

Le nuove sfide della genitorialità: il caso dell'omogenitorialità e il ruolo della Costituzione

Anna Lorenzetti*

THE NEW CHALLENGES OF PARENTALITY: THE HOMOPARENTALITY AND THE ROLE OF THE CONSTITUTION

ABSTRACT: The paper analyses the juridical condition of homoparentality in Italy. The paper focuses on the role played by the Constitution in the recognition of a legal protection, facing the silence of the Law no. 76 of 2016 on civil unions. By framing these issues, the paper addresses the following questions. May we consider parentality as a "right" or is there a right to protect the family as a «natural society based on marriage» (article 29 of the Italian Constitution)? How does the public order play in the (non) protection of same-sex parentality? Which are the risks and the possibility in the use of Constitution in front of the silent Parliament?

KEYWORDS: Homoparentality; case-law; constitutional protection; self-determination; parental rights

SOMMARIO: 1. Omogenitorialità e Costituzione. Brevi spunti introduttivi – 2. L'omogenitorialità e il bilanciamento fra diritti e interessi contrapposti: il ruolo della Carta costituzionale – 3. Cenni di sintesi

1. Omogenitorialità e Costituzione. Brevi spunti introduttivi

L'analisi del ruolo che la Costituzione e i suoi principi hanno avuto e ancora possono avere in tema di biodiritto si offre come di particolare interesse quanto all'omogenitorialità, neologismo che si riferisce alla genitorialità delle persone omosessuali, senza riferimento specifico alla sua genesi e alle modalità attuative. Entrata nella lingua italiana quale traduzione di corrispondenti termini stranieri¹, questa espressione include tanto le vicende in cui il rapporto di filiazione sia sorto a seguito di una relazione con una persona di sesso diverso, quanto i casi di accesso all'adozione o alla procreazione medicalmente assistita, nell'ambito degli ordinamenti in cui ciò è consentito. Realtà numericamente in crescita e sempre più presente nel dibattito pubblico², l'omogenitorialità è divenuta più frequente anche grazie al progresso scientifico che consente la creazione di un rapporto genitorialità a prescindere dall'incontro sessuale fra uomo e donna.

Nell'ambito di una riflessione dedicata ai 70 anni della Costituzione, il tema dell'omogenitorialità è di interesse in quanto consente di mettere a fuoco il ruolo assunto dalla Carta costituzionale nella co-

* Ricercatrice in Diritto costituzionale, presso l'Università degli Studi di Bergamo, Dipartimento di Giurisprudenza. Mail: anna.lorenzetti@unibg.it. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

¹ «Homoparentality» nella lingua inglese o «homoparentalité» nella lingua francese.

² *Inter alia*, C. CAVINA, D. DANNA (a cura di), *Crescere in famiglie omogenitoriali*, Milano, 2009; R. BOSISIO, P. RONFANI, *Le famiglie omogenitoriali. Responsabilità, regole e diritti*, Roma, 2015.

struzione della trama interpretativa di cui si sono avvalse le decisioni assunte dai giudici. In assenza di una disciplina³ e anche a seguito della circolazione dei modelli e delle esperienze giuridiche⁴, la giurisprudenza è stata infatti chiamata a occuparsi di istituti vietati o non disciplinati in Italia, caratterizzando così in termini rapsodici e frammentati le risposte giudiziarie ai quesiti posti dalla quotidianità delle vicende umane. Nell'impossibilità di ricostruire la molteplicità di fattispecie e istituti chiamati in causa di volta in volta⁵ e nella consapevolezza della distanza che è intercorsa fra le diverse vicende oggetto delle decisioni, si consideri come la giurisprudenza si è occupata sia di casi in cui il rapporto di filiazione era sorto nel contesto di una precedente relazione eterosessuale⁶, sia della creazione di legami genitoriali⁷, sia del riconoscimento di vincoli giuridici sorti e giuridicamente riconosciuti all'estero, in specie grazie alle tecniche di procreazione medicalmente assistita o mediante il ricorso all'adozione⁸.

2. L'omogenitorialità e il bilanciamento fra diritti e interessi contrapposti: il ruolo della Carta costituzionale

Nella valutazione del ruolo assunto dalla Costituzione nelle pronunce in materia di omogenitorialità, può evidenziarsi, in prima battuta, una interessante traiettoria percorsa dal canone dell'ordine pubblico⁹. Dapprima inteso come criterio generale e astratto in nome del quale negare, *sic et simpliciter*, il riconoscimento della genitorialità delle coppie *same-sex*¹⁰, l'ordine pubblico è stato più di recente

³ Come noto, neppure in sede di approvazione dell'istituto delle unioni civili (L. 20 maggio 2016, n. 76, su cui v. G. BUFFONE, M. GATTUSO, M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017) è stata introdotta una regolazione in merito.

⁴ R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, II, Torino, 1998, 365 ss.; L. BUSATTA, *Could a common EU standard of access to MAR techniques be possible also for LGBT couples?*, in C. CASONATO, A. SCHUSTER (eds.), *Rights On The Move. Rainbow Families in Europe*, Proceedings of the Conference, Trento, 16-17 October 2014, Trento, 2014, 217-231.

⁵ Per questi aspetti, sia consentito rinviare all'analisi delle decisioni operata in *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2018, 2-53.

⁶ Tipicamente, il tema è venuto in causa in sede di divorzio o separazione, quando l'omosessualità di uno dei genitori è stata evocata quale elemento ostativo all'affido del bambino, costruzione decisamente respinta dai giudici.

⁷ Così, nel caso di adozione in casi particolari per il figlio del partner nato (c.d. *step-child adoption* o adozione co-parentale) o di affidamento di un "minore" a coppie dello stesso sesso. Come ha ricordato M.F. MOSCATI, *Bambini e adolescenti LGBTI: un approccio definitorio e le ragioni di un'indagine giuridica*, nella relazione di apertura del Convegno organizzato dall'associazione Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford, *La tutela giuridica dei bambini e degli adolescenti LGBTI: una prospettiva multidisciplinare*, Venezia, 7-8 ottobre 2016, occorre tenere conto del potenziale stigmatizzante di questa espressione che sembra evocare una minorità del bambino.

⁸ Così, nei casi di richieste di trascrizione e riconoscimento giuridico di atti, formati all'estero, costitutivi di un vincolo giuridico di filiazione.

⁹ F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 31-53.

