

Un caso di effettività perduta: la legge n. 40/2004 e la doppia maternità

Stefania Cecchini*

A CASE OF LOST EFFECTIVENESS: THE LAW N. 40/2004 AND THE DOUBLE MATERNITY

ABSTRACT: The essay investigates the legal consequences of the loss of effectiveness of law n. 40/2004 in cases of recognition of double motherhood of children born in Italy from a homogenous-relational project carried out abroad: first, the repercussions on the principles of legality, equality and legal certainty in the face of multiple jurisprudential orientations on the subject, and secondly, the “fate” of the limit ex art. 5 law 40 in the absence of an organic intervention of the legislature to protect the rights of children born from a homogenous project.

KEYWORDS: Medically Assisted Reproduction; procreative tourism; intentional mother; best interests of the child; separation of powers

SOMMARIO: 11. Le implicazioni di rilievo costituzionale determinate dalla perdita di effettività della legge n. 40/2004 – 2. L’elusione dei requisiti soggettivi prescritti dall’art. 5 legge n. 40/2004: un problema di effettività – 3. Il divieto di formazione di un atto di nascita recante la doppia maternità – 4. L’interpretazione costituzionalmente conforme elaborata dai giudici comuni a tutela del preminente interesse del minore Vs l’interpretazione sistematica della Corte di Cassazione che nega il rapporto con la madre intenzionale – 5. L’illegittimità accertata ma non dichiarata dalla sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale – 6. Quale destino per il limite ex art. 5 della legge n. 40/2004 in assenza di un intervento organico del legislatore?

1. Le implicazioni di rilievo costituzionale determinate dalla perdita di effettività della legge n. 40/2004

Le più recenti vicende legate all’applicazione della legge n. 40/2004 costituiscono un punto privilegiato di osservazione non soltanto dell’atteggiarsi dei rapporti tra legislatore, giurisprudenza e Corte costituzionale nella disciplina dei nuovi diritti resi possibili dallo sviluppo biotecnologico¹, ma anche delle implicazioni di rilievo costituzionale determinate dalla perdita di

* Ricercatrice t.d. in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Cagliari. Mail: cecchini@unica.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, art. 1, *Finalità*. La letteratura giuridica in argomento è sterminata, senza pretesa di esaustività, cfr. M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2013; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; M. TOMASI, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Trento, 2019; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020; S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell’embrione*, Canterano, 2020.

effettività delle norme giuridiche². La circostanza che le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) si siano tradotte in un nuovo modo di procreare, infatti, ha sollevato molteplici interrogativi che attengono, anzitutto, al rapporto tra diritto costituzionale e scienza medica³, a quello tra tutela del diritto alla salute della donna e dell'embrione⁴ e all'esistenza di una genitorialità fondata sull'intenzione slegata da quella biologica.

Tra tutti i problemi sollevati dall'applicazione della legge n. 40/2004, in questa sede si vuole concentrare l'attenzione sulla perdita di effettività delle sue norme, segnatamente dell'art. 5, nei casi di richiesta di indicazione della doppia maternità nell'atto di nascita di un minore nato in Italia a seguito del ricorso a PMA effettuata all'estero. L'elusione delle norme che prescrivono i limiti soggettivi all'accesso alle tecniche di PMA, e delle altre norme da cui si desume il divieto di riconoscimento di forme di omogenitorialità, va via via configurandosi come un fenomeno di cui pare ci si debba limitare a prendere atto, ma che, a ben riflettere, ha significative ricadute non soltanto sulla posizione giuridica dei minori, ma, più in generale, sulla tenuta della legalità costituzionale dell'ordinamento⁵.

² Per una definizione di effettività, cfr. P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Varese, 1965, 420-431; ID., *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953; G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, 4 ss.; L. FERRAJOLI, *Effettività primaria e effettività secondaria. Prospettive per un costituzionalismo globale*, in A. CATANIA (a cura di), *Dimensioni dell'effettività, tra teoria generale e politica del diritto*, Milano 2005, 129 ss.; R. BIN, *Effettività*, in G. DI COSIMO, L. LANZALACO (a cura di), *Riscoprire la sfera pubblica*, Milano, 2012, 59-79; A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2009; N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009. Al riguardo, cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, trad. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967, spec. 101 ss.; G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, I, Milano, 1921, spec. 70 ss.

³ Al riguardo, tra i tanti, cfr. C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in questa *Rivista*, 2, 2014, 67-87; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto*, 2015, 271 ss.; L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le «due culture»*, in *Federalismi.it*, 2015; F. CORTESE, S. PENASA, *Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati*, in *Rivista AIC*, 4, 2015; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2015; E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2017; C. CASONATO, M. TOMASI, S. PENASA, L. BUSATTA, C. PICIOCCHI, *Biodiritto costituzionale. O no?*, in C. BERGONZINI, A. COSSIRI, G. DI COSIMO, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 611 ss.; B. LIBERALI, *Costituzione e interpretazione nella disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza fra progresso scientifico ed evoluzione della coscienza sociale*, in questa *Rivista*, 1, 2019, spec. 445 e 451.

⁴ Sui possibili conflitti tra il diritto alla salute della donna e il diritto alla vita del concepito, tra i tanti, cfr. B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, spec. 191; ID., *Il corpo della differenza: una questione costituzionale nella prospettiva dell'analisi di genere*, in questa *Rivista*, n. 1, 2019, spec. 622-624; M. D'AMICO, *La legge n. 194 del 1978 fra adeguamenti scientifici, obiezione di coscienza e battaglie ideologiche*, in questa *Rivista*, 3, 2018, spec. 95-97, sostiene, a ragione, che «la rivendicazione soltanto ideologica della difesa della vita, compiuta in nome dei diritti del nascituro, ma in realtà diretta contro la donna» sia «controproducente per gli stessi diritti del nascituro, solo apparentemente difesi». Nello stesso senso, cfr. A. SPADARO, *Il "concepito": questo sconosciuto...*, in questa *Rivista*, 2, 2019, 434. Con riferimento alla salute della donna quale chiave di lettura della giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40/2004, sia consentito rinviare a S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Napoli, 2020, spec. 179-205.

⁵ Il riferimento è a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX, Milano, 2016, 451.

Più precisamente, dalla perdita di effettività delle norme della legge n. 40/2004 discendono due ordini di problemi.

Il primo riguarda il rispetto dei principi di legalità e certezza del diritto, i quali risultano messi a dura prova dalla coesistenza di molteplici significati che la giurisprudenza comune ricava dalle disposizioni della legge n. 40/2004, come se fossero tutti al tempo stesso ugualmente legittimamente prospettabili. Nell'applicazione della legge n. 40/2004, infatti, si registrano approcci ermeneutici che, pur seguendo dichiaratamente il fine della tutela dell'interesse del minore⁶, lo fanno introducendo nel procedimento interpretativo significative dosi di soggettivismo che, oltre a svalutare il testo normativo, determinano la perdita della funzione ontologica delle norme giuridiche: orientare le condotte umane⁷. L'eterogeneità degli orientamenti sulla ammissibilità di atti di nascita recanti la doppia maternità mostra come, in tale materia «eticamente sensibile»⁸, la giurisprudenza comune non sia riuscita ancora a consolidare soluzioni univoche, a discapito di una concezione minima di eguaglianza.

Il secondo ordine di problemi deriva dall'assenza di strumenti giuridici che consentano il riconoscimento dei legami affettivi instaurati dal minore con la madre intenzionale. Tale «preoccupante lacuna dell'ordinamento»⁹ è stata recentemente rilevata dalla Corte costituzionale che, con la decisione di inammissibilità n. 32/2021, ha accertato – ma non dichiarato¹⁰ – l'incostituzionalità degli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 e dell'art. 250 c.c., dai quali «si desume l'impossibilità di riconoscere lo status di figli ai nati da PMA eterologa, praticata da una coppia di donne, e da essi si fa discendere il vuoto di tutela»¹¹. Senza assumere apertamente una posizione sui divergenti orientamenti giurisprudenziali in materia, il Giudice costituzionale ha adottato una peculiare decisione di incostituzionalità differita che, in ragione del silenzio serbato sul punto, induce necessariamente a interrogarsi sul “destino” dell'art. 5 della legge n. 40/2004 laddove il legislatore non dovesse introdurre una disciplina organica volta a tutelare i diritti del minore nato da un progetto omogenitoriale.

⁶ Sui rischi che possono derivare da approcci interpretativi che liberano il giudice dai vincoli testuali «per consentirgli di realizzare una pretesa maggior giustizia nel caso concreto», cfr. A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2001, 61.

⁷ Sulla necessità di qualificare la attività del giudice come operazione frutto di discrezionalità tecnica, al fine di evitare la violazione dei «principi fondamentali della logica classica, in particolare quello di non contraddizione», insiste lucidamente M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 1, 2017, spec. 45.

⁸ La definisce così Corte cost., sent. n. 32/2021, *Cons. dir.* 2.4.1.4.

⁹ *Ivi*, *Cons. dir.* 2.4.1.3.

¹⁰ Sulla tendenza della Corte costituzionale ad adottare decisioni di inammissibilità in cui “accerta ma non dichiara” l'illegittimità costituzionale per assenza di rime obbligate, tra i tanti, cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Giuffrè, Milano, 1993; *Id.*, *Brevi note sull'«effettività» delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia legislativa*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, 327-341; *Id.*, *La questione è fondata, anzi è inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2071 ss.

