

## Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità femminile

L'introduzione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (p.m.a.) ha determinato un ampliamento del processo procreativo oltre i limiti biologici derivanti dalle condizioni soggettive impeditive di natura patologica o legati al genere. Questo ha portato la giurisprudenza a doversi confrontare con nuovi modelli genitoriali e con le istanze sociali volte a ricondurre l'aspirazione alla genitorialità nel catalogo dei diritti inviolabili della persona, tenuto conto della vocazione universalistica del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. che permea anche le relazioni affettive e familiari.

Invero, nell'ultimo decennio, i giudici, su richiesta prevalente di coppie omoaffettive, si sono occupati delle nascite da p.m.a. e della conseguente definizione giuridica della relazione con il genitore d'intenzione, svolgendo un ruolo fondamentale nel determinare il diritto vivente applicabile in materia. È proprio dai casi di omogenitorialità che si è sviluppato il nuovo corso dell'intervento della giurisdizione sulle questioni connesse alle tecniche di p.m.a., in quanto incentrato non più sui problemi legati all'accesso ma su quelli conseguenti alla nascita del minore.

Spesso le soluzioni non sono state univoche, soprattutto in tema di riconoscimento e trascrizione degli atti di nascita esteri, ove si è mantenuta una distinzione tra omogenitorialità femminile ed omogenitorialità maschile, in considerazione delle diverse forme di p.m.a. cui la coppia omoaffettiva può ricorrere e delle ricadute che tale diversità ha nella valutazione di non contrarietà ai principi di ordine pubblico internazionale.

Un regime differenziato è previsto anche in funzione del luogo di nascita del minore. Ove quest'ultimo nasca in Italia, lo status filiationis conseguente alla nascita è regolato dal diritto interno e soggiace a tutto quel sistema di prescrizioni e divieti che il legislatore, nell'esercizio delle sue scelte di politica legislativa, ha previsto per le coppie omoaffettive in tema di accesso alle tecniche di p.m.a. ed all'adozione legittimante. Diversamente, qualora il riconoscimento del rapporto di filiazione avvenga ad opera di un atto estero, l'unica valutazione che si rende necessaria è quella, meno stringente,

relativa alla compatibilità degli effetti dell'atto estero con i soli principi di ordine pubblico internazionale.

Quel che va evidenziato è che, anche ove non sia stata ritenuta praticabile la strada del riconoscimento pieno della genitorialità per le coppie omoaffettive, la giurisprudenza ha comunque tenuto conto della necessità di non privare il minore dell'eventuale relazione affettiva sviluppata con il genitore d'intenzione, riconoscendo nell'adozione in casi particolari contenuta nella lett. d) dell'art. 44 della L. n. 184 del 1983, la forma di genitorialità "minima" applicabile a tutte le relazioni omogenitoriali.

Si tratta di un modello di adozione sicuramente diverso e gradato rispetto a quello dell'adozione legittimante, ma pur sempre costitutivo di una relazione genitoriale vera e propria con il minore, sia dal punto di vista dell'assunzione della responsabilità genitoriale che della titolarità di diritti e doveri ad essa conseguenti, con la sola limitazione del profilo della parentela e dei diritti successori.

Questa impostazione risulta coerente con il principio consolidato all'interno della giurisprudenza di legittimità (Cass., n. 601 del 2013), secondo il quale non vi sono certezze scientifiche, dati di esperienza o l'indicazione di specifiche ripercussioni negative sul piano educativo e della crescita del minore, derivanti dall'inserimento del medesimo in una famiglia incentrata su coppia omosessuale, atteso che l'asserita dannosità dell'inserimento va dimostrata in concreto e non può essere fondata sul mero pregiudizio. Il principio è stato affermato in una fattispecie in cui la ex moglie, successivamente al giudizio di separazione, aveva instaurato una relazione omogenitoriale con un'altra donna; circostanza, quest'ultima, non qualificata dalla Corte come idonea a legittimare, nei confronti del genitore omosessuale, una limitazione nell'esercizio della responsabilità genitoriale ovvero la decadenza dalla stessa (Cass. n. 601 del 2013).

Va precisato che le coppie omoaffettive, anche dopo aver ricevuto un riconoscimento giuridico ad opera della legge sulle unioni civili (L. n. 76/2016), non possono ricorrere all'adozione del figlio del coniuge di cui alla lett. b) dell'art. 44 della L. n. 184 del 1983, perché il legislatore, all'art. 1, co. 20 della legge sopra citata, ha espressamente escluso l'applicazione alle parti dell'unione civile delle norme codicistiche

sulla filiazione e di quelle relative all'adozione di cui alla L. n. 184/1983. È tuttavia fatto salvo quanto "previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti", così da garantire un'apertura verso il diritto vivente che la giurisprudenza, attraverso i suoi orientamenti, ha determinato con il ricorso all'ipotesi adottiva di cui all'art. 44 lettera d) l. n. 184 del 1983.

