

**L'adozione piena da parte della coppia dello stesso sesso avvenuta all'estero è compatibile con l'ordine pubblico internazionale: gli equilibrismi della Cassazione tra inerzia del legislatore, moniti costituzionali ed esigenze di tutela omogenea dei figli**

di

*Luca Giacomelli*

*Dottore di ricerca in diritto costituzionale e comparato presso l'Università di Milano-Bicocca*

*ABSTRACT: Le Sezioni Unite della Cassazione tornano ad affrontare il delicato tema della genitorialità delle coppie dello stesso sesso, affermando la compatibilità con i principi costituenti l'ordine pubblico internazionale dell'atto straniero di adozione piena e legittimante di un minore a favore di una coppia omoaffettiva maschile ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione. Richiamando il principio dei best interests of the child e ricostruendo il sistema dei principi costituzionali e convenzionali in base al quale le unioni tra persone dello stesso sesso rappresentano luoghi in cui si sviluppa la personalità del soggetto, anche in ordine all'aspirazione alla genitorialità, la Cassazione valorizza il concetto e l'ambito applicativo dell'adozione e attesta come l'unione matrimoniale non identifica più il modello unico per la crescita dei figli. Luci e ombre di una sentenza che mostra, ancora una volta, il ruolo di supplenza a cui sono chiamati i giudici di fronte all'inerzia legislativa e quali limiti e anche contraddizioni questa costrizione comporti.*

Con la decisione in commento<sup>1</sup> si aggiunge un'altra importante tessera al complesso e articolato mosaico che rappresenta oggi la disciplina italiana in materia di genitorialità e filiazione all'interno delle coppie dello stesso sesso. Si tratta di una regolamentazione assai frastagliata, costruitasi in gran misura a partire dalle risposte, non sempre univoche e lineari, che la giurisprudenza è stata chiamata a dare a fronte di un divario sempre più evidente fra la realtà sociale e il diritto scritto<sup>2</sup>. Del resto, come da ultimo dimostrato dall'assenza nella legge sulle unioni civili di disposizioni in materia di filiazione<sup>3</sup>, il legislatore ha preferito non avventurarsi in delicati processi di

<sup>1</sup> Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006.

<sup>2</sup> Sia consentito il rinvio a L. GIACOMELLI, *Tutela dei minori e pragmatismo dei giudici: verso il riconoscimento delle «nuove» forme di filiazione e genitorialità*, in Osservatorio costituzionale, n. 3, 2018.

<sup>3</sup> Rispetto al disegno di legge originario, il testo licenziato dal Parlamento presenta delle sostanziali differenze, soprattutto con riferimento al tema della filiazione. Il voto di fiducia ha comportato il sacrificio dell'articolo 5 del testo originario, quello che estendeva alle parti di una unione civile omosessuale – attraverso la modifica dell'art. 44, lett. b), della legge n. 184/1983 – la possibilità di chiedere l'adozione del figlio biologico o adottivo dell'altra parte, così garantendo al bambino la stabilità e la certezza giuridica del rapporto con il genitore sociale. È interessante sottolineare, tuttavia, come al ventesimo comma del maxi-emendamento sia stato lasciato un sibillino riferimento alla filiazione adottiva che potrebbe risultare tanto più incomprensibile ove si consideri che segue alla richiamata esclusione dell'applicabilità, alla l. 184/1983, della clausola di equivalenza posta dalla stessa disposizione. Si legge, infatti, che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti»<sup>11</sup>. Ora, come è noto, la l. 184/1983 nulla prevede, e nulla consente, con riferimento alle adozioni da parte di coppie dello stesso sesso. Appare quindi evidente che la disposizione debba essere letta – del resto è stato espressamente riconosciuto da chi l'ha proposta – come una sorta di clausola di salvezza, volta a consentire, o meglio a non impedire, il consolidamento di un orientamento giurisprudenziale manifestatosi di recente, alla stregua del quale è stata riconosciuta l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, lett. d) della legge sulle adozioni, a favore del co-genitore dello stesso sesso quando ciò corrisponda all'interesse del minore. Cfr., tra gli altri, Cfr., tra i molti, E. CALÒ, *Le unioni civili in Italia legge 20 maggio 2016, n. 76. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, ESI, Napoli, 2016; M. SESTA, *La disciplina*

