare ampio spazio alla discrezionalità del legislatore⁷⁹.

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 18/1982.

⁷⁵ In tal senso, cfr. G. ARMONE, *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, cit.

⁷⁶ Al riguardo, cfr. R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1961, 276.

⁷⁷ G. CERRINA FERONI-A. BELLIZZI, *Appunti sulla moderna razionalità della distinzione tra matrimonio ed unioni affettive tra persone dello stesso sesso*, cit., 4.

⁷⁸ In argomento, cfr. G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe, La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005.

⁷⁹ N. MARCHEI, *Il limite dell'ordine pubblico davanti alla Chiesa cattolica e davanti allo Stato secolare: due percorsi giurisprudenziali a confronto*, cit., 17.

Avvalorando così le perplessità espresse da chi ha evidenziato che «il rischio è quello di interpretare i silenzi della Costituzione come assensi impliciti a valori nebulosi (si pensi al “superiore interesse del minore”) o che non hanno ancora raggiunto un sufficiente grado di maturazione nella civiltà giuridica interna, con pericolose cadute nel soggettivismo giudiziale»⁸⁰.

Non meno rilevante è il fatto che la suddetta interpretazione del limite dell'ordine pubblico, forte delle legittimazioni offerte dal recente pronunciamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, attribuirebbe ai tribunali ordinari, laddove chiamati a verificare la possibilità di importare la regolamentazione straniera di una determinata fattispecie, la possibilità di valutare quasi in termini monopolistici la conformità di una normativa rispetto ai valori fondanti dell'ordinamento costituzionale. In tal modo, però, facendo velo al fatto che il nostro sistema rimette in via esclusiva alla Corte costituzionale «la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale»⁸¹.

Alla luce delle plurime perplessità fin qui rappresentate, dunque, sembrerebbe che la chiave di lettura offerta dalla recente sentenza n. 9006 del 2021 porti con sé non poche perplessità, mantenendo viva la convinzione che, laddove si tratti di valutare la ricevibilità di atti stranieri, il limite dell'ordine pubblico andrebbe ponderato con più moderazione al fine di evitare pericolose fughe in avanti.

Se infatti il limite dell'ordine pubblico internazionale pone il divieto all'ingresso nel nostro ordinamento di provvedimenti e norme contrastanti con i principi fondamentali che animano lo stesso, non sembra però che tale clausola debba essere interpretata come condizione necessariamente reversibile. Con ciò volendo dire che quello che non è vietato non per forza deve essere considerato imposto o comunque ammissibile⁸². Laddove non si appalesi un limite all'ingresso di un provvedimento straniero, dunque, non per forza si dovrebbe ricavare nemmeno un obbligo in tal senso orientato.

Per valutare i termini del possibile inserimento di una regolamentazione extranazionale la clausola dell'ordine pubblico internazionale dovrebbe quindi essere in grado di tenere in considerazione, oltre ai limiti negativi che potrebbero opporsi al recepimento, anche gli indirizzi positivi espressi dalla legislazione statale. Cosicché, pur non potendosi richiedere l'esatta coincidenza tra le regole esterne e quelle nazionali, non sembra si possa comunque ritenere che l'ordine pubblico internazionale imponga di recepire una regolamentazione diametralmente opposta rispetto ai valori ed agli indirizzi di fondo espressi per il tramite degli strumenti normativi nazionali rappresentativi del nostro circuito democratico.

⁸⁰ G. ARMONE, *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, cit.

⁸¹ Corte cost., ord. n. 24/2017.

⁸² Con particolare riferimento alle pratiche mediche che, scavalcando i limiti naturali, consentono oggi la possibilità di gestire la creazione umana anche senza il naturale atto riproduttivo, osservano G. CERRINA FERONI-A. BELLIZZI, *Appunti sulla moderna razionalità della distinzione tra matrimonio ed unioni affettive tra persone dello stesso sesso*, cit., 4, che «ciò che è fattualmente e tecnologicamente lecito non è *de plano*, eticamente e giuridicamente, lecito ma deve essere vagliato razionalmente proprio da un punto di vista giuridico ed etico».

6. La necessità di salvaguardare l'interesse del minore al suo stato di figlio nel contesto di una unione omosessuale: l'erosione dell'orientamento legislativo (pur legittimo) nel processo di emersione di un problematico "principio di giuridicità" quale fattore ordinante dell'ordinamento

La giurisprudenza recentemente intervenuta in materia di *status filiationis* nel contesto delle coppie omosessuali pone in evidenza il palese scollamento tra l'orientamento legislativo presente nel nostro ordinamento e tutte quelle situazioni di fatto che, pur contrastanti con lo stesso, essendo comunque venute in essere, richiedono ugualmente adeguate e difficili forme di tutela per gli interessi dei soggetti coinvolti. Elemento, quest'ultimo, di particolare e prioritario rilievo trattandosi di minori.