¹⁰ Trib. Min. Brescia, 26.9.2006, in *Famiglia e minori*, 2007, 74.

assunto quale elemento sulla cui base riconoscere legami creati all'estero, in nome della continuità dello status familiare già acquisito dal bambino, dunque della centralità dei suoi diritti per come si pongono nella vicenda concreta, pur in assenza di un corrispondente istituto nell'ordinamento interno¹¹. Superando l'idea della valutazione di conformità all'ordine pubblico come conformità al diritto interno degli effetti di un istituto non previsto dall'ordinamento, la Corte di Cassazione lo ha individuato come «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento in un determinato periodo storico [...] ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria»¹². In nome dell'uguaglianza intesa come pari dignità sociale e come divieto di differenze legislative basate su condizioni personali e sociali, si è così affermato che l'ordine pubblico, quale strumento di difesa soltanto di quei principi fondamentali che ne caratterizzano il nucleo essenziale, non può comunque consentire «discriminazioni nei confronti [del minore] a causa della scelta di coloro che lo hanno messo al mondo mediante una pratica di procreazione assistita non consentita in Italia»¹³. Sulla stessa scia, si è poi collocata anche la giurisprudenza di merito che ha riconosciuto il sorgere di «un diritto fondamentale [dei bambini coinvolti] a conservare lo status legittimamente acquisito all'estero»¹⁴, non potendosi ammettere che questi vengano a patire conseguenze negative in ragione dei divieti presenti nella legislazione interna¹⁵. La nuova nozione di ordine pubblico appare dunque indifferente alla modalità di concepimento e nascita del minore¹⁶, valorizzando la tutela del suo interesse alla certezza dei rapporti giuridici e alla piena protezione del diritto all'identità personale e sociale, in primo luogo attraverso la stabilità dei rapporti affettivi. Da questa chiave ermeneutica, è derivato il rifiuto di riconoscere quale principio fondamentale di rango costituzionale e principio inderogabile di ordine pubblico, l'affermazione per cui madre è solo colei che partorisce, piuttosto trattandosi di una «regola di esperienza, progressivamente integrata e superata dall'evoluzione scientifico-tecnologica»¹⁷. In

¹¹ Si tratta di posizioni già fatte proprie dalla Corte costituzionale (Corte cost. 76/2016) e dalla Corte di Strasburgo nei casi *Fretté c. Francia* (2002), *E. B. c. Francia* (2008), *Gas & Dubois c. Francia* (2012), *X e altri c. Austria* (2013), ma anche *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* (1999).

¹² Corte cass., 19599/2016, par. 7, p. 22.

¹³ Corte cass. 19599/2016, par. 8.3, 34-35; App. Napoli, 4.7.2018, n. 145.

¹⁴ Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, in particolare, la pronuncia sulla vicenda inglese, par. 3C.3, p. 17; Trib. Napoli, decr. 6.12.2016, consultabile sul sito di Articolo29.it (ultima consultazione: 18.6.2019) App. Trento, ord. 23.2.2017, consultabile sul sito di Articolo29.it (ultima consultazione: 18.6.2019).

¹⁵ App. Trento, ord. 23.2.2017, cit.

¹⁶ E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 12-13, rileva l'automatismo della trascrizione e l'assenza di verifica circa la normativa straniera in specie riguardo alla maternità surrogata. Della stessa autrice, v. E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018; anche S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 210, rileva criticamente questo aspetto. V. Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, consultabile sul sito di Articolo29.it (ultima consultazione: 18.6.2019), e App. Napoli, 4.7.2018, n. 145; Corte Cass. 19599/2016; Trib. Bologna, 6.7.2018, consultabile sul sito di Articolo29.it (ultima consultazione: 18.6.2019).

¹⁷ Cass., 19599/2016, parr. 10.2 e 11.1, 44 e 52. Criticamente, F. ANGELINI, *op. cit.*, 47 ss.; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 126 ss.; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio*, cit., 2990

proposito, vi è chi ha criticamente evidenziato l'archiviazione della relazione materna e il superamento del *mater semper certa*, quale principio di ordine pubblico, in particolare rilevando l'eccessiva discrezionalità riconosciuta ai giudici a fronte dell'anomia legislativa e l'uso, giudicato "attivistico", dell'interesse del minore¹⁸. Recentemente, in un caso relativo alla trascrizione dell'atto di nascita di bambini nati all'estero da maternità surrogata¹⁹, pratica di cui la Consulta aveva già riconosciuto l'«elevato grado di disvalore», in quanto «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»²⁰, le Sezioni Unite hanno rifiutato di riconoscere efficacia al provvedimento straniero con cui era stato accertato il rapporto di filiazione con il genitore non biologico di cittadinanza italiana. Il giudice di legittimità ha qualificato il divieto come principio di ordine pubblico, posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; in proposito, la Cassazione ha rilevato un conflitto con la surrogazione di maternità, perché soltanto all'adozione – le cui regole sono poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori – e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato. Secondo il giudice di legittimità, il superiore interesse del minore non risulterebbe compromesso, poiché resta comunque possibile il ricorso ad altri istituti, come l'adozione in casi particolari. Nel richiamare il bilanciamento effettuato, in modo non irragionevole, dal legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità, cui il giudice non può sottrarsi, la Cassazione ricorda come la compatibilità con l'ordine pubblico debba essere valutata «alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»²¹.

Strettamente connesso al tema dell'ordine pubblico è il canone dei *best interests* che ha subito una decisa evoluzione. Infatti, in un primo momento esso era stato inteso quale argomentazione per motivare il mancato riconoscimento del legame omogenitoriale, alla luce di un supposto interesse alla corretta formazione della personalità del concepito che subirebbe un negativo impatto laddove cresca con un genitore omosessuale o del quale non condivide patrimonio genetico e biologico²². Successivamente, si è invece fatta strada una interpretazione dell'ordine pubblico funzionale alla garan-

ss.; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit. Adesivamente, G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corriere giuridico*, 2, 2017, 196; S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 28 ss.

¹⁸ F. ANGELINI, *op. cit.*, 48 ss., rispetto alla pronuncia Cass. 19599/2016; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 140; nello stesso volume, v. B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio nel nome della madre" nella gravidanza per altri*, 117; S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2016, 1173.

¹⁹ Si tratta dei casi all'esame del Tribunale di Torino, decr. 21.5.2018 e 11.6.2018, in Articolo29.it (ultima consultazione: 18.6.2019).

²⁰ Corte cost. 272/2017, rispettivamente pt. 4.3 CID e pt. 4.2 CID; in Corte cost. 162/2014, la Consulta aveva ribadito l'espresso divieto della cosiddetta surrogazione di maternità (pt. 9 CID).

²¹ Cass. 12193/2019.

