

(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*

di **Elisa Olivito** – *Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Roma 'La Sapienza'*

Un diritto non è efficace di per sé, ma solo attraverso l'obbligo cui esso corrisponde; l'adempimento effettivo di un diritto non proviene da chi lo possiede, bensì dagli altri uomini che si riconoscono, nei suoi confronti, obbligati a qualcosa. L'obbligo è efficace allorché viene riconosciuto.

[...]

La nozione di diritto, essendo di ordine oggettivo, non è separabile da quelle di esistenza e di realtà. Essa appare quando l'obbligo entra nel campo dei fatti; di conseguenza essa comprende sempre, in una certa misura, la considerazione degli stati di fatto e delle situazioni particolari. I diritti appaiono sempre legati a date condizioni.

SIMONE WEIL, *La prima radice*

ABSTRACT: Judgment No 230/2020 reiterates that the recognition of the parenthood of same-sex couples is not imposed by the Constitution and that therefore the Constitutional Court cannot be asked to make a choice between the different avenues that can be travelled in this field on the basis of constitutional provisions. The Court has thus once again escaped the instrumentality of those

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

strategic litigations, which are indirectly aimed at dismantling the ban on surrogacy. These litigations are built on a misleading anti-discrimination logic, which in proposing a neutral conception of parenthood, determines the erasure of both sexual difference in reproduction and differences in the way one comes into the world. In this respect, moreover, the Constitutional Court has already shown itself clearly aware of the difference between surrogacy and heterologous fertilization, suggesting that there is room for recognition of intentional parenthood that is not neutral and unconditional, but differentiated and circumscribed.

SOMMARIO: 1. Un'inammissibilità annunciata. – 2. Coppie lesbiche e coppie gay: l'omologazione antidiscriminatoria delle liti strategiche mostra la corda. – 3. Avviso ai naviganti su Corte costituzionale, mutamenti sociali e genitorialità intenzionale.

1. Un'inammissibilità annunciata

Nel 2019 la Corte costituzionale è stata investita di una questione di legittimità costituzionale avente a oggetto l'art. 1, comma 20, della legge n. 76/2016 e l'art. 29, comma 2, del d.P.R. n. 396/2000. La *quaestio* era stata sollevata nel corso di un giudizio per la rettifica di atto di nascita, proposto da due donne unite civilmente, una delle quali, con il consenso dell'altra, si era sottoposta all'estero alla pratica di fecondazione medicalmente assistita. Esse chiedevano, pertanto, al Tribunale ordinario di Venezia di dichiarare l'illegittimità del rifiuto opposto dall'Ufficiale dello stato civile alla richiesta di indicare il minore nato mediante fecondazione eterologa come figlio di entrambe e non della sola partoriente.

Il giudice *a quo* aveva, quindi, dubitato della legittimità costituzionale delle predette disposizioni, ritenendo che fossero in contrasto con gli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 30 e 117, primo comma, Cost., poiché il combinato disposto delle norme censurate avrebbe pregiudicato il diritto alla genitorialità e il diritto alla procreazione delle coppie di donne unite civilmente; avrebbe discriminato i cittadini sia per il loro orientamento sessuale sia per le differenti condizioni patrimoniali; avrebbe, infine, introdotto un irragionevole divieto basato su discriminazioni legate meramente all'orientamento sessuale dei componenti la coppia.

Sul punto è da rilevare che, dinanzi alla Corte, le due parti ricorrenti nel giudizio principale solo in ultima istanza avevano chiesto che la questione fosse dichiarata fondata. In via principale esse

ritenevano, invero, che la *quaestio* dovesse essere dichiarata inammissibile, per non avere il giudice *a quo* motivato adeguatamente in merito all'impossibilità di pervenire a un'interpretazione costituzionalmente conforme della normativa in oggetto. Intervenendo nel giudizio di costituzionalità, le ricorrenti argomentavano che in prima battuta la questione avrebbe potuto e dovuto essere risolta per via interpretativa già dal giudice rimettente. In via subordinata le ricorrenti chiedevano, invece, che la questione fosse rigettata, essendo possibile interpretare le norme censurate nel senso di consentire la formazione in Italia di un atto di nascita, in cui due donne unite civilmente, che abbiano avuto accesso all'estero a tecniche di fecondazione eterologa, siano riconosciute quali genitori.

Come già accaduto per analoghe questioni portate innanzi alla Corte e di seguito richiamate, l'argomento utilizzato a supporto dell'inammissibilità della *quaestio* sottintendeva l'idea che non vi fosse affatto la necessità di rivolgersi al giudice costituzionale e che la strada del giudizio di legittimità costituzionale avrebbe potuto essere elusa per mezzo di un'ardita operazione ermeneutica, cui del resto alcuni giudici non di rado si sono prestati¹.

A quest'ultimo proposito la Corte ha, nondimeno, respinto l'eccezione di inammissibilità, con cui le parti ricorrenti lamentavano la carenza di un'adeguata motivazione dell'ordinanza di rinvio in merito all'impossibilità di una interpretazione costituzionalmente conforme delle norme denunciate. In virtù della più recente giurisprudenza sul punto², poiché la condivisione del presupposto interpretativo da cui muove il rimettente attiene al merito e non all'ammissibilità della *quaestio*, la Corte ha preso atto che il giudice *a quo* aveva escluso la praticabilità di tale interpretazione, poiché a suo avviso vi sarebbero state d'ostacolo sia la lettera (in particolare nell'incipit) dell'art. 1, comma 20, della legge n. 76/2016, sia la preclusione legislativa all'accesso delle coppie dello stesso sesso alla procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti PMA).

