

Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)

MARTA PICCHI*

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 23 ottobre 2019.

Disponibile all'indirizzo: <http://www.giurcost.org/decisioni/2019/0221s-19.html>.

Sommario

1. Premessa. – 2. Le questioni sottoposte all'attenzione della Corte costituzionale. – 3. La ricostruzione della Corte costituzionale. – 3.1. Del “diritto a procreare” ... – 3.2. Segue: ... e delle “migliori condizioni di partenza”. – 3.3. Dell'attribuzione dello *status filiationis*. – 4. Alcune riflessioni per concludere.

Data della pubblicazione sul sito: 16 aprile 2020

Suggerimento di citazione

M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Firenze. Indirizzo mail: marta.picchi@unifi.it.

1. Premessa

La sentenza in commento ha per oggetto il tema dell'omogenitorialità: in questa occasione, è esaminata sotto il profilo dell'accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita (PMA) che, anche per le coppie omosessuali femminili, è precluso dall'art. 5¹, l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*)².

La Corte costituzionale coglie l'occasione per fare delle precisazioni su alcuni suoi precedenti interventi, che suscitano delle riflessioni³ perché sembrano dei passi indietro o, quantomeno, esprimono la volontà di porre un argine a fronte di possibili ulteriori richieste volte a far cadere non solo il divieto di PMA per le

¹ Art. 5 (*Requisiti soggettivi*), l. n. 40/2004: «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

² L'art. 12 (*Divieti generali e sanzioni*), co. 2, l. n. 40/2004 prevede delle sanzioni amministrative in caso di violazione del divieto: difatti, stabilisce che «[c]hiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro». Il comma 9 dispone altresì la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti contemplati nell'art. 12. Inoltre, il comma 10 stabilisce che l'autorizzazione concessa ai sensi dell'articolo 10 alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate è sospesa per un anno e, nell'ipotesi di più violazioni dei divieti o di recidiva, può essere revocata.

³ G. CASABURI, «*Qui sto. Non posso fare altrimenti*»: la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali (femminili), in *Il Foro italiano*, 12/2019, I, p. 3798 ss., si esprime in termini critici poiché ritiene che la chiarezza dell'esposizione faccia «emergere, con disarmante evidenza, i limiti, in primo luogo culturali, della pronuncia, espressione di un non condivisibile ridimensionamento del proprio ruolo (anche per il passato) e di esasperato conservatorismo». L'Autore conclude osservando come la Corte assuma una prospettiva eticheggiante dimostrando di essere prevenuta nei confronti dell'omogenitorialità, nonostante alcune affermazioni che, però, rimangono vuote di significato. Di diverso avviso è, invece, G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement"*, in *Corriere giuridico*, 12/2019, p. 1460 ss., che condivide le argomentazioni della Corte costituzionale perché viene finalmente posto un argine a tutti quei tentativi volti ad affermare l'operatività nell'ordinamento di un diritto assoluto alla genitorialità: cioè, viene spostata l'attenzione dai bisogni degli adulti a quelli dei minori.

coppie omosessuali femminili, ma addirittura per quelle maschili investendo, dunque, il tema della surrogazione di maternità, vietata e sanzionata penalmente dall'art. 12, comma 6⁴, l. n. 40/2004.

Il presente contributo si propone di analizzare le motivazioni della Corte costituzionale al fine di comprendere come questo nuovo intervento incida sulla precedente giurisprudenza costituzionale discostandosi sensibilmente da alcune ricostruzioni in tema di genitorialità responsabile, che trovano sempre più attenzione in dottrina e nella giurisprudenza, soprattutto nell'intento di tutelare l'interesse superiore del minore.

2. Le questioni sottoposte all'attenzione della Corte costituzionale

I due giudici *a quibus* si sono rivolti⁵ alla Corte costituzionale per consentire l'apertura della PMA anche alle coppie omosessuali femminili e, a tal fine, hanno prospettato il contrasto degli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10, l. n. 40/2004 con gli artt. 2, 3, 31, e 32 Cost., nonché con gli artt. 11 e 117, comma 1, della Costituzione. In realtà, l'ordinanza del Tribunale di Pordenone presenta delle ambiguità perché nel dispositivo chiede in modo indifferenziato l'ablazione del requisito della diversità di sesso, riferendosi così a tutte le coppie omosessuali.

La Corte, dal tenore complessivo dell'ordinanza, ritiene però che il giudice *a quo* abbia inteso riferirsi alle sole coppie formate da donne. Ciò consente alla Corte di non affrontare direttamente il problema della maternità surrogata affidando le relative considerazioni a degli *obiter dicta*⁶, analogamente a quanto fatto già con le pronunce nn. 162/2014 e 272/2017.

Infatti, la Corte spiega che la PMA, per le coppie omosessuali femminili⁷, si attua mediante fecondazione, in vivo o in vitro, con gameti maschili di un donatore.

⁴ Art. 12, co. 6, l. n. 40/2004: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

⁵ Tribunale di Pordenone, ordinanza 2 luglio 2018, e Tribunale di Bolzano, ordinanza 3 gennaio 2019.

⁶ Cfr. F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in Osservatorio costituzionale AIC, 2/2020, p. 1 ss.

⁷ Ovviamente, ciò vale sempreché le due donne non siano entrambe impossibilitate a portare a termine la gestazione, altrimenti la loro condizione sarà del tutto equiparabile a quella di una coppia omosessuale maschile.

La c.d. PMA eterologa, originariamente vietata in modo assoluto dalla legge n. 40/2004, è divenuta fruibile dalle sole coppie eterosessuali in seguito alla pronuncia n. 162/2014 della Corte, quando vi siano patologie che determinano una sterilità o un'infertilità assolute e irreversibili.

La Corte precisa che, in caso di accoglimento delle questioni, la fecondazione eterologa verrebbe estesa anche all'infertilità che la Corte ritiene «fisiologicamente propria della coppia omosessuale femminile, conseguente alla non complementarietà biologica delle loro componenti»⁸.

In caso di coppie omosessuali maschili, invece, la genitorialità artificiale passa necessariamente attraverso un accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando a reclamare diritti sul nascituro. «Tale pratica è vietata in assoluto, sotto minaccia di sanzione penale, dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, anche nei confronti delle coppie eterosessuali»⁹ e detta previsione – ricorda la Corte riferendosi alla recente pronuncia della Corte di cassazione, sezioni unite, dell'8 maggio 2019, n. 12193¹⁰ – è considerata dalla giurisprudenza espressiva di un principio di ordine pubblico.

3. Le ricostruzioni della Corte costituzionale

Il giudice costituzionale muove dalla premessa che la materia tocca argomenti eticamente sensibili: il punto di equilibrio delle opposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona, spetta primariamente alla valutazione del legislatore. La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), in più occasioni, ha

⁸ Cons. dir. p.to 8.

