



### OSSERVATORIO SUL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E DIRITTI UMANI N. 2/2021

#### 3. OMOGENITORIALITÀ: PIENI DIRITTI AI FIGLI. UN DUPLICE ULTIMATUM DELLA CORTE COSTITUZIONALE

##### 1. I due casi sottoposti alla Consulta

Con due sentenze, le cui motivazioni sono state depositate lo stesso 9 marzo 2021 ([Corte cost. n. 32/2021](#); [Corte cost. n. 33/2021](#)), la Corte costituzionale ha affrontato il tema dell'omogenitorialità, seppur declinato in due sfumature diverse, focalizzando la sua attenzione, in particolare, sulla posizione dei figli di coppie dello stesso sesso.

La sentenza n. 32/2021, che trae origine da una vicenda puramente interna all'ordinamento italiano, nasce da un ricorso presentato di fronte al Tribunale di Padova da parte della madre intenzionale di due gemelle, nate a seguito di tecniche di procreazione medicalmente assistita (p.m.a.), cui si era sottoposta l'allora partner della stessa, al fine di ottenere, in via principale, ai sensi dell'art. 8 della l. n. 40/2004 - e dunque per aver prestato il consenso alla fecondazione eterologa - l'iscrizione come genitore delle due minori nei registri dello stato civile. In via subordinata, la donna chiedeva che tale riconoscimento venisse accertato e dichiarato con sentenza. La ricorrente rivendicava, in ogni caso, l'attribuzione del proprio cognome alle due minori e chiedeva che fossero emanati i provvedimenti opportuni in materia di affidamento e mantenimento delle stesse.

Il giudice adito decideva allora di sollevare una questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004 e dell'art. 250 c.c. in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo e agli artt. 8 e 9 della CEDU.

Il Tribunale, nel rimettere la questione alla Consulta, affermava che doveva considerarsi inequivocabile, sulla base dell'istruttoria svolta, la condivisione da parte delle due donne del progetto di p.m.a. ed affermava che le parti avevano convissuto, pur senza comune residenza anagrafica, per quasi cinque anni dopo la nascita delle bambine, con pari coinvolgimento nella loro cura, educazione e crescita.

Pur essendo le minori nate in Italia, le due madri non avevano proceduto ad alcuna dichiarazione congiunta di fronte all'ufficiale dello stato civile, in occasione della nascita.

Il ricorso della madre intenzionale ha avuto origine dal fatto che la stessa, intenzionata ad ottenere un riconoscimento giuridico del proprio legame con le bambine, una volta cessata la relazione con la *partner*, si è vista preclusa la strada dell'adozione in casi particolari (c.d. "stepchild adoption") di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n.

184 a causa del diniego del consenso da parte della madre biologica – necessario ai sensi dell’art. 46 della medesima legge per accedere a tale procedura.

La sentenza n. 33/2021 riguarda invece un caso di omogenitorialità maschile, che presentava, diversamente da quello oggetto della precedente pronuncia, elementi di rilievo internazionalprivatistico.

Una coppia di cittadini italiani dello stesso sesso sposatisi in Canada aveva fatto ricorso in quel paese alla gestazione per altri di tipo altruistico. Il bambino nasceva da una donna – gestante, che non aveva ricevuto alcun compenso economico - alla quale era stato impiantato un embrione formato con i gameti di una donatrice anonima ed ovocita di uno dei due partner – padre biologico del bambino. Inizialmente le autorità canadesi avevano riconosciuto soltanto quest’ultimo come genitore del minore ma, a fronte di un ricorso presentato dalla coppia dinanzi alla *Supreme Court del British Columbia*, anche il padre intenzionale veniva dichiarato con sentenza genitore del nato a seguito di g.p.a.

Il Comune di Verona, tuttavia, negava la rettifica dell’atto di nascita sulla base della sentenza canadese, per l’esistenza di un atto di nascita già trascritto in Italia (quello che riconosceva il solo genitore biologico) e per l’assenza di dati normativi e giurisprudenziali certi sul punto.