¹¹ Corte cost., sent. n. 32/2021, *Cons. dir.* 2.2.1. Sulla recente sentenza n. 32/2021, tra i tanti commenti cfr. M. ACIERNO, *La Corte costituzionale “minaccia” un cambio di passo sull'omogenitorialità?*, in *Questione giustizia online*, 2021; E. BILOTTI, *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 3, 2021, 430 ss.; G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2021, 704-711; M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2021, 688-703.

2. L'elusione dei requisiti soggettivi prescritti dall'art. 5 legge n. 40/2004: un problema di effettività

L'effettività, la cui etimologia deriva dal latino *efficere* (compiere, portare a compimento)¹², è un concetto strettamente legato a quello di normatività, «il non ancora fatto, non ancora compiuto, il dover essere»¹³. L'effettività del diritto positivo moderno, che per Kelsen costituisce la *conditio sine qua non* affinché si possa parlare di ordinamento positivo¹⁴, coincide con la realizzazione dell'ordine voluto dalla norma giuridica¹⁵. Il problema dell'effettività riguarda, dunque, il rapporto tra regole e fatti, segnatamente la capacità delle prime di «porsi come guida effettiva dei comportamenti delle persone»¹⁶. Al di là delle ragioni che possono determinarne la perdita, quali ad esempio la qualità e la quantità della produzione normativa, l'inefficienza degli apparati amministrativi e giudiziari, l'incertezza della pena¹⁷, o la sovrapposizione di fonti provenienti da ordinamenti esterni, per accertare l'effettività di una norma occorre rispondere a due quesiti: *in primis*, se vi sia un grado accettabile di rispetto della regola da parte dei cittadini e, *in secundis*, se i casi di mancato rispetto siano perlopiù accertati e puniti dagli apparati dello Stato¹⁸.

Sulla scorta di tale ricostruzione che scompone il problema dell'effettività nei due quesiti richiamati, è possibile accertare la perdita di effettività delle norme della legge n. 40/2004 che prescrivono i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di PMA.

Muovendo dal primo interrogativo, si deve anzitutto rilevare che, sebbene sull'impianto originario della legge n. 40/2004 sia intervenuta la Corte costituzionale con alcune decisioni di illegittimità ormai note¹⁹, quegli interventi hanno lasciato inalterate le coordinate di fondo della disciplina, compresi i

¹² *Efficio, efficit, effeci, effectum, efficere*: produrre, compiere, ottenere, procurare, fare sì. P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, cit., 420, evidenziava la differenza etimologica rispetto all'espressione inglese *principle of effectiveness*, utilizzata con riferimento all'efficacia dei trattati.

¹³ A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, cit., 9.

¹⁴ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 101 ss. Per Kelsen, il più grande teorico dell'effettività, «la validità di un ordinamento giuridico, che regola il comportamento di determinati uomini, si trova in sicuro rapporto di dipendenza col fatto che il comportamento *reale* di questi uomini corrisponde all'ordinamento giuridico o anche, come si suol dire, alla sua efficacia» (Id., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1956, 77, corsivo aggiunto). Nel riferimento al *reale* comportamento, si può rinvenire il concetto di validità di Jellinek che, in un certo senso, prepara a quello di effettività. Cfr. G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, cit., 70-74, «una norma giuridica è parte integrante dell'ordinamento giuridico solo quando è effettivamente valida; [...] le norme giuridiche sono norme che debbono farsi valere, cioè che hanno vigore, le cui garanzie ne assicurano l'esecuzione. [...] Tutto il diritto deve avere *valore effettivo*, cioè possedere la possibilità di realizzarsi dei fenomeni» (corsivo aggiunto).

¹⁵ H.L.A. HART, *The concept of Law*, trad. it., *Il concetto di diritto*, Torino, 2002.

¹⁶ R. BIN, *Effettività*, cit., 59.

¹⁷ Nel ricondurre una delle cause della ineffettività della norma all'incertezza della sanzione, R. BIN, *Effettività*, cit., 61, osserva, ad esempio, che «il sistema italiano non ricollega all'evasione fiscale un disvalore sociale così elevato da colpirlo con la minaccia di serie conseguenze penali. Evadere le tasse, così come inquinare o costruire abusivamente, sono comportamenti che spesso convengono, nel senso che il ricavo sicuro che da essi deriva supera di molto il rischio della sanzione. Ognuno dei tanti condoni concessi è servito a confermare la giustizia di questo calcolo razionale».

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Effettività primaria e effettività secondaria*, cit.

¹⁹ In particolare, cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 45, 46, 47, 48 e 49/2005, ord. n. 369/2006, sent. n. 151/2009, ord. n. 150/2012, sentenze nn. 162/2014, 96/2015, 229/2015, 84/2016, 272/2017, 221/2019,

limiti soggettivi prescritti dall'art. 5, che consente l'accesso alle tecniche di PMA "soltanto alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi"²⁰. Attraverso un impiego sempre più penetrante del criterio della ragionevolezza, infatti, la Corte costituzionale ha ritenuto che alcuni profili della legge n. 40 fossero irragionevoli rispetto alla sua finalità, come il divieto di fecondazione di tipo eterologo, mostrando, invece, un atteggiamento di *self restraint* dinnanzi alle questioni di legittimità che non presentano una soluzione costituzionalmente imposta, quale è quella relativa ai requisiti previsti dall'art. 5²¹. Secondo il Giudice costituzionale, «l'ammissione alla PMA delle coppie omosessuali [...] 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»²². La Corte, dunque, non ha ritenuto viziata da irragionevolezza la scelta del legislatore del 2004 di escludere le coppie composte da persone dello stesso sesso dal ricorso a PMA, in quanto «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 [...] di per sé arbitraria o irrazionale»²³.

Tuttavia, se, da una parte, è rimasto immutato l'impianto originario della legge n. 40, volto a favorire la procreazione nell'ambito della coppia composta da persone di sesso diverso (coniugate o conviventi), maggiorenni e in età fertile, dall'altra, è mutato il panorama delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., anche grazie al riconoscimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso attraverso la legge 20 maggio 2016, n. 76²⁴. Tanto il divieto posto dall'art. 5 della l. n. 40, quanto quello posto

237/2019, 230/2020, 32/2021 e 33/2021. Più precisamente, In particolare, dopo un iniziale atteggiamento di *self restraint* (Corte cost., ord. n. 396/2006), la Corte ha dichiarato l'illegittimità dei divieti di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo (sent. n. 162/2014), di ricorso alle tecniche, anche di tipo omologo, alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili (sent. n. 96/2015) e, infine, del divieto di diagnosi preimpianto per conoscere lo stato di salute degli embrioni e permettere l'impianto solo di quelli sani (sent. n. 229/2015).

²⁰ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 5, *Requisiti soggettivi*: «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». All'art. 12, comma 2, *Divieti generali e sanzioni*, prevede la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro a carico di "chiunque 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 minorenni ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi".

²¹ In questo senso si condividono le riflessioni di E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, spec. 785 ss., e di A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, in questa *Rivista*, 3, 2021, spec. 82-86.

²² Corte cost., sent. 221/2019, *Cons. dir.* 12.

²³ Corte cost. sent. n. 221/2019, *Cons. dir.* 13.1. Al riguardo, A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio "sconfinato"*, in *Rivista AIC*, 4, 2021, 87, puntualmente evidenzia come la Corte abbia così affermato che la coppia eterosessuale è sì il luogo "più idoneo", ma non l'unico idoneo, allo svolgimento della funzione genitoriale.

²⁴ Legge 20 maggio 2016, n. 76, intitolata *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, ove si riconosce l'unione civile costituita da persone del medesimo sesso come una di quelle organizzazioni sociali meritevoli di tutela a norma dell'art. 2 Cost. L'art. 1 comma 20 vieta espressamente alla coppia fondata su un'unione civile di poter presentare domanda di adozione di un minore in stato di abbandono (potendo accedervi solo le coppie formate da persone di sesso diverso e coniugate).

dall'art. 1, comma 20 della l. n. 76/2016 che esclude che la coppia omosessuale unita civilmente possa ricorrere all'adozione, non sono stati in grado di arginare il desiderio di genitorialità delle coppie *same-sex*, le quali, ove ne abbiano la disponibilità economica, si recano in Paesi con una legislazione più permissiva in tema di procreazione per realizzare il proprio progetto genitoriale. La soddisfazione di tale desiderio ha determinato, da un lato, l'incremento di richieste di trascrizione degli atti di nascita legittimamente formati all'estero e, dall'altro, l'aumento delle domande di riconoscimento del rapporto di filiazione tra il minore nato in Italia e il genitore intenzionale che ha condiviso il progetto genitoriale col genitore biologico. Domande il cui esito dipende da molteplici fattori: le scelte degli Ufficiali di Stato civile a cui le stesse vengono formulate²⁵, il luogo di nascita del minore²⁶, il sesso dei componenti della coppia omoaffettiva²⁷, ovvero la presenza o assenza del consenso del genitore biologico al ricorso all'adozione in casi particolari da parte del genitore intenzionale²⁸.

La casistica giurisprudenziale sulla formazione degli atti di nascita di minori nati da progetti omogenitoriali realizzati all'estero mostra non soltanto che il grado di rispetto della norma posta dall'art. 5 non può certamente dirsi accettabile, ma che esiste un vero e proprio fenomeno elusivo della stessa, come peraltro ha accertato anche la Corte costituzionale²⁹. Nel respingere la censura secondo cui l'art. 5

²⁵ Al riguardo, si condividono le puntuali riflessioni di F. FERRARI, *L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. Cost. n. 33 del 2021*, in questa *Rivista*, 3, 2021.