Dunque, la strada dell'adozione di cui alla lett. d) è apparsa l'unica praticabile per le coppie omoaffettive alla luce di un duplice ordine di ragioni. In primis, perché l'adozione in casi particolari non richiede il possesso delle condizioni soggettive ed oggettive previste per l'adozione legittimante (art. 6), così da poter essere richiesta anche dal single o da chi sia legato al genitore biologico da una relazione priva di riconoscimento giuridico o da una relazione non qualificata dall'ordinamento come idonea per il riconoscimento della genitorialità piena. In secondo luogo, perché la fattispecie disciplinata dalla lett. d) non incontra altri limiti oggettivi e soggettivi diversi dalla constatata impossibilità di affidamento preadottivo, interpretata dalla giurisprudenza quale impossibilità giuridica, non di fatto, che non postula l'esistenza di una situazione di abbandono o semi abbandono nel minore ma è funzionale a salvaguardare la continuità affettiva ed educativa dei legami intercorrenti tra il minore e chi se ne prende cura.

Se da una parte l'adozione in casi particolari di cui alla lett. d) è stata indicata quale unica forma di omogenitorialità giuridicamente compatibile con la legislazione interna in tema di filiazione e nascita da p.m.a., dall'altra, la giurisprudenza non ha rinunciato a spingersi oltre ed a riconoscere direttamente i rapporti di filiazione costituiti all'estero.

Una maggiore apertura si è registrata sul versante dell'omogenitorialità femminile, rispetto a quella maschile, in ragione delle diverse modalità di accesso alla p.m.a. e delle conseguenze che tale diversità determina nella valutazione di non contrarietà ai principi di ordine pubblico internazionale. Invero, il ricorso alla p.m.a. da parte di una coppia di genere femminile consente sempre, quantomeno ad una delle partner della coppia, precisamente, a quella nel cui utero viene impiantato l'embrione formato in vitro, di portare avanti la gestazione e di partorire, così realizzando una maternità perfettamente corrispondente a quella naturale che, secondo le regole civilistiche, legittima

l'acquisizione del relativo status genitoriale. Diversamente, l'omogenitorialità maschile, in assenza del fenomeno naturale del parto, non è di immediata constatazione e comporta necessariamente il ricorso alla gestazione per altri, espressamente vietata nel nostro ordinamento dall'art. 12, co. 6, della L. n. 40/2004. Anche ove uno dei partner conferisca il gamete maschile per la fecondazione dell'embrione, quest'ultimo viene impiantato nell'utero della madre gestante che si presenta come una terza persona rispetto alla coppia omoaffettiva, così violando il suddetto divieto.

Alla luce di ciò, la Corte di Cassazione (Cass., n. 19599 del 2016) ha affermato la non contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento e della trascrizione nel registro dello stato civile di un atto estero validamente formato, nel quale risulti la nascita di un figlio da parte di due donne a seguito di procedura assimilabile alla fecondazione eterologa, per avere la prima donato l'ovulo e la seconda condotto a termine la gravidanza con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto. Nel caso di specie, dunque, entrambe le partner hanno avuto un ruolo attivo dal punto di vista genetico e biologico nel processo procreativo e l'unico profilo eterologo è costituito dal gamete maschile, il quale è naturalmente necessario per la procreazione.

Con sentenza 14878/2017, la Corte è giunta alle medesime conclusioni nell'ipotesi in cui la p.m.a. era qualificabile come eterologa in relazione sia al gamete maschile che a quello femminile, ossia quando la partner diversa dalla gestante non aveva alcun legame biologico con il minore perché non ha partecipato al processo procreativo. Questa mancata partecipazione non è stata ritenuta rilevante ai fini della costituzione dello status genitoriale, poiché la tutela del preminente interesse del minore ed il principio di non discriminazione in virtù dell'orientamento sessuale sono state ritenute sufficienti a legittimare la costituzione di uno status genitoriale anche in favore della partner non gestante.

Parimenti, è stata affermata la legittimità della trascrizione della sentenza straniera che abbia pronunciato l'adozione piena dei figli di coppia omogenitoriale femminile ritenendo nettamente prevalente il diritto del minore al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatosi con entrambe le figure genitoriali, senza che abbia rilievo

l'orientamento sessuale della coppia, non potendo quest'ultimo incidere sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale. La pronuncia (Cass., n. 14007/2018) ha riguardato un caso di adozione incrociata di due minori: la madre biologica dell'uno era stata madre genetica dell'altro e viceversa.