rielaborazione delle nozioni di famiglia e genitorialità, cosciente dei delicati risvolti valoriali, etici e culturali, e timoroso dei potenziali “costi” in termini di consenso politico. Tuttavia, le sempre più numerose modalità di instaurazione del rapporto di filiazione, stante il sostanziale superamento del paradigma naturalistico (e, quindi, prettamente eterosessuale), impongono al giurista una funzione “ordinante”<sup>4</sup> rispetto alla complessità della fenomenologia, al fine di assicurare anzitutto una adeguata protezione alla parte più vulnerabile del rapporto, ovvero al minore. Così, dinanzi a una legge che ha concepito l’unione civile come una relazione tra partner per i quali non è possibile – in via teorica – dare vita a rapporti di filiazione, il compito di garantire l’effettivo rispetto dei diritti dei minori che – di fatto – nascono e crescono in queste famiglie è ricaduto (ancora) alla giurisprudenza<sup>5</sup>.

Nella sentenza del 31 marzo 2021, n. 9006, la Corte di Cassazione, riunita a Sezioni Unite, ha affrontato un altro delicato nodo dell’odierno *patchwork* della famiglia contemporanea, sindacando sulla compatibilità dello *status* genitoriale, nella fattispecie di natura intrinsecamente adottiva, di una coppia omogenitoriale maschile con i principi attualmente costituenti la nozione di ordine pubblico internazionale. Secondo le Sezioni Unite il riconoscimento degli effetti del provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di una coppia di uomini che attribuisca lo *status* genitoriale secondo il modello dell’adozione piena o legittimante non contrasta con suddetti principi, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omoaffettivo. Il caso riguardava per l’appunto la richiesta di trascrizione nei registri dello Stato civile italiani dell’*adoption order* emesso dalla *Surrogate’s Court* dello Stato di New York che, a seguito del consenso prestato dai genitori biologici all’adozione del proprio figlio, nonché di un’indagine espletata dai servizi sociali circa l’idoneità dei richiedenti, disponeva l’adozione del minore a favore della coppia di uomini, l’uno cittadino italiano naturalizzato americano e l’altro americano, uniti in matrimonio. L’ufficiale dello Stato civile italiano rifiutava tuttavia la trascrizione del provvedimento. La Corte d’Appello di Milano, adita da uno dei due uomini ai sensi dell’art. 67, L. n. 218/1995, riteneva invero rispettati i principi del riconoscimento automatico dei provvedimenti stranieri e ne accordava la trascrizione. Contro questa sentenza il Sindaco proponeva infine ricorso per Cassazione.

Sin dalle prime righe della sentenza si avverte la preoccupazione della Suprema Corte di chiarire, sino talvolta ad apparire ripetitiva, le differenze tra il caso in esame e quello, già oggetto di una precedente decisione delle Sezioni Unite, riguardante la genitorialità formatasi all’estero per effetto della gestazione per altri (di seguito GPA)<sup>6</sup>. In quell’occasione la Corte aveva infatti ritenuto contrario all’ordine pubblico internazionale la trascrizione del certificato di nascita recante l’indicazione di entrambi i padri, reputando il divieto interno alla GPA e la sanzione penale consequenziale espressione di valori fondamentali quali la dignità umana della donna e l’istituto dell’adozione ed indicando nell’adozione ex art. 44, comma 1, lett. d), L. n. 184/1983, l’unico strumento compatibile con l’ordine pubblico e idoneo ad instaurare un legame giuridico tra il nato all’estero da GPA e il genitore intenzionale o “sociale”.

In effetti, la decisione è incentrata principalmente intorno alla delimitazione del concetto di ordine pubblico internazionale al fine di compiere la valutazione di compatibilità o meno ad esso degli effetti dell’atto di cui si richiede la trascrizione. Una volta escluso chiaramente che lo *status filiationis* del caso in esame non è stato costituito mediante GPA e che alla base dell’adozione non risulta esserci alcuna forma di accordo di surrogazione di maternità, penalmente vietata dall’ordinamento italiano e per tale ragione ritenuta contraria ai principi vigenti di ordine pubblico,

---

*dell’unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e diritto*, n. 10, 2016, 881-888; N. CIPRIANI, *La disciplina delle unioni civili: un punto di arrivo o di partenza?*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2170 ss.

<sup>4</sup> M. BIANCA, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull’erroneo scambio degli embrioni*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n. 1, 2015, p. 193.

<sup>5</sup> Cfr., ex multis, A. SCHILLACI, *Famiglie e dignità delle relazioni: una lettura costituzionale*, in *Questione Giustizia*, n. 2, 2019.