La coppia decideva allora di adire la Corte d’appello di Venezia con ricorso *ex art. 702 c.p.c.* per chiedere l’accertamento dell’inesistenza di motivi ostativi al riconoscimento in Italia della sentenza emessa dalla Corte canadese, ai sensi dell’art. 67 della legge n. 218/1995, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Tale domanda veniva accolta ma l’ordinanza della Corte veneziana era impugnata sia dal Ministero dell’Interno che dal Sindaco di Verona.

La Corte di cassazione, prima sezione civile, con [ordinanza interlocutoria n. 8325/2020](#) sollevava una questione di legittimità costituzionale in riferimento all’ art. 12 della L. n. 40/2004, all’art. 64, comma 1, lettera g) della L. n. 218/1995 e all’art. 18 del D.P.R. n. 396/2000, nella parte in cui, letti congiuntamente ed interpretati secondo la regola di diritto vivente cristallizzata dalle [Sezioni Unite n. 12193/2019](#), non ammettono il riconoscimento di un provvedimento giudiziario straniero che qualifichi come genitori del minore entrambi i soggetti che hanno fatto ricorso e condiviso il progetto di g.p.a. (sia il genitore biologico che quello intenzionale), per contrasto col limite dell’ordine pubblico, identificato con la norma penale che vieta il ricorso alla maternità surrogata, quale principio posto a tutela della dignità della donna e dell’istituto dell’adozione (ci si permette di rinviare, sulla questione sollevata, a E. ARDITO, *Lo status filiationis da maternità surrogata al vaglio della Corte Costituzionale*, in questa *Rivista*, 2021, p. 239 ss.).

Il ragionamento delle S.U. n. 12193/2019 sul punto sembra essere stato seguito anche dalla recentissima pronuncia a S.U. n. 90006/2021 con cui la Cassazione, da un lato, afferma la compatibilità con l’ordine pubblico internazionale dell’atto straniero di adozione piena di un minore a favore di una coppia *same sex* - dando un chiaro segnale di apertura in tema di omogenitorialità - ma, dall’altro, ribadisce che tale compatibilità va certamente esclusa qualora vi sia la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento del progetto di nascita (per un commento a tale sentenza si veda L. GIACOMELLI, *L’adozione piena da parte della coppia dello stesso sesso avvenuta all’estero è compatibile con l’ordine pubblico internazionale: gli equilibrismi della Cassazione tra inerzia del legislatore, moniti costituzionali ed esigenze di tutela omogenea dei figli*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 22 aprile 2021).

Dunque, seppur le due fattispecie sembrano essere molto diverse nella loro ricostruzione fattuale, in entrambe la questione da dirimere è lo *status* dei figli di coppie dello stesso sesso,

nati da tecniche di p.m.a., da un lato, e da maternità surrogata, dall'altro. In particolare, si tratta di individuare la corretta regolamentazione giuridica del loro rapporto con i genitori intenzionali, che non presentano alcun legame biologico con i minori stessi.

## 2. *Le questioni preliminari e la scelta dell'inammissibilità*

Nella sentenza n. 32/2021 sull'omogenitorialità femminile la Consulta, in via preliminare, ha esaminato le eccezioni di inammissibilità formulate dalla difesa statale.

*In primis*, secondo l'Avvocatura dello Stato, le questioni sollevate dal Tribunale di Padova si sarebbero rivelate prive di rilevanza perché il giudizio principale sarebbe incentrato non tanto sul diritto delle due gemelle ad essere riconosciute come figlie di entrambe le madri, quanto più sul diritto della madre intenzionale ad essere identificata come genitore delle minori. Tale eccezione è stata ritenuta infondata dalla Corte in quanto risultava evidente che la richiesta della ricorrente, orientata ad ottenere una stabilità del rapporto genitoriale, mirava eminentemente alla tutela delle minori.