La Corte ha ritenuto, in ogni caso, di condividere la premessa esegetica del giudice *a quo*, rinvenendo nell'interpretazione prospettata dal rimettente e nella precedente giurisprudenza costituzionale le ragioni sufficienti a far propendere per l'inammissibilità della *quaestio* per rispetto

¹ Per una rassegna dei differenti orientamenti della giurisprudenza più recente si vedano in particolare A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, 1 ss.; 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 *www.forumcostituzionale.it* (16 aprile 2020), 160 ss.

² Al riguardo sono richiamate le sentenze n. 32 e n. 11 del 2020, n. 189, n. 187 e n. 179 del 2019.

della discrezionalità del legislatore. Un'inammissibilità che, ad avviso di scrive, poteva ritenersi annunciata, essendo per certi versi una conferma delle sentenze n. 221 e n. 237 del 2019.

Come si ricorderà, con la sentenza n. 221/2019 il giudice costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni aventi a oggetto alcuni articoli della legge n. 40/2004, nella parte in cui limitano l'accesso alle tecniche di PMA alle sole coppie di sesso diverso e sanzionano, di conseguenza, chiunque le applichi a coppie dello stesso sesso. In questo caso la questione era stata sollevata nell'ambito di un procedimento promosso da una coppia lesbica, in seguito al rifiuto che l'azienda sanitaria locale aveva opposto alla richiesta di accedere alla PMA. Il dubbio di costituzionalità aveva riguardato sia il divieto sia le relative sanzioni, nella misura in cui le disposizioni censurate non avrebbero garantito il diritto fondamentale alla genitorialità delle persone intese come singole e nelle formazioni sociali in cui si svolge la loro personalità e avrebbero determinato una disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale e sulle condizioni economiche dei cittadini.

La Corte ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale, soffermandosi tra l'altro sulla considerazione che, sebbene essa sia intervenuta in due diverse occasioni sulle funzioni e sui soggetti abilitati ad accedere alle tecniche di cui alla legge n. 40/2004³, eliminandone alcune irrazionalità, il legislatore ha comunque scelto di limitare l'accesso alle suddette tecniche alle sole coppie di sesso diverso. Una scelta che, nell'opinione del giudice costituzionale, non è né irrazionale né ingiustificata, essendo stata assunta anche sulla base del grado di accettazione sociale della c.d. omogenitorialità al tempo in cui la legge è stata approvata. Nella sentenza n. 221/2019 vi sono, inoltre, alcuni rilievi, che saranno ricordati più avanti, sulle differenze tra adozione e PMA e sull'argomento delle disparità economiche.

Ancora nel 2019, con la sentenza n. 237, la Corte ha dichiarato inammissibile una questione di legittimità costituzionale vertente su un combinato disposto di articoli del codice civile, del D.P.R. n. 396/2000 e della legge n. 40/2004, nella parte in cui la norma che da essi si desume non consente, non già di trascrivere un atto di nascita formato all'estero, ma di formare in Italia un atto di nascita in cui due persone dello stesso sesso siano riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera, quando la filiazione sia stabilita sulla base delle legge applicabile ai sensi dell'art. 33 della legge n. 218/1995. I dubbi di legittimità costituzionale concernevano, tra l'altro, *i.* la restrizione del

³ Cfr. sentt. n. 162/2014 e n. 96/2015.

diritto di persone legate da un rapporto di filiazione/genitorialità sulla base della legge straniera applicabile a veder riconosciuta in Italia la loro formazione sociale; *ii.* l'irragionevole discriminazione nei confronti dei genitori dello stesso sesso rispetto ai genitori intenzionali di sesso diverso, per i quali la formazione dell'atto di nascita sarebbe stata invece possibile; *iii.* l'illegittima restrizione del diritto del figlio alla doppia genitorialità.

Questa volta l'inammissibilità della questione è derivata dall'irrisolta alternatività dell'oggetto, non avendo il rimettente indicato nella sua interezza la norma desunta da quel combinato disposto. Ciononostante, nell'accogliere le premesse interpretative del giudice *a quo*, la Corte ha sottolineato un profilo della legge n. 76/2016, che è stato poi ripreso nella sentenza qui commentata e che attiene nuovamente alla scelta del legislatore di riconoscere le coppie formate da persone dello stesso sesso, senza però consentire loro di accedere all'adozione o alla PMA.

Date queste premesse, dunque, non stupisce che nella sentenza n. 230/2020 l'inammissibilità della *quaestio legitimitatis* sia stata motivata dal fatto che con le leggi n. 40/2004 e n. 76/2016 il legislatore ha già compiuto alcune valutazioni in tema di omogenitorialità (seppur, nel secondo caso, in modo pilatesco⁴) e che il riconoscimento di tale genitorialità non è imposto dalle disposizioni costituzionali invocate dal rimettente. Ciò vuol dire non che il riconoscimento sia precluso, ma che, se si vuol garantire il diritto delle coppie dello stesso sesso di diventare genitori, tale obiettivo non può essere raggiunto né attraverso un'interpretazione para-legislativa delle disposizioni vigenti né attraverso una pronuncia più o meno manipolativa di illegittimità costituzionale.

Ciò vale, peraltro, anche per il connesso profilo del *vulnus* all'interesse del minore, che deriverebbe dal mancato riconoscimento del diritto alla (bi)genitorialità, ad esempio, nel caso in cui una delle due donne unite civilmente abbia prestato il consenso alla fecondazione eterologa della

⁴ Come si ricorderà, in occasione dell'approvazione della legge n. 76/2016, allo stralcio dal disegno di legge dell'adozione co-parentale (c.d. *step-child adoption*), che così come inizialmente prevista avrebbe comportato la convalida di fatto delle surrogazioni di maternità praticate all'estero, seguì l'introduzione di una mera norma di rinvio, che finiva per rimettere la soluzione del problema nelle mani dei giudici comuni: «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente *non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*» (art. 1, comma 20, legge n. 76/2016, corsivi miei).

compagna. Se, difatti, su questo punto i giudici comuni hanno talora ammesso la c.d. adozione non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, «[u]na diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la madre intenzionale, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben *possibile*, ma le forme per attuarla attengono, ancora una volta, al *piano delle opinioni rimesse alla discrezionalità del legislatore*»⁵.