²⁶ Al riguardo, cfr. 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 *forumcostituzionale.it*, 1, 2021; E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2021; E. FALLETTI, *"Di chi sono figlio? Dipende da dove mi trovo". Riflessioni comparate su status, genitorialità e GPA*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2020, 743-756.

²⁷ Come si dirà più approfonditamente nel §3, l'ipotesi di omogenitorialità maschile e quella femminile non sono omogenee in quanto, in ragione di insuperabili leggi di natura che consentono soltanto alla donna di iniziare e portare a termine una gravidanza, la coppia omosessuale maschile per realizzare il proprio progetto genitoriale deve necessariamente ricorrere, a qualsiasi titolo, alla surrogazione di maternità. Come ha evidenziato Corte cost. n. 221/2019, *Cons. dir. 12*, l'omologazione delle coppie *same-sex* maschili «alle femminili – in punto di diritto alla genitorialità – richiederebbe [...] che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata» posto dall'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004.

²⁸ Come si chiarirà nel §5, occorre distinguere l'ipotesi in cui la madre biologica del minore presta il consenso affinché la propria partner possa ricorrere all'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44 della legge n. 184/1983, da quella in cui, viceversa, nega tale consenso. Il vuoto di tutela accertato da Corte cost., sent. n. 32/2021, infatti, attiene proprio al caso in cui la richiesta di costituzione dello *status* genitoriale tra il minore e la madre intenzionale coincide con l'emersione di un insanabile conflitto nella coppia omoaffettiva che conduce alla negazione del consenso da parte della madre biologica.

²⁹ Con riferimento alla casistica giurisprudenziale degli ultimi anni, cfr. Tribunale di Palermo, decreto 15 aprile 2015, Tribunale di Torino, decreto 21 maggio 2018, Corte app. Napoli, sent. 15 giugno 2018, Tribunale di Pistoia, decreto 5 luglio 2018, Tribunale di Bologna, decreto 6 luglio 2018, Corte app. Perugia, decreto 7 agosto 2018, Tribunale di Genova, decreto 8 novembre 2018, Tribunale di Rovereto, decreto 19 aprile 2019, Tribunale di Rimini, decreto 3 dicembre 2019, Corte app. Perugia 18 novembre 2019, Tribunale di Genova, decreto del 4 novembre 2020, Tribunale di Brescia, decreto 11 novembre 2020, Tribunale di Cagliari, 28 aprile 2020, Tribunale di Trento, decreto 27 maggio 2020, Tribunale di Bergamo 20 aprile 2020, Corte app. Trento, 16 gennaio 2020, Corte app. Bari, 9 ottobre 2020, Corte app. Firenze 28 gennaio 2020, Corte app. Cagliari, 27 aprile 2020, Corte app. Roma 27 aprile 2020, Cass. I sez. civ., sent. 7668 del 3 aprile 2020, Cass. I sez. civ., sent. 8029 del 22 aprile 2020. Quanto all'accertamento di un fenomeno elusivo dell'art. 5 della legge n. 40/2004 da parte del Giudice

determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra le coppie in grado di sostenere i costi per sottoporsi alle pratiche di PMA e quelle prive di adeguate capacità economiche, infatti, il Giudice delle leggi ha affermato che «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»³⁰.

Ancora, la perdita di effettività della legge n. 40/2004 risulta confermata anche qualora si provi a rispondere al secondo quesito soprarichiamato, relativo al grado di accertamento e punizione dei casi di mancato rispetto. Da un punto di vista formale, infatti, il rigore e le scelte sanzionatorie costituiscono elementi caratterizzanti della legge n. 40/2004, nella quale si possono contare ben quindici sanzioni tra misure amministrative e penali (pene principali e accessorie) che puniscono gli illeciti in misura molto elevata, specie se si considera che i massimi di pena ivi previsti oscillano tra i 50.000 e 600.000 euro, laddove l'ammontare massimo previsto per le sanzioni pecuniarie amministrative dovrebbe essere pari a 10.329 euro³¹. Viceversa, da un punto di vista sostanziale, lo stesso rigore non si registra nell'applicazione della legge, al punto che osservando «i repertori di giurisprudenza penale si può ricavarne l'impressione di una scarsissima effettività della normativa in esame, la cui emersione nelle aule di giustizia riguarda in via pressoché esclusiva gli aspetti civilistici»³². Un risultato siffatto, tuttavia, non deve stupire dal momento che, nonostante la tendenza del legislatore contemporaneo ad aumentare le fattispecie di reato e a inasprire le pene e le sanzioni amministrative³³, non è sufficiente la sola minaccia della sanzione, neppure di quella più elevata, per garantire l'effettività delle norme. Al contrario, per evitarne l'elusione è necessario anche un adeguato grado di accettazione da parte della collettività³⁴. Il problema dell'effettività, infatti, «è il problema dell'efficacia delle norme giuridiche, valide non solo in quanto poste con procedimento legislativo formalmente corretto in un dato ordine costituzionale ma anche in quanto effettivamente vigenti nell'ordinamento»³⁵.

La perdita di effettività della legge n. 40/2004 costituisce, dunque, un caso esemplare di un fenomeno che, come è noto, colpisce molti settori dell'ordinamento³⁶, specie se si considera che è la stessa

costituzionale, cfr. Corte cost., sent. n. 221/2019, *Cons. dir.* 14 e sent. n. 32/2021, 2.4.1.3. *Cons. dir.* Con riferimento all'elusione accertata con quest'ultima decisione, cfr. §5 e §6 del presente lavoro.

³⁰ Corte cost., sent. n. 221/2019, *Cons. dir.* 14 (corsivo aggiunto).

³¹ Legge 24 novembre 1981, n. 689, *Modifiche al sistema penale*, art. 20, come modificato dal d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, *Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205*. Al riguardo, cfr. E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1669-1692; M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2021, 688-703.

³² E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo*, cit. 1672 ss.

³³ M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei Deputati, in *Sistema Penale*, 2021, parla di «vocazione panpenalistica».

³⁴ R. BIN, *Effettività*, cit.

³⁵ PIOVANI, *Effettività (principio di)*, cit., 425.

³⁶ Nella riflessione filosofica, infatti, ci si interroga da tempo sull'efficacia "senza adempimento" delle norme giuridiche. Al riguardo, tra i tanti, cfr. F. TESSITORE, *Crisi e trasformazione dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra 800 e 900*, Napoli, 1963; A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, cit.; N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, cit.; A. CONTE, *Nomotropismo*, in G. LORINI, L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *Filosofie della norma*, Torino, 2012, 307-313; G. LORINI, *La norma come strumento*, in ID., *Il senso della norma*, Torino, 2016, 79-83.

giurisprudenza ad accertarla e a qualificare «illecita» la condotta tenuta dalla coppia omosessuale che effettua la PMA all'estero³⁷. La circostanza che le norme che dovrebbero disciplinare una materia che necessita di una peculiare regolazione, in ragione dei continui bilanciamenti imposti dai valori in gioco, divengano ineffettive ha ricadute più che significative sull'ordinamento giuridico, la cui tenuta dipende, in gran parte, dal grado di effettività delle sue norme. Come già evidenziava Kelsen, infatti, «la validità dell'ordinamento si trova in un sicuro rapporto di dipendenza col fatto che il comportamento reale»³⁸ dei suoi consociati corrisponda a quanto dallo stesso prescritto. La prevedibilità della applicazione della norma e l'accertamento dei casi di mancato rispetto costituiscono le fondamenta dello Stato di diritto proprio perché garantiscono la certezza dei rapporti giuridici e il rispetto del principio di eguaglianza. Viceversa, come dimostra la casistica giurisprudenziale sul riconoscimento della doppia maternità, l'ineffettività delle norme che prescrivono i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di PMA determina situazioni di profonda incertezza e diseguaglianza, concorrendo a delineare un assetto ordinamentale in cui è sempre più difficile orientarsi³⁹.

3. Il divieto di formazione di un atto di nascita recante la doppia maternità

Il riconoscimento giuridico del rapporto instaurato tra il minore nato in Italia e la madre intenzionale, vale a dire colei che con la madre biologica ha condiviso il progetto genitoriale realizzato all'estero, è ostacolato dalla circostanza che il legislatore ammette forme di genitorialità sociale (eterosessuale) slegata da quella biologica soltanto in ipotesi tassative. Al riguardo, il fatto che la trascrizione di un atto di nascita legittimamente formato all'estero possa determinare il riconoscimento di forme di doppia maternità anche nel nostro ordinamento non deve indurre in confusione né può costituire un valido argomento a sostegno della legittimità della formazione in Italia di atti recanti l'indicazione della doppia maternità.

Vi è, infatti, una significativa differenza tra la fattispecie in esame e la situazione delineata dalla richiesta, formulata da una coppia di due donne, di trascrizione dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero. Nell'ipotesi di riconoscimento dell'atto estero, l'ordinamento italiano si limita a consentire la produzione degli effetti dell'atto così come previsti e regolati dall'ordinamento di provenienza, nei limiti in cui la relativa disciplina risulti compatibile con l'ordine pubblico⁴⁰. Rientrano in questa ipotesi,

³⁷ Al riguardo, più diffusamente cfr. §4.

³⁸ H. KELSEN, *La dottrina pure del diritto*, cit., 77.

³⁹ Al riguardo, A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, cit., 74, parla di un sistema abbastanza «caotico».