<sup>6</sup> Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Famiglia e Diritto*, 2019. Tra i vari commenti si veda S. CELENTANO, M. ACIERNO, *La genitorialità e la gestione per altri. L’intervento delle Sezioni Unite*, in *Questione Giustizia*, 2019.

la soluzione non appare disagiata per i giudici della Cassazione. Per la Corte, infatti, non vi è dubbio che l'adesione alla nozione di ordine pubblico internazionale, consolidata da ultimo proprio nella pronuncia n. 12193 del 2019, consenta di ritenervi conforme il caso di specie.

Si tratta di una nozione che ha trovato nelle diverse pronunce che si sono susseguite in tema di riconoscimento della genitorialità omoaffettiva formatasi all'estero uno dei terreni più fertili per una sua riconcettualizzazione ed evoluzione. Con sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599<sup>7</sup>, gli Ermellini hanno fissato alcuni principi di grande rilevanza per una chiara ridefinizione del concetto di ordine pubblico, alla luce del superiore interesse del minore<sup>8</sup>. Secondo la Corte, il giudice nazionale chiamato a compiere la verifica di compatibilità con l'ordine pubblico di un atto straniero, non deve valutare né il contenuto dell'atto, né tanto meno la conformità o la difformità della disciplina straniera rispetto a quella interna, ma solo se sussista un contrasto tra gli effetti dell'atto straniero e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Una concezione aperta e universalistica dell'ordine pubblico internazionale che consente di agire non soltanto come limite all'applicazione della legge straniera e dunque al riconoscimento di atti e provvedimenti esteri (artt. 16 e 64, L. n. 218/1995) ma anche come garanzia di promozione e tutela dei diritti fondamentali della persona. Nel caso di specie, occorre dunque verificare se lo *status* genitoriale adottivo rispetti il principio di autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori (art. 2 Cost.; art. 8 Cedu); il principio dei *best interests of the child* (art. 3, Convenzione di New York; art. 24, Carta dei diritti fondamentali dell'Ue); il principio di non discriminazione per evitare disparità di trattamento nello *status* filiale dei minori con riferimento al diritto all'identità e alla continuità affettiva (artt. 2, 3 Cost.; L. n. 184/1983 così come modificata dalla L. n.149/2001 e dalla recente L. n. 173/2015).

Seguono questo tracciato anche altre pronunce successive (n. 14878 del 2017<sup>9</sup>; 16601 del 2017<sup>10</sup>; 14007 del 2018<sup>11</sup>) nelle quali la Cassazione giunge ad affermare che la moderna concezione dell'ordine pubblico internazionale "si fonda su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne, così da sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia ad un'eccessiva indeterminatezza sia ad un legame troppo rigido con i mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali"<sup>12</sup>. Ne è scaturita la conclusione che in materia di diritti fondamentali l'ordine pubblico internazionale possa essere incarnato soltanto dai principi e dai valori della Costituzione e delle Carte dei diritti fondamentali, non essendovi spazio per leggi ordinarie, che costituiscano esercizio di una mutevole discrezionalità legislativa. L'ordine pubblico internazionale è chiamato così a svolgere un ruolo promozionale delle più avanzate conquiste del diritto su scala globale e ogni corte statale, chiamata a valutare la conformità all'ordine pubblico di una norma straniera, gioca un ruolo di avamposto nella difesa attiva e nella ricostruzione dello stesso ordine pubblico internazionale<sup>13</sup>.

Questa apertura, per certi autori sin troppo permissiva<sup>14</sup>, del filtro dell'ordine pubblico ha invero trovato una contrazione nella pronuncia delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019, allorché è

<sup>7</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599.

<sup>8</sup> Cfr., sul punto, I. RIVERA, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *GenIUS*, n. 1, 2017, 70-76; A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di Cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in *www.articolo29.it*, 2016. In senso critico, specialmente con la nozione di ordine pubblico internazionale offerta dalla Suprema Corte si veda, tra gli altri, G. LUCCIOLI, *Il caso del figlio nato da due madri. L'interesse del minore e il limite dell'ordine pubblico*, in *www.giudicedonna.it*, n. 4, 2016.

<sup>9</sup> Cass., 15 giugno 2017, n. 14878.

<sup>10</sup> Cass., 5 luglio 2017, n. 16601.

<sup>11</sup> Cass., 31 maggio 2018, n. 14007.

<sup>12</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, par. 7.

<sup>13</sup> Cfr., per esempio, A. LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018.