2. Coppie lesbiche e coppie gay: l'omologazione antidiscriminatoria delle liti strategiche mostra la corda

Sebbene la sentenza n. 230/2020 non aggiunga molto a quanto la Corte ha già avuto occasione di affermare in merito alla c.d. genitorialità intenzionale (non solo omosessuale), essa offre lo spunto per fare alcune osservazioni innanzitutto sul modo in cui in Italia le tematiche concernenti la c.d. omogenitorialità sono divenute oggetto di questioni legittimità costituzionale.

Nella pratica giudiziaria così come nella dottrina si è, invero, preferito percorrere la strada dell'uniformazione delle istanze di genitorialità delle coppie omosessuali e ciò è stato fatto attraverso la cancellazione della differenza sessuale nella procreazione e delle differenze nel modo in cui si viene al mondo⁶. Si è scelto, dunque, di costruire una narrazione che avesse al centro la (bi)genitorialità come diritto e, al contempo, obliterasse sia l'importanza del fatto che si nasce da un corpo di donna sia la diversità delle tecniche che la scienza mette a disposizione per soddisfare il desiderio di genitorialità⁷.

Ciò si è tradotto nell'insistente ricorso a liti strategiche che, nutrendosi di una pervasiva retorica antidiscriminatoria, hanno implicato il livellamento di differenze che, invece, contano: non solo le differenze tra fecondazione eterologa e maternità surrogata, ma anche quelle tra diritto di svolgere

⁵ Corte cost., sent. n. 230/2020, punto 9.1 del *Considerato in diritto* (corsivi miei).

⁶ Nella diffusione di questa tendenza vi è naturalmente la lungimirante eccezione di chi ha, invece, messo in guardia da raffigurazioni delle questioni concernenti la genitorialità e le tecniche di procreazione, che siano schiacciate su una fuorviante e mal posta prospettiva antidiscriminatoria e sull'equiparazione tra fecondazione eterologa e maternità surrogata. Il riferimento è, innanzitutto, a S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, 1 ss.

⁷ Per un inquadramento delle differenze tra tecnologie riproduttive nell'ottica del pensiero femminista si veda ora A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano, Mimesis, 2020, *passim*.

le funzioni genitoriali e diritto di diventare genitori, tra relazione materna e relazione genitoriale. Al centro di liti improntate al volontarismo procreativo e spesso strategicamente costruite su casi riguardanti coppie lesbiche è stata, quindi, posta una neutra genitorialità, così che, una volta spogliati quei casi del rilievo della differenza sessuale nella procreazione e delle conseguenze che da ciò conseguono, gli auspicati esiti positivi delle liti così congegnate potessero essere estesi a cascata alle coppie gay o eterosessuali⁸, che avessero fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata⁹.

Una spia importante di tale strategia processuale è senza dubbio l'utilizzo di un linguaggio neutro, in virtù del quale non vi sono più madri e padri, ma genitori e gestanti; non più maternità e paternità, ma genitorialità. Ciò è segno dell'idea che madri e padri siano concettualmente intercambiabili, che il modo in cui si viene al mondo¹⁰ sia riducibile a nient'altro che una gestazione¹¹ e che maternità e paternità possano trascolorare nella genitorialità.

Di un siffatto riduzionismo terminologico e concettuale è, ad esempio, connotata l'ordinanza n. 108/2019, con cui il Tribunale di Venezia ha sollevato la questione poi decisa dalla Corte con la sentenza n. 230/2020. Nel ripercorrere lo svolgimento del processo il giudice *a quo* ricorda, per l'appunto, che le ricorrenti hanno chiesto di essere indicate entrambe quali genitori (non madri)

⁸ Tale effetto a cascata si sarebbe determinato attraverso l'estensione ad altre fattispecie della *ratio decidendi* delle pronunce riguardanti le coppie lesbiche. Progressivamente, dunque, la *ratio decidendi* di quelle pronunce avrebbe potuto essere estesa anche alle richieste di coppie gay o eterosessuali di trascrivere gli atti di nascita di minori procreati attraverso surrogazione di maternità.

A questo riguardo è stato, ad esempio, già evidenziato che «una volta ammesso alla registrazione, con tutti gli effetti che ne conseguono, un atto di nascita nel quale compaiono come genitori due donne, il paradigma eterosessuale è già saltato. Come negare allora la formazione in Italia di un consimile atto di nascita a favore del bambino che due donne abbiano quivi fatto nascere? E, a monte, come considerare illecito tale “progetto genitoriale”, continuando a vietare l'accesso delle coppie di donne alla PMA?»: M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giur. cost.*, 5/2019, 2618 s.

⁹ La Corte costituzionale si è, peraltro, già mostrata perfettamente consapevole di tale obiettivo estensivo: «L'ammissione alla PMA delle coppie omosessuali, conseguente al loro accoglimento, esigerebbe, infatti, la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le idee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004, con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive (oltre che con interrogativi particolarmente delicati quanto alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologazione alle femminili – in punto di diritto alla genitorialità – richiederebbe, come già accennato, che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata)»: sent. n. 221/2019, punto 12 del *Considerato in diritto* (corsivi miei).

¹⁰ Cfr. A. RICH, *Nato di donna*, Milano, Garzanti, 1996.