⁴⁰ Sulla differenza tra ordine pubblico interno e internazionale, tra i tanti cfr. C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 3-4, 1967, 359-381; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nov. Dig.*, XII, Torino, 1965, 130; A. CERRI, *Ordine pubblico (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1990, 1-11, Id., *Ordine pubblico (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, 2007, 1-3; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 1963, CLXV, 3 ss.; F. ANGELINI, *Ordine pubblico*, in *Diz. dir. pub.*, IV, Milano, 2006, 3998; Id., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea: i principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2018, 403-448; L. FUMAGALLI, *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann., IV, Milano, 86, 2011, 487; 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*,

ad esempio, il caso deciso con la famosa pronuncia n. 19599/2016, con cui la Corte di Cassazione, escludendo qualsiasi contrasto con l'ordine pubblico, ha affermato la legittimità della trascrizione in Italia dell'atto di nascita legittimamente formato in Spagna in cui erano indicate come genitori del minore entrambe le donne della coppia, di cui una aveva donato gli ovociti e l'altra aveva condotto la gravidanza; e il caso deciso con la sentenza n. 14878/2017, con cui la Suprema Corte ha ritenuto si potesse trascrivere in Italia l'atto di nascita legittimamente formato in Galles in cui era attribuita la maternità di un minore anche alla compagna di colei che lo aveva partorito e con la quale era stato condiviso il progetto familiare⁴¹.

A sua volta, dalla richiesta di trascrizione dell'atto di nascita straniero da parte di due donne va tenuta distinta la richiesta, formulata da una coppia di due uomini, di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero del minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità. In tale ipotesi, che ha costituito l'oggetto della recente sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale⁴², viene dunque in rilievo il divieto di ricorso alla surrogazione di maternità posto dall'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004, il quale è «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»⁴³. La Cassazione a Sezioni Unite ha escluso, infatti, il riconoscimento in Italia della sentenza straniera che riconosce lo *status* di genitore al compagno di colui che, tramite la donazione del proprio seme e la gestazione per altri, diviene padre. La diversità di trattamento tra la coppia omosessuale maschile e quella femminile nella trascrizione degli atti stranieri, dunque, non integra una violazione del principio di eguaglianza, ma

filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale, Napoli 2017, 121 ss.; F. FERRARI, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in questa *Rivista*, 2, 2020, 169-193.

⁴¹ Cassazione civile, sezione I, 15 giugno 2017, n. 14878. Peraltro, muovendo dalla nozione di ordine pubblico espressa in Corte cass., I sez. civ., sent. n. 19599 del 2016, hanno consentito la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero e di adozione di minori da parte di coppie omosessuali: Cass., sent. n. 12962 del 2016; Corte app. Milano, sent. n. 16 ottobre 2015; Corte app. Napoli, sent. 30 marzo 2016; Tribunale di Firenze, sent. 7 marzo 2017; Tribunale di Firenze, sent. 8 marzo 2017. Da ultimo, cfr. Tribunale di Roma, sentt. 11 febbraio 2020 nn. 2991 e 3017.

⁴² Tra i tanti commenti a Corte cost., sent. n. 33/2021, senza pretesa di esaustività cfr. S. AGOSTA, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, in *Federalismi.it*, 17, 2021, 1-17; A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in questa *Rivista*, 3, 2021, 13-26; G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, *ivi*, 59-71; M. MANETTI, *L'ordine pubblico internazionale e la Costituzione. Prime note*, *ivi*, 93-101; I. CARLOTTO, *Maternità surrogata e identità frammentate: quale legame conta davvero?*, *ivi*, 103-113.

⁴³ Cassazione civile, Sezioni Unite, 6 novembre 2018, n. 12193, depositata l'8 maggio 2019, 41. Con questa pronuncia, le Sezioni Unite hanno risolto la situazione di incertezza interpretativa creata da Corte di Cassazione, sez. I civ., 11 novembre 2014, n. 24001 e da Cassazione, sez. I civ., 30 settembre 2016, n. 19599. Sui diversi significati attribuiti al limite di ordine pubblico da queste due pronunce del Giudice della legittimità, sia consentito rinviare alle riflessioni sviluppate in S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in questa *Rivista*, 2, 2019, spec. 338-342. Mentre, sulla decisione delle Sezioni Unite, cfr. F. FERRARI, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in questa *Rivista*, 2, 2020, 169-193.

costituisce «il naturale portato della differenza tra la normativa italiana e quelle vigenti in altri Paesi»⁴⁴ e dipende dalla differente portata del limite dell'ordine pubblico⁴⁵.

Ebbene, ferme le differenze con le ipotesi di trascrizione degli atti esteri, il divieto di formare in Italia un atto di nascita recante l'indicazione della doppia maternità, ovvero di aggiungere in un momento successivo alla formazione dell'atto l'indicazione anche della madre intenzionale, discende non soltanto dall'art. 5 della legge n. 40/2004, ma anche dal sistema di filiazione delineato dal codice civile e dall'ordinamento di stato civile. Tale sistema rimane, in gran parte, ancorato alla necessità di un rapporto biologico tra il nato e i genitori e, dunque, al paradigma eterosessuale: la partoriente «si assume essere la madre» (art. 269, comma 3 c.c.)⁴⁶, il marito è il padre del figlio nato nel matrimonio (art. 231 c.c.), il figlio nato fuori del matrimonio può essere riconosciuto dalla madre e dal padre (art. 250 c.c.) e, in mancanza di riconoscimento, la paternità e la maternità possono essere accertate in via giudiziale (art. 269 c.c.)⁴⁷. Ulteriori indici normativi nel senso della preferenza accordata al carattere eterosessuale della genitorialità si rinvencono anche nella disciplina di cui alla legge 4 maggio 1983 n. 184, che consente il ricorso all'adozione «ai coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni»⁴⁸. O, ancora, nella già citata legge n. 76/2016 che, all'art. 1, comma 20, equipara i componenti dell'unione civile ai coniugi eccetto con riferimento «alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983 n. 184» con l'ulteriore precisazione secondo cui «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Peraltro, la volontà del legislatore di non estendere la normativa in materia di filiazione alle unioni formate da persone dello stesso sesso emerge nitidamente anche dal dibattito parlamentare relativo alla possibilità di introdurre nella legge n. 76/2016 la cosiddetta *stepchild adoption*, vale a dire l'adozione del figlio della parte con cui è stata contratta l'unione civile.

Infine, il divieto di indicazione della doppia maternità nell'atto di nascita si evince dalle disposizioni dell'ordinamento di stato civile, i cui atti sono tipici e a contenuto vincolato⁴⁹. L'art. 11 del d.P.R. n.

⁴⁴ Cass. Civ., sez. I, 22 aprile 2020, sent. n. 8029, *Ragioni della decisione* 5.5.

⁴⁵ Ivi, «La nozione di ordine pubblico rilevante ai fini del riconoscimento dell'efficacia degli atti e dei provvedimenti stranieri è più ristretta di quella rilevante nell'ordinamento interno, corrispondente al complesso dei principi informatori dei singoli istituti, quali si desumono dalle norme imperative che li disciplinano». Al riguardo, A. FIGONE, *Atto di nascita con due mamme: ancora un no dalla Suprema Corte Fonte*, in *Ilfamiliarista.it*, 3, 2020, evidenzia che «il desiderio di genitorialità, nella coppia omoaffettiva, può realizzarsi anche in altri modi, che privilegiano quella "lesbica", in ragione della gestazione e del parto che rimangono, per legge di natura, prerogative della sola donna».

⁴⁶ M.R. MOTTOLA, *Art. 269*, in CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2010, 404.

⁴⁷ Anche le disposizioni che disciplinano le azioni di stato volte ad affermare o a far venire meno la paternità o la maternità di cui agli artt. 243 bis e 269 c.c., già nella rubrica, presuppongono il paradigma eterosessuale. Al riguardo, cfr. R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 953 ss.; E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2017, 873 ss.; E. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2019, 233 ss.; I. BARONE, *Le vie della doppia maternità*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 3, 2020, 925 ss.

⁴⁸ Legge 4 maggio 1983 n. 184, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, art. 6: «L'adozione è permessa ai coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni tra i quali non sussista separazione personale neppure di fatto e che siano idonei ad educare, istruire ed in grado di mantenere i minori che intendono adottare».

⁴⁹ D.P.R. 3 Novembre 2000 n. 396, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127.

396/2000 prescrive che l'Ufficiale dello stato civile non possa «enunciare, negli atti di cui è richiesto, dichiarazioni e indicazioni diverse da quelle che sono stabilite o permesse per ciascun atto», in quanto, ai sensi del successivo art. 12, lo deve redigere «secondo le formule e le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno», alle quali la giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Cassazione riconosce carattere vincolante⁵⁰. La *ratio* sottesa alla rigidità imposta all'attività degli Ufficiali di stato civile è proprio quella di garantire uniformità nella redazione degli atti e scongiurare comportamenti difformi sul territorio nazionale. Difatti, una volta sottoscritto, l'atto di stato civile, anche laddove errato o illegittimo, è pienamente efficace fino a quando non venga annullato dall'autorità giudiziaria⁵¹.

Il legislatore italiano mostra, dunque, una certa cautela nel conferire pieno riconoscimento giuridico a rapporti genitoriali slegati dal dato biologico, al punto che genitorialità naturale e ipotesi di genitorialità sociale si pongono in rapporto di regola-eccezione, essendo queste ultime espressamente tipizzate. In particolare, sono due le fattispecie di genitorialità sociale riconosciute: l'adozione e la PMA.