<sup>14</sup> Si veda, per esempio, F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e*

stata sottolineata con chiarezza “la rilevanza della normativa ordinaria, quale strumento di attuazione di valori consacrati nella Costituzione” e, di conseguenza, l’esigenza di non trascurare l’interpretazione della legge che “dà forma a quel diritto vivente dalla cui valutazione non può prescindere nella ricostruzione dell’ordine pubblico in un determinato momento storico”<sup>15</sup>. Questa rilettura della clausola dell’ordine pubblico internazionale, quale sintesi tra i valori e i principi condivisi dalla comunità internazionale e il sistema assiologico della Costituzione unitamente alle leggi ordinarie che ad esso si ispirano, ha condotto al rifiuto della trascrizione dell’atto di nascita straniero formatosi per effetto della GPA nell’ambito di una coppia di uomini, con la precisazione – ribadita anche nella sentenza in commento – che l’orientamento omosessuale e il genere maschile della coppia hanno costituito un mero presupposto di fatto ma non l’oggetto della contrarietà ai principi dell’ordine pubblico<sup>16</sup>.

Ripercorrere, se pur sommariamente, le trasformazioni che hanno interessato il modo di intendere il significato e la portata della clausola dell’ordine pubblico è necessario per comprendere meglio la rilevanza della decisione in commento e, al tempo stesso, i dubbi che suscita.

La pronuncia, infatti, è certamente significativa perché la Corte, valorizzando e ampliando il concetto e l’ambito applicativo dell’adozione, attesta come l’unione matrimoniale così come prevista nell’art. 29 Cost., sebbene costituisca il modello di relazione familiare fornito, allo stato attuale della regolazione interna, del massimo grado di tutela giuridica, non identifica più, soprattutto dopo la riforma della filiazione, il modello unico (o quello ritenuto esclusivamente adeguato) per la nascita e la crescita dei figli minori, e conseguentemente deve escludersi che esso possa operare come un limite al riconoscimento degli effetti di un atto che attribuisce la genitorialità adottiva a una coppia dello stesso sesso, tanto più che in relazione all’adozione *l’imitatio naturae* manca sin dall’inizio ed è ampiamente compensata dalle ragioni solidaristiche dell’istituto e, con riferimento al minore, dalla realizzazione del suo benessere psico-fisico e del suo sviluppo personale e relazionale, oggetto di verifica da parte dell’autorità giudiziaria. La Corte, quindi, esclude con nettezza che possano ricondursi a principi di ordine pubblico internazionale i limiti derivanti dalla legislazione ordinaria in tema di accesso alla adozione legittimante (art. 6, L. n. 184/1983), consentito soltanto alle coppie eterosessuali unite in matrimonio; dalla legge sulle unioni civili che non estende alle coppie dello stesso sesso l’accesso all’adozione piena – nonostante lasci aperta la strada all’adozione in casi particolari in quanto riconosciuta in via giurisprudenziale (art. 1, comma 20, L. n. 76/2016); e nemmeno dal regime codicistico in materia di prova della filiazione.

La discrezionalità legislativa interna nell’introdurre determinati limiti nella equiparazione piena del sistema di diritti tra coppie eterosessuali ed omosessuali, oltre a non poter oltrepassare il limite della proporzionalità tra il sacrificio del diritto fondamentale in gioco e l’interesse di rilievo pubblicistico che sottende la limitazione, non può spingersi ad incidere sul riconoscimento, costituzionale e convenzionale, delle unioni tra persone dello stesso sesso come luoghi in cui si sviluppa la personalità del soggetto, anche in ordine all’aspirazione alla genitorialità (ex art. 2, Cost. e art. 8, Cedu) e, soprattutto, sulla centralità dei *best interests of the child* nelle decisioni che riguardano il diritto del bambino all’identità e al diritto di crescere nel nucleo familiare che meglio garantisca il suo equilibrato sviluppo psico-fisico e relazionale. È infatti ormai del tutto consolidato l’assunto che l’orientamento sessuale dei genitori non pregiudichi l’idoneità dell’individuo all’assunzione della responsabilità genitoriale<sup>17</sup>. Soltanto i *best interests* del minore, che si

---

*sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in Osservatorio costituzionale, n. 2, 2020; C. CAMPIGLIO, *Il diritto all’identità personale del figlio nato all’estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell’ordine pubblico)*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2014.

<sup>15</sup> Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, par. 16.1.

<sup>16</sup> Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, par. 18.2.