¹¹ Sulla gravidanza come esperienza relazionale complessa, seppur in un'ottica diversa da quella qui accolta con riferimento in particolare alla maternità surrogata, si veda 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, 190 ss.

nell'atto di nascita del bambino, così da scardinare per via interpretativa le preclusioni normative alla genitorialità omosessuale femminile (non, dunque, alla maternità lesbica).

Dall'ordinanza di rinvio emerge, peraltro, pianamente la logica antidiscriminatoria, poiché né il giudice a quo né le parti del giudizio principale hanno dato alcun rilievo a una differenza che al contrario rileva, se si discorre di procreazione e non di neutra (omo)genitorialità. Ci si riferisce alla differenza tra le coppie omosessuali femminili, per le quali la PMA si attua mediante fecondazione eterologa, in vivo o in vitro, con gameti maschili di un donatore, e coppie omosessuali maschili, per le quali diversamente «la genitorialità artificiale passa *necessariamente attraverso una pratica distinta*: vale a dire la maternità surrogata (o gestazione per altri)»¹². Nell'ordinanza di rinvio vi era, infatti, solo un fugace accenno al fatto, non ulteriormente sviluppato in punto di motivazione, che «[p]roblemi in larga parte diversi si pongono qualora i partner siano entrambi di sesso maschile ed abbiamo fatto ricorso alla c.d. gestazione per altri». E tanto è sembrato bastare.

Ciò costituisce una spia del fatto che, in particolare a seguito delle sentenze n. 162/2014 e n. 96/2015 e il conseguente ampliamento del novero dei soggetti abilitati ad accedere alla PMA, la richiesta di ulteriori interventi ampliativi in favore delle coppie lesbiche si è giocata sulla convinzione che, una volta ottenuti tali interventi, la loro estensione nei confronti delle coppie gay ed eterosessuali sarebbe stata il logico sviluppo antidiscriminatorio delle nuove decisioni assunte¹³.

Se la determinazione di avere un figlio è un diritto inviolabile della coppia, anche in assenza di legame genetico, l'eliminazione per via giurisprudenziale del divieto di accesso alla fecondazione eterologa per le coppie lesbiche (ovvero degli ostacoli alla formazione o alla trascrizione dell'atto di nascita del minore della coppia nato da fecondazione eterologa effettuata all'estero) non avrebbe potuto che comportare la successiva eliminazione del divieto di surrogazione di maternità per le coppie gay ed eterosessuali (ovvero degli ostacoli alla formazione o alla trascrizione dell'atto di nascita del minore nato all'estero attraverso surrogazione di maternità).

In questo modo, tuttavia, non si è tenuto sufficiente conto del fatto che la Corte costituzionale, attraverso il rigetto, l'inammissibilità e soprattutto le motivazioni di cui rispettivamente alle

¹² Corte cost., sent. n. 221/2019, punto 8 del *Considerato in diritto* (corsivi miei).

Sulla differente portata delle espressioni “maternità surrogata” e “gestazione per altri” sia consentito il rinvio a E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificatrice) della legge nazionale*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, 3 ss.

¹³ In questo senso cfr. S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 92 ss.

sentenze n. 221/2019 e n. 237/2019, aveva già cercato di scoraggiare una nuova rimessione di questioni volte indirettamente a scardinare il divieto di surrogazione di maternità, di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004¹⁴, essendosi in altra occasione mostrata chiaramente consapevole della differenza intrinseca (registrata dal divieto legislativo) tra maternità surrogata e fecondazione eterologa¹⁵.

La logica antidiscriminatoria alla quale si fa qui riferimento non è, peraltro, quella secondo cui l'esclusione dalla PMA delle coppie formate da persone dello stesso sesso – segnatamente, da due donne – costituirebbe una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e neppure quella per cui un'ulteriore discriminazione discenderebbe dalle differenti disponibilità economiche di chi debba recarsi all'estero per accedere alla PMA, sui cui pure possono farsi alcune osservazioni¹⁶.

¹⁴ Sull'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004 [unitamente all'art. 18 del D.P.R. n. 396/2000 e all'art. 64, comma 1, lettera g), della legge n. 218/1995] è stata, peraltro, sollevata questione di legittimità costituzionale dalla Prima Sezione Civile della Cassazione, che l'ha ritenuta rilevante e non manifestamente infondata nella parte in cui tale combinato disposto non consente, «secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del cd. genitore d'intenzione non biologico, per contrasto con gli articoli 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli articoli 8 della Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori, ratificata in Italia con legge n. 176 del 27 maggio 1991 e dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (ord. n. 99/2020).

Al momento in cui si scrive la sentenza non è stata ancora depositata, ma con un comunicato dello scorso 28 gennaio l'Ufficio stampa della Corte costituzionale ha fatto sapere che la questione è stata dichiarata inammissibile per rispetto della discrezionalità legislativa. Secondo i giudici costituzionali, fermo restando il divieto penalmente sanzionato di maternità surrogata, l'attuale quadro giuridico non assicura piena tutela agli interessi del bambino nato con questa tecnica, ma poiché sul punto le soluzioni prospettabili sono diverse, la Corte ha ritenuto di non poter intervenire, pur rivolgendo un monito al legislatore.

¹⁵ «Vi sono casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa. In altri il legislatore impone, *all'opposto*, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata. Ma l'interesse del minore non è per questo cancellato. [...] Si tratta, dunque, di una valutazione comparativa della quale, nel silenzio della legge, *fa parte necessariamente la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità*, vietata da apposita disposizione penale»: Corte cost., sent. n. 272/2017, punti 4.2 e 4.3 del *Considerato in diritto* (corsivi miei).

¹⁶ A questo proposito, il giudice costituzionale ha esattamente considerato che «[i]n 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. La circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. *Diversamente opinando, 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*»: sent. n. 221/2019, punto 14 del *Considerato in diritto* (corsivi miei).