Nell'adozione, l'assunzione volontaria dell'ufficio genitoriale in sostituzione della genitorialità naturale rinviene la propria giustificazione nella situazione di abbandono morale e materiale del minore⁵². Più precisamente, nell'ipotesi della cosiddetta adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184/1983⁵³, la quale ad oggi rappresenta l'unico istituto che consente, col consenso del genitore biologico, la possibilità di conferire rilievo al rapporto col genitore intenzionale⁵⁴, la deviazione rispetto al paradigma eterosessuale della genitorialità trova il proprio elemento di giustificazione nell'interesse del minore – già nato – a conservare il rapporto di filiazione «consolidatosi nella pratica della vita quotidiana»⁵⁵.

Nel caso della PMA, invece, la deviazione rispetto al paradigma naturale della genitorialità avviene in ragione del principio finalistico di realizzare il proprio desiderio genitoriale. Più precisamente, la maternità origina dal fatto biologico della gestazione e del parto, mentre l'attribuzione della paternità dal contributo genetico (in caso di PMA omologa) o dal *consenso* prestato al trattamento di PMA

⁵⁰ Dalla disciplina prescritta dal d.P.R. n. 396/2000, dunque, emerge che l'Ufficiale dello Stato civile, nella redazione degli atti ha l'obbligo di utilizzare le formule ministeriali. L'art. 9 del d.P.R. n. 396/2000, infatti, stabilisce che l'Ufficiale di Stato civile «è tenuto a uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell'interno», ad esempio attraverso circolari. Sulla vincolatività delle stesse, cfr. Cons. Stato. Sez. III, 13-26 ottobre 2016, n. 4478; sez. III, 1 dicembre 2016, n. 5047 e n. 5048; Corte Cass., I sez., 14 maggio 2018, n. 11696.

⁵¹ D.P.R. n. 396/2000, art. 95: «Chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile o la ricostituzione di un atto distrutto o smarrito o la formazione di un atto omesso o la cancellazione di un atto indebitamente registrato, o intende opporsi a un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento, deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui si tratta o presso il quale si chiede che sia eseguito l'adempimento».

⁵² E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, cit., 296 ss.

⁵³ Legge 4 maggio 1983 n. 184, Titolo IV, *Dell'adozione in casi particolari*, Capo I *Dell'adozione in casi particolari e dei suoi effetti*, art. 44: «I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7: a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo».

⁵⁴ Cass. Civ., S.S., sent. n. 12193/2019, 41.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 32/2021, *Cons. dir.* 2.4.1.3.

eterologa, in forza dell'art. 6 legge n. 40/2004⁵⁶. Proprio perché la genitorialità, in questa ipotesi, origina dal consenso, la tutela del nascituro trova completamento nell'art. 8 (*statuto giuridico del nato*), che attribuisce ai nati attraverso la PMA lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle predette tecniche e nell'art. 9 (*divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre*) che, oltre a stabilire il divieto dell'anonimato per la madre biologica, esclude, in caso di PMA di tipo eterologo, la facoltà del coniuge o del convivente, il cui consenso sia ricavabile da atti concludenti, di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità o d'impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità, precludendo inoltre al donatore dei gameti l'acquisizione di qualsiasi relazione parentale con il nato.

La scelta del legislatore del 2004 di evitare che il ricorso al trattamento sanitario finalizzato a superare l'infertilità o la sterilità della coppia si potesse tradurre in un incondizionato «diritto a procreare»⁵⁷, dunque, risulta perfettamente in linea con l'impostazione di fondo per cui il nostro ordinamento riconosce forme di genitorialità sociale soltanto nei casi espressamente tipizzati dalla legge poiché fuori

⁵⁶ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 6, *Consenso informato*.

⁵⁷ Parte della letteratura aveva parlato di un vero e proprio "diritto al figlio" a partire dalle parole della Corte cost., sent. n. 162/2014, *Cons. dir.* 6, secondo cui «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non 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 questo senso, cfr. C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in questa *Rivista*, 2, 2014, 81 ss.; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in questa *Rivista*, 2, 2014, 37-65; E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) dalla legge nazionale*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, spec. 8 ss. Al riguardo, cfr. L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018, 201-202; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Diritti fondamentali*, 2, 2014, 8-9. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, si tratterebbe di un riconoscimento impegnativo e totalmente inedito per la giurisprudenza costituzionale, che già nel 2009 aveva parlato genericamente di «esigenze di procreazione» (Corte cost., sent. n. 151/2009), per poi ribadire che né la donna, né la coppia che intende portare avanti un progetto genitoriale, dispongono di assoluta autodeterminazione in ordine alle scelte procreative, in quanto «la 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» (Corte cost., sent. n. 221/2019, *cons. dir.* 16). Dello stesso avviso, cfr. S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2017, 2990 ss.; 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, 1466-1472. *Contra* cfr. C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 2019, 2622 ss.; G. CASABURI, «*Qui sto. Non posso fare altrimenti*»: la Consulta tiene fermo il divieto di accesso all'am.a. delle coppie omosessuali (femminili), in *Il Foro italiano*, 12, 2019, I, coll. 3798 ss.; L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2, 2020, 227-247; M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, in *Diritti fondamentali*, n. 2, 2020, 804-827; 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, spec. 153.

dalla filiazione naturale, a prescindere dalle migliori intenzioni degli aspiranti genitori, può sempre insinuarsi la «logica antipersonalista dell'altrui strumentalizzazione»⁵⁸.

4. L'interpretazione costituzionalmente conforme elaborata dai giudici comuni a tutela del preminente interesse del minore Vs l'interpretazione sistematica della Corte di Cassazione che nega il rapporto con la madre intenzionale

Dal quadro normativo delineato dagli artt. 5, 6, 8 e 9 della legge n. 40/2004 e dalle altre disposizioni soprarichiamate, si evince, dunque, la preferenza accordata dal legislatore per il riconoscimento di forme di genitorialità sociale alle sole coppie composte da persone di sesso diverso. Ciononostante, in sede di applicazione, la giurisprudenza non sempre fa discendere l'impossibilità di formare atti di nascita recanti la doppia maternità dal divieto di riconoscimento di forme di omogenitorialità. Più precisamente, sulla capacità del divieto di cui all'art. 5 della legge n. 40/2004 di impedire l'applicazione dell'art. 8 ai casi in cui la coppia sia composta da due donne, si registrano due orientamenti discordanti. Un primo orientamento, prevalente – ma non esclusivo – nella giurisprudenza di merito, considera percorribile un'interpretazione del quadro normativo che ammetta il riconoscimento del rapporto anche con la madre intenzionale, in considerazione della preminente esigenza, costituzionalmente garantita, di tutelare la condizione giuridica del nato, conferendogli certezza e stabilità⁵⁹. Viceversa, un secondo indirizzo, recentemente seguito dalla Corte di Cassazione, ritiene che il requisito soggettivo della diversità di sesso prescritto dall'art. 5 della legge n. 40/2004, letto in relazione anche alle altre norme da cui si ricava il divieto di forme di omogenitorialità, impedisca di interpretare gli artt. 8 e 9 nel senso di riconoscere al minore lo *status* di figlio di entrambe le donne⁶⁰.

Il primo approccio interpretativo si fonda essenzialmente sulla scissione tra il piano dell'illiceità della condotta delle donne recatesi all'estero per ricorrere a PMA, qualificata espressamente come illecita, e il piano della tutela dell'interesse del minore a vedersi riconosciuto il legame instaurato con la madre intenzionale⁶¹. Secondo questa lettura, il preminente interesse del minore nato a seguito di PMA illecita praticata da due donne a vedere riconosciuto il suo *status filiationis* nei confronti anche della madre intenzionale può ricevere tutela nel nostro ordinamento attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 della L. n. 40/2004. Diversamente opinando, infatti, si farebbero ricadere

⁵⁸ E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, cit., 907. Al riguardo, cfr. A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria Politica*, 2, 2000.

⁵⁹ Orientamento fatto proprio, tra gli altri, dal Tribunale di Rimini, decreto 3 dicembre 2019, Tribunale di Genova, decreto del 4 novembre 2020, Tribunale di Brescia, decreto 11 novembre 2020, dal Tribunale di Cagliari, sentenza n. 1146 del 28 aprile 2020, confermata dal decreto 16 aprile 2020 della Corte d'appello di Cagliari, dalla Corte d'appello di Roma, decreto 27 aprile 2020, dal Tribunale di Roma, decreto del 18 aprile 2021 che ha recentemente imposto al Comune di Roma di annotare l'atto con due mamme già formato da altro Comune.

⁶⁰ Questa è l'interpretazione accolta dal Tribunale di Padova che, ritenendo di non poter interpretare in maniera costituzionalmente orientata l'art. 8 Cost., ha sollevato alla Corte la questione decisa con la sentenza n. 32/2021. Nello stesso senso, anche Cassazione civile, sezione I, 3 aprile 2020, n. 7668 e 22 aprile 2020, n. 8029.

