

LA FECONDAZIONE ETEROLOGA E LE COPPIE
OMOAFETTIVE NEL SISTEMA ITALIANO: PROSPETTIVE DI
TUTELA DEL NATO

*HETEROLOGOUS FERTILIZATION AND HOMOAFECTIVE
COUPLES IN THE ITALIAN SYSTEM: PERSPECTIVES FOR THE
PROTECTION OF THE CHILD*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 410-435



Carlo
ATTANASIO

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Come è noto, l'art. 5 della l. n. 40/2004 prevede, quale requisito soggettivo per l'accesso alle tecniche di P.M.A., la diversità di sesso della coppia richiedente, escludendo così formalmente le coppie omoaffettive dalle procedure di fecondazione eterologa. Tuttavia, ciò ha alimentato il c.d. turismo procreativo, incentivando tali coppie a recarsi in paesi stranieri, le cui legislazioni non prevedano un siffatto limite soggettivo. Nell'ottica del migliore interesse del minore si pone allora, nell'ambito dell'ordinamento italiano, il problema di tutelare il nato in virtù di una P.M.A., compiuta all'estero, da una coppia dello stesso sesso. In particolare, l'esigenza di tutela emerge qualora si volesse, in séguito alla nascita, riconoscere o costituire in Italia lo status filiationis del minore nei confronti della coppia, ovvero là dove quanto meno si intendesse attribuire rilevanza giuridica al rapporto genitoriale di fatto tra il genitore intenzionale ed il minore. All'approfondimento di tali profili problematici è dedicato il presente lavoro.

PALABRAS CLAVE: Procreazione medicalmente assistita; coppie omoaffettive; best interest of the child.

ABSTRACT: *As is well known, art. 5 of l. n. 40/2004 provides, as a subjective requirement for access to assisted reproduction techniques, the sex difference of the applicant couple, thus formally excluding homoaffektive couples from heterologous fertilization procedures. However, this has fuelled the so-called procreative tourism, encouraging such couples to travel to foreign countries, whose laws don't provide for such a subjective limit. From the point of view of the best interests of the child, in the context of the Italian legal system, the problem arises of protecting the child born through M.A.P., performed abroad, by a same-sex couple. In particular, the need for protection emerge if, after birth, there was the will to recognise or constitute in Italy the status of the minor as a child of the couple, or at least the will to attach giuridical relevance to the de facto parental relationship between the intentional parent and the child. This work is dedicated to the in-depth exploration of these problematic profiles.*

KEY WORDS: *Medical assisted procreation; same-sex couple; best interest of the child.*

SUMARIO.- I. PREMessa.- II. SEGUE. L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI DEL FIGLIO DEL PARTNER DELLO STESSO SESSO.- III. SEGUE. IL RICONOSCIMENTO DI PROVVEDIMENTI DI ADOZIONE STRANIERI E LA TRASCRIZIONE DI UN ATTO DI NASCITA REDATTO ALL'ESTERO.- IV. IL PROBLEMA DELLA TUTELA DEL NATO IN ITALIA DA FECONDAZIONE ETEROLOGA OMOAFFETTIVA ESEGUITA ALL'ESTERO.- V. LA SUPPOSTA INADEGUATEZZA DELL'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI QUALE STRUMENTO DI TUTELA DEL MINORE.- VI. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

I. PREMessa.

L'assenza nell'ordinamento italiano di indici normativi che rimandino, in via generale, ad un diritto alla genitorialità per le coppie omosessuali non esclude che si possano in concreto verificare casi di genitorialità omoaffettiva. Si pone pertanto il rilevante problema di come tali situazioni debbano essere regolamentate nella prospettiva della tutela del minore coinvolto. In particolar modo, rileva ai fini del presente discorso la tutela del nato da P.M.A., sulla base di un progetto procreativo portato avanti da una coppia *same sex*. Se è vero, infatti, che l'art. 5 della l. n. 40/2004, nella parte in cui prevede il requisito della diversità di sesso della coppia, nega in radice alle coppie omosessuali l'accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita eseguite in Italia, tali coppie possono certamente recarsi all'estero, dove non sussiste una siffatta preclusione, agevolando così il diffondersi del fenomeno che prende il nome di "turismo procreativo"¹. Alla luce dell'innegabile preminenza del *best interest of the child*², l'esigenza di protezione del nato nelle suddette condizioni non poteva (e non può) certo essere trascurata. Per tale motivo, pur nell'inerzia del legislatore, la

- 1 Per una panoramica generale del fenomeno, denominato anche come "turismo riproduttivo", si vedano, ad esempio, DI MASI, M., VIRGILIO M.: "La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale", *Min. giust.*, 2017, n. 1°, pp. 41 ss.; LONG, J., NALDINI, M.: "Turismo matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche", *GenIUS*, 2015, n. 2°, pp. 163 ss.
- 2 Espressione che letteralmente è traducibile come "miglior interesse del bambino (minore)". Tuttavia, nella letteratura è invalso altresì l'uso della traduzione "superiore interesse del minore", ovvero di "preminente interesse del minore". Ciò è dovuto in particolare al testo in lingua francese della Convenzione dei diritti sul fanciullo adottata a New York il 20 novembre 1989, dove si discorre (v. a tal proposito l'art. 3) di "*intérêt supérieur de l'enfant*" al quale deve essere riconosciuta una "*considération primordiale*". La differenza terminologica sopra evidenziata non deve essere sottostimata. Difatti, se il ricorso a termini quali "superiore" o "preminente" suggerisce l'idea di un interesse del minore da intendersi quale interesse supremo che prevale sempre e comunque sugli altri, l'impiego di una terminologia che rimanda al "migliore interesse" può declinarsi in un duplice senso: da un lato, attribuendo all'interesse del minore una sorta di preferenza in un giudizio di bilanciamento con altri interessi parimenti importanti, dall'altro lato, ponendo un parametro astratto, espresso per mezzo di una clausola generale, volto ad individuare caso per caso la soluzione maggiormente aderente all'esigenza di tutela del minore. Sulla questione terminologica, in ordine al *best interest of the child*, si veda ad esempio LENTI, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 86 ss., nonché da ultimo DI MASI, M.: *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli, 2020, pp. 65

• Carlo Attanasio

Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Sassari. E-mail: carloattanasio87@yahoo.it

giurisprudenza ha elaborato o comunque riconosciuto diversi strumenti di tutela, aprendo così alla *stepchild adoption* in favore delle coppie omosessuali, ovvero ammettendo la trascrizione, nel nostro ordinamento, del certificato di nascita formato all'estero di bambini nati da P.M.A., indicanti, quali genitori, persone dello stesso sesso, o ancora riconoscendo provvedimenti stranieri di adozione piena di soggetti minori compiuta sempre da coppie *same sex*.

II. SEGUE. L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI DEL FIGLIO DEL PARTNER DELLO STESSO SESSO.

Per ciò che concerne l'adozione del figlio del partner (la c.d. *stepchild adoption*), in favore di coppie omosessuali, la sua progressiva affermazione nel nostro ordinamento ha preso le mosse da una interpretazione evolutiva, conforme all'art. 8 CEDU³, dell'istituto dell'adozione in casi particolari⁴ e, in particolare, dell'art. 44, primo comma, lett. d)⁵, l. n. 184/1983, dove si prevede che si possa dar luogo all'adozione in casi particolari "quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo". Tale orientamento, inaugurato da un'ormai famosa sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma del 2014⁶, per poi consolidarsi nel panorama giurisprudenziale, nonostante alcune pronunce di merito in senso contrario, fino a consacrarsi definitivamente con la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione n. 12962/2016⁷, si fonda essenzialmente sull'interpretazione del riferimento all'"impossibilità di affidamento preadottivo", da intendersi non soltanto come impossibilità di fatto, ma anche come impossibilità di diritto. Tra le impossibilità di diritto, che precluderebbero l'affidamento preadottivo,

3 Cfr. sul punto FERRANDO, G.: "Adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza", *Dir. succ. e fam.*, 2017, n. 1°, pp. 79 ss., spec. p. 90.

4 Per un approfondimento in tema di adozione in casi particolari si veda, *ex multis*, ROSSI CARLEO, L.: "Il diritto del minore a una famiglia: affidamento e adozione", in AA.VV.: *Diritto Civile, I, Fonti, Soggetti, Famiglia* (diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI), II, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 461 ss.

5 Secondo un'impostazione minoritaria il fondamento normativo della *stepchild adoption* in favore delle coppie omosessuali potrebbe addirittura rinvenirsi direttamente nella lett. b) dell'art. 44, co. 1, l. n. 184/1983, dove si prevede che l'adozione speciale possa essere effettuata "dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge". In questo senso si veda, ad esempio, CIPRIANI, N.: "La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali", *Dir. fam.*, 2015, n. 1°, pp. 183 s., secondo cui in alternativa sarebbe possibile sollevare questione di illegittimità costituzionale della medesima norma, proprio in quanto non consente al partner omosessuale del genitore, di adottare il figlio di quest'ultimo, nonché MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Le adozioni in casi particolari ed il caso della *stepchild adoption*", *Corr. giur.*, 2016, n. 10°, pp. 1217 ss.

6 Trib. minorenni Roma, 30 luglio 2014, n. 299, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, n. 1°, pp. 109 ss.

7 Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, *Giur. it.*, 2016, n. 12°, pp. 2573 ss., con nota di SPADAFORA, A.: "Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa". Cfr. in proposito anche i rilievi di FERRANDO, G.: "Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 9°, pp. 1213 ss.