E poiché l'argomento dell'ingiustificata disparità di trattamento in base alle capacità economiche è ricorrentemente impiegato anche in relazione alle coppie gay ed eterosessuali, che si recano all'estero per eludere il divieto di surrogazione di maternità di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004, chi scrive ritiene che le considerazioni della Corte appena ricordate debbano estendersi anche alle ipotesi in cui il divieto di surrogazione di maternità sia

Essa consiste piuttosto nella calcolata svalutazione della differente posizione di donne e uomini nella procreazione e della riduzione a mero dato di fatto del nascere da un corpo di donna. È una logica che, quindi, obbedisce alla propensione propria del diritto antidiscriminatorio, che spinge verso «una razionalità strategica e calcolante, capace di rendere prestazioni assai utili a chi voglia usarla per affermare dati interessi, perseguire certi fini, conseguire obiettivi»¹⁷.

Tuttavia, la scelta di puntare sulla discriminazione insita nel divieto di accesso alla PMA per le coppie dello stesso sesso, senza ulteriori distinzioni, non ha pagato per almeno due ordini di ragioni.

i. La riconduzione della libertà di procreare delle coppie di donne nell'alveo dell'omogenitorialità ha comportato, concretamente e simbolicamente, la scomparsa della maternità lesbica ovvero, più in generale, l'eclissi del materno dall'orizzonte di significati, sulla cui base sono state declinate le questioni¹⁸. In questo modo, accogliendo implicitamente l'omologazione nella procreazione delle coppie lesbiche e delle coppie gay, la stessa Corte ha avuto gioco facile nel rilevare incidentalmente – e, secondo alcune letture, ideologicamente¹⁹ – che, a differenza delle coppie eterosessuali affette da patologie riproduttive, le coppie omosessuali femminili sarebbero infertili in ogni caso (come quelle maschili) e lo stesso può dirsi, seguendo tale ragionamento, per la donna single (c.d. infertilità “fisiologica”)²⁰.

reputato costituzionalmente censurabile, perché tra l'altro precluderebbe alle coppie meno abbienti di recarsi all'estero per accedere a tale pratica: cfr. E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificatrice) della legge nazionale*, cit., 15 ss.

¹⁷ S. NICCOLAI, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, in *Diritto e società*, 2/2014, 349.

¹⁸ Sul punto si vedano le considerazioni di S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., 218.

¹⁹ In questi termini cfr. A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *Giur. cost.*, 5/2019, 2637: «[e]merge [...] dalla legge un solco che è prevalentemente culturale, entro il quale anche la pronuncia della Corte sembra collocarsi: nel caso degli eterosessuali, la fertilità dovrebbe conseguire per natura e, se non consegue, è patologia *in re ipsa* che può essere curata. Per contro, nel caso degli omosessuali, l'infertilità sarebbe naturale, con la conseguenza che interventi tecnici, resi disponibili dal progresso medico e scientifico, produrrebbero una fertilità artificiale, che manipola un dato di natura».

²⁰ «[L]'infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità “fisiologica” della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale»: Corte cost., sent. n. 221/2019, punto 12 del *Considerato in diritto*.

ii. La predilezione per una grammatica volontarista²¹ non ha permesso di mettere a fuoco le differenti *rationes* dei limiti che il legislatore ha posto alla libertà di procreare attraverso tecniche molto diverse. Sotto questo profilo, se è vero che in un primo momento la Corte ha spinto nella direzione di un indistinto diritto di procreare ovvero di un diritto di diventare genitori, qualificando impropriamente come “incoercibile” la determinazione di avere o meno un figlio²², essa ha ciononostante precisato che tale determinazione non deve vulnerare altri valori costituzionali e che incontra in ogni caso dei limiti²³. In seguito, inoltre, il giudice costituzionale ha più chiaramente affermato che «[l]a tutela costituzionale della «salute» non può essere estesa *fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale*, così da rendere incompatibile con l’evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione. La contraria affermazione che pure si rinviene nella sentenza n. 162 del 2014 – richiamata dal rimettente – deve intendersi *calibrata sulla specifica fattispecie* alla quale la pronuncia si riferisce (la coppia eterosessuale cui sia stata diagnosticata una patologia produttiva di infertilità o sterilità assolute e irreversibili)»²⁴.

E se non ogni aspirazione soggettiva dei genitori intenzionali può essere soddisfatta attraverso un’incontenibile estensione del diritto alla salute, allo stesso modo non può esserlo in ragione di strumentali concezioni antidiscriminatorie del diritto alla (bi)genitorialità, alla procreazione o del diritto al rispetto della vita privata e familiare²⁵.

Deve, inoltre, considerarsi che la prospettiva antidiscriminatoria è destinata ad avere effetti controproducenti anche per chi ha investito strategicamente su di essa, potendo essere impiegata in un ragionamento *a contrario*. Avendo, la Corte dichiarato infondate o inammissibili *quaestiones* che coinvolgevano il diritto alla genitorialità o alla procreazione delle coppie lesbiche, non si vede

²¹ Per un’efficace critica a tale grammatica, anche per la visione dei diritti che la sottende, si veda S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, 6/2017, 668 ss.

²² Criticamente su tale qualificazione cfr. C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., 132; 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)*, cit., 147 s.

²³ Così Corte cost., sent. n. 162/2014, punti 6 e 7 del *Considerato in diritto*.

²⁴ Corte cost., sent. n. 221/2019, punto 16 del *Considerato in diritto* (corsivi miei).