L'orientamento di apertura che emerge dalle pronunce citate deve confrontarsi con quanto affermato dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 221/2019) in materia di divieto di accesso alla p.m.a. per le coppie omoaffettive, previsto dall'art. 5, L. n. 40/2004, secondo il quale: "possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi vivi". Il giudice delle Leggi ha ritenuto tale divieto compatibile con i principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 3 Cost., posto che rientra nella piena discrezionalità del legislatore la scelta del modello relazionale (coppia eterosessuale) abilitato a ricorrere alla p.m.a, ma, d'altra parte, ha escluso la sua riconducibilità a principio intangibile dell'ordine pubblico internazionale, in quanto operante solo sul versante del diritto interno. Trattasi, infatti, di un limite normativo attinente alla sola fase di accesso alla p.m.a. e non a quella successiva alla nascita, così da non potere incidere sulla determinazione del regime giuridico da adottare in tema di status filiali.

In applicazione dei principi espressi dalla Corte Costituzionale, la giurisprudenza di legittimità, con due pronunce inerenti a minori nati in Italia mediante ricorso estero a p.m.a. (Cass., nn. 7668 e 8029 del 2020), ha negato il diritto del genitore d'intenzione ad essere indicato unitamente alla madre gestante nell'atto di nascita, stante l'operatività del divieto di cui all'art. 5. Il caso di specie, sottolinea la Corte di Cassazione, diverge da quelli affrontati nelle precedenti pronunce (Cass., n. 19599/2016 e Cass., n.14878/2017) poiché concerne un atto predisposto e confezionato in Italia e, dunque, pienamente soggetto al diritto interno.

L'elemento differenziale costituito dall'evento nascita, in un caso all'estero, nell'altro in Italia, produce conseguenze giuridiche in ordine al paradigma normativo invocabile ed alla tipologia di genitorialità sociale riconoscibile. Qualora il minore nasca in Italia, lo status filiationis è regolato esclusivamente dalla legge italiana, con piena operatività del divieto per le coppie omoaffettive di accedere alla p.m.a. (ex art. 5, L. n.

40/2004) ed all'adozione legittimante (secondo il combinato disposto degli artt. 6 della L. n. 184/1983 e 1, co. 20, della L. n. 76/2016) e l'unica forma di genitorialità riconoscibile è quella dell'adozione in casi particolari ex lett. d), L. n. 184/1983. Per contro, nel caso in cui si richieda il riconoscimento di un atto estero che riconosca la bigenitorialità, l'unica verifica che s'impone come necessaria concerne la compatibilità con i principi di ordine pubblico internazionale, senza che rilevino i suddetti divieti di diritto interno.

Al riguardo deve osservarsi che, secondo la giurisprudenza di legittimità, non rientra nel perimetro dei principi dell'ordine pubblico internazionale, né l'orientamento sessuale della coppia, in quanto inidoneo ad incidere sull'assunzione della responsabilità genitoriale, né i limiti che il legislatore ha posto alle coppie omoaffettive in materia di accesso alla p.m.a ed all'adozione legittimante, operando questi sul solo piano interno dell'accesso alla genitorialità. L'unico ostacolo al riconoscimento dello status genitoriale validamente formati all'estero è stato rinvenuto nel divieto di surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, co. 6, della L. n. 40/2004 che, alla luce delle Sezioni Unite n. 12193/2019, è qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione. In forza di tale principio, i giudici di legittimità hanno negato il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero che ha accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante ricorso alla gestazione per altri e il genitore d'intenzione, individuando nell'adozione non legittimante ex art. 44, lett. d) della L. n. 184/1983 l'unica forma di genitorialità con la quale tutelare adeguatamente l'interesse del minore.

Recentemente, le Sezioni Unite (sent. n. 9006/2021) si sono nuovamente pronunciate in materia di omogenitorialità maschile e, ponendosi in linea di continuità con l'orientamento precedente, hanno escluso l'incompatibilità con i principi di ordine pubblico internazionale del riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione piena di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile, non ritenendo un elemento ostativo l'omogenitorialità del il nucleo familiare qualora sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione. Nel caso di specie, l'adozione estera è stata pronunciata

dopo aver acquisito il consenso dei genitori biologici, ma la Corte, valorizzando un precedente della giurisprudenza costituzionale (Corte Cort., sent. n. 536/1989), ha escluso che nel modello consensuale possa rinvenirsi un'aprioristica contrarietà ai principi fondamentali dell'ordinamento, spettando al giudice di merito il compito di verificare, caso per caso, il rispetto delle garanzie irrinunciabili per i soggetti coinvolti nel procedimento adottivo, nonché accertare che il contenuto del provvedimento straniero sia effettivamente adottivo.