<sup>17</sup> Che l’orientamento sessuale del genitore o dei genitori sia da ritenersi ininfluenza per il corretto e armonioso sviluppo psico-fisico dei figli è una acquisizione ormai consolidata della giurisprudenza, sia nelle controversie riguardanti l’affidamento dei minori e la responsabilità genitoriale all’interno del conflitto familiare (Cass., 11 gennaio 2013, n. 601), sia nelle questioni concernenti il riconoscimento del legame adottivo ex art. 44, lett. d), L. 184/1983 (Cass., 22 giugno 2016, n. 12962), sia in quelle riguardanti la

realizzano, tra l'altro, con il diritto a mantenere la stabilità della vita familiare consolidatasi all'estero con entrambe le figure genitoriali adottive, costituiscono la bussola che deve guidare il giudice nella decisione.

Un ulteriore profilo di rilevanza è la sintonia – che per certi versi suona come un primo inveramento – tra questa decisione e i più recenti pronunciamenti della Corte costituzionale in materia di omogenitorialità<sup>18</sup>. In particolare, nella sentenza n. 33 del 2021 la Corte ha ammonito il legislatore sottolineando come, nei casi in cui sia precluso il riconoscimento automatico dello *status filiationis* formatosi all'estero in seguito a tecniche di procreazione medicalmente assistita vietate in Italia, l'adozione in casi particolari sia una soluzione non adeguata per tutela piena dei diritti del bambino. La Consulta, quindi, pur confermando la posizione sulla contrarietà all'ordine pubblico internazionale della GPA, pone tuttavia un principio importante di tutela del minore. Se è vero che la GPA “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”, dall'altro canto è innegabile che ogni decisione deve “ricercare la soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore” e non vi è dubbio che l'interesse del bambino sia quello di veder riconosciuto giuridicamente il legame con entrambi i componenti della coppia. In ogni caso non si tratta di riconoscere la pretesa ad un presunto “diritto alla genitorialità” delle coppie omosessuali, ma semmai di affermare il dovere della coppia all'esercizio delle responsabilità genitoriali nei confronti del bambino che hanno voluto. E dunque il monito rivolto al legislatore: per garantire il riconoscimento giuridico del rapporto tra il minore e il genitore non biologico non appare sufficiente il procedimento dell'adozione in casi particolari, in quanto esso non attribuisce la piena genitorialità all'adottante, ed appare dubbio che sia in grado di costituire vincoli di parentela con nonni, zii, fratelli e sorelle. Altro limite del menzionato procedimento di adozione sarebbe inoltre costituito dalla necessità dell'assenso del genitore “biologico”, col rischio che il consenso non venga prestato in caso di sopravvenuta crisi della coppia.

Pertanto, sebbene con riferimento alle leggi n. 40/2004 e n. 76/2016 il legislatore abbia già compiuto alcune valutazioni discrezionali in tema di omogenitorialità e nonostante che l'ammissione di tale genitorialità non sia imposta dalle disposizioni costituzionali, non significa che questo riconoscimento sia precluso, bensì che, se si vuol garantire il diritto delle coppie dello stesso sesso di diventare genitori, tale obiettivo può essere raggiunto soltanto attraverso un intervento legislativo.

Nella decisione in commento, ribadita la diversità della fattispecie rispetto all'ipotesi della genitorialità derivante dal ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, anche la Cassazione ritiene pertanto inadeguata il “declassamento” a *stepchild adoption* del legame genitoriale adottivo “pieno e legittimante” formatosi all'estero, se pur astrattamente non consentito in Italia, trattandosi di una coppia del medesimo sesso, ancorché non punito penalmente, e ne ammette la trascrivibilità nei registri dello Stato civile italiani. Tuttavia, sebbene questa soluzione sia pienamente condivisibile, l'iter logico-argomentativo seguito dalla Corte, soprattutto con riferimento alla giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia, suscita, ad avviso di chi scrive, alcuni dubbi.

Un primo ordine di perplessità è sollevato dalla scarsa coerenza tra l'esito cui giunge la sentenza in esame e quello della precedente pronuncia delle stesse Sezioni Unite, la n. 12193 del 2019, e più volte richiamata dalla stessa come a voler rassicurare sul pieno raccordo tra le due. Gli Ermellini dichiarano di aderire alla nozione di ordine pubblico internazionale consolidata nel precedente del 2019 che, ricomprendendovi al suo interno anche “quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale”<sup>19</sup>, aveva posto un freno a spericolate fughe in avanti nell'interpretazione dei principi

---

trascrizione degli atti di nascita formati all'estero nell'ambito di coppie omoaffettive (Cass., 30 settembre 2016, n. 19599).