²⁵ In questo senso si vedano le considerazioni di F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 246 ss.

come essa possa ora accogliere questioni di legittimità costituzionale riguardanti gli effetti della maternità surrogata, cui abbiano fatto ricorso le coppie gay (o eterosessuali)²⁶, quando poggino su un’analoga prospettiva antidiscriminatoria. Qualora si reputi che occorra eliminare indifferentemente le discriminazioni nella genitorialità per le coppie lesbiche e per le coppie gay, poiché nell’opinione della Corte è necessario l’intervento del legislatore nel ponderare i molteplici interessi e principi costituzionali in gioco, il legislatore è chiamato a compiere tale bilanciamento nell’uno e nell’altro caso. La via giudiziaria al riconoscimento dell’omogenitorialità è, di conseguenza, preclusa in entrambi i casi e – come ci ricorda la Corte – quella legislativa non può essere considerata una via a senso unico, i cui esiti possono cioè reputarsi univocamente tracciati dalla Costituzione.

3. Avviso ai naviganti su Corte costituzionale, mutamenti sociali e genitorialità intenzionale

Nella sentenza n. 230/2020 c’è un passaggio in particolare che deve essere tenuto presente, perché ci dice qualcosa che va al di là delle questioni concernenti l’omogenitorialità e tocca in termini più ampi l’interpretazione delle disposizioni costituzionali.

La Corte ha, in definitiva, ribadito che le questioni eticamente sensibili esigono scelte politiche che spettano al legislatore, anche in ragione del fatto che esse non sono predeterminabili sulla base delle sole acquisizioni scientifiche. Tali scelte sono compiute dal Parlamento sulla base della valutazione della coscienza e dei mutamenti sociali, salvo un controllo di legittimità costituzionale che, alla luce della più recente giurisprudenza in materia, sembra potersi ritenere un mero controllo per linee interne²⁷.

Si ha, invero, l’impressione che, esaurita la fase in cui la Corte è intervenuta sulla legge n. 40/2004 con pronunce di accoglimento manipolative²⁸, per le quali si è persino parlato di una

²⁶ Ci si riferisce a Cass, Sez. I Civile, ord. n. 99/2020.

²⁷ Questo punto è stato, peraltro, già rilevato con riguardo alla sent. n. 221/2019 da C. TRIPODINA, *Contrórdine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”*. *La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, in *Giur. cost.*, 5/2019, 2626 ss.

²⁸ Sentt. n. 162/2014 e n. 96/2015.

riscrittura della legge²⁹, essa non sia più disposta a spingersi in tale ambito – seppur trasversalmente, attraverso il correlato profilo del riconoscimento dello *status filiationis* – almeno non fino al punto di sindacare la discrezionalità del legislatore con un penetrante controllo di ragionevolezza.

Da qui la propensione ora per la strada del rigetto³⁰ ora per quella dell'inammissibilità delle questioni³¹.

Ad avviso di chi scrive, ciò è dovuto tra l'altro all'insistito ricorso a liti strategiche, il cui obiettivo ultimo è l'assunzione – in prima battuta da parte dei giudici comuni e, in subordine, da parte della Corte – di un compito di sostanziale riscrittura delle norme riguardanti, sotto diversi profili, la c.d. genitorialità intenzionale, attraverso ardite interpretazioni manipolative dei testi legislativi³². Anche in questa occasione, peraltro, a supporto di tale obiettivo è stato chiamato in causa quel “superiore interesse del minore”, che sembra tuttavia emergere più come mero riflesso dei diritti (degli adulti) legati a tale genitorialità che come autentico parametro di giudizio³³, così come è già avvenuto per altre questioni costruite su un neutro principio di filiazione³⁴.

²⁹ Cfr., tra i molti, A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, in *Rivista di BioDiritto*, 2/2014, 6; A. PATRONI GRIFFI, *il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista Aic*, 3/2015, 25 ss.

³⁰ Sent. n. 221/2019.

³¹ Sent. n. 230/2020, ma si pensi ancor prima alla sent. n. 84/2016, nonché da ultimo ai due comunicati del 28 gennaio scorso, con cui la Corte comunicato di aver dichiarato inammissibili sia la già menzionata questione sollevata dalla Cassazione con ord. n. 99/2020 sia quella sollevata dal Tribunale di Padova in ordine al riconoscimento dello status di figli per i nati mediante PMA eterologa, praticata all'estero da due donne (ord. n. 79/2020).

³² Sulle liti strategiche, costruite su casi esemplari al fine di ottenere una regola generale nuova, cfr. S. NICCOLAI, *Femminismo e esperienza giuridica. A proposito del ritorno di una antica “regula juris”*, in A. SIMONE, I. BOIANO, *Femminismo e esperienza giuridica. Pratiche argomentazioni interpretazione*, Roma, Edizioni Efesto, 2018, 55 ss.

Vi è chi ritiene, invece, che la Corte dovrebbe tener conto di come l'attuale assetto normativo *in subiecta materia* sia frutto anche della giurisprudenza di legittimità e di merito, che anzi «si è spinta ben oltre – basti pensare a tutte le pronunce in tema di status filiazione – andando a colmare i vuoti normativi lasciati dai divieti posti nella legge n. 40/2004»: 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)*, cit., 161 (corsivi miei).

³³ Sul punto di diverso avviso è, invece, M. PICCHI, *“Figli di un dio minore”: quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in *www.forumcostituzionale.it* (3 gennaio 2021), 6, che imputa alla Corte di non aver tenuto sufficientemente conto della preminenza dell'interesse del minore.

³⁴ Il riferimento è, tra l'altro, a Corte cost., sent. n. 272/2017.