Con questa pronuncia la giurisprudenza ha dato pieno riconoscimento alla bigenitorialità maschile, ove il processo procreativo non sia con certezza fondato sul ricorso alla gestazione per altri, dovendosi in questo caso ravvisare la contrarietà dell'atto estero ai principi di ordine pubblico internazionale. Va osservato, però, che proprio sulla scorta di tale divieto si rischia un regime differenziato in ragione del genere della coppia omoaffettiva che ricorre alla p.m.a. Se di genere maschile, non può essere riconosciuta altra forma di genitorialità all'infuori di quella adottiva, per quella femminile c'è spazio in relazione alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero alla costituzione dello status genitoriale anche non adottivo

In conclusione, dall'analisi dello stato attuale del diritto vivente, ciò che emerge e su cui si invita a riflettere, è una situazione di discriminazione nella quale versa il minore a causa di circostanze da lui indipendenti, quali l'acquisizione dello status filiationis in Italia e la nascita a seguito di una pratica vietata dall'ordinamento (maternità surrogata). Di fatti, in questi casi, l'unica forma di genitorialità riconoscibile è quella graduata dell'adozione in casi particolari ex lett. d), la quale, rispetto all'adozione legittimante, comporta una contrazione dei diritti del minore, di carattere prevalentemente patrimoniale e successorio, che difficilmente si giustifica alla luce del principio di unicità dello status di figlio.

L'inadeguatezza di un simile sistema di tutela è stata messa in luce anche da due recenti sentenze della Corte Costituzionale (nn. 32 e 33 del 2021), con le quali è stata riconosciuta la necessità di un intervento legislativo tempestivo ed efficace per colmare tale deficit di tutela.

La prima delle due sentenze ha avuto ad oggetto un caso di omogenitorialità femminile in cui la madre biologica, a seguito della cessazione della relazione omoaffettiva, ha negato il proprio consenso al fine di impedire che il genitore d'intenzione fosse riconosciuto quale genitore adottivo di due gemelle nate da p.m.a. secondo il modello di adozione in casi particolari di cui alla lett. d). Dal momento che le minori sono nate in Italia, l'operatività del divieto di cui all'art. 5 ha precluso ogni possibilità di riconoscimento giuridico della relazione con il genitore d'intenzione, nonostante quest'ultima avesse condiviso il progetto di p.m.a. prestando il proprio consenso, ed avesse avuto un ruolo attivo nella cura, educazione e crescita delle minori. La Corte Costituzionale ha evidenziato come non esiste un divieto costituzionale per le coppie dello stesso sesso di accogliere figli, ma spetta alla discrezionalità del legislatore disciplinarne in concreto le modalità. Allo stesso tempo, però, ha condiviso le preoccupazioni del giudice rimettente circa l'attuale condizione di discriminazione e deficit di tutela nella quale versano i minori nati in Italia da p.m.a. condivisa da una coppia omoaffettiva. Infatti, dopo aver dedicato ampio spazio alle ragioni di tutela del minore, alla valorizzazione dei legami instaurati con il genitore d'intenzione ed al divieto di discriminazione in forza dell'orientamento sessuale, ha concluso rivolgendo un monito al legislatore ad intervenire, ritenendo “non più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il ruolo di tutela del preminente interesse del minore”.

A conclusioni analoghe è pervenuta la sentenza n. 33/2021 in materia di gestazione per altri all'interno di una coppia omogenitoriale maschile. Fermo il disvalore che il legislatore, sulla base di una valutazione discrezionale implicante profili etici, collega alla maternità surrogata, la pronuncia non ha mancato di soffermarsi sulle conseguenze pregiudizievoli che tale stigma comporta per i diritti del minore. La Corte pone l'accento non sul “diritto alla genitorialità” ma unicamente sull'interesse del minore a che sia affermata, in capo a chi si è determinato ed ha condiviso la scelta di generare, “la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio delle responsabilità genitoriali”. In relazione a quest'ultimo profilo, se da una parte viene riconosciuta la libertà di apprezzamento degli Stati in ordine alla scelta del modello genitoriale ritenuto migliore, dall'altra, l'adozione in

casi particolari risulta inadeguata, oltre che inscindibilmente condizionata dall'assenso del genitore biologico.

Pertanto, anche il giudice delle Leggi ha preso atto dell'attuale situazione discriminatoria in cui versano i minori riconosciuti figli di coppie omoaffettive, dimostrando un'insofferenza verso il perdurante immobilismo legislativo rispetto al crescente numero di richieste di tutela di status filiali provenienti da scelte genitoriali non consentite dall'ordinamento interno. Questo porta ad interrogarsi sulla ragionevolezza e, prima ancora, sulla compatibilità con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) di un simile trattamento discriminatorio che deriva esclusivamente da scelte politiche riconosciute come costituzionalmente legittime, in quanto espressione del potere discrezionale del legislatore, ma non necessariamente imposte dalla nostra Costituzione. Nelle more di un intervento tempestivo ed efficace del legislatore, spetta, dunque, ai singoli giudici, attraverso un'interpretazione che tenga conto delle indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale, l'arduo compito di colmare il deficit di tutela presente attualmente nell'ordinamento.