Il divieto posto dalla legge alle coppie omosessuali di accedere alla PMA e alla GPA, come pure alla c.d. adozione piena, può essere infatti facilmente aggirato laddove tali progetti genitoriali vedano concretizzare all'estero la pratica procreativa o adottiva, con il conseguente inserimento di fatto di minori in un contesto non previsto dal legislatore.

Le situazioni fattuali che si vengono così a creare fanno emergere inevitabilmente esigenze di protezione che, per il grande rilievo degli interessi coinvolti, non possono di certo essere ignorate. In questa direzione, infatti, si orientano i menzionati interventi giurisprudenziali e le conseguenti sollecitazioni rivolte al legislatore al fine di attivarsi per approntare percorsi di tutela celeri ed effettivi⁸³.

Il dato che nei detti termini sembra emergere è dunque che il destinatario della norma, aggirandola e contravvenendo alla stessa, assume in tal modo le sembianze di fattore di regolazione, acquisendo la capacità di creare delle condizioni in grado incidere sulla disciplina normativa⁸⁴.

In questa cornice, dapprima la crescente apertura manifestata da una sempre più ampia giurisprudenza di merito⁸⁵, e più di recente gli interventi della Corte costituzionale (come pure della Corte di Cassazione), segnano l'avvio di un percorso, probabilmente irreversibile, volto ad offrire una diversa regolazione ai fenomeni in questione. Emblematiche, in questa direzione, sono le richiamate decisioni della Consulta che, evidenziate le situazioni critiche ed i vuoti di tutela alle stesse riferibili, sollecitano un intervento del legislatore ritenuto non più rinviabile. Con la conseguenza che la pressione esercitata dai casi concreti, accompagnata dall'intervento del formante giurisprudenziale⁸⁶, sembra in grado di incidere in modo determinante sulla configurazione della risposta giuridica dell'ordinamento.

L'indirizzo originariamente adottato dal legislatore nel senso di escludere la filiazione dalle prospettive delle unioni omoaffettive, pur ritenuto non in contrasto con i parametri costi-

⁸³ In tal senso, Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.7 del considerato in diritto.

⁸⁴ I. RIVERA, *L'adozione coparentale da parte del genitore sociale nella prospettiva della tutela del best interest of the child*, in *Federalismi.it*, 21/2016, 16.

⁸⁵ Al riguardo, se si vuole, si può consultare F. PATERNITI, *Figli e ordinamento costituzionale*, Napoli, 2019, 191 ss.

⁸⁶ Al riguardo, cfr. V. MARCENÒ-G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 67 ss.

tuzionali⁸⁷, in ragione dei vuoti di tutela individuati a scapito dell'interesse dei minori – di fatto inseriti in tali contesti familiari – viene quindi progressivamente eroso sulla scia di autorevoli arresti giurisprudenziali. Si assiste in tal modo quasi ad una palingenesi del tradizionale principio di legalità, sempre più incline ad essere diversamente declinato come “principio di giuridicità”⁸⁸. Rappresentazione, quest'ultima, volta a valorizzare maggiormente le varieguate forze motrici che, a vario titolo e sempre più di frequente, si dimostrano in grado di attivare e alimentare il nostro ordinamento giuridico⁸⁹.

Nel rapporto tra diritto e fatto, dunque, gli interventi giurisprudenziali fin qui richiamati sembrano poter essere letti come indici rivelatori di un possibile percorso di inversione tra il ruolo del diritto e la capacità di quest'ultimo di condizionare e regolare i fattori sociali cui si rivolge⁹⁰. Si assisterebbe, in questi termini, ad una valorizzazione della “fattualità del diritto”⁹¹, vale a dire di quella tendenza volta ad attribuire rilievo determinante al fatto inteso quale forza in grado di modellare e plasmare il diritto⁹².

La rappresentazione appena tratteggiata non pare perdere consistenza alla luce del fatto che, nelle menzionate sentenze, la Consulta rinvii pur sempre al successivo intervento del legislatore per l'adozione di una disciplina in grado di apprestare le opportune tutele invocate. In misura sempre più significativa, infatti, il Giudice costituzionale ha testimoniato, tanto la capacità, quanto la disponibilità ad intervenire anche in luogo del legislatore, laddove quest'ultimo adotti scelte non condivise ovvero ritardi od ometta il suo intervento.