Per un commento a tale pronuncia, anche sotto il profilo dell'interesse del minore, sia consentito il rinvio a E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2/2018, 14 ss., ma si vedano anche S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, 6/2017, 667 ss.; A. SCHILLACI, *Oltre la “rigida alternativa” tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, *ivi*, 1/2018, 385 ss.; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore la*

A questo proposito, nondimeno, il giudice costituzionale ha nuovamente cercato di sottrarre la materia a una visione adultocentrica³⁵, ricordando che l'interesse del minore è stato già preso in considerazione dai giudici comuni con soluzioni *ex post* ovvero sia attraverso una soluzione diversa da quella dell'accesso *ex ante* alla PMA. La giurisprudenza ha, difatti, ammesso l'adozione c.d. non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera *d*), della legge n. 184/1983³⁶. Tale espediente può essere anche ritenuto non del tutto soddisfacente³⁷, ma *rebus sic stantibus* la scelta di soluzioni differenti resta nelle mani del legislatore, non dei giudici³⁸.

Deve, cionondimeno, considerarsi che dietro la più recente ritrosia della Corte a compiere un controllo di ragionevolezza *ab externo* su alcune delle scelte di valore compiute dal legislatore – per come queste sono desumibili dalle norme che a diverso titolo sono ritenute d'intralcio all'omogenitorialità – vi è una giurisprudenza costituzionale altalenante e ancora lontana dall'assestarsi.

Se si riflette sul più vasto ambito delle questioni sensibili dal punto di vista etico-sociale, il pensiero va innanzitutto, *mutatis mutandis*, a quella decisione “a due tempi” concernente alcune questioni sul fine vita³⁹. Come si ricorderà, la Corte rinviò di un anno la trattazione delle questioni aventi a oggetto l'art. 580 c.p., per dar modo al legislatore di avviare la necessaria riflessione e conseguentemente compiere il bilanciamento tra i plurimi valori costituzionali coinvolti. Malgrado ciò, può ritenersi non soltanto che l'ordinanza n. 207/2018 già prelude alla successiva sentenza

Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 169 ss.

³⁵ In riferimento alla sentenza n. 221/2019 si era, invero, già rimarcato come la Corte fosse riuscita a spogliare la materia da «una pericolosa deriva “adultocentrica”, che troppo frettolosamente ci stava conducendo verso l'affermazione di un ipotetico e dagli incerti confini “diritto assoluto alla genitorialità”, destinato sempre più spesso a farci “confondere” i “bisogni” degli adulti con quelli delle persone di età minore»: 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, 1472.

³⁶ Come già nella sentenza n. 221/2019, la Corte sottolinea che «[i]n questa chiave, “si esclude che una valutazione negativa circa la sussistenza del requisito dell'interesse del minore possa fondarsi esclusivamente sull'orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner, non incidendo l'orientamento sessuale della coppia sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962)”» (sent. n. 230/2020, punto 9.1 del *Considerato in diritto*).

³⁷ Sul punto sia consentito rinviare a E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, cit., 26 ss.

³⁸ La Corte ha, peraltro, di recente ribadito questo punto, come emerge dai due comunicati richiamati alla precedente nota 31.

³⁹ Ci si riferisce naturalmente all'ordinanza n. 207/2018 e alla successiva sentenza n. 242/2019. Il meccanismo della doppia pronuncia così inaugurato sarà, peraltro, replicato a seguito di quanto deciso con l'ordinanza n. 132/2020.

di accoglimento⁴⁰, ma soprattutto che, nonostante il formale ossequio alla discrezionalità del legislatore, tramite essa il giudice costituzionale stesse ponendo molteplici paletti al Parlamento che si fosse risolto a legiferare nel termine indicato dalla Corte.

Anche in quest'ultimo caso, peraltro, le *quaestiones* erano scaturite da una lite strategica e dall'opinione che vi fosse una lacuna o meglio un difetto della legge n. 219/2017⁴¹; ma diversamente da quanto deciso con la sentenza n. 230/2020 e al di là delle apparenze, il rispetto della discrezionalità del legislatore è risultato dimidiato sia nell'ordinanza n. 207/2018 sia nella successiva sentenza n. 242/2019⁴².

Ferme restando le differenze tra le questioni e le fattispecie sottese alle summenzionate pronunce, dal confronto tra l'ordinanza n. 207/2018 e la sentenza n. 230/2020 possono trarsi alcune, seppur provvisorie, conclusioni.

Per l'ordinanza n. 207/2018 è stato, infatti, evidenziato come la Corte avesse espresso l'auspicio che sulle questioni concernenti il fine vita si potesse innescare un dibattito pubblico⁴³, potendo da ciò desumersi che i tempi erano reputati maturi per la traduzione legislativa di una mutata coscienza sociale. Per la sentenza n. 230/2020 si è osservato, *mutatis mutandis*, che la Corte è pervenuta a un approdo in grado di favorire un'ampia discussione sui temi della maternità e del posizionamento femminile⁴⁴.

⁴⁰ Nella *Relazione sull'attività svolta nel 2018* l'allora Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi aveva, infatti, parlato di un'incostituzionalità prospettata: www.cortecostituzionale.it.

⁴¹ Come rilevato da S. NICCOLAI, *Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) (Parte I)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2020, 58.

⁴² A questo proposito si è, invero, rimarcato che nella prima pronuncia l'ossequio alla discrezionalità del legislatore era in verità apparente e che, nonostante le ultime parole dedicate al legislatore nella seconda pronuncia («Questa Corte non può fare a meno, peraltro, di ribadire con vigore l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati»: punto 9 del *Considerato in diritto*), era difficile capire «quale significativo spazio residu[asse] alla discrezionalità del Parlamento, a fronte di sì stringenti vincoli posti dalla Corte»: C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità di aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, 231.

⁴³ Cfr. E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 560, il quale ha altresì condivisibilmente osservato che l'auspicio di un siffatto dibattito avrebbe richiesto la disponibilità della Corte a riconsiderare tutti i termini della questione, una volta che esso si fosse svolto.

Sulla tendenza della Corte ad assumere il ruolo di sollecatrice del dibattito pubblico si veda, inoltre, S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Rivista di BioDiritto*, 3/2018, 168.