²² Cass. 19599/2016.

zia di una stabilità di affetti e legami giuridici, dunque dell'equilibrio psico-fisico, al minore²³, superando precedenti posizioni che tendevano a leggere l'interesse del minore seguendo quanto si intendeva come esperienza comune e pensiero proprio della maggioranza degli individui nella società di riferimento²⁴. Al canone dei *best interests of the child* è così stato assegnato il ruolo di «principio, di rilevanza costituzionale primaria [...] che si sostanzia nel [...] diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero»²⁵, sulla base della vicenda concreta²⁶. È infatti l'identità «personale e sociale del minore» a doversi tutelare, posta la grave incertezza giuridica che potrebbe derivare dal mancato riconoscimento della continuità dello status, cui seguono «conseguenze pregiudizievoli concernenti la possibilità di acquisire la cittadinanza italiana e i diritti ereditari, di circolare liberamente nel territorio italiano e di essere rappresentato dai genitori nel rapporto con le istituzioni»²⁷. La Corte di Cassazione ha peraltro disconosciuto la riconduzione dei divieti e delle norme inderogabili contenute nella legge 40/2004 tra i valori costituzionali primari di cui deve essere assicurata la preminente applicazione, in ragione della discrezionalità di cui il legislatore gode nella materia²⁸. Nella costruzione del bilanciamento, si è così respinta la configurazione in chiave apodittica e non motivata di un generale interesse dello Stato e della pubblica autorità a contrastare il mantenimento di legami omogenitoriali, posta la necessaria prevalenza degli interessi del minore coinvolto e dunque l'esigenza di un attento riferimento al caso concreto. A ben vedere, l'interrogativo sotteso riguarda la possibilità di considerare la nozione costituzionale di famiglia estesa al punto di ricomprendere anche le famiglie omogenitoriali che pure non sono tali per l'ordinamento giuridico²⁹.

Nel profilare il ruolo della Costituzione e dei suoi principi, in specie quanto alla configurazione di un "diritto alla genitorialità", i giudici hanno contrapposto, nel bilanciamento, da un lato, la «fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» in materia personale, affettiva, familiare, in condizioni di pari dignità sociale³⁰, dunque attraverso la tutela delle "formazioni sociali" riconosciute e garantite dall'art. 2 Cost.³¹, oltre che dal diritto sovranazionale³², e dall'altro, la tutela della stabilità dei modelli familiari. Quest'ultima ha trovato ingresso, in particolare, in nome della "finalità procreativa" del ma-

²³ M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *Il matrimonio tra omosessuali non è un vero matrimonio*, in *Giurisprudenza di merito*, 2, 2006, pt. 1, 616 ss.; in senso contrario v. M. MORI, *La fecondazione artificiale*, Bologna-Bari, 1995, 126 ss., V. Trib. Min. Venezia, 31.7.2017.

²⁴ S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 217, ricorda la vocazione paternalista del canone dei *best interests*, intrisi di pregiudizi razziali e di genere, e utilizzati dall'adulto in base ai propri (pre)giudizi.

²⁵ Cass. 19599/2016, par. 8.4, 36.

²⁶ V. Cass. 601/2013; similmente App. Milano, 16.10.2015, cit. G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 89.

²⁷ Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, sul provvedimento statunitense, alle 19-20.

²⁸ Cass., 19599/2016 (par. 10.1, 41).

²⁹ Secondo la definizione della l. 76 del 2016, le coppie *same-sex* sono infatti delle "formazioni sociali specifiche" (art. 1, co. 1).

³⁰ Corte cost. 162/2014. Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, 20.

³¹ Questa posizione, dapprima elaborata da una serie di pronunce della Corte di Cassazione (4184/2012; ord. 14329/2013) e della Corte costituzionale (138/2010; 170/2014), è stata poi "raccolta" dalla legge 76/2016 che così definisce le unioni civili (art. 1, co. 1).

³² Si vedano le pronunce della Corte Europea dei diritti umani: *inter alia*, *Salgueiro da Silva Mouta* (1999); *Gas e Dubois* (2012); *X e altri* (2013).

trimonio, caratterizzato da una sorta di “paradigma eterosessuale”³³, che certamente non contempla l’omogenitorialità. Sono tuttavia da tenere distinte le vicende in cui il legame genitoriale fosse già esistente da quelle in cui le istanze sono invece state rivolte alla sua creazione. Infatti, nel primo caso la questione è da ricostruire attorno all’interrogativo circa la supposta configurabilità di un “diritto alla genitorialità” quale pretesa individuale che deve essere soddisfatta, sempre e comunque, consentendo l’accesso agli istituti che possono darvi forma³⁴. Potrebbe ipotizzarsi, in proposito, uno spazio a un eventuale contro-interesse della collettività alla “tenuta” del sistema nel suo complesso, dunque al rispetto delle regole che l’omogenitorialità spesso mette in discussione o persino infrange³⁵. Nel caso invece in cui il legame giuridico e affettivo sia già creato, la questione è riconducibile a una pretesa di astensione dall’interferenza da parte di terzi, dunque come diritto di chi ha dato vita a un legame genitoriale di proseguire la propria esperienza e mantenere la genitorialità già esistente³⁶. In generale, le decisioni evidenziano il ruolo della Costituzione, e in specie del principio personalista, nel suo porsi quale argine alla compressione di diritti e libertà individuali, posta l’impossibilità di evocare il mero rispetto della normativa laddove ciò rischi di compromettere interessi e diritti dei minori coinvolti³⁷.

Nella valutazione dell’accesso alla genitorialità come diritto, è da mettere a tema la ragionevolezza di eventuali distinzioni basate sull’orientamento sessuale dei componenti della coppia, come pure sulla diversità dei metodi procreativi grazie ai quali si è dato forma alla filiazione³⁸. Sul punto, la Consulta ha recentemente dichiarato non irragionevole la preclusione di accesso al percorso di procreazione medicalmente assistita da parte di due donne, ritenendo le disposizioni non in contrasto con i principi costituzionali invocati dai due giudici *a quibus*³⁹.

³³ Questa espressione – utilizzata per la prima volta da B. PEZZINI, *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti fondamentali)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2001, 1519-1522, è stata poi ripresa dalla Corte cost. 138/2010 e 170/2014.

³⁴ V.F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Udine, 2011, 188 ss., che ritiene configurabile un vero e proprio “diritto ad essere genitore”, che può esercitarsi nei confronti dell’altro genitore e di terzi. Altra dottrina, G. FAMILIETTI, *Filiazione e procreazione*, in F. GIUFFRÉ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, 132, ha invece tracciato una linea di demarcazione fra “diritto di procreare” e “diritto di libertà procreativa”, nonché fra il diritto (o presunto tale) alla “genitorialità” e a “esercitare la responsabilità genitoriale”.