<sup>18</sup> Per una rassegna dei differenti orientamenti della giurisprudenza più recente si vedano, in particolare, A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2018, 1 ss.; M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della progressiva giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *www.forumcostituzionale.it* (16 aprile 2020), 160 ss.

<sup>19</sup> Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2503, con nota di C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*.

costituzionali e sovranazionali, valorizzando piuttosto una dimenticata discrezionalità legislativa che si manifesta in quelle norme inderogabili in cui al bene della vita da esse protetto viene attribuita una tutela rafforzata dell'interesse pubblico sotteso ed espressione della tradizione giuridica domestica. Come è stato notato anche in dottrina<sup>20</sup>, si è di fronte alla riemersione di una concezione più chiusa e difensiva dell'ordine pubblico internazionale che sembra scoraggiare un troppo libero attivismo giudiziario nell'interpretazione dei valori costituzionali e una maggiore deferenza rispetto alla legislazione di rango ordinario espressione della identità giuridico-culturale dell'ordinamento nel dato momento storico.

Senza scendere nel merito dell'opportunità di aderire o meno a questa visione difensiva di ordine pubblico internazionale – che, tuttavia, pare perdere di vista la gerarchia sovraordinata dei principi e delle norme di natura costituzionale e, dunque, il fatto che l'applicazione delle regole inderogabili di diritto interno non può mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica di appartenenza, trasfusi *in primis* nella Costituzione, e che rappresentano un ordine pubblico “gerarchicamente superiore” – preme qui evidenziare come la decisione di riconoscere gli effetti del provvedimento straniero di adozione piena e legittimante di un minore da parte della coppia omosessuale rischi di far cadere in contraddizione le Sezioni Unite proprio in relazione a quella nozione di ordine pubblico internazionale cui dichiara di voler aderire. Similmente all'ipotesi di nascita all'estero mediante GPA – pratica sanzionata penalmente nell'ordinamento interno –, anche nel caso di specie ci troviamo di fronte ad un “aggiramento” della norma e dei divieti interni con riferimento all'accesso all'istituto dell'adozione piena e legittimante. Tuttavia, mentre nel primo caso la Corte ha ritenuto di non poter scindere il piano dell'indagine concernente la pratica vietata della GPA da quella riguardante le situazioni giuridiche soggettive del nato ed in particolare il suo diritto fondamentale ad acquisire uno *status* di figlio aderente al suo interesse all'identità e alla continuità affettiva, discriminando di fatto i nati nell'attribuzione dello *status filiationis* a seconda della circostanza della nascita e della modalità di gestazione in violazione degli artt. 3 Cost., 21 Carta UE e 14 Cedu; nel secondo caso, qui in commento, la Corte opera invece questa scissione tra i diversi piani di indagine, sostenendo allora che non rientrano tra i principi di ordine pubblico internazionale le condizioni di accesso alla genitorialità adottiva legittimante (e dunque la diversità di sesso della coppia eterosessuale e il *favor matrimonii*) contenute nell'art. 6 della L. n. 184/1983 e nell'art. 1, comma 20, L. n. 76/2016, evidenziandosi invece come nell'ordinamento coesistano principi di derivazione costituzionale e convenzionale che si pongono rispetto a quelle norme ordinarie in una condizione di netta preminenza sia per la loro collocazione tra i diritti inviolabili della persona, sia per il grado di condivisione. Per queste ragioni la Corte ritiene trascrivibile l'atto straniero di adozione piena, respingendo l'ipotesi di “downgrading” del legame tra i genitori e il figlio nelle modalità dell'adozione in casi particolari.

Un secondo ordine di perplessità si collega invece alla tendenza che si è sviluppata nella prassi giudiziaria così come in dottrina di percorrere la strada dell'uniformazione delle istanze di genitorialità delle coppie omosessuali, attraverso cioè un affievolimento della differenza sessuale nella procreazione e delle differenze nel modo in cui si nasce<sup>21</sup>. In effetti, comparando le *litigation strategies* e la cospicua giurisprudenza che hanno prodotto, si nota la tendenza sempre più marcata di porre al centro della *queaestio iuris* la (bi)genitorialità, lasciando sullo sfondo la diversità delle tecniche che la scienza mette a disposizione per soddisfare il desiderio di genitorialità. Ciò produce almeno due tipologie di problemi: da un lato, conduce a trascurare non solo le differenze tra fecondazione eterologa e GPA, ma anche quelle tra diritto di svolgere le funzioni genitoriali e diritto di diventare genitori, tra relazione materna e relazione genitoriale, tra maternità e paternità, nell'auspicio che il ricorso a un linguaggio “neutro” possa forse facilitare il

<sup>20</sup> Cfr., tra gli altri, G. ARMONE, *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2019.