⁶¹ Da ultimo, questo orientamento è stato seguito dalla Corte d'appello di Cagliari, decreto 16 aprile 2021, depositato il 29 aprile 2021, che ha confermato la decisione del Tribunale di Cagliari del 28 aprile 2020, n. 1146.

sul minore gli effetti negativi dovuti alle modalità in cui è venuto al mondo⁶², in aperto contrasto con i valori costituzionali tutelati dagli artt. 2, 3, 30 Cost., dall'art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959⁶³, e dall'art. 24, comma 2 della CEDU, da cui si desume la preminente considerazione dell'interesse del minore in tutti gli atti che lo riguardano, e con gli artt. 8 e 14 CEDU, a partire dai quali la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato i diritti alla vita privata e familiare del fanciullo⁶⁴. Secondo la Corte EDU (sentenze *Mennesson* e *Labassee*), infatti, la tutela del preminente interesse del minore comprende la garanzia del suo diritto all'identità affettiva, relazionale, sociale, fondato sulla stabilità dei rapporti familiari e di cura e sul loro riconoscimento giuridico⁶⁵. A presidio di tale interesse, col parere consultivo reso il 10 aprile 2019 ai sensi del Protocollo n. 16, la Corte EDU ha affermato l'obbligo degli Stati di prevedere il riconoscimento legale del legame di filiazione tra il minore nato attraverso il ricorso a tecniche di PMA e i genitori intenzionali⁶⁶.

Al contrario, il secondo orientamento, non effettua una dissociazione tra il piano della illecità della PMA e quello della tutela del nato, in ragione del fatto che l'insussistenza del requisito soggettivo della diversità di sesso di cui all'art. 5 si estenderebbe, impedendolo, alla successiva fase del riconoscimento del rapporto filiale nei confronti della madre biologica e della madre intenzionale. Secondo la Suprema Corte, infatti, «non può condividersi il tentativo di astrarre» il disposto degli artt. 8 e dell'art. 9 legge n. 40/2004 dal contesto in cui sono collocati e, pertanto, «il riconoscimento di un minore concepito mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con il minore, si pone in contrasto [...] con l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico»⁶⁷. Ad avviso della Cassazione è, dunque, da ritenersi legittimo il rifiuto dell'Ufficiale di Stato civile di indicare la madre intenzionale nell'atto di nascita non soltanto perché, nella redazione dell'atto, egli è tenuto a rispettare le formule ministeriali

⁶² Sul rischio di far ricadere sui minori le "colpe dei padri", cfr. G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *forumcostituzionale.it*, 9 marzo 2018, 1-7, e ID., *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *forumcostituzionale.it*, 2, 2021, 115 ss.

⁶³ Resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176, "Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989".

⁶⁴ Cfr. Corte EDU, sezione seconda, sentenza 5 novembre 2002, *Yousef contro Paesi Bassi*, «the child's rights must be the paramount consideration»; Corte EDU, sezione prima, sentenza 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. contro Lussemburgo*, paragrafo 133: «Bearing in mind that the best interests of the child are paramount in such a case».

⁶⁵ Corte EDU, sezione quinta, sentenze 26 giugno 2014, *Mennesson contro Francia* (paragrafo 96) e *Labassee contro Francia* (paragrafo 75).

⁶⁶ In forza di tale obbligo, che trova il proprio fondamento normativo nell'art. 8 CEDU, gli Stati, con un margine di discrezionalità circa i mezzi da adottare (ad esempio l'adozione), devono garantire la tutela dei diritti dei minori in maniera piena e, ove il rapporto di filiazione sia già diventato una «realtà pratica», la procedura prevista per il riconoscimento deve essere «attuata in modo tempestivo ed efficace». Sul parere consultivo dalla Corte EDU reso, ai sensi del Protocollo n. 16, il 10 aprile 2019, sia consentito rinviare a S. CECCHINI, *Maternità surrogata e margine di apprezzamento nel primo parere consultivo della Corte Edu*, in *Giurisprudenza italiana*, maggio 2019, 1016-1018.

⁶⁷ Cass. Civ., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029, *Ragioni della decisione* 5.5.

e non può inserire discrezionalmente annotazioni o indicazioni diverse⁶⁸, ma soprattutto perché tale rifiuto troverebbe legittimo fondamento nel divieto di cui all'art. 5 della legge n. 40 e in tutte quelle disposizioni che «implicitamente (ma chiaramente) postulano che una sola persona abbia diritto di essere menzionata come madre nell'atto di nascita, in virtù di un rapporto di filiazione che presuppone il legame biologico e/o genetico con il nato»⁶⁹.

Ebbene, la coesistenza di due orientamenti che pervengono a esiti diametralmente opposti restituisce con evidenza le conseguenze della perdita di effettività delle norme prescritte dalla legge n. 40/2004, la cui elusione, accertata ma non punita in alcun modo dall'ordinamento⁷⁰, crea situazioni di profonda incertezza giuridica che, inevitabilmente, si riverbera sul rispetto del principio di eguaglianza e sulla posizione giuridica dei minori. Questi ultimi, infatti, in certi casi vedono riconosciuto il proprio legame anche con la madre intenzionale mentre, in altri, possono vantare i propri diritti al mantenimento, all'educazione, all'istruzione e quelli successivi soltanto nei confronti della madre biologica, con incisive ripercussioni sullo sviluppo della loro identità personale⁷¹.

In particolare, sugli esiti a cui porta l'applicazione del secondo indirizzo non sono mancate le critiche da parte di chi, considerandolo un «passo indietro rispetto a posizioni più progressiste espresse in passato dalla giurisprudenza»⁷², ha ritenuto che la Suprema Corte abbia abdicato «al proprio ruolo di interprete del diritto vagliato alla luce delle esigenze della società e dei mutamenti del costume, e della

⁶⁸ Al riguardo, M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inaammissibilità è l'unica percorribile?*, cit., 698, osserva che, sulla base dei formulari ministeriali, «l'atto di nascita formato in Italia indica soltanto la madre biologica e padre ignoto [...] si dovrebbe invitare il Ministro competente ad elaborare un nuovo format più adatto alla situazione». Viceversa, non possono condividersi le osservazioni di G. FERRANDO, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, in *Questione giustizia online*, 2020, secondo la quale «il fatto che né il formulario, né il d.p.r. 396 contemplino una tale eventualità [doppia maternità] non costituisce ostacolo insormontabile».

⁶⁹ Cass. Civ., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668, 4.1. *Ragioni della decisione*.

⁷⁰ Con ciò non si vuole certo sostenere che la "punizione" debba coincidere con il rifiuto di riconoscimento dello status di filiazione del minore e, dunque, ricadere sui diritti di quest'ultimo. Viceversa, si vuole evidenziare che, oltre alla mancata applicazione dell'art. 12, comma 2, legge n. 40/2004, nell'ordinamento si registra un totale disinteresse a sanzionare, a vario titolo, tale condotta. Disinteresse che, come si è visto nel §2, conferma la perdita di effettività delle norme e, più in generale, dell'impianto della legge n. 40/2004. Al riguardo, cfr. G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, cit., e, da ultimo, ID., *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, cit., 59-71.

⁷¹ La Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto all'identità quale diritto personalissimo e inviolabile nelle sentenze nn. 13/1994, 297/1996, 120/2001 e 287/2013. In particolare, con la sent. n. 278/2013, nel bilanciare il diritto all'anonimato della madre con il diritto di conoscere le proprie origini del figlio, la Corte ha riconosciuto nell'art. 2 Cost. il fondamento del diritto all'identità personale, inteso non solo come diritto ad una corretta rappresentazione di sé, ma anche come diritto di conoscere le proprie origini. Sul diritto all'identità personale, per tutti cfr. A. PACE, *Il c.d. diritto all'identità personale e gli artt. 2 e 21 della costituzione*, in *Giust. civ.*, 1980, 9, II, 409 ss. Sul diritto a conoscere le proprie origini, cfr. E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Osservatorio Costituzionale*, 12, 2013, 1-8; A.O. COZZI, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2005, 4602 ss. e L. TRUCCO, *Anonimato della madre versus identità del figlio davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. inform.*, 2006, 107 ss.

⁷² A. SCALERA, *Doppia maternità nell'atto di nascita: la Cassazione fa un passo indietro*, in *Famiglia e diritto*, 6, 2020, 539-543.

mancata consapevolezza della necessità del coraggio che a volte è richiesto al supremo interprete dei diritti»⁷³. Sebbene mosse dal nobile intento di tutelare la posizione giuridica dei minori, le aspettative nutrite nei confronti della giurisprudenza, la quale si dovrebbe far carico della responsabilità di scelte eticamente, culturalmente e politicamente controverse, non sono altro che un sintomo del più generale fenomeno di perdita di effettività delle norme della legge n. 40/2004. L'effettività, infatti, costituisce un «criterio di legittimità dell'ordinamento»⁷⁴, da cui dipende la validità dell'ordinamento stesso, la sua efficacia, il suo essere legittimo⁷⁵. Aspettarsi che sia la Corte di Cassazione ad avere «il coraggio» di vagliare il diritto alla luce dei mutamenti del costume si pone in contrasto proprio col principio di legalità che proprio quel Giudice è chiamato a tutelare⁷⁶. È, semmai, il legislatore che deve farsi interprete «degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»⁷⁷ e valutare se, e in quali termini, tradurli in atti normativi⁷⁸.

A rigore, infatti, non appare del tutto esente da critiche neppure il primo orientamento, dal momento che, diversamente da altre ipotesi di «creazionismo» giurisprudenziale in cui i giudici agiscono nel silenzio del legislatore⁷⁹, nell'ipotesi qui considerata vi è una disciplina normativa che, piaccia o non piaccia, osta al riconoscimento giuridico del rapporto con la madre intenzionale. Pare trattarsi di uno di quei casi in cui si registra una «divergenza tra le leggi quali sono e le leggi quali si vorrebbe che fossero»⁸⁰, con tutti i rischi che ne conseguono specialmente in termini di eguaglianza, come si chiarirà

⁷³ S. CELENTANO, «Tradizione», «natura» e pregiudizio. *Storie di figli nati a metà*, in *Questione giustizia online*, 2020. Nello stesso senso, cfr. G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, cit., spec. 705-708; S. AGOSTA, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, cit., 13.