³⁵ Si pensi ai casi di filiazione attraverso la pratica della maternità surrogata rispetto a cui vi è una valutazione di massimo disvalore da parte dell’ordinamento, posto che è considerata un reato (art. 12, l. 40/2004).

³⁶ Sul punto v. B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte Edu: le trasformazioni degli istituti dell’adozione e della filiazione “sorrette” da un’ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *giudicedonna.it*, 1, 2017, 1 ss.; si vedano le riflessioni di S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, cit., 1173; Id., *La maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2015.

³⁷ Tuttavia, occorre considerare come una valutazione sul tema dell’omogenitorialità sia già intervenuta, tanto nel non modificare (secondo *l’ubi voluit*) la normativa sulle adozioni e sulla fecondazione assistita in sede di approvazione della l. 76/2016, tanto in sede di controllo di ragionevolezza, ad esempio, nel ribadire la legittimità del divieto di maternità surrogata (Corte cost. 162/2014; 272/2017); quanto ancora all’esclusione delle coppie *same-sex* dall’accesso alla p.m.a., ribadita nella pronuncia Corte cost. 18 giugno 2019.

³⁸ C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico*, cit., 131-132.

³⁹ Corte cost. 221/2019.

Un tema in cui ampio spazio è stato riconosciuto alla Costituzione ha riguardato il superamento dell'orientamento sessuale omosessuale di uno o di entrambi i genitori, quale condizione ostativa all'assunzione o al mantenimento della responsabilità genitoriale su un minore⁴⁰. Nel ritenere l'omosessualità influente e giuridicamente neutra, salvo che non mini o rischi di compromettere l'equilibrio psico-fisico del minore, peraltro analogamente a quanto accade in caso di eterosessualità dei genitori, le pronunce hanno riconosciuto come «non è possibile sostenere l'esistenza di un principio costituzionale fondamentale [...] idoneo ad impedire l'ingresso in Italia dell'atto di nascita [...] in ragione di una asserita preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso (unite da uno stabile legame affettivo) di accogliere, di allevare e anche di generare figli»⁴¹. Diversamente, non soltanto si darebbe spazio a un mero pregiudizio⁴², che non trova riscontro negli studi in materia⁴³, ma si ammetterebbe il prodursi di conseguenze negative sui figli in ragione della diversità di sesso tra i genitori⁴⁴ che non appare compatibile con il principio personalista. La questione aveva generato un acceso dibattito in occasione dell'approvazione della legge sulle unioni civili (l. 76 del 2016), a partire da una lettura della Costituzione come proiettata a tracciare un nesso immediato e inesorabile tra filiazione, eterosessualità della coppia e matrimonio⁴⁵. L'assenza di qualsiasi margine per il riconoscimento della genitorialità nel contesto della regolazione delle unioni civili è stata richiamata facendo proprie le parole della Corte costituzionale⁴⁶ nel considerare il matrimonio come

⁴⁰ Cfr. Trib. Bologna, 15.7.2008, in *Giurisprudenza Italiana*, 2009, 5. Cfr. Trib. Napoli, 18.12.1984, *Diritto di famiglia e delle persone*, 1985, 229; Trib. Napoli, 28.6.2006, *Corriere del merito*, 8-9, 2006, 984, confermato da App. Napoli, 11.4.2007, n. 1067, *Corriere del merito*, 6, 2007, 701, confermata da Cass. Civ. sez. I 18.6.2008, n. 16593, *Giustizia civile-massimario annotato dalla Cassazione*, 6, 2008, 974, in *Foro italiano*, 9, 2008, 2446, in *Vita notarile*, 3, 2008, 1443; Trib. Min. Catanzaro, 27.5.2008, in *Famiglia e minori*, 10, 2008, 86; Trib. Bologna, 7-15.7.2008, in *Famiglia e minori*, 9, 78; Cass. Civ., I, sez., 25.7.2007, n. 16417, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2, 2008, 271. V. anche Trib. Nicosia, ord. 14.2.2010 e Cass. Civ. 11.1.2013 n. 601; Trib. Genova, 30.10.2013, in Articolo29.it (ultima consultazione: 18.6.2019), e le pronunce del Trib. Min. Firenze, 7.3.2017, cit.

⁴¹ Cass. 19599/2016, par. 12.1, 53; Cass., sez. I civ., 12962/2016, cit.

⁴² Cass. 601/2013, ripresa da 19599/2016 par. 12.1, 55, par. 12.1, 53. Recentemente, v. anche Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit.

⁴³ Oramai copiosi sono gli studi che attestano come crescere in una famiglia omogenitoriale non rappresenta un fattore negativo per un minore. V. le ricerche dell'American Psychological Association, da ultimo, *APA on children raised by gay and lesbian parents* (2012), consultabile sul sito dell'APA. Quanto al contesto interno, per cui ci si limita a rinviare a R. BAIOTTO, N. CARONE, V. LINGIARDI (a cura di), *La famiglia da concepire. Il benessere dei bambini e delle bambine con genitori gay e lesbiche*, Roma, 2017; N. CARONE, R. BAIOTTO, S. IOVERNO, A. CHIRUMBOLLO, V. LINGIARDI, *Same-sex parent families in Italy: Validation of the Coparenting Scale-Revised for lesbian mothers and gay fathers*, in *European Journal of Developmental Psychology*, 14, 2017, 367-379; V. LINGIARDI, N. CARONE, *Lesbian mothers, gay fathers: an inconceivable conception?*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, 43, 2016, 57-80.

⁴⁴ Cass. 19599/2016, par. 12.1, 54-55; App. Venezia, riformata dalla Cass. 14878/2017.

⁴⁵ Dal combinato disposto degli artt. 29, 30, 31 Cost., A. SINAGRA, *Matrimonio omosessuale validamente celebrato all'estero ed ordine pubblico italiano*, in *Giurisprudenza di merito*, 1, 2006, 624, fa derivare che la famiglia tutelata dalla Costituzione è quella «finalizzata alla procreazione e dunque fondata sulla diversità di sesso». Nello stesso senso, M. CASINI, M.L. DI PIETRO, *op. cit.*, 616 ss.

⁴⁶ V. Corte cost. 138/2010; tuttavia, affermare che la finalità del matrimonio risiede nella procreazione significa non considerare come non vengano eseguite indagini sulla capacità e la volontà delle coppie che intendono sposarsi di fare figli e come il matrimonio sia legittimo anche quando fini procreativi vadano esclusi in partenza, come nel caso del cambiamento del sesso, di unione di persone in età avanzata o di sterilità di uno dei coniugi.