Ad oggi, l'orientamento indicato nel testo è nettamente quello maggioritario, anche se non sono mancate decisioni di avviso contrario, soprattutto nella giurisprudenza di merito. Si vedano in proposito, ad esempio, Trib. Torino, 11 settembre 2015, nn. 258-259, *Fam. dir.*, 2017, n. 11°, pp. 983 ss., con nota di BILOTTI, E.: "L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il dibattito tra i giudici di merito", ribaltata successivamente in appello, con adesione all'orientamento ormai maggioritario (cfr. App. Milano, 9 febbraio 2017, *Corr. giur.*, n. 6°, 2017, pp. 798 ss.)

potrebbe annoverarsi anche l'adozione, ad opera del *partner* omosessuale, del figlio del convivente, posto che in tale caso il minore – avendo già un genitore (biologico) che possa prendersi cura di lui – non può certo essere dichiarato adottabile e pertanto non può conseguentemente ritenersi destinatario di un affidamento preadottivo, giacché manca in sostanza una situazione di abbandono. Tale circostanza, in effetti, pur se costituisce un requisito essenziale per l'adozione piena, non è invero presupposto indefettibile per l'adozione in casi particolari⁸. Tuttavia, è chiaro come a una siffatta ricostruzione possa difficilmente ricorrersi in riferimento a talune ipotesi di maternità surrogata, là dove venisse a mancare il contributo biologico minimo⁹ proveniente da almeno una parte della coppia. In tali casi, la giurisprudenza tende a dichiarare lo stato di abbandono del nato e conseguentemente lo stato di adottabilità dello stesso, essendo tale soluzione (ritenuta) quella maggiormente conforme al suo *best interest*¹⁰. Ad ogni modo, riletta in chiave evolutiva, l'adozione in casi particolari ex art. 44, co. I, lett. d) della l. n. 184/1983, si configura oggi quale strumento idoneo a dare veste giuridica alle relazioni familiari di fatto¹¹ (intercorrenti anche tra persone dello stesso sesso),

- 8 È chiara sul punto FERRANDO, G., "Adozione in casi particolari", cit., p. 89, secondo cui "il fatto che l'assenza di stato di abbandono costituisca il presupposto comune a tutte le ipotesi contemplate dall'art. 44, si desume intanto dall'*incipit* della norma", individuando la reale funzione dell'adozione semplice nel "[...] garantire la continuità delle relazioni affettive del minore e renderne possibile la formalizzazione".
- 9 Per un approfondimento sul "contributo biologico minimo" quale figura sintomatica del superiore interesse del minore si veda DI MASI, M.: *L'interesse del minore*, cit., pp. 196 ss.
- 10 Cfr. Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, *Foro it.*, 2014, n. 12°, cc. 3414 ss.
- 11 Si veda sul punto FERRANDO, G.: "Adozione in casi particolari", cit., p. 89. Ad ogni modo, occorre evidenziare come la giurisprudenza, sempre nell'ottica della valorizzazione del *best interest* del minore, si sia recentemente interrogata sulla necessità di tutelare, a prescindere da una loro formalizzazione, i rapporti genitoriali di fatto eventualmente consolidatisi tra genitori sociali e i figli del *partner*, quando i primi si siano sempre comportati di fatto come genitori, rivestendo un ruolo fondamentale nello sviluppo dei secondi. Il problema si pone, in particolare, nelle ipotesi di cessazione della relazione di coppia tra il genitore biologico e il genitore di fatto, posto che nel nostro ordinamento non vi è alcuna disciplina che valorizzi il diritto del genitore di fatto a continuare la relazione genitoriale fattuale con il minore, ma soprattutto – avendo riguardo all'interesse di quest'ultimo – non vi è una norma specifica che consenta di tutelare il diritto del minore a conservare tale rapporto di fatto consolidatosi negli anni (sulla problematica si veda, in particolare, GORGONI, A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Pers. merc.*, 2017, n. 3°, pp. 164 s.). In questa prospettiva, si veda Trib. Palermo, 6 aprile 2015 (decr.), *Fam. dir.*, 2016, n. 1°, pp. 40 ss., con nota di ARDIZZONE, A.: "La convivenza omosessuale e il ruolo del genitore sociale in caso di PMA", ha proposto un'interpretazione estensiva, costituzionalmente e convenzionalmente orientata, tenendo in particolare considerazione l'art. 8 CEDU, dell'art. 337-ter c.c., affermando dunque il diritto del figlio minore a mantenere rapporti continuativi anche con i genitori di fatto, in quanto tale norma non conterrebbe un elenco tassativo di individui, ma avrebbe lo scopo di salvaguardare i rapporti significativi instaurati dal minore anche con persone diverse dai genitori, ascendenti o parenti (in questo senso si veda anche FERRANDO, G.: "Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo", *Fam. dir.*, 2009, n. 11°, pp. 1052 ss.). L'interpretazione evolutiva prospettata dal Tribunale, tuttavia, non è stata successivamente accolta dalla Corte d'Appello [App. Palermo, 30 agosto 2015 (ord.)], *Fam. dir.*, 2016, n. 1°, p. 44 ss.), la quale ha richiamato il carattere "rigido" della disposizione *de quo*, il cui univoco dato testuale escluderebbe l'ex *partner* del genitore biologico dai soggetti con i quali il minore ha diritto a mantenere un rapporto stabile e significativo. Tuttavia, la Corte d'Appello di Palermo ravvisava come il citato art. 337-ter c.c., non offrendo tutela al rapporto tra il minore e l'ex *partner* del genitore biologico, contrasterebbe con gli artt. 2, 3, 30, 31, 117, primo comma Cost., sollevando così questione di legittimità costituzionale (sul punto cfr. anche CAROTA, L.: "La tutela del rapporto con il genitore sociale nella coppia dello stesso sesso e l'orientamento della Corte Costituzionale sulle modalità di conservazione del rapporto una volta cessata la convivenza", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, n. 1°, pp. 270 ss., spec. p. 287). In proposito si è espressa dunque la Corte costituzionale (C. Cost., 20 ottobre 2016, n. 225, *Corr. giur.*, 2017, n. 2°, pp. 175 ss.), la quale ha dichiarato l'infondatezza della questione di costituzionalità, negando che ci fosse quel "vuoto di tutela" evidenziato dalla Corte d'Appello rimettente, in quanto "[...] l'interruzione ingiustificata, da parte di uno

potendosi qualificare come una vera e propria clausola generale¹² e ponendosi quale norma di chiusura del sistema, al fine di consentire l'adozione ogniqualvolta si renda necessario salvaguardare la continuità affettiva del minore nei confronti dell'adottante¹³. La validità di tale impostazione non è stata in alcun modo scalfita dall'introduzione della l. n. 76/2016, disciplinante le unioni civili e le convivenze di fatto. Se è vero, infatti, che l'art. 1 della citata legge, al comma 20, esclude espressamente dalla c.d. clausola di equivalenza le disposizioni della l. n. 184/1983, l'inciso finale della norma, dove si prevede che "resta fermo quanto previsto e consentito dalle norme vigenti", permetterebbe (invero, con talune forzature) di salvaguardare la suddetta interpretazione giurisprudenziale in materia di adozione in casi particolari¹⁴.

III. SEGUE. IL RICONOSCIMENTO DI PROVVEDIMENTI DI ADOZIONE STRANIERI E LA TRASCRIZIONE DI UN ATTO DI NASCITA REDATTO ALL'ESTERO.

Per quanto riguarda la riconoscibilità e la trascrivibilità, in Italia, di certificati di nascita formati in paesi esteri che, a séguito di P.M.A. eseguita negli stessi su iniziativa di coppie *same sex*, indicavano quali genitori del nato due donne, ovvero due uomini, la questione ruota interamente sulla compatibilità o meno di tali atti con l'ordine pubblico. L'evoluzione giurisprudenziale sul punto ha preso le mosse da una pronuncia della Corte d'Appello di Torino del 2014¹⁵, che – per prima – ha affermato la riconoscibilità nel nostro ordinamento di un atto di nascita estero, in cui il bambino risultava nato da due donne in virtù di un intervento di procreazione medicalmente assistita eseguito in Spagna, ordinando

o entrambi i genitori, in contrasto con l'interesse del minore, di un rapporto significativo da quest'ultimo instaurato e intrattenuto con soggetti che non siano parenti, è in ogni caso riconducibile alle ipotesi di condotta del genitore "comunque pregiudizievole al figlio", in relazione al quale l'art. 333 dello stesso codice (n.d.r. del codice civile) già consente al giudice di adottare "i provvedimenti convenienti" nel caso concreto". Per una critica a tale impostazione della Corte costituzionale, in quanto eluderebbe in sostanza di offrire un'adeguata risposta alla problematica avanzata dal giudice rimettente, nonché e soprattutto in quanto contrasterebbe con la "migliore realizzazione dell'interesse del minore della conservazione di relazioni personali opportunamente articolate", si veda QUADRI, E.: "La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, n. 4°, p. 570.

- 12 In questo senso si veda ACETO DI CAPRIGLIA, S.: "La *stepchild adoption* e il fenomeno delle coppie *same sex* nel diritto europeo contemporaneo", *Federalismi.it*, 2020, n. 6°, pp. 1 ss., spec. p. 35.
- 13 In questi termini si è espressa, da ultimo, Cass., 26 giugno 2019, n. 17100, *DeJure*. In effetti, già C. Cost., 7 ottobre 1999, n. 383, *DeJure*, successivamente ripresa dalla citata Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, si esprimeva in termini simili, affermando che "l'art. 44 della legge n. 184 del 1983 si sostanzia in una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione "legittimante", consentendo l'adozione dei minori "anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'art. 7". In questa logica di apertura, la lettera c) fornisce un'ulteriore "valvola" per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle lettere a) e b)".
- 14 ACETO DI CAPRIGLIA, S.: "La *stepchild adoption*", cit., p. 40, sostiene in proposito che il legislatore, pur non assumendosi la responsabilità politica di legiferare in via diretta, abbia comunque voluto evitare che, attraverso una radicale esclusione dell'applicabilità delle norme sull'adozione alle unioni civili, potesse impedirsi il consolidamento dell'interpretazione evolutiva dell'art. 44, co. 1, lett. d), l. n. 184/1983, così come delineata nel testo.
- 15 C. App. Torino, decreto 29 ottobre 2014, *Articolo29.it*.

contestualmente la trascrizione dello stesso per mancata contrarietà all'ordine pubblico. In particolare, la Corte d'Appello ha chiarito come, in tali casi, debba avere prevalenza il concetto di ordine pubblico internazionale, da intendersi – secondo quanto affermato più volte in passato dalla Suprema Corte¹⁶ – quale “complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati su esigenze di garanzia comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, sulla base di valori sia interni che esterni all'ordinamento purché accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale”. Considerando la tutela del superiore interesse del minore non solo quale diritto fondamentale dell'uomo, ma anche quale parametro stesso di valutazione della contrarietà o meno, di un atto o provvedimento straniero, rispetto all'ordine pubblico internazionale¹⁷, la Corte d'Appello ha ritenuto il riconoscimento dell'atto di nascita formato all'estero conforme al *best interest* del minore, in quanto idoneo a garantire sia la continuità affettiva, attribuendo veste giuridica ad un rapporto di fatto esistente tra il bambino e le due donne e consolidatosi nel corso degli anni¹⁸, sia l'interesse del minore alla conservazione dello *status* di figlio acquisito all'estero¹⁹, quale elemento caratterizzante la propria identità personale²⁰. Tale impostazione è stata successivamente accolta dalla giurisprudenza di legittimità²¹.

16 Si vedano *ex multis* Cass., 22 agosto 2013, n. 19405, *Foro it.*, 2014, n. 10°, cc. 2899 ss.; Cass., 6 dicembre 2002, n. 17349, *Mass. giur. it.*, 2002.