⁹ Cons. dir. p.to 8.

¹⁰ La Corte di cassazione ha fatto chiarezza sui contenuti del principio di ordine pubblico internazionale e ha stabilito che il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto di surrogazione della maternità previsto dall'art. 12, co. VI, l. n. 40/2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione. La tutela di tali valori – non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore e al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione – non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, co. 1, lett. d), della l. n. 184/1983 (*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*).

precisato che gli Stati conservano un ampio margine di apprezzamento nella materia della PMA, proprio per le delicate questioni di ordine etico e morale che si prospettano e per il fatto che non vi è un consenso generale sulle stesse.

In questi temi, «il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»¹¹, ferma restando la sindacabilità delle scelte operate per verificare che sia stato realizzato un bilanciamento non irragionevole.

3.1 Del “diritto a procreare” ...

Anzitutto, la Corte si sofferma sulla configurabilità – in seguito alla scissione tra atto sessuale e procreazione, mediata dall'intervento del medico – di «un “diritto a procreare” (o “alla genitorialità”, che dir si voglia)»¹²: cioè, la possibilità di decidere non soltanto l'*an* e il *quando*, ma anche i modi diversi da quello naturale per procreare.

In altri termini, la Corte intende stabilire se il desiderio di avere un figlio per mezzo delle tecnologie debba essere soddisfatto sempre e comunque, oppure se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate, in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del nascituro.

Per risolvere il quesito, la Corte ricerca le ragioni che hanno spinto il legislatore del 2004. In questa analisi iniziale, individua le originarie finalità: dunque, assume una prospettiva riduttiva perché non tiene conto delle aperture che la stessa Corte

¹¹ Cons. dir. p.to 9.

¹² Cons. dir. p.to 10.

ha introdotto attraverso le proprie pronunce¹³, le quali hanno poi stimolato un'ulteriore progressiva evoluzione nella giurisprudenza di merito e di legittimità¹⁴.

Il Giudice costituzionale individua «due idee di base»¹⁵: la prima concerne la funzione che le tecniche di procreazione assistita svolgono. Il legislatore le ha concepite quali rimedi alla sterilità o alla infertilità umana dovute a una causa

¹³ La Corte richiama (cfr. cons. dir. p.to 11) le sentenze nn. 162/2014 e 96/2015, ma ritiene che con queste siano state eliminate delle distonie, interne o esterne, della disciplina senza incidere, se non marginalmente, sulle coordinate di fondo della stessa. In particolare, la prima pronuncia ha ammesso alla riproduzione artificiale le coppie alle quali sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, dichiarando perciò illegittimo il divieto di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo. La Corte precisa che, in questo caso, le esigenze di tutela del nascituro apparivano adeguatamente soddisfatte dalla disciplina vigente sia per il rischio psicologico correlato al difetto di legame biologico con i genitori sia per la possibile violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica. La sentenza del 2015, invece, ha aperto l'accesso alla PMA alle coppie fertili portatrici, però, di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro: così, è stata eliminata una distonia che era già stata censurata dalla Corte EDU con la sentenza 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*. Entrambe le pronunce, secondo la Corte, si sarebbero mosse nella logica della finalità terapeutica individuata dal legislatore e, anzi, l'avrebbero valorizzata senza alterare l'altra scelta di fondo volta a riprodurre il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza della figura materna e di quella paterna. In ogni caso, anche l'avvenuta apertura alla PMA eterologa non ha in alcun modo fatto venir meno i requisiti della maggiore età, della diversità di sesso, del rapporto di coniugio o di convivenza, dell'età potenzialmente fertile e il fatto che devono essere entrambi viventi, con ciò confermando il paradigma familiare riflesso nella previsione legislativa. La Corte non richiama, invece, altre due importanti sentenze che hanno contribuito ad ampliare la portata della l. n. 40/2004 incidendo sugli stessi principi che devono essere riferiti alla PMA, tenuto conto dei valori della Costituzione: la sentenza n. 151/2009 che ha contribuito a valorizzare la centralità del ruolo del medico e la n. 229/2015 che ha ampliato i presupposti per l'accesso alla PMA completando quanto disposto con la sentenza n. 96/2015.

¹⁴ G. CASABURI, «*Qui sto. Non posso fare altrimenti*», cit., p. 3798, osserva come il testo originario della l. n. 40/2004 era stato costruito a maglie strette evidenziando un forte timore verso l'evoluzione scientifico-tecnologica in ambito riproduttivo. Secondo l'Autore, nel momento in cui la Corte si rifà alle due direttrici che hanno ispirato il legislatore nel 2004, ritenute tuttora pienamente valide e, dunque, non mutate nel loro nucleo essenziale, è come se ridimensionasse l'evoluzione interpretativa prodottasi nel tempo. Un'evoluzione, aggiungerei, che è maturata nel tentativo di ricondurre la disciplina nell'ambito dei valori della Carta costituzionale, tenendo conto proprio dell'evolversi del contesto sociale e culturale.

¹⁵ Cons. dir. p.to 10.

patologica non altrimenti rimovibile¹⁶. La PMA, dunque, non costituisce una modalità di realizzazione del desiderio di genitorialità alternativa ed equivalente al concepimento naturale, rimessa alla libera autodeterminazione degli interessati.

La seconda direttrice attiene alla struttura del nucleo familiare: il legislatore ha posto una serie di limitazioni di ordine soggettivo per l'accesso alla PMA allo scopo di far sì che detto nucleo riproduca la famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre. A queste si aggiungano le limitazioni di ordine oggettivo, finalizzate ad assicurare il mantenimento di un legame biologico fra nascituro e aspiranti genitori, attraverso il divieto – un tempo assoluto – di ricorrere a tecniche di PMA di tipo eterologo¹⁷. Inoltre, soltanto le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi possono accedere alla PMA¹⁸.

Le questioni che le sono state sottoposte si collocano, però, su un piano ben diverso perché l'ammissione delle coppie omosessuali alle tecniche di PMA determinerebbe la diretta sconfessione delle due direttrici che hanno caratterizzato la disciplina del 2004, con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive escluse dalla PMA. Sebbene sia stata chiara nel precisare che le questioni sollevate riguardano soltanto il divieto di accesso alla PMA per le coppie omosessuali femminili, la maggiore preoccupazione della Corte costituzionale – che peraltro traspare dall'intera pronuncia – è legata al fatto che un'apertura a beneficio di queste potrebbe innescare interrogativi anche per le coppie maschili (oltre che per i *singles*) potendo, così, mettere a rischio il divieto di maternità surrogata.