Parimenti, è stata dichiarata priva di fondamento l'eccezione relativa ad una supposta *aberratio ictus* in cui sarebbe incorso il Tribunale remittente. A detta dell'Avvocatura dello Stato, le ragioni che impediscono il riconoscimento dello *status filii* in relazione alla madre intenzionale non risiedono negli articoli oggetto della questione sollevata innanzi alla Corte (artt. 8 e 9 della l. 40/2004, che stabiliscono lo *status filii* dei nati da tecniche di p.m.a. nei confronti della coppia «che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi all'art. 6») bensì negli artt. 4 e 5 della stessa legge, i quali vietano l'accesso alle tecniche di p.m.a. a coppie omosessuali.

La Corte ha rigettato tale eccezione adducendo che gli artt. 8 e 9 non possono che essere letti in combinato disposto con altri articoli dello stesso testo normativo al quale appartengono (artt. 4 e 5) e che, in tale sede, non è in discussione la legittimità costituzionale del divieto menzionato; viene infatti richiamata la [sentenza n. 221/2019](#) della Corte costituzionale che pacificamente lo considera giustificato e, d'altronde, lo stesso principio può rinvenirsi anche nella [sentenza n. 237/2019](#) della stessa Corte, nonché nella giurisprudenza della Corte europea – [Gas and Dubois v. France](#), ricorso n. 25951/07, sentenza del 15 marzo 2012 – e nelle due sentenze della Corte di cassazione n. 7668/2020 e n. 8029/2020 (per un commento critico a tali ultime due pronunce si vedano S. CELENTANO, *Tradizione, natura e pregiudizio*, in [www.questionegiustizia.it](#), 12 maggio 2020; G. FERRANDO, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, *ivi*, 15 maggio 2020).

La questione riguarda invece «la compressione dei diritti dei nati, su cui si farebbe ricadere la responsabilità inerente all'illiceità delle tecniche adottate nella procreazione» (par. 2.2. sentenza n. 32/2021).

La Consulta ha deciso inoltre di considerare un ulteriore profilo di inammissibilità (sebbene non fosse stato eccepito!) e cioè quello ipoteticamente relativo alla mancata sperimentazione di una interpretazione conforme delle disposizioni contestate. A questo proposito, la Corte ha ripercorso, e giudicato corretto, il ragionamento seguito dal Tribunale di Padova sul punto, secondo cui una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 8 e 9 della l. 40/2004, che permetta l'identificazione della madre intenzionale come genitore a tutti gli effetti, è impedita dall'insuperabile contenuto letterale degli artt. 4 e 5 della stessa legge, che stabiliscono invece che le coppie *same-sex* non possono ricorrere alla p.m.a.

Tuttavia, sembra opportuno rilevare, *in primis*, che la motivazione della sentenza della Corte sul punto ha sollevato talune perplessità in quanto la stessa, nell'escludere una interpretazione conforme degli artt. 8 e 9 della l. 40/2004 ai fini del pieno riconoscimento della omogenitorialità, non avrebbe tenuto conto del contesto storico-politico nel quale si colloca tale intervento normativo, introdotto quando «*non erano maturati né la riforma, fortemente egualitaria, della filiazione, né gli sviluppi del diritto alla vita familiare della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*» (M. ACIERNO, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 7 aprile 2021).

D'altra parte, non si può non considerare quel filone della giurisprudenza di merito che sostiene proprio tale operazione ermeneutica, in riferimento agli artt. 8 e 9 della l. 40/2004, e reputa totalmente irrilevante un presunto contrasto con la lettera degli artt. 4 e 5 della stessa legge: il divieto per le coppie *same-sex* di avvalersi della p.m.a. opererebbe in un momento antecedente alla nascita, mentre, in un momento successivo ad essa, quando si discute dei diritti dei figli già nati (all'estero) e non dell'ammissibilità della tecnica procreativa in sé (già conclusasi), tale divieto non potrebbe spiegare alcun effetto (Tribunale di Bologna, decreto 6 luglio 2018; Tribunale di Pistoia, decreto 3 luglio 2018; anche se tali pronunce sono state respinte da Cass. civ. n. 8029/2020 e da Cass. civ. n. 7668/2020; sul punto si veda S. STEFANELLI, *Il rapporto tra il nato in Italia da p.m.a. e madre intenzionale resta confinato all'adozione genitoriale*, in *Il Foro italiano*, 2021, I, p. 43 ss.).