17 In proposito cfr. DI MASI, M.: *L'interesse del minore*, cit., p. 196, il quale evidenzia come l'impiego del *best interest of the child* quale parametro per verificare l'aderenza all'ordine pubblico internazionale emerga chiaramente dall'art. 23 del Reg. CE n. 2201/2003, là dove si prevede che – in relazione al riconoscimento di sentenze straniere in materia di rapporti tra genitore e figli – la valutazione circa la non contrarietà all'ordine pubblico delle stesse debba essere effettuata “tenendo conto dell'interesse superiore del figlio”.

18 Cfr. sul punto Tesi, G.: “Il fondamento del rapporto di filiazione. Nuove tendenze”, *Famiglia*, 2016, n. 5-6°, p. 536.

19 È chiaro in proposito GORGONI, A.: “La rilevanza”, cit., p. 170, secondo cui “l'interesse concreto del minore può consistere non già nella dichiarazione dello stato di adottabilità, ma nella conservazione - non confliggente con l'art. 30, co.1, Cost. - dello stato di figlio”.

20 Cfr. LABRIOLA, M.: “La filiazione omogenitoriale”, *Famiglia*, 2017, n. 3°, pp. 357 ss., spec. p. 380, la quale evidenzia come una decisione contraria, diretta ad affermare cioè l'impossibilità di trascrivere l'atto di nascita estero, “limiterebbe, infatti, il diritto all'identità personale del bambino”.

21 In proposito si rimanda a Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, *Giur. it.*, 2017, n. 10°, pp. 2075 ss., dove si rinviene una sostanziale adesione all'impianto decisionale della Corte d'Appello di Torino (C. App. Torino, decreto 29 ottobre 2014, cit.) chiarendo come “Il riconoscimento e la trascrizione, nei registri dello stato civile italiani, di un atto straniero validamente formato in Spagna, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne [...] non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis*”. Sul punto si veda anche la più recente Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, *Fam. dir.*, 2018, n. 1°, pp. 5 ss., dove la Suprema Corte, oltre ad affermare che “L'atto di nascita formato all'estero, recante l'indicazione di due donne quali genitori, può essere trascritto nell'archivio di stato civile italiano in quanto non contrario all'ordine pubblico [...] nella sua accezione di “ordine pubblico internazionale”, quale insieme di principi fondamentali, caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico, volti alla tutela dei diritti fondamentali, spesso sanciti da dichiarazioni o convenzioni internazionali”, esplicita il principio di decisiva importanza della continuità nelle relazioni affettive con riguardo al minore.

Più controversa si presenta, invece, la situazione relativa alla possibile riconoscibilità, in Italia, dell'atto di nascita estero, relativo ad un bambino nato tramite tecnica di procreazione medicalmente assistita su impulso di una coppia *same sex* maschile. In tale ipotesi, infatti, rileva necessariamente una fattispecie di maternità surrogata, pratica che nel nostro ordinamento non è ammessa, essendo prevista, oltre all'espresso divieto di cui all'art. 5 della l. n. 40/2004, anche una specifica sanzione penale, ai sensi dell'art. 12, co. 6, della medesima legge. Un recente arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, aderendo ad una concezione di ordine pubblico differente e per certi versi più ristretta rispetto a quella sopra delineata, secondo cui la compatibilità con l'ordine pubblico dovrebbe valutarsi avendo riguardo non solo ai principi fondamentali ricompresi nella Costituzione o ricavabili da fonti internazionali o sovranazionali, ma anche a come questi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti²², segna la differenza tra fecondazione eterologa tra persone dello stesso sesso e maternità surrogata; entrambe tali pratiche risultano essere vietate ai sensi del citato art. 5, in virtù della carenza del requisito rappresentato dalla diversità di sesso della coppia, ma mentre il divieto di fecondazione eterologa è assistito da una semplice sanzione amministrativa, la violazione del divieto di maternità surrogata – come detto – comporta l'applicazione di una sanzione penale, in quanto si ritiene che tale divieto sia posto a tutela di valori fondamentali quali la dignità della donna, qualificando pertanto tale divieto come contrario all'ordine pubblico. La pronuncia in esame è stata oggetto di critiche, in particolar modo perché sembrerebbe subordinare il *best interest* del minore al divieto di maternità surrogata, mettendo così in crisi il paradigma della sua "preminenza" e affermando, come possibile, una sua recessività in favore di altri valori²³. In realtà, le Sezioni Unite non operano alcuna graduazione degli interessi in gioco, bensì si limitano a prendere atto del bilanciamento compiuto dal legislatore, affermando come la scelta di ritenere preminenti, rispetto all'interesse del minore, valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante, non debba ritenersi di per sé irragionevole, posto che come affermato di recente anche dalla Corte costituzionale, la preminenza riconosciuta all'interesse del minore non deve intendersi nel senso che questo debba necessariamente ed automaticamente prevalere nei confronti di qualsiasi altro

22 Precisamente si veda Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, *DeJure*, dove si afferma che "In tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dalla L. n. 218 del 1995, artt. 64 e ss., dev'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 prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico".

23 Cfr. in proposito VALONGO, A.: "La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione"; *Giur. it.*, 2020, n. 3°, p. 550, secondo cui la pronuncia in esame avrebbe determinato "un cambiamento di prospettiva che ha riguardato l'interesse del minore, che da situazione soggettiva "superiore" o "prioritaria" diventa "inferiore" o "subordinata" [...] rispetto all'interesse generale dei consociati al rispetto del divieto di maternità surrogata".

controinteresse, ma semplicemente che può assumere una particolare importanza nel processo di bilanciamento tra i valori in gioco²⁴. La conclusione delle Sezioni Unite si fonda, inoltre, su una decisiva considerazione: una adeguata tutela, che permetta comunque di soddisfare gli interessi del minore, può raggiungersi grazie alla “presenza di strumenti legali idonei a consentire la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale”²⁵, in riferimento ai quali viene richiamata proprio l'adozione in casi particolari²⁶, di cui all'art. 44, co. I, lett. d), come evolutivamente interpretato dalla giurisprudenza. In questo modo, sarebbe comunque possibile instaurare lo *status* di figlio anche nei confronti del genitore d'intenzione oltre che con quello biologico.

In netta controtendenza rispetto alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2019, una recente ordinanza della Cassazione²⁷ ha rimesso nuovamente la questione alle Sezioni Unite, affermando la possibilità di delibare e trascrivere un provvedimento straniero che riconosca lo *status* di figlio anche in favore del genitore d'intenzione che sia parte della coppia che si è avvalsa della maternità surrogata. Tale possibilità sarebbe ammessa, tuttavia, solamente in presenza di determinate circostanze di fatto che consentano di escludere una lesione della dignità della donna che si presta a portare avanti la maternità per conto d'altri, ovvero il pericolo di sfruttamento del minore, in modo da consentire – in questo senso – un più agevole bilanciamento tra interessi contrapposti. Così, secondo la recente pronuncia, in caso di maternità surrogata eseguita all'estero, potrebbe riconoscersi anche nei confronti del genitore d'intenzione lo *status filiationis* quando: 1) non vi sia una violazione da parte della coppia committente della legge del paese estero che disciplina la surroga biologica di maternità; 2) non sia stato stipulato un accordo di surrogazione, che preveda anche contropartite economiche in favore della gestante, da cui possa arguirsi la mancanza di libertà e consapevolezza da parte della madre surrogata; 3) almeno un componente della coppia sia legato “biologicamente” al bambino; 4) la disciplina estera preveda, in favore della madre surrogata, la possibilità di revocare il consenso alla rinuncia allo *status* di genitore fino al momento della nascita del bambino. Rispetto alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2019, la recente ordinanza della Cassazione ritiene invece del tutto inadeguato lo strumento dell'adozione in

24 Si veda C. Cost., 9 marzo 2021, n. 33, *Cortecostituzionale.it*, par. 5.5, dove la Consulta afferma chiaramente che l'interesse del minore non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto ad ogni altro controinteresse in gioco, dovendosi riferire, al suo carattere di “preminenza”, il significato di particolare importanza e di speciale peso che tale interesse assume nel processo di bilanciamento con altri valori considerati parimenti importanti alla luce dei principi sanciti nella Carta Costituzionale.

25 Cfr., Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit. Sotto questo aspetto pare chiara l'adesione delle Sezioni Unite a quanto precedentemente espresso dalla Corte costituzionale (si veda in particolare C. Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, *Famiglia*, 2018, n. 1°, pp. 59 ss.).

26 FERRANDO, G.: “Il problema”, cit., pp. 1213 ss., spec. p. 1214, pone in evidenza come sarebbero proprio i margini di elasticità che caratterizzano la figura dell'adozione in casi particolari a consentire di andare “incontro all'interesse del minore ad ottenere certezza e garanzia del suo *status*”.

27 Cass., (ord.) 21 gennaio 2022, n. 1842, *Dejure*.

casi particolari, in quanto non garantirebbe un'adozione piena e perché sarebbe subordinata al consenso del genitore biologico²⁸.

Infine, per quanto riguarda la riconoscibilità di provvedimenti stranieri di adozione di minore, da parte di coppie omosessuali, è stata affermata tendenzialmente la non contrarietà all'ordine pubblico internazionale di tali provvedimenti, secondo la nozione più estensiva dello stesso accolta dalla giurisprudenza come sopra descritta, che lo ricollega al superiore interesse del minore, non potendosi considerare – anche alla luce delle più recenti pronunce della giurisprudenza costituzionale e di legittimità – le condizioni di accesso alla genitorialità adottiva indicate all'art. 6 della l. n. 184/1983 principio di ordine pubblico internazionale, tale da costituire un limite al riconoscimento del provvedimento straniero di adozione²⁹.

28 Per l'esame di tali rilievi critici si veda più ampiamente *infra* nel par. 5. Per il momento basti considerare come la recente pronuncia della Corte costituzionale (C. Cost., 28 marzo 2022, n. 79, *Cortecostituzionale*. *it*) abbia ulteriormente assottigliato le differenze tra adozione piena e adozione speciale, riconoscendo anche per quest'ultima forma adottiva l'instaurazione di rapporti parentali tra l'adottato e la famiglia dell'adottante.

29 Si veda, in particolare, Cass., 31 maggio 2018, n. 14007, *Dejure*, dove si osserva che “Non è contraria all'ordine pubblico ed è quindi trascrivibile nei registri dello stato civile italiano la sentenza straniera che abbia pronunciato l'adozione piena dei rispettivi figli biologici, da parte di due donne di cittadinanza francese coniugate in Francia e residenti in Italia, poiché, ai sensi dell'art. 24 della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 1993, il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, essa sia manifestamente contraria all'ordine pubblico. Tale interesse, nella specie già vagliato dal giudice straniero, coincide con il diritto del minore al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatasi con entrambe le figure genitoriali, senza che abbia rilievo la circostanza che le stesse siano rappresentate da una coppia dello stesso sesso, non incidendo l'orientamento sessuale sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale”.