La Corte fornisce, quindi, una risposta negativa, implicita ma inequivoca¹⁹, alla domanda iniziale. La soluzione viene ricavata proprio dalle linee direttrici che hanno determinato il legislatore del 2004, senza mai riferirsi a parametri costituzionali: vi è soltanto una generica constatazione che la disciplina in materia non presenta incongruenze interne poiché l'infertilità fisiologica della coppia omosessuale femminile (come anche quella della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata) non è affatto omologabile all'infertilità della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive. Sono «fenomeni chiaramente e ontologicamente

¹⁶ In particolare, la Corte costituzionale ricava questa prima direttrice dagli artt. 1 e 4, co. 1, l. n. 40/2004: cfr. cons. dir. p.to 10.

¹⁷ Cfr. art. 4, co. 3, l. n. 40/2004.

¹⁸ Cfr. art. 5, l. n. 40/2004.

¹⁹ Cfr. G. CASABURI, «*Qui sto. Non posso fare altrimenti*», cit.

distinti»²⁰: dunque, esclusa l'omogeneità fra le due tipologie di infertilità, non vi è alcun obbligo di ugual trattamento. La preclusione della PMA alle coppie formate da due donne non sarebbe, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure – ritiene la Corte – di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, secondo quanto confermato dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU che non ha riscontrato un'ingiustificata disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, rilevante *ex artt. 8 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), se la legge nazionale riserva l'inseminazione artificiale alle sole coppie eterosessuali sterili²¹.

Occorre sottolineare che il Giudice costituzionale, per definire l'esistenza o meno di un diritto alla genitorialità, non ricerca riferimenti nelle previsioni e nei principi costituzionali per poi valutare l'adeguatezza e la ragionevolezza della disciplina posta dal legislatore. A differenza di quanto ha fatto, come vedremo, in altre occasioni, non intende affrontare il tema della genitorialità, quale espressione della libertà di autodeterminazione personale fondata sugli artt. 2, 3 e 31 Cost., ma guarda alla sola disciplina legislativa. In questa maniera, la Corte dimostra chiaramente l'intenzione di voler preservare i contenuti della l. n. 40/2004 lasciando intuire l'esito finale del giudizio.

Dopo questa iniziale premessa, la Corte procede nell'esame delle disposizioni impugnate.

3.2 Segue: ... e delle “migliori condizioni di partenza”

Ricorda che il riconoscimento delle coppie omosessuali – pur essendo formazioni sociali meritevoli di tutela *ex art. 2 Cost.* – non implica una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli perché la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori non significa che detta libertà possa essere esercitata senza limiti poiché deve essere bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti²². La Corte utilizza ricostruzioni già enunciate nella sentenza n. 162/2014 con l'accortezza, però, di non citare le ulteriori considerazioni nelle quali la precisazione richiamata è collocata.

Infatti, in quell'occasione la Corte ha altresì affermato, con forza, che la «determinazione di avere o meno un figlio [...], concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non

²⁰ Cons. dir. p.to 12.

²¹ In particolare, la Corte costituzionale richiama la Corte EDU, sez. V, sentenza 15 marzo 2012, ricorso 25951/07, *Gas e Dubois c. Francia*.

²² Cfr. cons. dir. p.to 13.1.

vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera. In tal senso la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge n. 40/2004 sia appunto preordinata alla "tutela delle esigenze di procreazione", da temperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi»²³.

Nella pronuncia del 2014, la Corte ha ancora precisato che, sebbene la libertà e volontarietà dell'atto di diventare genitori e di formare una famiglia non implichi l'assenza di limiti, tuttavia, questi, «anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto [...], a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale»²⁴. Difatti, la Corte ha ribadito che la scelta di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli «costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango»²⁵.

La Corte prosegue nella propria ricostruzione volta a dimostrare che il legislatore non ha ecceduto il margine di discrezionalità che gli compete e afferma che il bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente protetti, nel caso della PMA, deve considerare che questa pratica altera le dinamiche naturalistiche della procreazione suscitando delicati interrogativi di ordine etico. Fra l'altro, osserva come si aprano scenari innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia «radicati nella cultura sociale»²⁶, gli stessi che hanno ispirato gli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione.

Dopodiché, sottolinea come il legislatore, nel ponderare gli interessi in gioco per trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze, debba tener conto, quale interprete della collettività nazionale, «degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico», salvo il successivo controllo della

²³ Corte cost., sent. n. 162/2014, cons. dir. p.to 6.

²⁴ Cons. dir. p.to 6.

²⁵ Cons. dir. p.to 6.

²⁶ Corte cost., sent. n. 221/2019, cons. dir. p.to 13.1.

Corte costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza. In ogni caso, la scelta operata dal legislatore rimane «aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»²⁷.

Su queste basi, la Corte afferma che la censurata disciplina legislativa non è irrazionale e neppure ingiustificata perché il legislatore si sarebbe preoccupato di garantire il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato: «l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia *ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali»²⁸.

La Corte conclude sull'inesistenza di un contrasto con l'art. 2 Cost. osservando che la diversità di sesso nella coppia ai fini dell'accesso alla PMA sarebbe una «condizione peraltro chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia» e che il legislatore ha considerato il «grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità” nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che, all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto»²⁹.

Sono possibili alcune immediate considerazioni. In primo luogo, la diversità di sesso dei componenti della coppia ha sicuramente ispirato la disciplina costituzionale della famiglia: il problema è se la nozione di famiglia sia rimasta immutata nel tempo e se l'odierna corrisponda a quella di oltre settant'anni fa. Analogamente, quando il legislatore si è attivato nel disciplinare l'accesso alla PMA, oltre quindici anni fa, è possibile che il grado di accettazione dell'omogenitorialità non consentisse altre soluzioni: tuttavia, occorre verificare se, oggi, quelle soluzioni sono ancora accettabili e soprattutto coerenti con i principi costituzionali.

Il Giudice costituzionale, però, non intende tornare a discutere della nozione costituzionale di famiglia e neppure entrare nel merito del fenomeno dell'omogenitorialità e sembra quasi voler scoraggiare la proposizione di ulteriori questioni in merito, rimettendo l'intera materia alla discrezionalità del legislatore.

La validità delle conclusioni, afferma la Corte, non è sconfessata neppure dagli orientamenti giurisprudenziali che hanno riconosciuto l'adozione cosiddetta non legittimante all'interno di coppie omosessuali e consentito la trascrizione di atti

²⁷ Cons. dir. p.to 13.1.

²⁸ Cons. dir. p.to 13.1.