Allorché la Corte costituzionale sollecita “in prima battuta” l'intervento del legislatore⁹³, quindi, sembra che la stessa voglia lasciar intendere – neanche troppo velatamente – che un eventuale omissione normativa troverebbe comunque soluzione nella replicazione di quel modello di giustizia costituzionale decidente⁹⁴, con il quale, già in altre occasioni, si è dimostrata in grado e disponibile a sostituirsi anche allo stesso legislatore.

⁸⁷ Al riguardo, cfr. Corte cost., sent. n. 221/2019.

⁸⁸ In tal senso, osserva A. GUSMAI, *Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla “omogenitorialità” a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita*, in *Federalismi.it*, 23/2017, 10, che la attuale realtà socio-normativa «non a caso ha portato di recente attenta dottrina a ravvisare la trasformazione del tradizionale “principio di legalità” (che vuole il diritto nelle mani di un padrone tendenzialmente assoluto: il legislatore) in un più complesso e reale “principio di giuridicità”, in riferimento all'ormai “variegato ventaglio di forze motrici su cui oggi conta il dinamico ordinamento giuridico della Repubblica”».

⁸⁹ In tal senso, cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 85 ss.

⁹⁰ In argomento, cfr. A. GUSMAI, *Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla “omogenitorialità” a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita*, cit., 21, il quale A. rinviene una «(in)capacità del potere pubblico – e, dunque, del suo diritto – di governare gli sviluppi della contrattualistica privata sempre più stimolata dall'evoluzione scientifica che, *ab origine*, determina il sorgere di fatto di tali condizioni giuridiche».

⁹¹ P. GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, 10 ss.

⁹² In argomento, si vedano le riflessioni di A. BELLELLI, *La filiazione nella coppia omosessuale*, in *Giur. it.*, 2017, 1823; A. GUSMAI, *Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla “omogenitorialità” a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita*, cit., 8.

⁹³ Corte cost., sent. n. 33/2021, punto 5.9 del *considerato in diritto*.

⁹⁴ In argomento, se si vuole, si possono vedere le riflessioni proposte in F. PATERNITI, *La Corte “pedagoga” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 34/2020, 178 ss.

Non sembra possa però essere sottaciuto che lo scenario che si presenta sottende all'evidenza non poche problematiche laddove la volontà del giudice (sia pur costituzionale) si sostituisce a quella politica⁹⁵. Ciò perché, fuoriuscendo dai confini delle funzioni proprie delle istituzioni democratiche dello Stato di diritto, siffatta ipotesi determinerebbe una situazione che porterebbe con sé i plurimi rischi sottesi al pericoloso sconfinamento dell'interpretazione giudiziale in mero arbitrio⁹⁶. Eventualità, quest'ultima, idonea a dare adito a quei timori di "nichilismo interpretativo"⁹⁷ espressi da chi teme la possibilità di legittimare qualsivoglia scelta, arbitraria, individuale e insindacabile, del soggetto giudicante⁹⁸.

Cosicché, conclusivamente osservando, gli arresti giurisprudenziali di cui si è detto, pur focalizzando meritoriamente l'attenzione sul tema fondamentale del prioritario interesse dei figli, lasciano ancora sul campo non pochi elementi di perplessità da cui si ricava una prospettiva complessa rispetto alla quale le soluzioni non appaiono né agevoli né di immediata reperibilità.

⁹⁵ Sembra oramai chiaro l'orientamento della Corte che, anche quando non decide direttamente, formula comunque – come nei casi in esame – una «delega di valutazione piuttosto minuta a carico del legislatore» (in tal senso, E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2021, 399).

⁹⁶ Al riguardo, cfr. L. CHIEFFI, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, in *Quest. Giust.*, 2/2016, 208 ss.

⁹⁷ In argomento, cfr. V. SPEZIALE, *Il "declino" della legge, l'"ascesa" del diritto giurisprudenziale e i limiti all'interpretazione giudiziale*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 209.

⁹⁸ Nei termini riportati sembrano dunque condivisibili le perplessità manifestate da A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del nell'unico commento fin qui pubblicato alle sentt. nn. 32 e 33/2012)*, in *Consulta online*, 1/2021, 221, laddove l'A., soffermandosi sui recenti interventi della Corte oggetto di attenzione in questo scritto, memore anche di alcuni recenti precedenti giurisprudenziali, identifica tali decisioni del Giudice costituzionale quali «tecniche decisorie inusuali e – se posso esser franco – per vero alquanto ardite, suscettibili di dar vita ad effetti imprevedibili, con riflessi di grande momento, che possono aprirsi a ventaglio incidendo sensibilmente sugli equilibri istituzionali, tanto lungo il versante dei rapporti che la Corte intrattiene con i giudici comuni quanto in quelli con il legislatore».