Tuttavia, in senso contrario cfr. Cass., (ord.) 11 novembre 2019, n. 29071, *Foro it.*, 2020, n. 1°, cc. 36 ss., con nota critica di CASABURI, G., *ivi*, cc. 54 ss., il quale evidenzia come l'ordinanza in oggetto, pur facendo propria la definizione di ordine pubblico proposta dalla citata Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, “[...] si guarda però bene anche solo dal delineare per quali ragioni il riconoscimento di un provvedimento straniero di adozione piena, pur da parte di coppia non coniugata (e che non può accedere al matrimonio), perché omosessuale, possa essere – già in astratto – manifestamente contrario all'interesse del minore”.

Il contrasto è stato composto di recente da Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, *Articolo29.it*, dove si aderisce in sostanza alla concezione di ordine pubblico elaborata dalla precedente Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., evidenziando come, pur volendo accedere alla concezione aperta ed universalistica dell'ordine pubblico internazionale, la cui funzione si estende anche alla “promozione [...] e garanzia di tutela dei diritti fondamentali della persona [...], attraverso i principi provenienti dal diritto dell'Unione Europea, delle Convenzioni sui diritti della persona cui l'Italia ha prestato adesione e con il contributo essenziale della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti umani” (par. 16.1), per la composizione del complesso dei diritti fondamentali devono essere necessariamente presi in considerazione anche i principi e i valori desumibili dalla legge ordinaria, la quale può essere intesa come strumento di attuazione dei valori delineati nella Costituzione. Le Sezioni Unite si chiedono allora se le condizioni di accesso alla genitorialità adottiva indicate all'art. 6 della l. n. 184/1983 possano considerarsi principio di ordine pubblico internazionale, tale da costituire un limite al riconoscimento del provvedimento straniero di adozione, ma la risposta offerta dalla Suprema Corte è negativa, avuto riguardo anche ai più recenti interventi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità (par. 19). Per tali motivi, il riconoscimento e la trascrizione in Italia di un provvedimento straniero di adozione piena in favore di una coppia omosessuale, là dove possa escludersi una fattispecie di maternità surrogata, è considerato dalle Sezioni Unite non contrastante con l'ordine pubblico.

IV. IL PROBLEMA DELLA TUTELA DEL NATO IN ITALIA DA FECONDAZIONE ETEROLOGA OMOAFFETTIVA ESEGUITA ALL'ESTERO.

Un rilevante problema di tutela potrebbe porsi in relazione ai minori nati in Italia, a séguito di interventi di procreazione medicalmente assistita eseguiti all'estero, ad opera di coppie dello stesso sesso. Nei confronti di tali soggetti, infatti, non può richiamarsi né il riconoscimento e la trascrizione di certificati di nascita formati all'estero, né tantomeno il riconoscimento di provvedimenti stranieri di adozione. L'unica strada percorribile, tra le tre sopra delineate, sarebbe allora quella dell'adozione in casi particolari, misura che però – da più parti – è considerata insufficiente a tutelare adeguatamente gli interessi del minore³⁰. Per tale motivo è stato proposto di estendere l'accesso alle tecniche P.M.A. anche alle coppie omosessuali, o quantomeno di consentire l'applicazione delle norme a tutela del nato, previste dalla l. n. 40/2004, anche al minore che fosse nato in Italia a séguito di P.M.A. compiuta all'estero da coppie *same sex*. Quanto al primo profilo, l'ostacolo normativo determinante risiede nel citato art. 5 della l. n. 40/2004, che richiede, quale profilo soggettivo necessario per poter accedere alle tecniche in discorso, la diversità di sesso dei componenti della coppia. In relazione a tale norma, auspicandone una rilettura in chiave più estensiva, è stata sollevata questione di incostituzionalità, per la presunta violazione degli artt. 2, 3, 31 Cost., nonché 117, primo comma, Cost. in relazione alla presunta violazione degli artt. 8 e 14 CEDU³¹. La suddetta questione è stata tuttavia ritenuta infondata dalla Corte costituzionale³², con delle argomentazioni particolarmente pregnanti. In primo luogo, il giudice delle leggi ha affermato come debba escludersi la configurabilità di un diritto assoluto e inviolabile alla genitorialità³³, sostenendo che l'aspirazione alla genitorialità non possa esplicarsi senza limiti, ma debba essere

30 Sulla presunta inadeguatezza e sui limiti dell'adozione in casi particolari si rimanda a quanto si dirà *infra* nel par. 5.

31 Cfr., nella giurisprudenza di merito, Trib. Pordenone, (ord.) 2 luglio 2018, *Biodiritto.org*, nonché Trib. Bolzano, (ord.) 3 gennaio 2019, *Gazzetta Ufficiale*. In dottrina vi è chi, oltre ad auspicare un intervento di ortopedia legislativa del citato art. 5, ha proposto anche un'interpretazione evolutiva dello stesso alla luce della teoria tedesca della *Teleologische reduktion*, diretta ad eliminare dal testo dell'art 5 “[...] il riferimento all'eterosessualità della coppia e alla condizione di infertilità/sterilità in senso naturalistico” (così VENUTI, M.C.: “Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente”, *GenIUS*, 2018, n. 1°, p. 91). Un'interpretazione adeguatrice dell'art. 5, l. n. 40/2004 è stata tuttavia da ultimo esclusa da C. Cost. 4 novembre 2020, n. 230, *Cortecostituzionale.it*, par. 5.2.

32 C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, n. 3°, pp. 548 ss.

33 Per una prospettiva favorevole alla valorizzazione del diritto alla genitorialità, o meglio del diritto all'autodeterminazione procreativa, si veda di recente DI MASI, M.: *L'interesse del minore*, cit., pp. 214 s., il quale rinviene in C. Cost. 9 aprile 2014, n. 162, *Cortecostituzionale.it* un'apertura chiara e decisa rispetto alla tutela di un siffatto diritto. Tuttavia, come precisato da C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, cit., par. 11, la pronuncia C. Cost. n. 162/2014, cit. aveva invero chiarito come soltanto le coppie in possesso dei requisiti soggettivi di cui all'art. 5 della l. n. 40/2004 potessero accedere alle tecniche di fecondazione eterologa, limitando così la portata di tale diritto alla genitorialità al caso specifico alla stessa sottoposto.

Sul punto si veda anche VENUTI, M.C.: “Procreazione medicalmente assistita”, cit., pp. 87 s., la quale riconduce la libertà di autodeterminazione procreativa agli artt. 2, 3, 31 Cost., nonché agli artt. 8 CEDU e 7 della Carta di Nizza, anche se si evidenzia come l'ambito di rilevanza di tale libertà debba essere determinato tramite il “contemperamento con eventuali diritti interessi valori confliggenti”.

bilanciata con altri interessi costituzionalmente garantiti, compito che spetta senza alcun dubbio al legislatore, nel suo ruolo di interprete della volontà collettiva³⁴. Nello svolgimento di tale compito, il legislatore – come più volte riconosciuto dalla stessa Corte EDU³⁵, in riferimento alla materia della P.M.A., ritenuta tradizionalmente sensibile sotto il profilo etico – godrebbe di un ampio margine di apprezzamento³⁶, potendo la sua scelta essere soggetto di sindacato solo qualora risultasse irragionevole, ciò che però nel caso di specie la Corte costituzionale esclude³⁷. In secondo luogo, la Consulta ha precisato come lo scopo della l. n. 40/2004 debba individuarsi non già nella volontà del legislatore di introdurre una nuova modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità”, alternativa alla procreazione naturale, bensì essenzialmente nella finalità terapeutica di prevedere un rimedio alla patologia della infertilità³⁸. Ciò consente alla Corte di distinguere le fattispecie di infertilità c.d. “patologica”, presupposto oggettivo degli interventi di P.M.A., che potrebbe rilevare esclusivamente in coppie di sesso diverso, in età potenzialmente fertile³⁹ e fattispecie di infertilità c.d. “fisiologica” o “sociale”,

BUSNELLI, F.D.: “Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti”, *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 6°, pp. 1467 ss., esprime la sua perplessità in ordine al riconoscimento di un diritto assoluto alla genitorialità.

In senso critico circa la configurabilità di un diritto alla genitorialità, da intendersi quale diritto di un adulto ad instaurare un legame genitoriale, si veda LORENZETTI, A.: “La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa”, *Costituzionalismo.it*, 2018, n. 2°, pp. 15 s., secondo la quale il riconoscimento di un siffatto diritto “significherebbe ammettere l'esistenza di un diritto, ossia di una pretesa, che ha ad oggetto una persona, il bambino che dal progetto genitoriale nascerà”.

- 34 C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, cit., par. 9.
- 35 Si vedano, *ex multis*, C. EDU, 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, ric. n. 54270/2010, *Camera.it*, par. 67; C. EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, *S. H. e altri c. Austria*, ric. n. 57813/2000, *Giustizia.it*.
- 36 Sul punto cfr., ad esempio, C. Cost., 9 aprile 2014, n. 162, cit., par. 5, dove si afferma espressamente che nelle questioni che toccano temi eticamente sensibili “l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore”. In senso contrario però si veda VENUTI, M.C.: “Procreazione medicalmente assistita”, cit., p. 90, la quale evidenzia come “il margine di apprezzamento concesso agli Stati nel rinvenire il punto di equilibrio tra interessi pubblici e interessi privati in conflitto varia ed è condizionato da diversi fattori (quali la natura delle attività vietate e lo scopo del loro interdetto), ma che, tuttavia, quando viene in rilievo un importante aspetto dell'esistenza o dell'identità dell'individuo, come la scelta di diventare genitore genetico, tale margine di apprezzamento dovrebbe in via generale essere limitato”.
- 37 C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, cit., par. 13.1 dove la Corte considera non irrazionale e ingiustificata la preoccupazione del legislatore di garantire al minore quelle che lo stesso ritiene le “condizioni [...] migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato” che per il legislatore della l. n. 40/2004 risiedono nella c.d. famiglia *ad instar naturae*, composta da due genitori, di sesso diverso entrambi viventi e in età potenzialmente fertile, la quale rappresenterebbe “il luogo più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato”. Nello stesso senso si veda, da ultimo, C. Cost., 4 novembre 2020, n. 230, cit., par. 6.
- 38 C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, cit., par. 10., dove la Corte precisa come la disciplina di cui alla l. n. 40/2004 sia diretta ad offrire un rimedio “all'infertilità e alla sterilità umana, avente una causa patologica e non altrimenti rimosibile”.
- 39 Non si vuole escludere, tuttavia, che una patologia riproduttiva, in senso stretto, possa riguardare anche uno o entrambi i componenti della coppia omosessuale (o eterosessuale, ma in età non più fertile), oppure la persona *single*. In tali ultime ipotesi, però, occorre tenere bene a mente come l'impossibilità della procreazione naturale derivi, *in primis*, non già dalla patologia procreativa, quanto piuttosto dall'infertilità fisiologica che ricorre in queste ipotesi. Difatti, nei casi delineati, anche se non si considerasse la causa patologica, la procreazione naturale sarebbe in ogni caso naturalmente preclusa. Ne discende allora che l'infertilità o la sterilità patologica può rilevare, quale causa che impedisce la procreazione naturale, a cui si può rimediare tramite la procreazione medicalmente assistita, esclusivamente nelle ipotesi in cui intervenga nell'ambito di una coppia di sesso diverso, in età potenzialmente fertile.