²⁹ Cons. dir. p.to 13.1.

formati all'estero, dichiarativi del rapporto di filiazione nei confronti di genitori *same sex*. Secondo il Giudice costituzionale, vi è una differenza essenziale tra l'adozione e la PMA perché l'interesse del minore assume contenuti differenti in ragione della fase della procreazione. Difatti, l'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando e, quindi, non serve per dare un figlio a una coppia, ma precipuamente per dare una famiglia al minore che ne è privo e, nel caso dell'adozione applicabile alla coppia omosessuale, emerge come specialmente meritevole di tutela l'interesse del minore – da verificare in concreto – a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate³⁰. Invece, la finalità della PMA è diversa: «serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo), realizzandone le aspirazioni genitoriali» e, siccome il bambino deve ancora nascere, non è irragionevole – asserisce ancora una volta la Corte – «che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni “di partenza”»³¹. Ne consegue che non esiste alcuna contraddizione, ci dice sempre la Corte, se dopo la nascita è possibile la trascrizione nel registro dello stato civile di un atto straniero dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne – quando la prima abbia donato l'ovocita e l'altra abbia portato a termine la gestazione – perché non si configura la violazione dell'ordine pubblico interno giacché non vi è alcun divieto costituzionale per le coppie omosessuali di accogliere e anche di generare figli³².

L'inquietante e perentoria chiusura della Corte suscita delle perplessità perché, in sostanza, l'orientamento sessuale viene considerato un elemento che incide sulla capacità di essere genitori e sul grado di accettazione dello stesso nato da parte della collettività. Inoltre, l'enunciata diversità di funzione della PMA rispetto all'adozione non è vera fino in fondo: lo stesso legislatore del 2004 ci dice che alla coppia intenzionata a ricorrere alla PMA deve essere prospettata la possibilità delle procedure di adozione o di affidamento come alternative alla procreazione medicalmente assistita³³. C'è di più: la Corte è costretta a discostarsi da quanto aveva affermato nel 2014, quando aveva accostato la PMA eterologa all'adozione ritenendo che «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata

³⁰ Cfr. cons. dir. p.to 13.2.

³¹ Cons. dir. p.to 13.2.

³² Cfr. cons. dir. p.to 13.2, ove la Corte costituzionale richiama la sentenza 30 settembre 2016, n. 19599, della prima sezione della Corte di cassazione.

³³ Cfr. art. 6, co. 1, l. n. 40/2004.

dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra le regolamentazione dell'istituto dell'adozione»³⁴.

Sicuramente i complessi valori costituzionali da comporre devono essere distinti e diversamente bilanciati a seconda che si sia nella fase della procreazione o in quella successiva alla nascita: nondimeno, a livello dottrinale³⁵ e giurisprudenziale, si sta affermando una nuova ricostruzione che riconosce rilevanza alle nuove forme di genitorialità, sia etero che omosessuali, e che, anche ai fini dell'attribuzione dello *status filiationis*, dà rilievo al consenso quale espressione dell'autore-sponsabilità genitoriale, sulla quale non può incidere l'orientamento sessuale. Per di più, la responsabilità genitoriale non può essere riferita solo alla fase successiva alla nascita del bambino, ma se ne deve parlare fin dalla progettazione della procreazione e, nel caso di coppie omosessuali femminili, tale responsabilità acquisisce significato nel momento in cui le due *partners* acconsentono all'inseminazione artificiale.

Il restante esame delle questioni proposte con riferimento agli altri parametri costituzionali avviene in maniera molto sbrigativa.

In particolare, la Corte ritiene che non vi sia una violazione dell'art. 31, co. 2, Cost., perché «riguarda la maternità e non l'aspirazione a diventare genitore»³⁶. La distinzione fra le due condizioni non sembra però così netta, non fosse altro perché la previsione costituzionale richiamata stabilisce altresì che la Repubblica deve proteggere la maternità «favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

Né è ravvisata la violazione dell'art. 32, co. 1, Cost. sollevata per il fatto che l'impossibilità di formare una famiglia con figli assieme al proprio *partner* dello stesso sesso sarebbe suscettibile di incidere negativamente, anche in modo rilevante, sulla salute psicofisica della coppia. Infatti, la Corte ritiene, in questa occasione, che la tutela costituzionale della salute non possa essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva che una coppia (o un individuo)

³⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 162/2014, cons. dir. p.to 6.

³⁵ V. G. CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*, in *Il Foro Italiano*, 6/2019, I, p. 2003 ss. Con riferimento al differente tema della maternità surrogata, B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, p. 183 ss. (spec. p. 193 e 219 ss.), ritiene che la gravidanza per altri dovrebbe essere concepita «nei termini di una scelta consapevole di progetto riproduttivo finalizzato non a proseguire la propria maternità genitoriale in sequenza con la maternità biologica-gravidanza, bensì alla genitorialità di altri, individuati specificamente ed il cui progetto genitoriale è, dall'origine, riferimento per il progetto riproduttivo».

³⁶ Corte cost., sent. n. 221/2019, cons. dir. p.to 15.

reputi essenziale: così, è costretta a precisare che la contraria affermazione, contenuta nella pronuncia del 2014, è calibrata sulla specifica fattispecie, ossia su una coppia eterosessuale alla quale era stata diagnosticata una patologia produttiva di infertilità o sterilità assolute e irreversibili³⁷. La Corte non chiarisce, però, il motivo per il quale la salute della coppia eterosessuale sia degna di tutela e non anche quella delle coppie omosessuali. Appare evidente che l'unico distinguo è il diverso orientamento sessuale.

La Corte aggiunge, altresì, che la violazione dell'art. 32 Cost. non è ipotizzabile neppure per quei casi in cui le due *partners* di una coppia omosessuale femminile abbiano entrambe patologie che impediscono la produzione di ovociti o la gestazione. Infatti, secondo i giudici costituzionali, vi sarebbe un vizio di prospettiva giacché l'esistenza di patologie riproduttive è un dato significativo nell'ambito della coppia eterosessuale perché fa venir meno la normale fertilità di tale coppia, mentre è un aspetto irrilevante nell'ambito della coppia omosessuale, la quale sarebbe comunque affetta dalla già ricordata infertilità fisiologica³⁸. In altri termini, una donna che non sia fertile per cause legate a una qualche patologia avrà la speranza di vivere l'esperienza della maternità se di orientamento eterosessuale perché, con il proprio *partner* maschile, potrà ricorrere alla PMA; diversamente, se lesbica, non potrà diventare madre, non già per la sua infertilità patologica, ma per quella "fisiologica".

La Corte rigetta anche la prospettata disparità di trattamento legata alle diverse capacità economiche delle coppie: ossia, il fatto che l'aspirazione alla genitorialità possa essere realizzata da quelle sole che siano in grado di sostenere i costi per sottoporsi alla PMA in uno dei Paesi esteri dove è consentito. Al contrario, la medesima questione era stata accolta, per le coppie eterosessuali, nella sentenza n. 162 del 2014³⁹. Anche in questo caso la Corte è perentoria perché si limita ad affermare che, in «assenza di altri vulnera costituzionali, il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione»: le differenze normative con altri ordinamenti non possono essere considerate, altrimenti «la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia»⁴⁰.