“naturalmente” finalizzato alla procreazione, in quanto fra due persone di sesso diverso e dunque caratterizzato da una “essenziale fecondità”⁴⁷.

Oltre al superamento dell’omosessualità come elemento ostativo all’assunzione di una responsabilità genitoriale, la Costituzione ha trovato ingresso anche quanto all’archiviazione dell’essenzialità del requisito della discendenza biologica, riconoscendosi, in una chiave evolutiva, l’analoga idoneità della coppia *same-sex* all’educazione e alla cura dei minori⁴⁸.

Nel contribuire alla revisione e alla problematizzazione delle categorie dogmatiche, non più attuali alla luce delle tecniche che rendono possibile la genitorialità a prescindere dall’atto sessuale e dalla coppia *opposite-sex*, l’omogenitorialità ha messo a tema la “tenuta” delle tutele costituzionali ad esempio previste per la maternità, interrogandosi a fronte della pluralità di nozioni di madri – biologica, genetica, sociale o intenzionale, gestazionale – riconosciuta dalla giurisprudenza⁴⁹. Per quanto sia un elemento certo che la Costituzione – anche soltanto per il periodo storico nel quale fu redatta – aveva come paradigma di riferimento un determinato modello di famiglia e di relazione genitoriale, non può affermarsi che vi sia in essa una preclusione nel tutelare forme di relazioni genitoriali differenti dallo schema-base implicitamente assunto quale riferimento, per cui una vita nasce a seguito di un rapporto sessuale fra un uomo e una donna. Piuttosto, dovrebbe considerarsi come la Carta costituzionale tuteli la funzione genitoriale a prescindere da qualsiasi considerazione ultronea, soprattutto in una chiave di garanzia della posizione del bambino coinvolto e di spiegamento del principio personalista. Pure riconoscendo la problematicità del tema, appare interessante segnalare come il superamento dell’essenzialità del legame biologico come schema-base della genitorialità⁵⁰ abbia portato con sé l’irrelevanza delle circostanze del parto ai fini della trascrizione del provvedimento straniero⁵¹ e il conio di una serie di neologismi quali “genitorialità sociale”⁵², “progetto genitoriale”⁵³ o “genitorialità intenzionale”⁵⁴ o ancora di “bigenitorialità”⁵⁵, oggi divenuti di uso sempre più comune. Ne è così scaturita una idea di genitorialità come plasmata dalla condivisione di un progetto procreativo a prescindere dalla diversità di sesso dei/delle genitori/genitrici, dando forma ad un legame genitoriale

⁴⁷ A. MORO, *Appunti sull’esperienza giuridica: lo Stato 1946-1947*, Bari, 1978, 254-255; F. D’AGOSTINO, *Le coppie omosessuali: problema per i giuristi*, in *Iustitia*, I, 1994, 80-81, che esclude il rilievo pubblico della convivenza omosessuale, per il solo fatto di non poter essere orientata alla procreazione.

⁴⁸ Cass. 19599/2016 par. 12.1, 56. Sia pure in un caso di coppia eterosessuale, è stato confermato, anche da Corte cost. 272/2017.

⁴⁹ Cass., 19599/2016, par. 11.1, 52.

⁵⁰ App. Trento, ord. 23.2.2017, cit., 17-18. V. Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit.; Trib. Perugia, decr. 28.3.2018, nr. 190754; App. Napoli, 4.7.2018, n. 145.

⁵¹ App. Milano, 16.12.2016, cit.

⁵² Sul piano interno, questa espressione si utilizza per definire chi è riconosciuto “socialmente” come genitore, senza alcun vincolo giuridico e/o biologico. Ha rilevato il rischio del potenziale stigmatizzante che potrebbe celare quasi ammettendo una differenza tra genitori basata sul vincolo biologico, M.F. MOSCATI, *Genitorialità sociale e orientamento sessuale: profili di diritto comparato*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità*, cit., 67 ss.

⁵³ Trib. Napoli, 11.11.2016, cit.; Cass. 14878/2017; Cass., 19599/2016, par. 11.1, 48-49.

⁵⁴ Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit.; App. Napoli, 4.7.2018, n. 145.

⁵⁵ Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit.; App. Napoli, 4.7.2018, n. 145; Trib. Perugia, decr. 28.3.2018, nr. 190754.

mediante consenso certamente inedito nell'ordinamento di diritto positivo⁵⁶ ma altrettanto certamente non escludibile *de plano* dalle tutele costituzionali.

3. Cenni di sintesi

Provando a tracciare qualche rapido spunto circa il ruolo della Costituzione e dei principi e diritti in essa affermati in materia di omogenitorialità, occorre ammettere come la confusione ermeneutica e le spesso sbrigative decisioni non consentono di offrire un quadro chiaro e univoco.

In primo luogo, pare di dover segnalare – in senso critico – come la Costituzione e i suoi contenuti vengano spesso evocati quale base di percorsi argomentativi, senza tuttavia riferimento alcuno a oposti posizionamenti che pure richiamano, con una operazione di controcampo, i medesimi principi e valori costituzionali. Si consideri, ad esempio, la costruzione della tutela della genitorialità delle persone omosessuali quale espressione di un “diritto alla genitorialità”, ossia di diritto di un adulto di creare un legame genitoriale costituzionalmente tutelato⁵⁷. Questa lettura fa scivolare in secondo piano la pure evidente constatazione per cui ciò significherebbe ammettere l'esistenza di una pretesa che ha a oggetto il bambino che dal progetto genitoriale è nato o nascerà⁵⁸; è però da rilevare come il riconoscimento nell'ordinamento interno di una simile pretesa appaia assai flebile, visto che la stessa adozione – pensata come diritto del minore ad una famiglia e non come diritto dell'adulto a un bambino – richiede la valutazione di idoneità della coppia che vi accede. Il diniego del riconoscimento dei legami omogenitoriali viene – in modo parimenti acritico – argomentato a partire dalla costruzione costituzionale che sarebbe univocamente orientata non a tutelare ma a consentire la genitorialità soltanto a partire dal matrimonio e dunque a fronte della diversità di sesso dei componenti della coppia. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso, si omette tuttavia il confronto sul significato della Costituzione nel tracciare le tutele alle relazioni verticali. Se certamente la Carta costituzionale detta uno schema-base, l'unico immaginabile al momento della sua redazione, per cui il matrimonio, e dunque la genitorialità, sono pensabili a partire da una relazione fra uomo e una donna, ciò tuttavia non può condurre a elidere le tutele possibili per altre forme di genitorialità.