dove non vi è alcuna patologia che osta alla procreazione, ma l'impossibilità di quest'ultima deriva dalla natura stessa dei soggetti (coppie omosessuali, persone singole, coppie anche eterosessuali in età avanzata). Ne consegue, secondo la Corte costituzionale, che i due fenomeni sopra descritti (infertilità "patologica" e infertilità "fisiologica") devono ritenersi chiaramente e ontologicamente distinti, non potendo pertanto qualificarsi l'esclusione delle coppie omosessuali dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita come una discriminazione basata sull'orientamento sessuale⁴⁰. Si giustificerebbe, in questo modo, l'esclusione delle coppie omoaffettive dall'ambito operativo della l. n. 40/2004⁴¹. Infine, la Consulta chiarisce come mentre nell'adozione in casi particolari (ma anche in caso di riconoscimento di atto di nascita, ovvero di provvedimento di adozione, estero) si presuppone l'esistenza in vita del minore, emergendo così l'interesse dello stesso, da accertare in concreto, a mantenere relazioni affettive già di fatto instauratesi, nel caso di P.M.A., non essendo il minore ancora nato, lo scopo di prevedere un accesso generalizzato a tali tecniche sarebbe non tanto quello di tutelare il nato (la cui protezione si pone allora su un piano meramente consequenziale), quanto piuttosto di realizzare le aspirazioni genitoriali dei soggetti coinvolti⁴².

Discorso diverso è invece quello relativo alla possibile applicabilità, nei confronti dei minori nati in Italia tramite P.M.A. eseguita all'estero, da coppie dello stesso sesso, delle disposizioni dettate dalla l. n. 40/2004 a tutela del nascituro, con particolare riferimento agli artt. 8 e 9, in modo da riconoscere al nato lo *status* di figlio della coppia. Sul punto si è sviluppato, negli ultimi anni, un orientamento

40 Si veda appunto C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, cit., par. 12, la quale precisa con nettezza che la distinzione tra infertilità "patologica" e infertilità "fisiologica" non può costituire "fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale". A sostegno dell'argomentazione sopracitata, la Corte costituzionale richiama una sentenza della Corte EDU, del 15 marzo 2012, resa nel caso *Gas e Dubois c. Francia* (cfr. C. EDU, 15 marzo 2012, *case of Gas and Dubois v. France*, reperibile su *hudoc.echr.coe.int*) dove la Corte EDU afferma sostanzialmente che la riserva, da parte di una legge nazionale, della P.M.A. esclusivamente a coppie di sesso diverso sterili, in funzione del tutto terapeutica, non può determinare una violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, poiché non realizza un'ingiustificata e rilevante disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, tenuto conto che le due situazioni non sono tra loro assolutamente paragonabili.

41 Tuttavia, non mancano in proposito voci contrarie; si veda – ad esempio – AZZARRI, F.: "I quindici anni della legge 40: nemesi e questioni aperte nella disciplina della fecondazione assistita", *Famiglia*, 2019, n. 5°, pp. 561 ss., spec. p. 574, secondo cui l'accesso alle tecniche P.M.A. dovrebbe essere garantito a tutti coloro che, essendo in età potenzialmente fertile, si trovino nell'impossibilità di procreare, non soltanto in virtù di una patologia (in senso stretto) che possa pregiudicare la fertilità, ma anche perché "si trovano in una condizione personale che rende impossibile la naturale attuazione di un progetto genitoriale, come, appunto, accade alla coppia omosessuale o alla donna sola in età fertile".

42 Cfr. C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, cit., par. 13.2, dove si precisa come, nell'ipotesi di P.M.A., non può ritenersi irragionevole che il legislatore voglia riservare al minore, pur non ancora nato, quelle che sulla base delle sue valutazioni e "alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale", possano ritenersi le "migliori condizioni di partenza".

giurisprudenziale⁴³, sostenuto anche da parte della dottrina⁴⁴, secondo cui i citati artt. 8 e 9, l. n. 40/2004, sarebbero espressione di un principio generale che pone, al centro della filiazione tramite procreazione medicalmente assistita, il consenso espresso dalla coppia e la loro conseguente assunzione di responsabilità nei confronti del nato⁴⁵. In altri termini, sulla base del citato orientamento, si ritiene che il consenso manifestato dagli aspiranti genitori, nell'ambito di una P.M.A., assuma il carattere di elemento costitutivo dello *status filiationis*, cioè a prescindere dal rispetto dei requisiti di accesso a tali tecniche previsti dalla legge, in quanto prevarrebbe l'esigenza di tutela del nato, il che sarebbe conforme al *best interest* dello stesso. Per tali motivi, allora, i citati artt. 8 e 9, proprio perché espressione di un principio generale volto ad affermare una sorta di instaurazione dello *status filiationis* derivante dalla mera manifestazione del consenso, sarebbero suscettibili – in virtù di una loro interpretazione evolutiva – di applicazione analogica⁴⁶ anche nelle ipotesi di P.M.A. non previste dalla legge italiana, come la fecondazione eterologa che coinvolge coppie *same sex*⁴⁷. Tuttavia, le diverse argomentazioni impiegate a sostegno di tale impostazione non risultano del tutto persuasive.

- 43 Si vedano, *ex multis*, nella giurisprudenza di merito: C. App. Trento, 16 gennaio 2020, *Articolo29.it*; C. App. Perugia, 18 novembre 2019, *Foro it.*, 2020, n. 1°, cc. 41 ss.; C. App. Napoli, 4 luglio 2018, *Rivistafamiglia.it*; Trib. Cagliari, decreto 28 aprile 2020, *Famiglia*, 2020, n. 5°, pp. 607 ss.; Trib. Pistoia, decreto 5 luglio 2018, *Articolo29.it*. Tale impostazione ha trovato conferme anche in sede di legittimità, seppur in relazione ad una fattispecie di fecondazione assistita *post mortem*; cfr. in proposito Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, *Biodiritto.org*. Tuttavia, si vedano in senso contrario le recenti Cass., 3 aprile 2020, n. 7668 e Cass., 22 aprile 2020, n. 8028, *Famiglia*, 2020, n. 4°, pp. 487 ss., con nota critica di FLORE, S.: "L'atto di nascita del figlio concepito mediante fecondazione eterologa effettuata all'estero da una coppia di donne", le quali sulla scorta di quanto affermato da C. Cost., 23 settembre 2019, n. 221, aderiscono all'interpretazione restrittiva degli artt. 8 e 9, l. n. 40/2004.
- 44 In questo senso si vedano, ad esempio, GORGONI, G.: "La rilevanza", cit., p. 158, per il quale il "fondamento della filiazione nata da fecondazione eterologa" andrebbe rinvenuto nell'assunzione di responsabilità da parte della coppia che abbia condiviso il progetto di genitorialità; PALMERI, G.: "Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale", in Aa.Vv.: *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere* (a cura di M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI), CIRSDe, Torino, 2019, pp. 44 ss.; CASABURI, G.: "Le nuove forme di genitorialità: alla ricerca di fondamenta normative differenziate", *Foro it.*, n. 5°, 2018, c. 1813, secondo cui gli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004 delineerebbero una regola di portata generale applicabile a tutte le forme di P.M.A., con conseguente attribuzione all'elemento volontaristico/consensuale di un ruolo prevalente per la determinazione della filiazione derivante da fecondazione assistita omologa o eterologa; TESI, G.: "Il fondamento", cit., p. 346, la quale sottolinea l'importanza, per quelle forme di genitorialità che si dissociano dal dato biologico, dell'assunzione di volontà e della responsabilità del comportamento, sostenendo conseguentemente che "il fondamento del rapporto di filiazione dovrebbe discendere non dal dato genetico-biologico, bensì dalla volontà dell'adulto di prendersi cura del minore"; SALANITRO, U.: "Art. 4 – accesso alle tecniche", in Aa.Vv.: *Della famiglia. Leggi collegate* (a cura di L. BALESTRA), in *Commentario del codice civile* (diretto da E. GABRIELLI), Utet, Torino, 2010, p. 550.
- 45 In proposito si veda, ad esempio, DI MASI, M.: *L'interesse del minore*, cit., p. 61, alla nota n. 115, per il quale i canoni inderogabili e indispensabili ai fini della determinazione della genitorialità legalmente riconosciuta andrebbero individuati nell'autodeterminazione, nell'autoresponsabilità e nel *best interest* del minore.
- 46 Applicazione che, come affermato in giurisprudenza (su tutte cfr. C. App. Napoli, 4 luglio 2018, cit.), non potrebbe dirsi esclusa, in relazione alle coppie unite civilmente, dalla clausola di equivalenza ex art. 1, co. 20, l. n. 76/2016. In proposito si veda quanto detto *supra* nel par. 2.
- 47 Sul punto cfr. Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, cit., par. 7.8.4.2, dove si precisa come "il legislatore non ha limitato espressamente l'applicabilità della norma in esame alle sole ipotesi di procreazione medicalmente assistita "lecita" ed ha, anzi, espressamente contemplato la sua applicabilità alla ipotesi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in relazione alla quale l'impossibilità di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità presuppongono che, anche in simili casi, il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia sufficiente per l'attribuzione dello status di figlio".