⁴⁴ Tale punto è rimarcato da A. DI MARTINO, *Corte costituzionale, atti di nascita di bambini nati nell'ambito di una coppia lesbica e accesso alla P.M.A.*, in www.diritticomparati.it (19 novembre 2020), 6.

Ad avviso di chi scrive e al netto delle forti perplessità sui rischi di manipolabilità dei dibattiti pubblici, se nel primo caso il dibattito non ha avuto modo di avviarsi anche in ragione del brevissimo tempo “accordato” dalla Corte, lo spazio per una discussione pubblica, che la sentenza n. 230/2020 ha per alcuni versi (ma non per altri) lasciato impregiudicato, deve tradursi nella presa d’atto che la politicità e la divisività di alcuni temi non possono essere eluse mediante il ricorso alla via giurisprudenziale, nel silenzio di un legislatore che ha ormai abdicato alla sua funzione di indirizzo.

Al riguardo, la pronuncia che qui si annota ci rammenta che la valutazione dei cambiamenti sociali – e, ancor più, dei mutamenti di quella sfuggente entità denominata “coscienza sociale”⁴⁵ – è cosa complessa e delicata, per compiere la quale non può contarsi sull’uso dei tribunali come cassa di risonanza e su dibattiti facilmente manovrabili. Tantomeno tale valutazione può essere fatta ricadere *tout court* sul giudice costituzionale⁴⁶, ad esempio attraverso l’accertamento dei c.d. anacronismi legislativi, quando l’incertezza derivante dai c.d. vuoti normativi (e, di conseguenza, da una giurisprudenza non univoca nelle opzioni interpretative) sia impiegata come argomento per spingere la Corte a colmare tali vuoti e a scegliere tra alternative non ricavabili puramente e semplicemente da studi scientifici, dall’evoluzione della tecnica e neppure dalla Costituzione⁴⁷.

La Corte, inoltre, nel rimettersi alle future valutazioni del legislatore, non chiude, bensì apre alcune porte e non altre, rigettando nel contempo una concezione strumentale e utilitaristica del

⁴⁵ Ciò è ancor più vero, quando l’argomento dell’evoluzione della coscienza sociale faccia capolino nel giudizio di costituzionalità: cfr. N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivistaic.it*, 4/2017, 1 ss.; A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 4/2019, 523 ss.

⁴⁶ In questi termini si veda E. OLIVITO, *I fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 143 ss.; EAD., *Il processo costituzionale si apre alla società civile? Le necessarie cautele*, in *Giur. cost.*, 2/2020, 1077 ss.

È, invece, più possibilista sull’eventualità che in futuro la Corte giunga, sulla tematica qui trattata, a certificare l’avvenuto mutamento sociale e culturale B. LIBERALI, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile “diritto a procreare”?*, in *Studium iuris*, 5/2020, 543 s. La sentenza n. 230/2020 sembra, nondimeno, ridimensionare tale eventualità.

⁴⁷ Come è stato, peraltro, rilevato da N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3/2021, 95, il quale sottolinea che è il legislatore rappresentativo «a doversi porre quale interprete della coscienza sociale, ad avere le “antenne” per intercettarla e tradurla – o non tradurla, se una tale sensibilità non sia né diffusa né “riconoscibile” o sia di segno contrario a quello che alcuni auspicano – in atti normativi» e che il c.d. diritto all’omogenitorialità, «quand’anche un domani fosse legislativamente sancito, non diventerebbe, per ciò solo, un diritto fondamentale, da ascrivere nel novero di quelli garantiti costituzionalmente, magari ex art. 2 Cost.» (*ibidem*, corsivi miei).

processo costituzionale⁴⁸. Difatti, se per un verso il riconoscimento della genitorialità di due donne unite civilmente non è imposto dalla Costituzione, per l'altro verso i precetti costituzionali evocati non «sono chiusi a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata, non potendosi escludere la “capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di *svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali*”»⁴⁹.

È opportuno infine rimarcare che, a sostegno di questa “non preclusione” e al contempo nell'ottica di demarcarne i confini, la Corte richiama la giurisprudenza che, ai fini della trascrivibilità in Italia di certificati di nascita formati all'estero, ha riconosciuto che l'annotazione sugli stessi di una duplice genitorialità femminile non è contraria ai principi di ordine pubblico, mentre lo è la duplice genitorialità maschile, perché collide con il divieto di surrogazione di maternità⁵⁰. Ciò induce a ritenere che vi sia spazio per un riconoscimento non neutro e incondizionato, ma differenziato e circoscritto, della c.d. genitorialità intenzionale, un riconoscimento che non soltanto sia attento al modo in cui si viene al mondo e non sia pronò alla logica del fatto compiuto, ma traduca altresì l'idea che neppure nel campo della procreazione e della genitorialità vi sono diritti illimitati e irrelati.

Il compito non è affatto semplice, perché richiede una sedimentazione di pensiero da cui, al contrario, le liti strategiche rifuggono. Ciononostante, chi scrive è dell'opinione che, ancor più su questi temi, da un'impegnativa sedimentazione di pensiero non sia possibile prescindere.

⁴⁸ Sulla concezione strumentale del processo (anche e non solo) costituzionale, che è sottesa alle liti strategiche, si veda S. NICCOLAI, *Principi come Regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini) (Parte II)*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2021, 71.

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 230/2020, punto 7 del *Considerato in diritto* (corsivi miei), che sul punto richiama ancora una volta la sentenza n. 221/2019.

⁵⁰ Al punto 7 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 230/2020 sono, infatti, richiamate Cass., Sezioni Unite, sentenza n. 12193/2019; Cass., Sez. I Civ., sentenze n. 14878/2017 e n. 19599/2016.