Così, non può condividersi la lettura del canone dei *best interests of the child*⁵⁹ come argomentazione volta, in senso univoco, a consentire sempre e comunque il riconoscimento della genitorialità delle coppie *same-sex*, ben prestandosi a letture di segno opposto. In questa chiave, piuttosto che eludere il confronto con le controargomentazioni – si pensi a un supposto danno per i bambini nel crescere

⁵⁶ Con una interpretazione che pare debordare dai limiti ermeneutici dell'*ubi voluit*, Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit. e App. Napoli, 4.7.2018, n. 145, hanno inteso la clausola generale di equivalenza, ex co. 20, l. 76/2016 come non escludente l'applicazione in via analogica dell'art. 8, l. 40/2004. V. anche Trib. Perugia, decr. 28.3.2018, nr. 190754.

⁵⁷ Diversa è invece la valutazione laddove venga in causa il diritto del minore coinvolto «ad instaurare relazioni affettive stabili con entrambi i genitori».

⁵⁸ C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 136, parla in proposito di un «diritto di non essere oggetto di diritti o pretese altrui»; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio*, cit., 2990 ss.; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit.

⁵⁹ Sul tema la letteratura è ampia: v. almeno, v. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; L. LENTI, “Best interests of the child” o “best interests of children”?, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 2010, 157 ss.

con chi ha violato la legge per creare il legame genitoriale o nell'essere distaccati dalla madre alla nascita, archiviando qualsiasi possibilità di avviare o mantenere un qualsivoglia rapporto con lei, o anche il debole interesse alla continuità dello status in assenza di consolidati legami affettivi⁶⁰ – andrebbe messo a tema il ruolo della Costituzione quale presidio all'apparato dei diritti e delle libertà delle persone coinvolte, prima delle quali il minore.

Per quanto l'anomia legislativa sia stata almeno in parte temperata dall'azione della giurisprudenza, vi è da constatare come la riflessione giuridica sul tema sia stata prevalentemente ancorata alle vicende che riguardano bambini già nati, spesso senza adeguata valutazione quanto agli aspetti di tenuta complessiva del sistema, ad esempio, quanto alla sensibile modifica del ruolo del giudice. Quasi chiamato a fissare principi che vengono poi replicati, spesso supinamente, per istituti e fattispecie diverse, senza ricorso ad argomentazioni più strutturate che non siano il mero rinvio alla precedente giurisprudenza o alla dottrina – peraltro spesso citata con modalità anomale e selettive che neppure tentano di decostruire i percorsi argomentativi utilizzati al fine di mostrarne le debolezze⁶¹ – il giudice ha visto un significativo accentuarsi della propria discrezionalità. Circa l'assenza di una valutazione di sistema, si pensi ancora all'incertezza giuridica che inevitabilmente consegue all'azione frammentata e rapsodica della giurisprudenza, posto che fa derivare il riconoscimento di diritti e libertà dal foro nel quale si incardina la causa, dando forma a una sorta di "topografia dei diritti". Inoltre, si ricordi chi ha criticamente rilevato l'incognita di dare forma a un "diritto del fatto", ossia a quel "dispotico campo del fatto compiuto"⁶² che porta con sé il rischio di archiviare il ruolo delle regole e della giurisdizione. Infatti, per quanto i giudici non sia certo da considerare supini applicatori della legge, potendo senza dubbio assumere anche un ruolo di "contestatori" del precetto legislativo, nel mediare la regola generale e astratta applicandola al caso concreto⁶³, non possono però archiviare *sic et simpliciter* il disposto normativo, sempre da considerare come espressione della discrezionalità legislativa e dunque, in ultima analisi, del principio democratico.

In generale, la riflessione sull'omogenitorialità come incentrata sull'antagonismo e sul posizionamento su fronti contrapposti, piuttosto che non sulla (necessaria) attualizzazione in chiave costituzionale si è accompagnata a una generale deresponsabilizzazione del legislatore, circa le potenziali diverse azioni di politica legislativa, posto che il "peso" assunto dalla giurisprudenza può individuarsi come una delle conseguenze dell'anomia legislativa.

Appare evidente che la Costituzione si trova a spiegare un ruolo assai differente a seconda che si consideri l'accesso a tecniche o istituti che rendano possibile la creazione di legami o vicende in cui il bambino è già nato e in cui si chiede un riconoscimento giuridico. Nella prospettiva che più propriamente mette a tema le opzioni di politica legislativa, la Costituzione soccorre in chiave di ragionevole-

⁶⁰ C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 130; J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 146.

⁶¹ V. recentemente, la pronuncia del Tribunale di Pistoia, decr. 5.7.2018, in Articolo29.it (ultima consultazione: 18.6.2019), che – espressamente richiamando quale dottrina chi hanno sostenuto argomentazioni conformi all'esito della pronuncia, senza dare conto della divisione sul punto e delle argomentazioni di segno diverso elaborate – ha peraltro infranto la regola che vieta di citare autori, ex art. 118, disp. att. cpc.

⁶² E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., 14-15, 22.

⁶³ Come pure mediante gli strumenti dell'interpretazione conforme a costituzione e dell'eccezione di costituzionalità.

lezza nel valutare se (e fino a che punto) sia possibile tracciare una differenza sulla base dell'orientamento sessuale, nel consentire o negare l'accesso a istituti che diano vita a legami genitoriali. Se può riconoscersi la legittimità della scelta del legislatore di regolare (nel caso di specie, limitare) l'accesso alla procreazione assistita e all'adozione per le coppie *same-sex*, resta però ferma la necessità di verificare il rispetto della ragionevolezza della distinzione e dunque l'oggettività dei requisiti richiesti, il loro carattere non discriminatorio in ragione di una condizione personale. A venire in causa sarà dunque la valutazione circa la meritevolezza di tutela dei diversi modelli familiari, per quanto debbano essere avanzate perplessità laddove permanga un totale vuoto, posto che il legislatore dovrà necessariamente considerare famiglie diverse da quelle oggi uniche destinatarie del riconoscimento giuridico in quanto fondate sul matrimonio. Si pensi al requisito del vincolo coniugale per la coppia che accede all'adozione pensato in chiave di garanzia della stabilità del nucleo familiare⁶⁴ che però rappresenta una condizione impossibile per le coppie *same-sex*, configurandosi quale trattamento differenziato in ragione dell'orientamento sessuale⁶⁵.

Quando invece l'omogenitorialità riguardi vicende in cui un bambino è già nato appare evidente come siano i suoi diritti e interessi a dover sempre e comunque prevalere nel bilanciamento che può prefigurarsi, con la necessità di evitarne un uso strumentale in chiave paternalistica⁶⁶. Di certo, fuoriesce dai binari tracciati in Costituzione il respingere un essere umano quali che siano le modalità con cui è venuto al mondo, non potendo certo l'ordinamento sottrarsi alla valutazione di casi simili, posto che non potranno mai ammettersi conseguenze negative sul bambino come conseguenza delle scelte di chi ha dato vita al progetto genitoriale.