Innanzitutto, se pur è vero che, in talune ipotesi specifiche, il consenso gioca un ruolo primario nell'instaurazione del rapporto genitoriale (si pensi all'adozione, ovvero alla stessa procreazione medicalmente assistita), occorre tenere ben presente come sia il legislatore il soggetto deputato in via esclusiva a stabilire le modalità di acquisizione dello *status* di figlio e a delinearne i requisiti. Pertanto, tale consenso, se con esso non concorrono le ulteriori condizioni ed eventuali altri requisiti richiesti dalla legge, non può ritenersi di per sé idoneo a determinare la costituzione del suddetto. In altri termini, nelle particolari ipotesi di genitorialità sociale finora disciplinate dalla legge, dove si realizza lo scollamento tra dato biologico e acquisizione dello *status*, il consenso manifestato non può considerarsi quale elemento di per sé bastevole per l'affermazione della genitorialità, dovendosi piuttosto inquadrare come elemento costitutivo necessario, ma non sufficiente, nel più articolato contesto delineato dal legislatore⁴⁸. Quanto appena detto, inoltre, non può essere smentito da alcune interpretazioni estensive, fondate esclusivamente sul tenore letterale dell'art. 8, l. n. 40/2004. In virtù di una prima interpretazione, la disposizione da ultimo citata, in quanto si riferirebbe genericamente "ai nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", sarebbe applicabile anche in relazione alla fecondazione eterologa portata avanti da coppie dello stesso sesso, in quanto *species* del più ampio *genus* della fecondazione assistita⁴⁹; secondo un'altra impostazione, invece, l'assenza di uno specifico richiamo, nel sopra indicato art. 8, ai precedenti artt. 4 e 5 della medesima legge (che dettano i confini soggettivi e i limiti all'accesso alle tecniche P.M.A.), testimonierebbe la sicura preminenza della tutela del nascituro, sotto il profilo del conseguimento dello *status* di figlio, dovendosi da ciò dedurre che il legislatore, in realtà, non abbia limitato l'ambito operativo dell'art. 8 in esame alle sole ipotesi di fecondazione assistita conformi alla legge⁵⁰. Entrambe queste ricostruzioni, tuttavia, si caratterizzano per un'astrazione della singola norma dal proprio contesto normativo, ossia la l. n. 40/2004 e le norme che la compongono (tra le quali rileva in particolar modo l'art. 5), discostandosi dal principio di "contestualità", ricavabile dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale (c.d. "preleggi")⁵¹.

48 In questo senso allora, il consenso manifestato ai fini dell'adozione piena non è potrebbe rilevare ai fini della costituzione dello *status filiationis* se non provenisse da una coppia in possesso dei requisiti di cui all'art. 6 della l. n. 184/1983 e avesse ad oggetto la volontà di adottare un minore in stato di abbandono, per cui sia stato dichiarato lo stato di adottabilità. Allo stesso modo, il consenso manifestato per l'accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, nelle forme previste dall'art. 6 della l. n. 40/2004 o anche espresso tramite comportamenti concludenti (es. art. 9, l. n. 40/2004), potrebbe rilevare esclusivamente qualora fosse imputabile ad una coppia in possesso dei requisiti di cui all'art. 5 della medesima legge.

49 C. App. Trento, 16 gennaio 2020, cit., par. 2.2.

50 Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, cit., parr. 7.8.4.2 e 7.8.5.1.

51 Principio che trova esplicitazione nel brocardo latino "*In civile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere*". Per una interpretazione restrittiva dell'art. 8, l. n. 40/2004, che pare tenere in considerazione il principio citato si veda, ad esempio, GRASSO, A.G.: "È possibile formare in Italia un atto di nascita con due genitori dello stesso sesso?", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, n. 11°, pp. 1574 ss., il quale evidenzia come il fatto che l'art. 8 in discorso faccia espresso riferimento all'art. 6 della medesima legge e questo a sua volta si riferisca all'art. 5, il quale tiene fermo quanto disposto dall'art. 4, co. 1,

Altresì criticabile appare l'approccio adottato dalle corti espressione dell'orientamento in esame, le quali – al fine di giustificare la propria posizione – si soffermano in via esclusiva sulla valutazione astratta del superiore interesse del minore, obliterando del tutto l'accertamento e la valutazione in concreto di tale interesse. Ad un'attenta analisi, non sfugge come, nelle ipotesi delineate, l'unico interesse del minore che realmente rileva è quello alla continuità dei suoi affetti, il quale però – in quanto presuppone l'esistenza di rapporti affettivi intimi, stabili e di durata significativa⁵² – non può che essere accertato in concreto, attraverso una valutazione da operare caso per caso. Proprio per tale motivo, l'adozione in casi particolari – da intendersi nella sua interpretazione evolutiva – si dimostra uno strumento maggiormente conforme alla tutela dell'interesse in discorso, in quanto – a differenza della soluzione proposta dall'orientamento criticato – consente un apprezzamento in concreto da parte del giudice, il quale non solo potrà accertare la presenza dei requisiti, indicati dalla giurisprudenza sovranazionale, necessari per poter ritenere sussistente una relazione genitoriale di fatto meritevole di tutela, ossia – come detto – l'esistenza di rapporti affettivi intimi, stabili e di durata significativa, ma potrà valutare – nella prospettiva esclusiva del concreto interesse del minore – l'effettiva idoneità genitoriale del soggetto che richiede l'adozione⁵³.

V. LA SUPPOSTA INADEGUATEZZA DELL'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI QUALE STRUMENTO DI TUTELA DEL MINORE.

Da più parti l'istituto della *stepchild adoption*, così come configurabile nell'ordinamento italiano, è stato criticato in quanto non sarebbe idoneo a garantire un'adeguata tutela del minore e del suo migliore interesse. In particolare, i profili critici relativi al regime dell'adozione in casi particolari sono stati individuati

testimonierebbe come gli effetti dell'art. 8 cit. si possano produrre esclusivamente in relazione a fattispecie di procreazione medicalmente assistita conformi, sia dal punto di vista soggettivo, sia dal punto di vista oggettivo, alle norme della l. n. 40/2004.

- 52 In proposito si veda, ad esempio, C. EDU, 24 gennaio 2017, Grande camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia* ric. 25358/12, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 495 ss., dove si indicano, quali requisiti necessari per poter riconoscere dignità di tutela alle relazioni familiari verticali, la ricorrenza di un'intensa intimità affettiva e una durata nel tempo significativa sul piano esistenziale. In dottrina cfr., *ex multis*, GORGONI, A.: "La rilevanza", cit., pp. 184 ss.; CAROTA, L.: "La tutela", cit., pp. 282 s., secondo cui in nessun caso si potrà "omettere di valutare se la convivenza si sia protratta per un lasso di tempo sufficiente per l'instaurarsi di un legame affettivo significativo sul piano esistenziale". Si veda in proposito anche LABRIOLA, M.: "La filiazione", cit., p. 386 che rinviene nei concetti di "stabilità" e "solidità" i parametri generalmente impiegati dalla giurisprudenza per attribuire rilevanza alla genitorialità sociale.
- 53 Si veda sul punto BELLELLI, A.: "La filiazione nella coppia omosessuale", *Giur. it.*, 2016, n. 7°, p. 1820, per la quale la decisione giudiziale relativa all'adozione ad opera del *partner* del genitore biologico dovrebbe essere guidata in via esclusiva dal perseguimento dell'interesse del minore, dovendo pertanto essere preceduta da indagini sociali e psicologiche volte a verificare l'idoneità affettiva e la capacità educativa di chi ha svolto e svolgerà la funzione genitoriale. Nel medesimo senso cfr. anche STEFANELLI, S.: "Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale", *Fam. dir.*, 2017, n. 1°, p. 88, secondo la quale "la pronuncia (di adozione n.d.r.) sarebbe impedita ogni volta [...] che l'indagine non consenta di apprezzare, in ragione dell'affettività consolidata, la corrispondenza del provvedimento al ricordato interesse superiore del minore. Indagine da condurre in concreto, [...], diretta ad accertare tra l'altro l'idoneità affettiva del genitore adottante, attraverso una valutazione che "non può che essere effettuata sulla base di una relazione preesistente adottante - minore".

in dottrina, da un punto di vista sostanziale, nella circostanza secondo cui tale speciale forma adottiva, a differenza di quella c.d. piena, stante il rinvio all'art. 300 c.c. operato, in merito all'adozione in casi particolari, dall'art. 55 della l. n. 184/1983, non consentirebbe di recidere definitivamente i legami con la famiglia di origine, oltre a non prevedere l'instaurazione di legami parentali tra l'adottato e i familiari dell'adottante, il che darebbe vita ad un'adozione *sui generis* caratterizzata da un *ambito più ristretto* di tutela del minore⁵⁴. Per quanto riguarda la prima critica, ossia il mantenimento dei diritti e dei doveri nei confronti della famiglia di origine, anche se si volesse ritenere che tale circostanza sia sempre e comunque (e non solo potenzialmente) lesiva dell'interesse dell'adottando, cosa di cui si può dubitare, occorre evidenziare come nelle ipotesi di P.M.A. un effettivo problema, in tal senso, neanche può profilarsi, stante l'assenza di una famiglia di origine del nato a cui fare riferimento. Più spinosa, invece, appare la questione concernente l'instaurazione di legami parentali tra l'adottando "speciale" e i parenti dell'adottante. Secondo parte della dottrina⁵⁵, con la riscrittura dell'art. 74 c.c. ad opera della legge di riforma della filiazione (l. n. 219/2012), che riconosce espressamente il vincolo parentale anche nel caso in cui il figlio sia adottivo, la nozione di parentela verrebbe oggi estesa anche ai rapporti derivanti da adozione speciale. Tale impostazione è stata accolta recentissimamente dalla Consulta, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del citato art. 55, nella parte in cui, rinviando all'art. 300, 2° comma, c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non produca alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Il giudice delle leggi, infatti, ha sottolineato come l'esclusione di rapporti civili tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, in caso di adozione "speciale", contrasterebbe gli artt. 3 e 31 Cost., violando il principio di parità di trattamento di tutti i figli, nati all'interno o fuori dal matrimonio e adottivi, il quale troverebbe conferma anche nella riforma della filiazione (l. n. 219/2012), con particolare riguardo al rinnovato art. 74 c.c., che ha reso unico e senza distinzioni il vincolo di parentela che scaturisce dagli *status* filiali con la sola eccezione dell'adozione del maggiorenne⁵⁶. Alla luce di tale pronuncia, si può

54 Per una siffatta critica allo strumento della *stepchild adoption* si veda, su tutti, VALONGO, A.: "La c.d. filiazione omogenitoriale", cit., p. 555. Tuttavia, in senso contrario rispetto all'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari, invece, cfr. SALANITRO, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 4°, pp. 737 ss., secondo cui l'adozione speciale sarebbe comunque in grado di preservare il miglior interesse del minore.