³⁷ Cfr. cons. dir. p.to 16.

³⁸ Cfr. cons. dir. p.to 17.

³⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 162/2014, cons. dir. p.to 13.

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 221/2019, cons. dir. p.to 14. In maniera critica si esprime L. DELL'ATTI, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile*.

Infine, in maniera altrettanto risoluta, nega la violazione dell'art. 11 Cost. poiché dalle convenzioni internazionali richiamate, soprattutto da uno dei giudici *a quibus*, non derivano limitazioni di sovranità nei confronti dello Stato italiano⁴¹. Altrettanto infondata è la violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. con riferimento agli artt. 8 e 14 CEDU, relativamente al diritto al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di discriminazione, perché la giurisprudenza della Corte EDU è costante nel riconoscere un ampio margine di apprezzamento agli Stati, vista l'assenza di un generale consenso a livello europeo, nel disciplinare le modalità di tutela delle coppie omosessuali – che non deve necessariamente avvenire attraverso l'estensione dell'istituto del matrimonio – e nell'escluderle dall'accesso alla PMA, data la non equiparabilità della loro situazione con quella delle coppie eterosessuali⁴².

3.3 Dell'attribuzione dello status filiationis

La pronuncia in commento tocca di riflesso un altro aspetto: quello dell'attribuzione dello *status filiationis*.

Occorre soffermare l'attenzione su un passaggio già richiamato: cioè, quando la Corte, riferendosi a una pronuncia della Cassazione del 2016⁴³, ricorda come sia stato ammesso che un atto straniero dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne, a seguito della tecnica di procreazione assistita nota come Reception of Oocytes from Partner (ROPA), possa essere trascritto nel registro dello stato civile poiché non sarebbe in contrasto con l'ordine pubblico interno.

La Corte costituzionale non prende le distanze da questa soluzione prospettata dal giudice di legittimità: soluzione alla quale si è pervenuti perché in questo esempio di PMA, per un verso, viene rispettato il principio *mater semper certa est* e, per un altro verso, vi è il riconoscimento dello *status filiationis* anche nei confronti dell'altra componente della coppia che ha contribuito con la donazione dell'ovocita alla procreazione e che ha, perciò, un legame biologico col bambino. La soluzione appare in linea anche con la giurisprudenza della Corte EDU: quest'ultima ritiene che l'esistenza di un legame biologico con il minore rappresenti il limite oltre il quale è rimessa alla discrezionalità del legislatore statale l'individuazione degli strumenti più adeguati per conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale, compatibilmente con gli altri interessi coinvolti nella vicenda e fermo restando l'obbligo di assicurare una tutela comparabile a quella ordinariamente ricollegabile

Considerazioni costituzionali a margine di Corte cost., 237/2019, in Osservatorio costituzionale AIC, 2/2020, p. 1 ss.

⁴¹ Cfr. cons. dir. p.to 18.

⁴² Cfr. cons. dir. p.to 19.2.

⁴³ Cfr. Corte cass., sez. I, sentenza 30 settembre 2016, n. 19599.

allo *status filiationis*⁴⁴. In questo senso è anche il recente parere⁴⁵ – reso sulla base del Protocollo n. 16 allegato alla CEDU –, mediante il quale la Corte EDU ha ritenuto che, in ragione dei *best interests* del minore e del ristretto margine di apprezzamento dello Stato, il diritto nazionale debba prevedere la possibilità di riconoscere il legame di filiazione di un minore nato all'estero tramite maternità surrogata con la madre committente. Agli Stati non è imposta la trascrizione del certificato di nascita redatto all'estero nel registro dello stato civile: perciò, possono contemplare anche altre soluzioni (come l'adozione in casi particolari) purché la procedura consenta di prendere una rapida decisione e di apprezzare il migliore interesse del minore il cui *status* non deve rimanere in una situazione di incertezza. La Corte EDU ha però colto l'occasione per precisare altresì che, sebbene non fosse l'ipotesi del caso di specie, il riconoscimento dello *status* di filiazione appare ancor più necessario nel caso in cui nella procedura di surrogazione (e, mi pare, a maggior ragione in caso di PMA senza gestazione per altri) sia stato utilizzato il materiale biologico della madre di intenzione.

Sotto questo profilo, la pronuncia in commento può rappresentare un passo in avanti importante, teso a tutelare i *best interests of child*. In dottrina⁴⁶, vi è chi ritiene che l'aver sottolineato l'assenza di contrasti con l'ordine pubblico interno, anziché con quello internazionale, lascerebbe intendere che, secondo la Corte costituzionale, la doppia maternità (una naturale e l'altra biologica) possa essere registrata all'atto della nascita anche quando il bambino abbia visto la luce in Italia.

Tuttavia, una successiva pronuncia della Corte costituzionale pone nuovi elementi di incertezza. Il riferimento è alla sentenza n. 237 del 2019: in questo caso, la questione sollevata ha all'origine il rifiuto di un ufficiale di stato civile a ricevere la dichiarazione di nascita espressa congiuntamente da due donne che erano ricorse alla PMA eterologa all'estero. Il bambino era nato in Italia, ma vantava anche la nazionalità statunitense, acquisita dalla madre gestazionale. Le due donne avevano contratto matrimonio nel Winsconsin secondo la legge di quello Stato che consente il matrimonio fra persone del medesimo sesso e le riconosce come genitrici in caso di figli. In particolare, la questione proposta concerne la norma che

⁴⁴ Cfr. Corte EDU, sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*; sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11, *Labassée c. Francia*; Grande Camera, sentenza 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*. Queste pronunce si occupano della surrogazione di maternità, ma il ragionamento è riferibile anche alla PMA (senza gestazione per altri).

⁴⁵ Corte EDU, Grande Camera, parere 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001.

⁴⁶ Cfr. F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale*, cit., spec. p. 26 ss.

non consentirebbe di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciuti come genitori di un minore, con cittadinanza straniera, due persone dello stesso sesso.

La questione è stata giudicata inammissibile – dandone peraltro tempestiva notizia con un comunicato stampa⁴⁷ – per alcuni difetti nella motivazione dell’ordinanza di rimessione, dovuti alla mancanza di chiarezza nell’individuazione della disposizione contestata e al fatto che non è stato dato conto della sua affermata natura di norma di applicazione necessaria.