<sup>21</sup> Sul punto si rinvia a S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, n.3, 2015, 1 ss. Per un inquadramento delle differenze tra tecnologie riproduttive nell'ottica del pensiero femminista si veda, in particolare, A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano, Mimesis, 2020. Più mitigata è invece la posizione di B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, n.1, 2017, 190 ss.

riconoscimento *tout court* delle istanze omogenitoriali; dall'altro lato, pone in termini conflittuali – ovvero in termini di discriminazione – la condizione della coppia omosessuale femminile, per la quale la procreazione medicalmente assistita si attua mediante fecondazione eterologa, in vivo o in vitro, con gameti maschili di un donatore, e della coppia omosessuale maschile, per la quale la genitorialità artificiale passa obbligatoriamente attraverso la distinta pratica della GPA. Ciò ha l'effetto di rendere meno comprensibile il diverso trattamento riconosciuto dalla giurisprudenza alle due distinte situazioni: nel primo caso, ammettendo la trascrivibilità degli atti di nascita formati all'estero e indicanti le due madri (che potenzialmente possono entrambe aver partecipato biologicamente alla nascita) e, nel secondo, negando tale riconoscimento alle coppie di padri perché derivante da una pratica ritenuta incompatibile con l'ordine pubblico. Se però, proprio per le ragioni sopra ricordate, tale disparità di trattamento può essere condivisibile, lo diventa molto meno se passiamo dalla prospettiva dei genitori a quella dei figli, i quali rischiano di ritrovarsi incolpevolmente meno tutelati per il solo fatto di essere nati all'interno di una coppia di uomini anziché all'interno di donne e con una tecnica procreativa differente.

Tutto ciò apre a un terzo ordine di perplessità con riferimento al trattamento discriminatorio che in definitiva colpisce i minori, totalmente privi di responsabilità. Se è vero, come precisa la Cassazione, che formalmente oggetto del giudizio “non è la coerenza di un sistema che accoglie la disparità di trattamento di minori che versano in situazioni di fatto del tutto omologabili ma soltanto la verifica della compatibilità del provvedimento estero di adozione piena che attribuisce la genitorialità [piena e legittimante] ad una coppia omogenitoriale maschile con i principi dell'ordine pubblico internazionale”<sup>22</sup>, è tuttavia innegabile come da questo regime regolatorio così diversificato<sup>23</sup> ad essere compressi siano i diritti fondamentali dei figli, quale quello a vedersi riconosciuto lo *status* in maniera piena, effettiva ed immediata. L'esame della pluralità di indici costituzionali e convenzionali tutti univocamente rivolti alla creazione di un sistema uniforme e privo di trattamenti discriminatori di diritti del minore rispetto agli *status filiationis* e ai suoi *best interests* – evocati puntualmente anche nella decisione in commento – non sembra alla fine dei conti trovare un reale riscontro nei fatti. La tutela piena dello *status* di figlio adottivo offerta oggi dalle Sezioni Unite con trascrizione dell'atto straniero è coerente con il sistema dei valori costituzionali e convenzionali a protezione dei *best interests* del bambino, non lo è altrettanto riservare ai nati all'estero da GPA unicamente la strada dell'adozione in casi particolari, in considerazione del fatto che – a ben vedere – anche nel caso di specie siamo davanti a una “violazione” delle norme interne che regolano l'istituto e che, ipoteticamente, anche nell'adozione di tipo consensuale<sup>24</sup> (fondata cioè sul consenso espresso dai genitori biologici del minore) vi si potrebbero annidare illecite cessioni<sup>25</sup> (che sono anche tra i motivi per cui si rifiuta la GPA). Si tratta naturalmente di una palese forzatura ma che illustra bene le contraddizioni e le disparità di trattamento che possono sorgere da una così frastagliata tutela dei minori che nascono e crescono in famiglie omoaffettive. Ciò dimostra l'insofferenza per l'attuale situazione di immobilismo legislativo rispetto al crescente numero di richieste di tutela di *status* filiali provenienti da scelte genitoriali non previste dall'ordinamento positivo. La soluzione ottimale sarebbe dunque l'intervento del legislatore, nell'esercizio del margine di apprezzamento che gli è stato riconosciuto in relazione al bilanciamento degli interessi in gioco, perché, ad avviso di chi scrive, alla regolamentazione possono corrispondere livelli più o meno soddisfacenti di protezione, mentre al silenzio, all'inerzia o al divieto assoluto corrisponde sostanzialmente un atteggiamento di disinteresse rispetto al concreto svolgimento del percorso riproduttivo all'estero e al concreto

<sup>22</sup> Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, par. 18.6.