La Costituzione può altresì orientare rispetto alla compatibilità di un concetto neutro di genitorialità e di un generico riferimento al diritto di "fare bambini", riflessioni che sembrano farsi strada in alcune pronunce ma che impongono di considerare il rischio di rendere oggetto di un diritto – dunque di una pretesa che può essere rivendicata – un bambino. Essendo la gravidanza e la riproduzione inesorabilmente ancorate a un corpo femminile, l'a-problematico superamento della differenza di genere e la sua neutralizzazione⁶⁷ sono da osservare con attenzione, anche nel disconoscere lo stato dell'arte e la legislazione in materia che, per essere superata, si ritiene debba però essere agganciata a una valutazione dello specifico interesse in nome del quale si agisce⁶⁸. Ciò non consente comunque di escludere *tout court* la compatibilità costituzionale dell'omogenitorialità, alla luce dell'argomentazione per cui le coppie *same-sex* sarebbero, *ex se*, incapaci di procreare, ossia "steri-

⁶⁴ La legge che regola l'adozione (l. 184 del 1983) ha inteso assicurare al minore un ambiente familiare di crescita e di sviluppo il più prossimo possibile a un modello tradizionale di famiglia, ritenuto idoneo a garantire stabilità e continuità nel rapporto con l'adottando.

⁶⁵ Ciò ovviamente a meno di non considerare l'unione civile come equivalente al matrimonio, aspetto che però presuppone una modifica legislativa posto che la legge sulle unioni civili espressamente lo esclude.

⁶⁶ S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 217.

⁶⁷ S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 221-223.

⁶⁸ *Contra*, M. GATTUSO, *Figli alla nascita: dal tribunale di Torino una prima conferma per la "primavera dei comuni"*, in Articolo29.it (ultima consultazione: 18.6.2019), che però sembra non considerare le numerose disposizioni che costellano il codice civile e che espressamente si riferiscono alla madre e al padre (con una logicità anche rispetto alla presunzione di concepimento che non si presterebbe, se non a rischio di forzature eccessive, ad essere applicata nei casi di coppie *same-sex*).

li”⁶⁹. Se è certo che sia l’eterosessualità la “base”, il presupposto, per la creazione di un legame genitoriale all’interno di una relazione affettiva, non può però condividersi il suo carattere esclusivo nel provocare la penalizzazione di vicende che da tale modello si distanziano. Fondamentale in quest’ottica è la considerazione delle diverse accezioni che la genitorialità può assumere, se dunque come funzione di cura della prole, quale costruzione di un rapporto di parentela, o ancora nei termini di riproduzione. È soltanto quest’ultima che ancora oggi presuppone in maniera insuperabile la presenza di un corpo femminile al cui interno si sviluppi l’embrione, posto che si nasce esclusivamente da un corpo di donna e che la relazione materna rappresenta, sempre e comunque, la sola via attraverso cui si viene al mondo⁷⁰. Ma se la genitorialità come riproduzione è necessariamente ancorata alla complementarietà dei corpi e al loro incontro, le funzioni di cura e la costruzione di rapporti di parentela non possono affatto dirsi come inesorabilmente connotate dal carattere eterosessuale del legame affettivo fra chi dà vita al progetto genitoriale, dunque dalla diversità di sesso dei componenti la coppia, persino potendo prescindere dall’esistenza della coppia. È dunque soltanto la connotazione monolitica della relazione genitoriale che l’omogenitorialità mette in discussione, non certamente le modalità della riproduzione a oggi ancora immutate. Certamente, non può dunque che condividersi l’affermazione per cui «l’ancoraggio fisico della paternità in un corpo maschile e della maternità in un corpo femminile costituisce un dato di fatto irriducibile e strutturante da cui non si deve prescindere»⁷¹, mentre è da problematizzare lo schiacciamento su questo versante anche della genitorialità come cura, come funzione e dunque come via per la creazione di un rapporto di parentela. Posto il paradigma pre-assunto dalla normativa e certamente dominante in una valutazione statistica, ossia la filiazione naturale all’interno della coppia di persone di sesso diverso, è comunque possibile dare vita a legami genitoriali con modalità alternative, senza che questo significhi il totale travolgimento di un presupposto naturale e antropo-ontologico della filiazione⁷² e senza che ciò consenta l’archiviazione delle tutele costituzionali per modelli diversi da quelli giuridicamente riconosciuti. Alla luce della contraddittorietà e confusione emersa dalla giurisprudenza sul tema, che ha visto una sensibile discrezionalità riconosciuta ai giudici⁷³, ma anche agli operatori giuridici (sindaci⁷⁴, ufficiali di

⁶⁹ Corte cass. 19599/2016, par. 10, secondo cui una coppia dello stesso sesso è in una «situazione assimilabile a quella di una coppia di persone di sesso diverso cui sia stata diagnosticata una sterilità o infertilità assoluta e irreversibile».

⁷⁰ In termini critici, S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 210; ID., *La regola di giudizio*, cit., 2990 ss.; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit. Va peraltro tenuto fermo il diverso peso riconosciuto al maschile e al femminile nella riproduzione, alla luce del rilievo della questione in chiave di genere. Su questi profili, V. B. PEZZINI, nell’introduzione al Focus su *Verità della nascita e GPA (gravidenza per altri)*, in *Genius*, 2, 2017, 6-11, e ID., in *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 191; v. S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 100.

⁷¹ L. SCARAFFIA, Introduzione a *Identità e genere*, in *Quaderni di Scienza & Vita*, 2, 2007, 9.

⁷² Come invece ritiene, S. COTTA, *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Milano, 1997, 112.