Nondimeno, la Corte, nell’esaminare le eccezioni di inammissibilità proposte dalle ricorrenti e ostative all’esame del merito della questione, ritiene che resista a censura l’affermazione assunta dal giudice *a quo*, secondo la quale, nel nostro ordinamento, è escluso che due persone dello stesso sesso possano essere genitori di un figlio. Il Giudice costituzionale precisa che è sicuramente vero che la genitorialità del nato a seguito di PMA è legata anche al consenso prestato e alla responsabilità accettata dai componenti della coppia che ha deciso di accedere a questa tecnica procreativa. Ciò è desumibile dall’art. 8, l. n. 40/2004, che riconosce ai nati in seguito a PMA il medesimo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti dalla coppia che ha seguito il percorso di fecondazione medicalmente assistita, nonché dal successivo art. 9 che, con riferimento alla fecondazione di tipo eterologo, stabilisce che il coniuge o il convivente della madre naturale, pur in assenza di un suo apporto biologico, non possa esercitare l’azione di disconoscimento della paternità né l’impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità⁴⁸.

La disciplina richiamata, secondo la Corte, presuppone però che le coppie coinvolte nel progetto di genitorialità siano di sesso diverso: difatti, l’art. 5, l. n. 40/2004, esclude l’accesso alle predette tecniche procreative alle coppie *same sex*. La Corte richiama, così, la pronuncia n. 221/2019 nella parte in cui ha affermato che l’esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull’orientamento sessuale, nonché la giurisprudenza della Corte EDU, secondo la quale una legge nazionale che riservi il ricorso alla PMA alle coppie eterosessuali, attribuendole una finalità terapeutica, non può essere considerata fonte di una ingiustificata disparità di trattamento verso le coppie omosessuali proprio perché la situazione di queste ultime non è paragonabile a quella delle prime. Dunque, la scelta compiuta non avrebbe ecceduto il margine di discrezionalità del legislatore, pur potendo mutare

⁴⁷ Comunicato stampa del 21 ottobre 2019: cfr. G. CASABURI, *Omogenitorialità tormentata tra sussulti e grida*, in *Il Foro italiano*, 1/2020, I, p. 54 ss.

⁴⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 237/2019, cons. dir. p.to 3.1.1.

orientamento in futuro in base all'evolversi dell'apprezzamento sociale. Né a conclusioni differenti si potrebbe pervenire facendo riferimento alla l. n. 76/2016 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*) perché, pur riconoscendo la dignità sociale e giuridica delle coppie formate da persone dello stesso sesso, non consente la filiazione, né adottiva né per fecondazione assistita.

Questa pronuncia, ancorché di inammissibilità, è significativa perché riscontra l'esistenza di una preclusione nel nostro ordinamento ad attribuire la doppia maternità ad un bambino nato in Italia, indipendentemente, sembrerebbe, dal fatto che la PMA alla quale sia ricorsa la coppia omosessuale femminile sia di tipo omologo oppure eterologo: il che fa pensare che, secondo la Corte costituzionale, non vi sarebbe spazio per un'interpretazione costituzionalmente orientata⁴⁹ e sia perciò necessario l'intervento della stessa in caso di persistente inerzia del legislatore.

Perciò, allo stato attuale e alla luce delle considerazioni della Corte costituzionale, vi è una disparità di trattamento fra i minori figli di coppie omosessuali femminili che siano ricorse alla PMA omologa: se nati all'estero, potranno ottenere il pieno riconoscimento attraverso la trascrizione dell'atto straniero; se nati in Italia, invece, non vi sarebbe la possibilità di attribuire la doppia maternità e, quindi, l'unica soluzione sembrerebbe l'adozione in casi particolari nonostante il legame biologico della madre di intenzione col minore, con tutte le conseguenze che ne discendono. Difatti, è necessario svolgere un'attenta riflessione per verificare se l'adozione in casi particolari sia in grado di tutelare l'interesse del minore in maniera adeguata sia per i tempi di attesa sia per il fatto che questo tipo di adozione non è, appunto, pienamente legittimante e, ad esempio, non comporta legami con la famiglia dell'adottante. Dubbi sull'adeguatezza dell'adozione in casi particolari nascono, in caso di PMA omologa, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU poc'anzi richiamata e, in ogni caso, in ragione di quanto precisato dalla stessa nel parere già ricordato, ove ha rimarcato che quando è in gioco il diritto all'identità del nato, da realizzarsi attraverso il riconoscimento del legame di filiazione con il genitore di intenzione, gli Stati hanno un ristretto margine di apprezzamento nella scelta dei mezzi diversi dalla trascrizione, come l'adozione da parte della madre di intenzione: invero, l'adozione è «*acceptables dans la mesure où les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de leur mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant*»⁵⁰.

⁴⁹ Talvolta, l'amministrazione e la giurisprudenza hanno però concluso e deciso diversamente: v. *infra*.

⁵⁰ Corte EDU, Grande Camera, parere 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001 (§ 55).

Inoltre, bisogna verificare anche la reazione della giurisprudenza comune che spesso ha mostrato una maggiore apertura e, soprattutto, ha prospettato una nuova e diversa ricostruzione in forza della quale, accanto alla genitorialità biologica da procreazione naturale e a quella legale in seguito ad adozione, vi è quella da PMA che può anche prescindere dal legame genetico. La peculiarità di questa diversa forma di genitorialità – che, al di fuori di qualsiasi legame genetico, trova dei limiti, ad esempio, nel divieto penale di maternità surrogata – consiste nel fatto che è fondata sulla consapevole assunzione della responsabilità genitoriale e, dunque, sul consenso⁵¹.

Proprio sulla base di questa ricostruzione, la Corte d'Appello di Perugia⁵² ha disposto la rettifica dell'atto di nascita della bambina, nata in Italia da PMA eterologa praticata all'estero, nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa da due donne, consentendo il riconoscimento da parte della *partner* della madre biologica, pur in assenza di un legame biologico-genetico, con conseguente attribuzione del cognome di entrambe le donne giacché l'inseminazione artificiale era stata concordata dalla coppia nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa. Difatti, l'«attribuzione del cognome anche del genitore intenzionale realizza il diritto del figlio all'identità personale – che ha copertura costituzionale assoluta e che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro – e il paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione dell'identità personale»⁵³.

La necessità di salvaguardare il diritto all'identità personale, strettamente collegato alla genitorialità intenzionale, fa sì che il minore abbia – prima ancora del diritto ad essere cresciuto ed educato in quell'ambito familiare e di godere della protezione normativa offerta (peraltro in modo parziale) dalle norme sull'adozione – «un fondamentale diritto di essere riconosciuto quale frutto di un progetto genitoriale, anche se esso sia stato realizzato in violazione di norme ordinarie interne» che, però, non sono di ordine pubblico perché non sono espressione di valori costituzionali superiori e inderogabili⁵⁴.