In ogni caso, venendo ora alla sentenza sull'omogenitorialità maschile (n. 33/2021), va evidenziato che anche in questa pronuncia la Consulta, rigettando la corrispondente eccezione di inammissibilità, in questo caso effettivamente formulata dalla difesa statale, ha proposto per l'impraticabilità di una interpretazione conforme delle norme censurate, «in ragione dell'intervenuta pronuncia delle Sezioni Unite (con riferimento, evidentemente, alla citata sentenza n. 12193/2019), che ha formato il diritto vivente che il giudice *a quo* sospetta di contrarietà alla Costituzione» (par. 3.2.).

L'Avvocatura generale dello Stato ha addotto inoltre che il parere consultivo reso in base al Protocollo 16 alla CEDU dalla Corte di Strasburgo (sul quale la prima sezione civile della Cassazione ha fondato il proprio ragionamento) non possa essere considerato parametro interposto, in quanto il Protocollo in questione non è stato sinora ratificato dall'Italia. La Corte costituzionale ha rigettato tale eccezione, in quanto il giudice remittente aveva correttamente invocato come parametro interposto (fondato sull'art. 117 Cost.) non già l'*Avis Consultatif* in quanto tale, bensì l'art. 8 CEDU. D'altra parte, seppur il parere consultivo reso dalla Corte EDU, su richiesta della Corte di cassazione francese, non sia ovviamente vincolante, come espressamente sancito dall'art. 5 del Protocollo 6 alla CEDU, né per lo Stato cui appartiene la giurisdizione richiedente né, a fortiori, per gli altri Stati; è altrettanto vero che tale parere è confluito in successive pronunce adottate dalla Corte europea in sede contenziosa (*D. c. Francia*, ricorso n. 11288/2018, sentenza del 16 luglio 2020; *C. e E. c. Francia*, ricorsi nn. 1462/2018 e 17348/2018, sentenza del 19 novembre 2019) e che dunque mantenga una propria decisiva rilevanza.

Infine, la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della questione formulata in relazione agli artt. 117 Cost. e 24 della Carta di Nizza per difetto di motivazione in merito alla riconducibilità della questione sollevata all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51 CDFUE; «*il che non esclude, naturalmente, che le norme della Carta possano essere tenute in considerazione come criteri interpretativi degli altri parametri, costituzionali e internazionali, invocati dal giudice remittente*» (par. 4 sentenza n. 33/2021).

Ebbene, dopo aver vagliato tutte le eccezioni preliminari avanzate, in entrambi i casi la Corte costituzionale, senza esimersi dall'effettuare una approfondita e puntuale disamina nel merito (fin troppo attenta secondo alcuni autori, si veda: A. RUGGERI, *La p.m.a. alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*, in *Consulta online*, fascicolo n. 1/2021, 11 marzo 2021; D. CASTELLANO, *Procreazione medicalmente assistita: la madre intenzionale, note a margine*, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com), 16 marzo 2021), ha optato per una dichiarazione di inammissibilità delle questioni di legittimità sollevate, riconoscendo, seppur con formule diverse, che la decisione sulla regolamentazione giuridica del rapporto tra i minori e i genitori intenzionali spetta al legislatore e che è dunque doveroso cedergli il passo.

### *3. La posizione della Corte nel merito: il superiore interesse del minore e l'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari*

Il maggior pregio di entrambe le sentenze commentate, nell'opinione di chi scrive, risiede indubbiamente nel mutamento di prospettiva operato dalla Corte in materia di famiglie formate da coppie omoaffettive. Ciò che viene messo al centro, ora e definitivamente, è il nato e il suo nucleo di tutele inviolabili: per dirlo con le parole di un'autrice «è cambiato lo sguardo del diritto che finalmente si rivolge al bambino» (G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in [www.giustizjainsieme.it](http://www.giustizjainsieme.it), 14 aprile 2021).