<sup>23</sup> Cfr., in questo senso, G. CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*, in Foro It., 2019, I, c. 2003 ss.

<sup>24</sup> Per un approfondimento sui modelli normativi in materia di adozione, si rinvia, in particolare, a L. LENTI, *Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. ZATTI, III, *Filiazione* a cura di G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI, Milano 2002, p. 575 ss.

<sup>25</sup> È la stessa Corte a evidenziarlo, richiamando un precedente della Corte costituzionale, n. 536 del 1989, dove si afferma che “la constatazione di questo fenomeno [...] non può condurre a ritenere fondata una questione che poggia su generalizzazioni indimostrate”, e pertanto a ritenere un modello di adozione anche di tipo consensuale compatibile con i principi di ordine pubblico e non ostativo al riconoscimento dei relativi provvedimenti stranieri.

svolgersi delle relazioni fra i soggetti coinvolti con il rischio di ledere i diritti della parte più vulnerabile di quella relazione. Tuttavia, ove questo bilanciamento non sia realizzato dal legislatore dovrà essere la giurisprudenza a tenere conto dei principi costituzionali e convenzionali e a tentare di rendere omogenea la condizione dei minori<sup>26</sup>.

In conclusione, nel rapporto tra legge, diritto, etica e giustizia si deve allora auspicare che le scelte pubbliche si muovano sì con cautela, ma anche con costante attenzione alla realtà, nella sua concretezza, anziché privilegiare astratti formalismi, per non trovarsi poi a imporre rigidi divieti che rischiano di risultare solo ideologici ed eticizzanti<sup>27</sup>, tali da venire nei fatti scavalcati da soluzioni che consentono di aggirarli. Non si tratta di rinnegare il ruolo dei principi, dei valori costituzionali, ma – all’opposto – di esaltarli in un’ottica pluralistica e partecipata. Tantomeno si determina, in tal modo una vanificazione della centralità della legge da riconoscere – in massima misura per quanto disposto dai precetti costituzionali. Si impone, semmai, un’interpretazione delle fonti che sia davvero rispettosa di tali fondamentali presidi dell’assetto «personalistico» definito dal disegno dei Costituenti, alla luce delle garanzie sancite anche dalle Carte dei diritti<sup>28</sup> e dalle Convenzioni internazionali<sup>29</sup>, le cui previsioni sono applicabili in materia, e delle indicazioni promananti dalla giurisprudenza «europea» in tema di diritti e libertà fondamentali, desumibile dal *corpus* delle decisioni della Corte di Strasburgo, da considerare anche in vista di una ridefinizione dell’assetto normativo presente in Paesi – Stati membri del Consiglio d’Europa – non direttamente coinvolti in singole vicende sottoposte al suo esame. Per questo è più che condivisibile l’affermazione secondo cui oggi «solo in senso debole e forse marginale il diritto pretende di esprimere la voce dello Stato, quale detentore unico ed autocratico del potere e dispensatore di giustizia [...]. Lo sviluppo della complessità sociale costringe il diritto «legale» e statuito in margini sempre più invasi da logiche di equità, al richiamo a fonti esterne o morali [o meglio etiche], permeate dall’elasticità della *soft law*, dalla funzione equilibratrice dei principi giuridici»<sup>30</sup>, dal bilanciamento in concreto dei diritti, dalla responsabilizzazione di tutti i soggetti coinvolti.

---

<sup>26</sup> Cfr., per esempio, G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in *Consulta Online*, 2017, fasc. II.

<sup>27</sup> Come nel caso italiano e` chiaramente risultato dal destino che fin qui ha caratterizzato la legge 40/2004, ossia con riferimento all’opera di progressiva demolizione del suo impianto originale ad opera dei giudici costituzionali. Sul tema si veda, per esempio, P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3-4, 2014.

<sup>28</sup> Si veda, in particolare, la Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (art. 21).

<sup>29</sup> Cfr., in particolare, la Convenzione europea per i diritti dell’uomo del 1950 (artt. 8 e 14) o, più nello specifico, Convenzioni come quella sui Diritti del Fanciullo del 1989 (art. 3) o quella di Oviedo sulla biomedicina del 1997 (art. 2).

<sup>30</sup> G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza del diritto. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 6.