⁷⁴ PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, cit., 179.

⁷⁵ ID., *Effettività (principio di)*, cit., 431.

⁷⁶ Al riguardo, senza pretesa di esaustività, cfr. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, 913; R. GUASTINI, *Giurisdizione e interpretazione*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 16, secondo il quale la soggezione del giudice alla legge implica, anzitutto, l'obbligo di conoscere le leggi e, in secondo luogo, l'impossibilità di rifiutarne la applicazione; ID., *Art. 101*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 185.

⁷⁷ Corte cost., sent. 230/2020, *Cons. dir.* 8. Al riguardo, cfr. V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, spec. 389-390; N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della «coscienza sociale», interpretazione delle Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, 1-16.

⁷⁸ N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, spec. 95.

⁷⁹ Peraltro, sarebbe necessario chiarire cosa si intenda per silenzio o inerzia del legislatore, dal momento che la discrezionalità legislativa si esercita non solo attraverso l'introduzione nell'ordinamento di nuove scelte normative, ma anche attraverso la tacita conservazione di quelle già esistenti. A parere di chi scrive, infatti, la tesi per cui la «inerzia» del legislatore legittimerebbe la supplenza giudiziaria nell'affermazione dei diritti, in ragione dell'argomento per cui al giudice non è consentito un *non liquet*, non tiene adeguato conto del fatto che il mancato intervento legislativo in una determinata materia, specie se eticamente sensibile, costituisce pur sempre una scelta del legislatore. Una scelta che, piaccia o non piaccia, va rispettata. Al riguardo, M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, cit., mette ben in luce la distinzione tra diritto giurisprudenziale e occasionalismo giurisprudenziale.

⁸⁰ CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, 165.

meglio più avanti⁸¹. A lungo andare, infatti, gli approcci ermeneutici volti a liberare l'interprete dai vincoli testuali, per consentirgli di realizzare la giustizia nel caso concreto, possono indebolire complessivamente il sistema di tutela dei diritti fondamentali, dal momento che nulla assicura che tali approcci che oggi sono orientati, magari in maniera condivisibile, nel senso della maggiore diffusione dei diritti, domani non siano indirizzati verso una loro compressione⁸².

5. L'illegittimità accertata ma non dichiarata dalla sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale

Senza assumere apertamente una posizione sulla correttezza delle diverse operazioni ermeneutiche compiute dai giudici di merito e di legittimità, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 32/2021, ha accertato, ma non dichiarato, l'illegittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, che, se sistematicamente interpretati con l'art. 250 c.c., non consentirebbero di attribuire al minore lo *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore⁸³. La Corte ha dichiarato inammissibile la questione poiché «le integrazioni alla disciplina vigente, richieste dal giudice *a quo*, sarebbero protese a colmare un vuoto di tutela in una materia caratterizzata da ampia discrezionalità del legislatore»⁸⁴.

Rispetto alle pronunce di inammissibilità emesse con riferimento al divieto di accesso alle tecniche di PMA alle coppie omosessuali, la sentenza n. 32/2021 si caratterizza per un contenuto innovativo: la doverosità di un intervento legislativo di riconoscimento giuridico, seppur a certe condizioni, della genitorialità omosessuale. Si è passati dalla non irragionevolezza della scelta del legislatore di escludere le coppie *same-sex* dall'accesso alla PMA⁸⁵, all'accertamento della sussistenza di un obbligo del legislatore di riconoscere, in certi casi, la situazione di omogenitorialità. Una novità tutt'altro che trascurabile.

⁸¹ Come si spiegherà più approfonditamente nel §6, l'orientamento che pretende di astrarre gli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 dal contesto in cui sono collocati non si ritiene condivisibile perché tende a ignorare la differenza sessuale tutelata da quelle disposizioni, in un nome di una logica prettamente *egualitaria-omologante* che, ad avviso di chi scrive, non è quella prescritta dal principio costituzionale di eguaglianza.

⁸² A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, cit., 61. Analoghe preoccupazioni sono prospettate da A. SAITTA, *Il matrimonio delle coppie dello stesso sesso alla Consulta o dei limiti dell'interpretazione costituzionale evolutiva*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUZZAROTTI, A. PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, (*Amicus Curiae Atti dei Seminari "preventivi" ferraresi n. 13, Ferrara 26 febbraio 2010*), Torino, 2010 323-331.

⁸³ Più precisamente, il giudizio *a quo* aveva preso le mosse dalla richiesta della madre intenzionale di due gemelle nate in Italia a seguito del ricorso a tecniche di PMA, a cui si era sottoposta l'allora sua compagna, per ottenere l'autorizzazione a dichiarare all'Ufficiale dello Stato civile di essere genitore ai sensi dell'art. 8 della legge n. 40/2004 ovvero di essere dichiarata tale dalla sentenza dello stesso Tribunale per aver prestato il consenso alla fecondazione eterologa ai sensi dell'art. 6 della stessa legge.

⁸⁴ Corte cost., sent. n. 32/2021, *Cons. dir.* 2.4.

⁸⁵ Corte cost., sentt. nn. 221/2019 e 230/2020, in cui la Corte aveva provato a porre un freno alla visione "volontaristica" della genitorialità. Parla di visione volontaristica S. NICCOLAI, *La regola di giudizio*, cit., 2990 ss., la quale sostiene che «volontaristica è la visione dei diritti sottesa all'idea che la genitorialità è fondata sull'intenzione [...] e la soggettività del nuovo nato dipende dalla volontà degli adulti che lo hanno progettato». Al riguardo, sia consentito rinviare a S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, cit., spec., 180 ss., dove ho evidenziato come delle decisioni nn. 272/2017, 221/2019 e 230/2020 si possa desumere la tendenza

Per giungere ad affermare la doverosità di un intervento legislativo siffatto, il Giudice delle leggi ha sviluppato il proprio ragionamento lungo due direttrici: la prima attiene al rilievo costituzionale da ascrivere ai diritti del minore nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA, sul quale non si può far ricadere la responsabilità inerente alla illiceità delle tecniche adottate per la procreazione; la seconda concerne l'idea per cui l'elusione del limite stabilito dall'art. 5 della legge n. 40/2004 non configura un limite di ordine pubblico interno.

Cominciando dalla prima direttrice, al centro della motivazione vi è la tutela del diritto all'identità del minore garantita dall'art. 9 della legge n. 40/2004, disposizione che, ad avviso della Corte, valorizza il consenso alla genitorialità e l'assunzione della conseguente responsabilità nell'ambito di una formazione sociale idonea ad accogliere il minore e mira, dunque, a tutelare «il consolidamento in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione»⁸⁶. È interessante notare come la Corte non si sia limitata a richiamare genericamente la tutela del preminente interesse del minore, ma i suoi diritti al mantenimento, alla cura, all'educazione, all'istruzione, alla successione e, più in generale, al vedere garantita la continuità di abitudini consolidate nella vita quotidiana con la madre intenzionale⁸⁷. In particolare, secondo il Giudice costituzionale, la violazione di tali diritti appare evidente nell'ipotesi in cui risulti impraticabile l'adozione in casi particolari in ragione dell'assenza del consenso della madre biologica. È, infatti, nella specifica ipotesi in cui la richiesta di riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale coincida con l'emersione di un insanabile conflitto nella coppia omoaffettiva che la Corte ha riscontrato l'assenza di strumenti giuridici che consentano di riconoscere la relazione tra la madre intenzionale e il bambino⁸⁸.

Secondariamente, il Giudice delle leggi ha chiarito che il divieto posto dall'art. 5 della legge n. 40/2004 non configura un limite di ordine pubblico interno dal momento che la sua elusione «non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali»⁸⁹. La Corte ha, così, evidenziato l'urgenza di una «diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici

della Corte a prendere le distanze dall'idea per cui la dignità coincide con la sola autodeterminazione, per sottolineare come, al contrario, tanto la donna, quanto i genitori intenzionali, non dispongono di una libertà assoluta in ordine alle scelte procreative. *Contra* cfr. C. SALAZAR, *Il corpo delle donne e la Costituzione. Alcune domande intorno alla questione di costituzionalità proposta dalla Corte di appello di Bari sulla "legge Merlin" e qualche riflessione sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di GPA*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, 2019, 180; F. RESCIGNO, *Medicina di genere e autodeterminazione femminile: un percorso giuridico accidentato*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *op.cit.*, 213.

⁸⁶ Corte cost., sent. n. 127/2020, 4.2. *Cons. dir.*

⁸⁷ Al riguardo, cfr. A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, cit., 53; G. FERRANDO, *Diritti e interesse del bambino tra principi e clausole generali*, in *Pol. Dir.*, 1, 1988, 167-176; *Id.*, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2021, 704-711.

⁸⁸ Corte cost., sent. n. 32/2021, 2.4.1.3 *Cons. dir.*, ove afferma che la questione sollevata dal Tribunale di Padova rivela «in maniera tangibile l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, per come attualmente regolato, tant'è che nello specifico caso è resa impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubitabilmente, la crisi della coppia e la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale, reso necessario dall'art. 46 della medesima legge n. 184 del 1983».

⁸⁹ Corte cost., sent. n. 32/2021, 2.4.1.3. *Cons. dir.*

del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale»⁹⁰.