In assenza di interventi da parte del legislatore, volti a disciplinare le conseguenze sullo *status filiationis* in seguito alla violazione del divieto per le coppie omosessuali femminili di accesso alla PMA, è perciò verosimile che, col tempo, la

⁵¹ Cfr. G. CASABURI, *Omogenitorialità tormentata tra sussulti e grida*, cit.

⁵² Cfr. Corte App. Perugia, decreto 18 novembre 2019: quest'ultimo è successivo alla sentenza n. 221/2019 della Corte costituzionale – fra l'altro, richiamata nello stesso – ma è sostanzialmente contestuale alla sentenza n. 237/2019 poiché successivo di soli tre giorni.

⁵³ § 11.

⁵⁴ Cfr. § 9.

Corte debba nuovamente intervenire per superare le incertezze e le diversità di soluzioni che caratterizzano questo momento. In questa evenienza, sarebbe auspicabile che la Corte costituzionale, nel decidere, valutasse se la negazione della possibilità di indicare la doppia genitorialità nell'atto di nascita determini «una *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile» ai danni del minore, quale conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti, in violazione del diritto a uno *status filiationis* e al principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di discriminazioni legislative basate su condizioni personali e sociali⁵⁵.

4. Alcune riflessioni per concludere.

In più occasioni, la Corte costituzionale ricorda che spetta al legislatore il compito di bilanciare plurimi valori costituzionali, a maggior ragione quando le questioni abbiano un elevato contenuto etico. L'intera ricostruzione è basata sulla sintesi di principi e valori costituzionali compiuta dal legislatore del 2004, non volendo considerare o, comunque, mettere in evidenza che l'attuale assetto normativo è il frutto non solo della ricostruzione dello stesso Giudice costituzionale ma anche dell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità e di merito. Anzi, proprio quest'ultima si è spinta ben oltre – basti pensare a tutte le pronunce in tema di *status filiationis* – andando a colmare i vuoti normativi lasciati dai divieti posti nella legge n. 40/2004.

L'anima conservatrice della sentenza sembra possa essere riferita al fatto che, come già accennato, la Corte vuole scoraggiare la rimessione di nuove questioni, a maggior ragione se rivolte alla rimozione della pratica della surrogazione di maternità: non vuole creare brecce che possano condurre all'introduzione di questa diversa tecnica procreativa, il cui divieto è garantito, al momento, da sanzioni penali. In questa prospettiva, ma non solo, il continuo richiamo alla discrezionalità del legislatore e al fatto che a questo spetta il compito di contestualizzare il

⁵⁵ Così si era espressa la Corte costituzionale nella sentenza n. 494/2002 (cons. dir. p.to 5) nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, co. 1, c.c., nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini nei casi in cui il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato dall'art. 251, co. 1, del codice civile. Il legislatore ha poi recepito le conclusioni della Corte con la l. n. 219/2012 (*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*) e il successivo d.lgs. n. 154/2013 (*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*). In merito, si vedano le considerazioni di B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 5/2019, p. 197 ss.

bilanciamento degli interessi in gioco alla luce dell'evoluzione socio-culturale sembra voler avvertire che, per mezzo della Corte, non sarà possibile scalfire, ulteriormente, l'impianto della l. n. 40/2004.

Nella sentenza n. 221/2019, in più occasioni vi è anche il richiamo al fatto che il legislatore nel bilanciamento dei valori costituzionali in conflitto deve tener conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, in quel momento, nella coscienza e cultura sociale, con possibilità di mutare disciplina in ragione dell'evolversi dell'apprezzamento sociale del fenomeno in questione. Inoltre, la disciplina posta nel 2004 avrebbe proprio tenuto conto del grado di accettazione del fenomeno dell'omogenitorialità nell'ambito della comunità sociale e degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale e la Corte giudica non irragionevoli le soluzioni prospettate alla luce degli apprezzamenti nella comunità sociale.

Sono possibili alcune osservazioni. Anzitutto, principi, valori e istituti devono essere apprezzati alla luce dei cambiamenti e delle trasformazioni sociali, tuttavia la Corte fa riferimento agli orientamenti diffusi nel tessuto sociale quando le previsioni costituzionali e la disciplina legislativa sono state introdotte e non sembra riferirsi all'odierno contesto. In particolare, occorre tener conto anche del numero crescente di questioni portate all'attenzione dei giudici di merito e di legittimità nonché del fatto che, in molti Comuni, oramai si è affermata la prassi di procedere all'indicazione delle doppia genitorialità di due madri indipendentemente dal fatto che il bambino sia nato all'estero oppure in Italia.

La resistenza della Corte costituzionale rischia di non offrire, in questo momento, un'adequata tutela ai diritti e valori in gioco⁵⁶.

Si tratta di vedere, però, quanto possa resistere la Corte costituzionale a fronte dell'attuale vuoto normativo anche perché, sebbene sia vero che gli interessi da valutare sono differenti a seconda che ci si riferisca alla fase dell'accesso alla PMA, quando il bambino non è stato ancora concepito, o a quella dopo la nascita, tuttavia questa distinzione non costituisce un deterrente al ricorso alla PMA all'estero. L'unica preclusione è per coloro che non hanno le necessarie risorse per questo

⁵⁶ Cfr. A. PURICELLA, *'Figli di due madri', ma il Comune di Taranto non si pronuncia da un anno e mezzo: "Così la nostra è famiglia sospesa"*, in https://bari.repubblica.it/cronaca/2020/03/30/news/_figli_di_due_madri_il...la_nostra_famiglia_e_in_sospeso_-252704446/?ref=RHRS-BH-I0-C6-P10-S1.6-T1?, consultato il 30 marzo 2019. In particolare, nell'articolo viene evidenziato come i tempi di attesa nella definizione del legame con la madre di intenzione priva di legami biologici col bambino, a maggior ragione in alcune particolari situazioni, determinino un'incertezza che può avere serie ripercussioni sullo *status* e sul benessere del minore.

percorso e, in ogni caso, è un non volersi occupare di disciplinare pratiche vietate nel nostro Paese senza tener conto delle conseguenze per il minore, peraltro lasciate a molteplici possibili soluzioni in ragione della sensibilità degli ufficiali di stato civile⁵⁷ o della giurisprudenza, con conseguenti gravi disparità di trattamento sul territorio.

In particolare, per quanto concerne la giurisprudenza, la Corte di cassazione sembra orientata a consentire l'attribuzione della doppia maternità quando il bambino, nato all'estero, sia legato biologicamente alla madre di intenzione che però non ha portato a termine la gestazione mentre, in caso di nascita in Italia, vi sono differenze di indirizzo perché una parte della giurisprudenza – soprattutto di merito – autorizza l'indicazione della doppia maternità anche quando una componente della coppia non abbia alcun legame biologico col bambino.