Nella giurisprudenza, se non mancano pronunce (in particolare nelle corti di merito) circa l'inidoneità dell'adozione in casi particolari a garantire un'adeguata tutela dell'interesse del minore (si vedano, da ultimo, nella giurisprudenza di merito, C. App. Trento, 16 gennaio 2020, cit., par. 4.1, nonché C. App. Napoli, 4 luglio 2018, n. 145, cit., par. 6), l'istituto in esame ha ricevuto – come accennato in precedenza – l'importante avallo dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.), che ha considerato l'adozione in casi particolari uno strumento giuridico idoneo ad attribuire rilievo al rapporto genitoriale.

55 Cfr. ad esempio DOSSETTI, M.: "Dopo la riforma della filiazione: i nuovi successibili", *Fam. dir.*, 2015, n. 10°, p. 941 ss.

56 C. Cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit., spec. par. 6, dove si afferma chiaramente che "Vero è che il nuovo art. 74 cod. civ. prevede che «[l]a parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti». E non può negarsi che, stante il riconoscimento al minore

cogliere la tendenza dell'ordinamento a parificare sempre più la posizione e la condizione dei figli adottivi (la quale a sua volta non può discostarsi da quella dei figli nati nel e fuori dal matrimonio, alla luce del principio dell'unicità dello *status* di figlio garantito dal novellato art. 315 c.c.), senza alcuna distinzione tra adozione piena e adozione in casi particolari.

Tuttavia, critiche alla disciplina dell'adozione in casi particolari, quando impiegata – come sopra delineato – al fine di giungere all'adozione del figlio (biologico) del *partner* nell'ambito di una coppia omoaffettiva, sono state mosse anche sotto un profilo meramente operativo⁵⁷. Difatti, l'art. 46 della l. n. 184/1983 richiede necessariamente, affinché si possa procedere all'adozione "speciale", il consenso dei genitori o del genitore dell'adottando. Ciò può rappresentare senz'altro un rilevante problema in caso di crisi della coppia *same sex*, dove il genitore biologico potrebbe rifiutare il proprio consenso all'adozione, impedendo così la formalizzazione del rapporto genitoriale di fatto tra il minore e il genitore d'intenzione, con tutte le conseguenze che ne derivano. Se è vero che il giudice non può intervenire, pronunciando comunque l'adozione, qualora il rifiuto, pur essendo ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, sia espresso dal genitore che esercita effettivamente e concretamente la responsabilità genitoriale⁵⁸, ciò non appare sufficiente ad affermare senz'altro l'assenza, nel nostro ordinamento, di strumenti giuridici in grado di superare, o al limite neutralizzare, gli effetti negativi derivanti per il minore dal diniego del suddetto consenso. Difatti, tale condotta potrebbe qualificarsi come un atto di esercizio della responsabilità genitoriale contrario all'interesse del minore, sindacabile ai sensi dell'art. 333 c.c.⁵⁹, il che consentirebbe al giudice di adottare i provvedimenti convenienti a far fronte a condotte genitoriali ritenute pregiudizievoli per i figli⁶⁰. Tali provvedimenti, se proprio non si vuole

adottato con l'adozione piena dello «stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti» (art. 27 della legge n. 184 del 1983), l'art. 74 cod. civ., dove evoca «la filiazione [...] avvenuta nel matrimonio», dovrebbe già ricomprendere il figlio che è considerato «nato nel matrimonio» in virtù dell'adozione legittimante. Sembrerebbe, dunque, potersi inferire che il successivo richiamo al figlio «adottivo», con la sola esclusione dell'adozione di persone maggiori d'età, riguardi in effetti i minori adottati in casi particolari».

57 Si veda ancora VALONGO, A.: "La c.d. filiazione omogenitoriale", cit., p. 555

58 In questo senso cfr., su tutte, Cass., 26 giugno 2019, n. 17100, *DeJure*, la quale evidenzia che "Per quanto concerne, poi, la mancanza di consenso dei genitori, va osservato che, in tema di adozione particolare, ha efficacia preclusiva ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 46, comma 2, il dissenso manifestato dal genitore che non sia mero titolare della responsabilità genitoriale, ma ne abbia altresì il concreto esercizio grazie ad un rapporto effettivo con il minore, caratterizzato di regola dalla convivenza, in ragione della centralità attribuita dagli artt. 29 e 30 Cost. all'effettività del rapporto genitore-figli". Similmente si veda anche Cass., 21 settembre 2015, n.18576, *DeJure*, par. l.l., dove si specifica che "[...] per genitori esercenti la responsabilità genitoriale, il cui dissenso, ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 46, comma 2, impedisce l'adozione particolare, debbano intendersi i genitori che non siano meri titolari della responsabilità stessa, ma ne abbiano altresì il concreto esercizio grazie a un rapporto effettivo con il minore".

59 A tal proposito si veda C. Cost., 20 ottobre 2016, n. 225, cit., pp. 175 ss.

60 Difatti, se è vero che i genitori, attraverso l'esercizio della responsabilità genitoriale, sono considerati dall'ordinamento i soggetti che più di chiunque altro possono garantire la migliore tutela degli interessi dei figli, questa non è una presunzione *iuris tantum*, potendosi invero dimostrare, anche attraverso l'esercizio dell'azione ex art. 333 c.c., che l'effettivo esercizio della suddetta responsabilità in realtà si ponga in contrasto rispetto al concreto interesse dei figli. Si veda sul punto, di recente, GORASSINI, A.: "Lo stato unico di genitore", *Jus Civile*, 2018, n. 6°, p. 828.

ritenerli in grado di sostituire il consenso all'adozione speciale non prestato dal genitore biologico, certamente risultano idonei a tutelare la relazione genitoriale di fatto che si instaura tra genitore sociale e minore, valorizzando così la continuità affettiva di quest'ultimo, interesse che nei casi esaminati assume il massimo rilievo. Pertanto, la possibilità di ricorrere al giudice, ex art. 333 c.c., al fine di tutelare la relazione genitoriale di fatto tra *partner* del genitore biologico e minore, escluderebbe la ricorrenza nel caso specifico di un vuoto assoluto di tutela. Non varrebbe altresì ad escludere la citata tutela la circostanza secondo cui il genitore intenzionale non avrebbe alcuna legittimazione attiva in relazione al suddetto art. 333 c.c., dovendo in tal senso sollecitare necessariamente l'intervento del Pubblico Ministero. Difatti, la necessaria l'intermediazione del Pubblico Ministero conferisce maggiore effettività alla tutela del migliore interesse del minore, consentendo una preliminare valutazione giudiziale in concreto del *best interest*, in relazione alla proponibilità della domanda, cui seguirà un ulteriore apprezzamento concreto del medesimo, ad opera del giudice chiamato ad accogliere o meno la domanda. In altri termini, il duplice vaglio giudiziale, in concreto, del superiore interesse del minore rappresenterebbe una maggiore garanzia circa il suo effettivo perseguimento.

Alla luce di quanto sopra, si può certamente ritenere che, pur riconoscendosi come l'adozione in casi particolari non rappresenti uno strumento perfetto, capace di offrire al minore la migliore tutela possibile, tale istituto riesca comunque a garantirgli una tutela adeguata, nel momento in cui – consentendo la formalizzazione di rapporti genitoriali di fatto – riconosce al minore i diritti di cura, mantenimento, assistenza, educazione, istruzione nei confronti del soggetto adottante. Per tale ragione, è possibile annoverare l'adozione speciale tra gli strumenti che, in base a quanto affermato recentemente dalla Corte EDU, nel parere consultivo, non vincolante, emesso il 10 aprile 2019, su richiesta della Corte di Cassazione francese, gli Stati potrebbero impiegare per assolvere l'obbligo, ricavabile dall'art. 8 CEDU, di riconoscimento del genitore intenzionale, quando ciò risulti rispondente all'interesse del minore e purché tali modalità garantiscano l'effettività e la celerità della sua attuazione⁶¹. In realtà, parte della dottrina⁶² ha messo in dubbio proprio la celerità e l'effettività di tale strumento, evidenziando come nella prassi operativa dei tribunali non accade di rado di imbattersi in pronunce di merito che negano l'applicazione dell'istituto in esame, in aperto dissenso rispetto all'orientamento consolidatosi in séguito a Cass., n. 12962/2016, anche se tali pronunce, emesse

61 Cfr. il parere consultivo, non vincolante, emesso dalla Corte EDU il 10 aprile 2019, su richiesta della Corte di Cassazione francese, reperibile su *Federalismi.it*, dove la Corte EDU, dopo aver espressamente affermato l'obbligo per il diritto interno di offrire la possibilità di riconoscimento del legame di filiazione tra un minore e la madre putativa (o di intenzione, o sociale), chiarisce come – nel rispetto del margine di apprezzamento che la Convenzione riconosce agli Stati – tale obbligo possa essere adempiuto tramite diverse vie, tra le quali può considerarsi l'adozione del minore da parte della madre sociale, purché tali modalità garantiscano l'effettività e la celerità della sua attuazione, conformemente all'interesse del minore (p. 13).

62 In senso critico, sul fatto che l'adozione in casi particolari possa rispettare le condizioni di celerità ed effettività indicate dalla Corte EDU, si veda da ultimo Di Masi, M.: *L'interesse del minore*, cit., p. 191.

in genere in primo grado, vengono ribaltate nei gradi successivi⁶³. Tuttavia, a ben vedere, tale critica non può ricondursi all'effettività dello strumento, che ha ricevuto anche l'avallo delle Sezioni Unite nel 2019⁶⁴, quanto piuttosto alle (in effetti, ingiustificate) resistenze circa la sua applicazione da parte dei giudici di merito⁶⁵.

Peraltro, come accennato, lo strumento dell'adozione in casi particolari, così come oggi interpretato ed applicato dalla giurisprudenza che intende valorizzare e formalizzare le relazioni genitoriali di fatto, non si mostra affatto idoneo ad offrire tutela nelle specifiche ipotesi di maternità surrogata caratterizzate dalla totale assenza di un contributo biologico minimo da parte di entrambi i componenti della coppia. In tali casi, infatti, non sarebbe possibile richiamare l'impossibilità dell'affidamento preadottivo di diritto che consente, secondo l'interpretazione evolutiva dell'istituto, una sua estensione anche alle coppie omoaffettive. La conseguenza è, come si è detto, che il minore viene considerato dalla giurisprudenza in stato di abbandono, per cui, previa dichiarazione dello stato di adottabilità, si apre nei suoi confronti la procedura dell'adozione piena, dalla quale sono inevitabilmente escluse, stanti i requisiti soggettivi previsti all'art. 6 della l. n. 184/1983, le coppie dello stesso sesso.

VI. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Per i motivi anzidetti, al fine di una sempre più completa tutela del nato da fecondazione eterologa, posta in essere da coppie *same sex*, potrebbe auspicarsi *de iure condendo* l'introduzione di una specifica disciplina della genitorialità intenzionale, che – nella costituzione dello *status filiationis* – attribuisca rilievo primario, non già al dato biologico, quanto piuttosto alla responsabilità che i membri della coppia assumono instaurando con il minore relazioni genitoriali stabili e continuative (da accertarsi in concreto alla luce del *best interest of the child*).