A ben vedere, la linea sposata dalla Corte nelle sue precedenti pronunce in materia ([Corte cost. n. 237/2019](#); [Corte Cost. n. 230/2020](#)) non viene totalmente disattesa in quanto la pronuncia è di inammissibilità e non certo di accoglimento ma, nel fulcro della motivazione, è riscontrabile un importante cambio di passo.

La Corte, infatti, nella sentenza n. 33/2021 ha individuato fin da subito l'interrogativo a cui fornire una risposta: si tratta di stabilire «se il diritto vivente espresso dalle Sezioni Unite civili (nella citata sentenza n. 12193/2019), alla luce della complessità della vicenda, sia compatibile con i diritti del minore sanciti dalle norme costituzionali e sovranazionali invocate dal giudice a quo» (par. 5.2).

Nel caso delle due mamme, oggetto della sentenza n. 32/2021, il punto di partenza è invece costituito dal richiamo alla [sentenza n. 347 del 1998](#), con cui la stessa Corte costituzionale aveva espresso l'urgenza di individuare idonei strumenti di tutela del nato a seguito di fecondazione assistita in relazione «ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare» (par. n. 2.4.1.1). Monito che (in tal caso) è stato seguito dal Parlamento che ha cristallizzato, con l'introduzione degli artt. 8 e 9 della l. 40/2004, i doveri derivanti da responsabilità genitoriale, nei confronti del nato, in capo a coloro che fanno ricorso alla p.m.a. (purché eterosessuali, nella logica ispiratrice della legge).

Nel prosieguo, le motivazioni delle due pronunce in esame presentano diversi elementi comuni.

Ampio spazio viene dato al c.d. *best interest of the child*, così come declinato dalle diverse fonti internazionali ed europee richiamate (si fa riferimento alla Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, alla CEDU e alla Carta di Nizza) nonché come definito e felicemente riformulato dalla stessa Corte costituzionale quale necessità che nelle decisioni concernenti il bambino venga sempre ricercata «la soluzione ottimale “in concreto” per l'interesse del minore, quella cioè che garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la “miglior cura” della persona» (Corte cost., sentenza n. 11/1981, poi richiamata nelle

successive sentenze n. 239/2014, n. 17/2017, n. 76/2017 e n. 272/2017). Con riferimento alle due fattispecie in esame, il miglior interesse del bambino viene individuato, da una Corte costituzionale che, in entrambe le pronunce in commento, abbraccia totalmente la visione della Corte europea sul punto, nel diritto del minore di ottenere una forma di riconoscimento giuridico del legame con entrambi i componenti della coppia, che ha condiviso il progetto di nascita e che si è presa cura del minore; in altre parole, con chi ha “di fatto” svolto funzioni genitoriali per un lasso di tempo sufficientemente ampio.

Tale interesse entra in gioco sotto una duplice prospettiva: sia rispetto al profilo prettamente identitario, insito nel diritto del minore a vedersi identificato dalla legge come parte integrante di quella formazione sociale e di quel nucleo di affetti che in concreto si sono stabilizzati (aspetto ampiamente valorizzato e ritenuto preminente dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in relazione all’art. 8 CEDU) sia rispetto alla legittima aspettativa del figlio all’affermazione, in capo ai suoi “genitori di fatto”, di quel nucleo di doveri inscindibilmente legati alla nozione di responsabilità genitoriale; doveri senza i quali una tutela effettiva del minore risulta certamente mancante.

E tutto ciò non può che essere vero anche nel caso in cui la famiglia sia strutturata attorno ad una coppia *same-sex*, dal momento che «l’orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull’idoneità all’assunzione di responsabilità genitoriale (Corte cost., sentenza n. 221/2019; Corte di Cassazione, sez. I civ., sentenza 22 giugno 2016, n. 12962; sez. I civ., sentenza 11 gennaio 2013, n. 601)» (sentenza n. 33/2021, par. 5.4) ed in quanto «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l’inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore (sentenza n. 221 del 2019)» (sentenza n. 32/2021, par. 2.4.1.3).