Basti pensare a quanto affermato dal Tribunale di Pistoia, secondo il quale, poiché il sistema normativo deve essere letto alla luce del principio di tutela del superiore interesse del minore, occorre garantire sempre un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8, l. n. 40/2004, che porta ad affermare che i bambini nati in Italia, in seguito a tecniche di PMA eseguite all'estero sono figli della coppia di donne che hanno prestato il consenso manifestando inequivocabilmente di voler assumere la responsabilità genitoriale sul nascituro quale frutto di un progetto di vita comune con il *partner* e di realizzazione di una famiglia anche quando il bambino non abbia alcun legame genetico con una componente della coppia. Diversamente, «significherebbe accettare situazioni discriminatorie tra figli nati da coppie etero o omosessuali che abbiano fatto ricorso alle tecniche della PMA di tipo eterologo, rendendo illegittimo elemento di discriminare il contesto familiare in cui il minore è accolto, cresciuto, educato, amato»⁵⁸.

Nello stesso senso si è espresso il Tribunale di Bologna in un caso analogo, ritenendo che negare al figlio «il diritto al riconoscimento da parte di entrambe le

⁵⁷ Cfr. Corte App. Napoli, sez. minori, sentenza 4 luglio 2018, nella quale si osserva, appunto, che non pochi ufficiali di stato civile provvedono direttamente a formare atti di nascita indicanti una genitorialità omosessuale in tutta una serie di casi in cui il bambino è stato programmato nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa e concepito attraverso la PMA eterologa in caso di coppie femminili o, addirittura, anche di maternità surrogata, per quanto illecita nel nostro Paese, nell'ipotesi di coppie maschili.

⁵⁸ Trib. Pistoia, decreto 5 luglio 2018, § 5.10. Nello stesso senso sono Trib. Milano, sez. VIII, ordinanza 24 ottobre 2018 (in questo caso, la figlia era nata all'estero) e Trib. Genova, sez. IV, decreto 8 novembre 2018 (in questo caso, la figlia era nata in Italia).

madri violerebbe il suo diritto a una piena bigenitorialità (non solo di fatto, ma anche di diritto) in base al sesso e all'orientamento sessuale delle sue genitrici»⁵⁹.

Tuttavia, non mancano casi in cui è stata adottata una ricostruzione contraria: basti pensare a una recente pronuncia del Tribunale di Agrigento⁶⁰, con la quale è stato affermato che l'atto di nascita di una minore nata in Italia ricorrendo alla PMA eterologa praticata all'estero, indicante come "padre" la compagna della madre biologica, la quale è a sua volta definita come "madre", non può essere rettificato sostituendo le espressioni maternità e paternità col generico riferimento al "genitore 1" e al "genitore 2" poiché, da un lato, il rapporto genitoriale è imperniato sulla diversità di genere dei genitori e, dall'altro lato, gli atti di stato civile sono tipici, con contenuto normativamente vincolato e frutto di una ponderazione equilibrata degli interessi in gioco. In ogni caso, ritiene ancora il Tribunale di Agrigento, si tratterebbe di opera di creazione legislativa che eccederebbe i poteri del giudice ordinario, sconfinando nell'ambito di esclusiva discrezionalità del legislatore.

Infine, occorre sottolineare che la Corte costituzionale richiama più volte l'apprezzamento sociale: sembra quasi che operi un bilanciamento con il grado di accettazione del fenomeno della omogenitorialità nella comunità sociale⁶¹, senza prendere in considerazione, invece, i risultati di studi scientifici⁶², oramai molteplici e diffusi, che sono andati a verificare proprio se i genitori *same sex* sono in grado di garantire le migliori condizioni di partenza per i figli. I dati raccolti e resi pubblici dimostrano che i figli delle coppie omosessuali hanno un livello di benessere pari (se non superiore) a quello di coetanei nati con la PMA da genitori eterosessuali⁶³, mentre non esiste alcuna prova scientifica che l'essere dei buoni genitori sia connesso all'orientamento sessuale dei genitori medesimi.

⁵⁹ Trib. Bologna, decreto 6 luglio 2018, § 2G.

⁶⁰ Cfr. Trib. Agrigento, decreto 15 maggio 2019.

⁶¹ Dalla lettura della sentenza, talvolta, vi è la sensazione che la Corte costituzionale non consideri i mutamenti e l'accettazione sociale di alcuni fenomeni per come influiscono sui valori e principi costituzionali da bilanciare, ma li valuti direttamente come termini del bilanciamento.

⁶² Cfr. S. STEFANELLI, *Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili*, in *ilfamiliarista.it*, 5 febbraio 2020.

⁶³ V. S. GOLOMBOK, *Modern families: parents and children in new family forms*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, e V. LINGIARDI, N. CARONE, *La tradizione è custodire il fuoco, non adorare le ceneri. Alcune riflessioni sulle sfide per la ricerca con le famiglie omogenitoriali*, in M. EVERRI (a cura di), *Genitori come gli altri e tra gli altri. Le famiglie omogenitoriali in Italia*, Mimesis, Milano, 2016, p. 161 ss.

Sotto questo profilo, la responsabilità genitoriale delle coppie omosessuali femminili⁶⁴ è la stessa responsabilità che assume la coppia eterosessuale in caso di procreazione medicalmente assistita, ma anche in caso di procreazione naturale. In altri termini, non è l'orientamento sessuale dei genitori o il genere a garantire le buone condizioni di sviluppo dei figli, «quanto la loro capacità di svolgere responsabilmente tale ruolo. Se qualcosa può costituire un significativo fattore di rischio per lo sviluppo dei bambini che vivono in tali famiglie, questo è da ricercarsi negli atteggiamenti pregiudiziali, nella stigmatizzazione sociale e nella discriminazione giuridica di cui tali realtà familiari, e i bambini che in esse vivono, sono oggetto»⁶⁵. Perciò, occorrerebbe comprendere che «l'omosessualità non è una qualificazione della genitorialità, ma una delle condizioni entro cui la genitorialità può essere esercitata»⁶⁶.

⁶⁴ La considerazione viene riferita alle sole coppie omosessuali femminili perché, nell'economia di questo contributo, non è possibile trattare degli ulteriori valori costituzionali di cui tener conto quando si discuta della surrogazione di maternità.

⁶⁵ F. TANI, *Famiglie omoparentali: perché no?*, in *Giornale italiano di psicologia*, 1-2/2016, p. 175 ss. (spec. p. 179).

⁶⁶ L. FRUGGERI, *Genitorialità: dalla attribuzione di un ruolo all'esercizio di una funzione*, in A. GIGLI (a cura di), *Maestra, perché Sara ha due mamme?*, Guerini Editore, Milano, 2011, p. 66 ss. (spec. p. 76).