Alternativamente, anche considerando come – alla luce delle più recenti pronunce della Consulta – siano ormai venute meno le differenze negative che caratterizzavano la figura dell'"adottato in casi particolari", rispetto all'"adottato pieno" (differenza che ora, soprattutto in séguito alla citata C. Cost. n. 79/2022, risiede essenzialmente nella permanenza, per ciò che concerne l'adozione in casi particolari, del vincolo con la famiglia d'origine del minore, là dove essa esista),

63 Per una siffatta critica si veda, nello specifico, GATTUSO, M.: "Certezza e tempi "*breves que possibile*" per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019", *Articolo29.it*, 6 maggio 2019.

64 Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

65 Pare condividere tale rilievo LECIS COCCO ORTU, A.M.: "L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU", *GenIUS*, 2019, n. 1°, p. 15, secondo cui "la pronuncia delle Sezioni Unite dovrebbe orientare i giudici di merito verso un esito favorevole di tale procedura per consentire il riconoscimento della filiazione nei casi da essa prospettati", anche se l'Autrice sottolinea come alla fine la decisione sarà pur sempre rimessa alla valutazione concreta del giudice.

potrebbe proporsi una modifica legislativa dell'art. 44 della l. n. 184/1983, in modo da disciplinare in maniera più compiuta l'istituto dell'adozione in casi particolari, attraverso la valorizzazione, o meglio l'attribuzione di veste giuridica, alla genitorialità di fatto. In quest'ottica, si potrebbe ad esempio consentire ai membri della coppia *same sex* di procedere all'adozione (speciale), una volta accertata in concreto l'esistenza di stabili e durature relazioni genitoriali di fatto intercorrenti tra costoro ed il minore, nell'ottica del migliore interesse di quest'ultimo. Si offrirebbe così, inoltre, un diretto ed esplicito fondamento positivo ad una prassi giurisprudenziale che, nonostante possa senz'altro ritenersi ormai consolidata, non di rado trova ingiustificate resistenze da parte di alcune corti.

In una prospettiva più ampia, potrebbe proporsi una riforma sostanziale dell'adozione c.d. piena, in modo da estenderla anche alle coppie conviventi dello stesso sesso, ovvero alle persone singole⁶⁶. In questo modo, infatti, se da un lato si perseguirebbe più agevolmente lo scopo primario che l'istituto dell'adozione si pone, ossia garantire ad un minore che ne sia privo, il sostegno morale e materiale di una famiglia (intesa in senso lato), ampliando ancor di più la platea dei potenziali soggetti che tale garanzia possono offrire, dall'altro lato si consentirebbe alle coppie *same sex* e alle persone singole di avvalersi di uno strumento – legalmente ammesso – capace di soddisfare le proprie aspirazioni genitoriali, disincentivando, o quantomeno limitando, la pratica del “turismo procreativo”. È chiaro tuttavia che una soluzione siffatta non possa prescindere da una valutazione astratta circa la compatibilità di tali misure con il migliore sviluppo psico-fisico del minore, nella prospettiva del suo *best interest*, valutazione che spetta inevitabilmente al legislatore.

Concludendo, è chiaro come le suddette proposte di riforma, in quanto consentirebbero una ponderazione in concreto del migliore interesse del minore, siano da preferire sia rispetto ad interpretazioni evolutive operate dalla dottrina

66 Non si può negare come gran parte delle problematiche qui descritte potrebbe trovare una soluzione attraverso l'allargamento delle maglie dei soggetti legittimati ad accedere all'adozione c.d. piena, prevedendone l'ammissibilità non soltanto alle coppie dello stesso sesso, ma anche al soggetto singolo.

In senso favorevole ad una riforma dell'adozione nei termini sopracitati si vedano, ad esempio: VALONGO, A.: “La c.d. filiazione omogenitoriale”, cit., p. 556, la quale invita il legislatore ad una decisione coraggiosa come l'apertura all'adozione piena per le persone singole e per i conviventi, a prescindere da qualsivoglia considerazione relativa al loro sesso o genere; BELLELLI, A.: “La filiazione”, cit., p. 1823, secondo cui il superiore interesse del minore di essere amato ed essere inserito in un contesto familiare, da valutarsi sempre in concreto, potrebbe essere realizzato in modo più ampio attraverso una revisione dell'istituto dell'adozione che comporti il superamento del requisito del matrimonio degli adottanti, con conseguente ammissione all'adozione piena delle coppie stabilmente conviventi (dalle quali, per il principio di non discriminazione, non potrebbero escludersi le coppie dello stesso sesso), ma anche della persona *single*; ACETO DI CAPRIGLIA, S.: “La *stepchild adoption*”, cit., p. 39, il quale rileva l'incongruità di non ammettere all'adozione piena le coppie conviventi dello stesso sesso o la persona singola, quando gli stessi soggetti sono ammessi ad accedere all'affidamento familiare.

Come ravvisa da ultimo Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit., par. 19.3 delle “Ragioni della decisione”, la giurisprudenza costituzionale (cfr., ad esempio, C. Cost., 16 maggio 1994, n. 183, *Cortecostituzionale.it*) già da tempo ha riconosciuto l'esigenza di ampliare le condizioni di accesso all'adozione piena, ma gli appelli al legislatore sono fin qui caduti nel vuoto.

o dalla giurisprudenza, come quella volta ad estendere al figlio nato in Italia da P.M.A., eseguita all'estero da una coppia omoaffettiva, le norme a tutela del nato previste agli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004, sia rispetto a quelle proposte dirette alla modifica delle norme codicistiche sul riconoscimento⁶⁷, posto che l'automaticità dell'attribuzione dello *status filiationis* che da queste discenderebbe sarebbe incompatibile con una valutazione in concreto del *best interest* del minore, da attuarsi necessariamente caso per caso.

⁶⁷ Cfr., ad esempio, C. Cost., 9 marzo 2021, n. 32, *Cortecostituzionale.it*, par. 2.4.1.4 del “Considerato in diritto”, dove la Corte propone – a titolo esemplificativo – “una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento”, in alternativa all'introduzione di una nuova fattispecie di adozione.

BIBLIOGRAFIA

ACETO DI CAPRIGLIA, S.: "La *stepchild adoption* e il fenomeno delle coppie *same sex* nel diritto europeo contemporaneo", *Federalismi.it*, 2020, n. 6°, pp. 1 ss.

AZZARRI, F.: "I quindici anni della legge 40: nemesi e questioni aperte nella disciplina della fecondazione assistita", *Famiglia*, 2019, n. 5°, pp. 561 ss.

BELLELLI, A.: "La filiazione nella coppia omosessuale", *Giur. it.*, 2016, n. 7°, pp. 1819 ss.

BUSNELLI, F.D.: "Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti", *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 6°, pp. 1447 ss.

CAROTA, L.: "La tutela del rapporto con il genitore sociale nella coppia dello stesso sesso e l'orientamento della Corte Costituzionale sulle modalità di conservazione del rapporto una volta cessata la convivenza", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, n. 1°, pp. 270 ss.

CASABURI, G.: "Le nuove forme di genitorialità: alla ricerca di fondamenta normative differenziate", *Foro it.*, n. 5°, 2018, cc. 1810 ss.

CIPRIANI, N.: "La prima sentenza italiana a favore dell'adozione nelle famiglie omogenitoriali", *Dir. fam.*, 2015, n. 1°, pp. 174 ss.

DI MASI, M.: *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli, 2020

DI MASI, M., VIRGILIO M.: "La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale", *Min. giust.*, 2017, n. 1°, pp. 41 ss.

DOSSETTI, M.: "Dopo la riforma della filiazione: i nuovi successibili", *Fam. dir.*, 2015, n. 10°, pp. 941 ss.

FERRANDO, G.: "Adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza", *Dir. succ. e fam.*, 2017, n. 1°, pp. 79 ss.

FERRANDO, G.: "Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo", *Fam. dir.*, 2009, n. 11°, pp. 1049 ss.

FERRANDO, G.: "Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016", *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 9°, pp. 1213 ss.

GATTUSO, M.: "Certezza e tempi "breves que possibile" per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019", *Articolo29.it*, 6 maggio 2019.

GORASSINI, A.: "Lo stato unico di genitore", *Jus Civile*, 2018, n. 6°, pp. 820 ss.

GORGONI, A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Pers. merc.*, 2017, n. 3°, pp. 153 ss.

GRASSO, A.G.: "È possibile formare in Italia un atto di nascita con due genitori dello stesso sesso?", *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, n. 11°, pp. 1574 ss.

LABRIOLA, M.: "La filiazione omogenitoriale", *Famiglia*, 2017, n. 3°, pp. 357 ss.

LECIS COCCO ORTU, A.M.: "L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU", *GenUS*, 2019, n. 1°, pp. 1 ss.

LENTI, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 86 ss.

LONG, J., NALDINI, M.: "Turismo matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche", *GenUS*, 2015, n. 2°, pp. 163 ss.

LORENZETTI, A.: "La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa", *Costituzionalismo.it*, 2018, n. 2°, pp. 1 ss.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Le adozioni in casi particolari ed il caso della *stepchild adoption*", *Corr. giur.*, 2016, n. 10°, pp. 1217 ss.

PALMERI, G.: "Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale", in Aa.Vv.: *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere* (a cura di M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI), CIRSD, Torino, 2019, pp. 44 ss.

QUADRI, E.: "La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, n. 4°, pp. 556 ss.

ROSSI CARLEO, L.: "Il diritto del minore a una famiglia: affidamento e adozione", in Aa.Vv.: *Diritto Civile, I, Fonti, Soggetti, Famiglia* (diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI), Il, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 461 ss.

SALANITRO, U.: "Art. 4 – accesso alle tecniche", in Aa.Vv.: *Della famiglia. Leggi collegate* (a cura di L. BALESTRA), in *Commentario del codice civile* (diretto da E. GABRIELLI), Utet, Torino, 2010, pp. 550 ss.

SALANITRO, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, n. 4°, pp. 737 ss.

STEFANELLI, S.: "Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale", *Fam. dir.*, 2017, n. 1°, pp. 83 ss.

TESI, G.: "Il fondamento del rapporto di filiazione. Nuove tendenze", *Familia*, 2016, n. 5-6°, pp. 329 ss.

VALONGO, A.: "La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione", *Giur. it.*, 2020, n. 3°, pp. 554 ss.

VENUTI, M.C.: "Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente", *GenIUS*, 2018, n. 1°, pp. 85 ss.