⁷³ Si pensi non soltanto alle decisioni dei giudici, rispetto alle quali si rileva una certa discontinuità in base al tribunale preso a riferimento, ma anche all’atteggiamento delle procure nell’impugnare le trascrizioni dell’atto di nascita di due bambini nati all’estero da una coppia di uomini, ipotizzando una turbativa dell’ordine pubblico (Procura di Pesaro).

stato civile⁷⁵, polizia di frontiera⁷⁶, autorità consolari), è dunque fondamentale recuperare il valore della Costituzione come guida nella decisione di casi di profonda complessità anche alla luce della totale anomia legislativa. Ciò consentirebbe infatti di stemperare il rischio che il margine di discrezionalità decisionale si traduca in arbitrio⁷⁷, nonché il pericolo della variabilità e occasionalità delle decisioni, spesso mutevoli sulla base delle sensibilità individuali, delle condizioni del caso e della collocazione geografica delle vicende⁷⁸. Al contempo, si eviterebbe di valutare la questione soltanto attraverso i “microscopi” del caso concreto, piuttosto utilizzando anche i “telescopi” che consentono di osservare il quadro di insieme⁷⁹. Sarebbe altresì importante tracciare una distinzione fra casi che, pure nella profonda diversità delle vicende, sono però stati decisi in analogia. Si pensi alla ambigua assimilazione fra adozione e p.m.a., fra vicende sorte in ordinamenti assai distanti quanto a garanzie e tutele di chi è coinvolto nel progetto genitoriale⁸⁰ (questione particolarmente rilevante nel caso di trascrizione di atti stranieri di minori nati a seguito di *surrogacy*), fra maternità surrogata – su cui vi è una espressa fattispecie di reato penalmente sanzionata⁸¹ – e tecniche di fecondazione eterologa⁸², o ancora alle diversità di configurazione⁸³, ad esempio a titolo gratuito o commerciale⁸⁴, o alla diversità fra genitorialità omosessuale maschile o femminile⁸⁵. Nel quadro complessivo, non pare al contrario doverci riconoscere peso eccessivo alle modalità con cui è avvenuta la creazione del legame genitoriale⁸⁶, trattandosi di una riflessione che viene in causa una volta venuto al mondo il bambino, aspet-

⁷⁴ Ad esempio, tra chi ha trascritto i provvedimenti e chi si è rifiutato, a partire dai quali si è generata una copiosa giurisprudenza: Trib. Perugia, decr. 28.3.2018, nr. 190754, confermato da App. Perugia, 22.8.2018, nr. 221; Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, cit.; Trib. Bologna, decr. 6.7.2018, cit.; Trib. Pisa, ord. 15.3.2018, ha invece sollevato la questione di legittimità costituzionale.

⁷⁵ Appare emblematico il rilascio di carte di identità di minori con l’indicazione di due mamme (così, Comune di Firenze).

⁷⁶ Le prassi restituiscono infatti un notevole tasso di discrezionalità nei controlli che, al rientro nel territorio italiano, vengono effettuati su coppie o singoli che viaggiano con bambini di pochi giorni.

⁷⁷ Visti gli antitetici esiti, ha rilevato lo squilibrio sulla discrezionalità del giudice, in particolare rispetto a Cass. 19599/2016, B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile*, cit., 117.

⁷⁸ G. BRUNELLI, *op. cit.*, 87, parla di ineliminabili esigenze “casistiche”, nelle quali si esprime la tensione problematica tra produzione e applicazione del diritto, tra legge e giurisdizione; I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide?*, in *Rivista AIC*, 1.11.2016; S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 207.; v. C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica tra legislatore, giudici e Corte*, in *BioLaw Journal*, 2, 2014, 67 ss.

⁷⁹ C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico*, cit., 133 ss.

⁸⁰ Lo rileva criticamente E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., 12.

⁸¹ Posizione confermata dalla Corte cost. 272/2017.

⁸² Rispetto alla Cass. 19599/2016; App. Napoli, 4.7.2018, n. 145. Criticamente, E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., 12; ID., *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit.; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio*, cit., 2990 ss. Rileva la confusione della giurisprudenza, G. BRUNELLI, *op. cit.*, 84.

⁸³ Così, v. E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., 5 ss.

⁸⁴ Sul tema, ampia è la letteratura che tuttavia non concorda nel tracciare una distinzione fra la pratica commerciale e quella altruistica per il carattere vischioso che presenta: M. RIZZUTI, *Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale*, in *Rivista di Biodiritto*, 2, 2015, 2, 100.

⁸⁵ Mette in luce questo aspetto, S. NICCOLAI, *La maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione*, cit. E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit., 7.

⁸⁶ Criticamente, lo rileva E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, cit., 6. Così, App. Trento, 23.2.2017.

to che rende recessivo qualsiasi altro interesse rispetto alla centralità delle tutele che attorno a lui gravitano.

Conclusivamente, per quanto questione certamente non presente in occasione del dibattito in seno all'assemblea costituente, la Costituzione potrebbe (*rectius*, dovrebbe) ampiamente spiegare il proprio potenziale di tutele verso la genitorialità omosessuale. Una serie di argomentazioni propendono in tal senso, a partire dal fatto che centrale deve essere la tutela di un essere umano già nato, rendendo superabile qualsiasi valutazione circa la configurabilità della genitorialità come diritto.

Lo scenario attuale che, sul piano legislativo, non riconosce forme di famiglia diverse da quelle fondate sul matrimonio, in nome dell'art. 29 Cost., trova comunque un appiglio deciso attraverso l'art. 2 Cost., espressione del principio, della pari dignità sociale dei diversi modelli familiari e della tutela delle formazioni sociali⁸⁷. Parimenti, nella tutela delle relazioni verticali, tracciata quale dovere, oltre che diritto, di mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio, può senza dubbio riconoscersi un'apertura anche verso modelli familiari diversi da quello presupposto dall'art. 29 Cost. Ad essere tutelati dalla Carta costituzionale sono infatti il legame di filiazione e il bambino nato, a prescindere dalla conformazione del legame affettivo fra i genitori che ad esso dà origine o al cui interno si colloca. La trama costituzionale che supporta i desideri e le ambizioni personali nel dare forma a relazioni affettive verticali non pare infatti potersi diversamente atteggiare nei casi di omogenitorialità, posta l'unicità della condizione filiale ex artt. 30, 36, 37 Cost.⁸⁸. Diversamente, in violazione del principio di uguaglianza e con la compressione della pari dignità sociale, dovrebbe ammettersi la sottrazione dalle tutele offerte alla generalità degli individui in nome di una condizione personale peraltro non del minore ma dei suoi genitori.

Diversa è la questione che pone al centro di una possibile tutela costituzionale l'accesso a pratiche e istituti che rendano possibile la genitorialità in Italia su cui tuttavia netta è stata la chiusura sia della Corte costituzionale, sia della Corte di Cassazione. Come si possa configurare il margine di discrezionalità del legislatore resta il tema centrale del dibattito, tenendo tuttavia presente quanto la completa assenza di qualsiasi forma di riconoscimento impatti sulla pienezza delle garanzie costituzionali in nome del principio personalista e necessari di una messa a tema circa la legittimità di una completa anomia.

⁸⁷ Corte cost. 138/2010; art. 1, co., 1, l. 76/2016.

⁸⁸ B. PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio*, cit., 109.