Tuttavia, nella sentenza su omogenitorialità maschile e g.p.a. la Consulta, seguendo le tracce non solo della propria precedente sentenza n. 85/2013, espressamente richiamata, ma anche delle S.U. n. 12193/2019 (secondo cui il *best interest of the child* può «affievolirsi» ed «essere oggetto di temperamento con altri valori considerati essenziali ed irrinunciabili dall’ordinamento») ha affermato che «l’interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco» (sentenza n. 33/2021, par. 5.5).

Quest’ultimo deve essere infatti bilanciato, in ragione del principio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall’ordinamento di scoraggiare il ricorso alla maternità surrogata: le S.U. n. 12193/2019 si fanno (forse fin troppo) carico di tale obiettivo negando *tout court* il riconoscimento dell’atto di nascita straniero che qualifica come genitore anche il padre intenzionale del bambino, senza però considerare l’intrinseca assenza di idonei strumenti alternativi ai fini della tutela del minore (per un commento alla sentenza a S.U. n. 12193/2019 si veda F. MARONGIU BUONAIUTI, *Recognition in Italy of filiation established abroad by surrogate motherhood, between transnational continuity of personal status and public policy*, in *Cuad. der. trans.*, 2019, n. 2, p. 294 ss.).

D’altra parte, tale bilanciamento, seppur ragionevole, non può spingersi fino a negare qualsiasi forma di riconoscimento del legame genitoriale col genitore intenzionale: si tratterebbe di una ingiustificata degenerazione destinata a sacrificare irrimediabilmente gli interessi del bambino e a «strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata» (sentenza n. 33/2021, par. 5.7).

Il punto di equilibrio va allora rintracciato, ancora una volta, seguendo gli ultimi approdi della giurisprudenza europea (che viene definita «ormai consolidata» e che sembra

«corrispondente all'insieme dei principi sanciti in materia dalla Costituzione italiana» - sentenza n. 33/2021, par. 5.7) ed in particolare secondo quanto espresso dalla *Grande Chambre* nel [parere consultivo 10 aprile 2019](#) e rintracciabile anche nelle successive pronunce conformi già citate.

Il *best interest of the child* è salvo se il riconoscimento giuridico del rapporto del minore col genitore “di fatto” sia, *in primis*, possibile – essendoci dunque uno strumento giuridico adatto a tale scopo - e, in secondo luogo, quando questo si realizzi in modo celere ed effettivo (sentenza n. 33/2021, par. 5.7).

Alla stessa conclusione giunge la sentenza n. 32/2021 quando afferma: «se il rapporto di filiazione è già diventato una “realtà pratica”, la procedura prevista per il riconoscimento deve essere attuata in modo tempestivo ed efficace» (par. 2.4.1.2.).

Ma qual è l'istituto legislativo offerto dall'ordinamento ai fini del raggiungimento di tale obiettivo? L'adozione in casi particolari (c.d. “*stepchild adoption*”), che, in entrambe le pronunce in esame, viene fortemente stigmatizzata nelle sue evidenti carenze, del tutto inconciliabili con lo sguardo d'insieme offerto dalla Corte in tema di diritti del minore.

Innanzitutto, tale procedura non attribuisce la genitorialità all'adottante. In secondo luogo, non assicura la creazione di un legame di parentela tra adottante e adottato. Infine, richiede per il suo perfezionamento l'assenso del genitore biologico, che potrebbe presumibilmente venir meno in caso di crisi della coppia, divenendo dunque impraticabile «*nelle situazioni più delicate per il benessere del minore*» (sentenza n. 33/2021). Peraltro, tale supposto epilogo si è verificato proprio nel caso sull'omogenitorialità femminile, avendo la madre biologica del bambino negato il proprio consenso all'adozione delle due gemelle da parte dell'ex-compagna: in altre parole, il rischio astrattamente paventato nella sentenza n. 33/2021 è diventato tangibile, concreto e realtà fattuale nel caso oggetto della sentenza n. 32/2021, facendo emergere in modo lampante la «condizione deteriore» dei nati in tali circostanze e la disparità di trattamento ai quali sono sottoposti, ancora una volta, soltanto in ragione delle scelte compiute da chi ha messo in atto il progetto procreativo.

La loro posizione viene infatti assimilata a quella dei figli incestuosi e a quella dei figli di soggetti che abbiano commesso gravi delitti a loro danno, con l'importante differenza per cui, in entrambi i casi richiamati, la Corte costituzionale è intervenuta per escludere, a tutela dei minori, che possa venir meno la responsabilità genitoriale (sentenza n. 32/2021, par. 2.4.1.3; sentenza n. 33/2021, par. n. 5.7).

All'esito della disamina, la Corte afferma, nel primo caso, che dovrà essere il legislatore «*a colmare il denunciato vuoto di tutela a fronte di incompressibili diritti dei minori*» (sentenza n. 32/2021, par. 2.4.1.4) e, parimenti, nell'altro, ritiene di dover «*cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore*» (sentenza n. 33/2021, par. n. 5.9).

#### 4. Considerazioni conclusive: quali prospettive future?

In conclusione, non può non rilevarsi che la posizione espressa dalla Consulta in entrambe le pronunce in commento sia decisamente eloquente nei riguardi del legislatore: nella sentenza n. 32/2021 la Corte ritiene di non poter «ora» porre rimedio all'inerzia legislativa mentre nella sentenza n. 33/2021 la stessa afferma che «il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata (...) non può che spettare, in prima battuta, al legislatore».

Come è stato efficacemente rilevato in dottrina (A. RUGGERI, *op. cit.*; M. ACIERNO, *op. cit.*) sembra dunque leggersi nelle parole della Consulta una sorta di “minaccia velata” al Parlamento, una specie di *ultimatum* secondo cui, qualora quest’ultimo dovesse continuare a non dare risposta alcuna, la Corte sarà “costretta” a sostituirsi ad esso.

È evidente come una tale prospettazione, meramente ipotetica, non possa che «generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato», così come riconosciuto dalla stessa Consulta (sentenza n. 32/2021, par. 2.4.1.4), nonché chiaramente violare il principio di separazione dei poteri, costituendo un “pericoloso” precedente.

Va inoltre evidenziato che nella sentenza n. 32/2021, relativa al caso dell’omogenitorialità femminile, la Corte non si è limitata a suggerire un intervento legislativo ma, come già successo nel caso *Cappato* (Corte cost., sentenza n. 249/2019), si è spinta fino a delineare «in via esemplificativa» alcune delle soluzioni normative possibili, da un lato facilitando il compito del Parlamento ma, dall’altro, entrando in una sfera che, per sua stessa ammissione, non le compete.

Tuttavia, sembrerebbe lecito chiedersi, quali sono le alternative poste da questa insostenibile attesa? È davvero ragionevole continuare a sacrificare i diritti dei bambini sull’altare della incompressibile coerenza interna dell’ordinamento?

Forse un segnale di risposta può giungere dai sistemi regionali di protezione dei diritti umani, in quanto, a fronte di una giurisprudenza CEDU che si va consolidando sempre più sul tema, non sarebbe certamente improbabile che, a seguito di un ricorso individuale, l’Italia venga sanzionata per mancato rispetto dell’art. 8 CEDU dalla Corte di Strasburgo, la quale potrebbe indicare anch’essa la via di un intervento legislativo.

In definitiva, a parere di chi scrive, la soluzione più equilibrata ed efficace non può che essere individuata in un’azione legislativa – coraggiosa ma ormai indifferibile – ad opera del Parlamento nazionale o da raggiungere su scala universale o regionale qualora si riesca a trovare un’ipotesi di compromesso tra i vari Stati eventualmente interessati – soluzione certamente affascinante ma difficilmente realizzabile in concreto, date le eminenti implicazioni etiche e morali delle questioni sottese.

E tale intervento non è più prorogabile, non tanto per la necessità di dare una risposta univoca nel fervido e contemporaneo dibattito politico sull’omogenitorialità, quanto per assicurare una adeguata protezione ai bambini coinvolti, che, loro malgrado, si ritrovano immersi in vicende rispetto alle quali non hanno chiaramente alcuna responsabilità.

ELENA ARDITO