Tuttavia, la Corte non si è limitata ad accertare tale vuoto di tutela ma ha ritenuto «non più tollerabile il protrarsi dell’inerzia legislativa» al punto da suggerire al legislatore, «in via esemplificativa», alcune vie percorribili per tutelare il preminente interesse del minore, quali «una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento», ovvero «l’introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione»⁹¹. La Corte, dunque, non soltanto ha affermato che il legislatore debba tipizzare una nuova forma di genitorialità sociale capace di assicurare il legame del minore con la madre intenzionale, ma gli ha persino consigliato come farlo, sollevando, così, qualche dubbio circa il rispetto delle *rime obbligate* come criterio per l’inammissibilità⁹².

A ben riflettere, questa decisione di incostituzionalità prospettata lascia aperti alcuni interrogativi⁹³.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*, «In via esemplificativa, può trattarsi di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell’introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione. Solo un intervento del legislatore, che disciplini in modo organico la condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso, consentirebbe di ovviare alla frammentarietà e alla scarsa idoneità degli strumenti normativi ora impiegati per tutelare il “miglior interesse del minore”. Esso, inoltre, eviterebbe le “disarmonie” che potrebbero prodursi per effetto di un intervento mirato solo a risolvere il problema specificamente sottoposto all’attenzione di questa Corte. Come nel caso in cui si preveda, per il nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, il riconoscimento dello status di figlio, in caso di crisi della coppia e rifiuto dell’assenso all’adozione in casi particolari, laddove, invece, lo status – meno pieno e garantito – di figlio adottivo, ai sensi dell’art. 44 della legge n. 184 del 1983, verrebbe a essere riconosciuto nel caso di accordo e quindi di assenso della madre biologica alla adozione. Il terreno aperto all’intervento del legislatore è dunque assai vasto e le misure necessarie a colmare il vuoto di tutela dei minori sono differenziate e fra sé sinergiche». Particolarmente critico nei confronti di questa parte della pronuncia, A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consultaonline*, 1, 2021, 221-222.

⁹² Sulle sentenze manipolative e sulle cosiddette rime obbligate, senza pretesa di esaustività cfr. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1976, 1707 ss.; L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981- luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 299 ss.; C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 1970, Tomo V, coll. 153 -191; T. MARTINES, *Motivazione delle sentenze costituzionali e crisi della certezza del diritto*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994, 565-567; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Giuffrè, Milano, 1993; ID., *Brevi note sull’«effettività» delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all’inerzia legislativa*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, 327-341; ID., *La questione è fondata, anzi è inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2071 ss.

⁹³ Al riguardo, cfr. N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., spec. 91 ss.; R. PINARDI, *La questione è fondata, anzi è inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, cit., 2071 ss. A. D’ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, cit., 75, definisce «un modello corretto» quello per cui la Corte dichiara inammissibile la questione laddove spetta al legislatore disciplinare la materia. *Contra*, cfr. A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Giur. Cost.*, 2, 2021, 348-378.

Anzitutto, in attesa dell'auspicato intervento legislativo, ci si chiede come i giudici di merito debbano decidere le questioni relative allo *status* dei figli di coppie omogenitoriali. Non pare azzardato ipotizzare che i giudici continuino a estendere l'applicazione degli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 anche alle ipotesi di omogenitorialità femminile, in nome della tutela dell'interesse del minore. Una soluzione siffatta risulterebbe confermata dalle prime due pronunce di merito successive alla sentenza n. 32/2021, emesse dalla Corte d'appello di Cagliari e dal Tribunale di Roma, che hanno confermato l'iscrizione anche della madre intenzionale nell'atto di nascita⁹⁴. In particolare, ad avviso della Corte d'appello di Cagliari, «la sentenza n. 32/2021 del Giudice delle leggi, di natura processuale – essendosi il giudizio definito con una pronuncia di inammissibilità – non preclude la verifica, alla luce dei motivi di impugnazione, della possibilità, riconosciuta dal giudice di primo grado, di una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa vigente, ed in particolare degli artt. 8 e 9 L. n. 40/2004 ai fini di assicurare piena tutela al minore nato a seguito di un tale progetto»⁹⁵.

Inoltre, non è del tutto chiaro se, in assenza di un intervento del Parlamento, la Corte possa in futuro annullare la disciplina impugnata. Una risposta in senso positivo parrebbe suggerita dal fatto che, sebbene non abbia previsto un termine entro il quale il legislatore è chiamato a provvedere, come era accaduto con l'ordinanza n. 207/2018 sul cosiddetto Caso Cappato⁹⁶, il Giudice costituzionale ha affermato di «non potere ora porre rimedio»⁹⁷, lasciando intendere di poterlo fare in seguito. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, un intervento siffatto non sarebbe da ritenersi auspicabile, in quanto il riconoscimento del diritto alla omogenitorialità non dovrebbe essere raggiunto «attraverso il sindacato di costituzionalità della disposizione di segno opposto», ma perseguito «per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, ma propriamente “attiene all’area degli interventi”⁹⁸ del legislatore. Una pronuncia definitiva con effetti *erga omnes*, infatti, avrebbe l'immediato effetto di mettere la parola fine a un dibattito ancora aperto che, tanto nella società civile quanto nelle istituzioni rappresentative, non consente di registrare soluzioni condivise⁹⁹.

Pertanto, un'eventuale sentenza di illegittimità parziale degli artt. 8 e 9 avrebbe ricadute su tutto l'impianto della legge n. 40/2004, segnatamente sulla tenuta del limite previsto dall'art. 5, in relazione al quale il Giudice costituzionale si è limitato ad affermare che la sua elusione non evoca scenari di

⁹⁴ Corte app. Cagliari, decreto 16 aprile 2021 e Tribunale di Roma, decreto 18 aprile 2021.

⁹⁵ Corte app. Cagliari, decreto 16 aprile 2021, 22.

⁹⁶ Sulla peculiarità della tecnica decisoria adottata con le decisioni del 2018 e del 2019 sul cosiddetto caso Cappato, tra i tanti, cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, spec. 255-256, 277-279; R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, 758 ss., secondo il quale è vero che la Corte sta «“coniando nuovi moduli” e “superando le regole processuali”» ma ciò non costituisce ragione sufficiente per imputarle «di modificare “l'equilibrio dei poteri” e tanto meno di farlo perseguendo un disegno preciso. [...] che la Corte cerchi talvolta qualche soluzione, almeno per i casi più urgenti, può non piacere (e non piace neppure a me), ma non mi sembra sintomo di «suprematismo», cioè di un progetto di estensione dei propri confini».

⁹⁷ Corte cost., sent. n. 32/2021, *Cons. dir.* 2.4.1.4. (corsivo aggiunto).

⁹⁸ Corte cost., sent. 230/2020, *Cons. dir.* 8.

⁹⁹ *Contra*, cfr. M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*, cit., spec. 701-703.

contrasto coi principi e valori costituzionali. La Corte, infatti, non ha chiarito, ad esempio, se il legislatore nel suo intervento organico debba modificarlo o disporne la (parziale?) abrogazione. Il silenzio serbato sul punto, tuttavia, pare non essere casuale.

6. Quale destino per il limite ex art. 5 legge n. 40/2004 in assenza di un intervento organico del legislatore?

Con la sentenza n. 32/2021, la Corte costituzionale, da un lato, ha accertato la necessità di una disciplina organica che garantisca i diritti dei minori nati da PMA illecita, dall'altro, però, nulla ha detto sul se e cosa rimanga del limite posto dall'art. 5 della legge n. 40/2004 in attesa dell'auspicato intervento legislativo. A parere di chi scrive, l'assenza di una presa di posizione al riguardo discende inevitabilmente dall'idea per cui la scelta del legislatore di riservare l'accesso alla PMA soltanto alle coppie eterosessuali è ancora da considerarsi non irragionevole, in virtù dell'inesistenza di un vincolo costituzionale al riconoscimento della omogenitorialità¹⁰⁰.

Se, infatti, in altre occasioni, la Corte aveva avuto modo di accertare l'assenza di una norma di rango costituzionale che vincoli il legislatore nel senso di riconoscere forme di genitorialità sociale omosessuale¹⁰¹, nella sentenza n. 32/2021, lo ha ribadito ma in termini negativi, sostenendo che «non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli»¹⁰². Traducendo in positivo queste parole, se ne coglie meglio il significato: «è consentito al legislatore prevedere una disciplina che permetta alle coppie omosessuali di accogliere figli». La Costituzione, dunque, non vieta né obbliga che le coppie omosessuali accolgano figli, spettando «alla discrezionalità del legislatore la disciplina»¹⁰³. L'assenza di un obbligo o di un divieto relativamente al riconoscimento del diritto all'omogenitorialità era già stata accertata dal Giudice costituzionale, il quale aveva affermato che «l'aspirazione della madre intenzionale ad essere genitore non assurge a livello di diritto fondamentale della persona»¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Sull'assenza di una previsione normativa di rango costituzionale che imponga al legislatore di riconoscere il diritto all'omogenitorialità, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 97, osserva che «La Costituzione dice quel che c'è scritto, non già quel che oggi ci piacerebbe che essa dicesse, sulla base di improbabili letture "dinamiche". Se la si vuole cambiare, e basarsi sulla sua rinnovata autorità, ebbene, e di nuovo, gli assertori del mutamento convincano partiti, Parlamento ed elettori a fare i passi conseguenti. C'è un procedimento di revisione apposito, certo difficile e complesso: ma tale è *pour cause*, per resistere ai tentativi di cambiamento, come è compito delle Costituzioni rigide. La Costituzione, insomma, non è affatto, nonostante fiumi di retorica sostengano il contrario, un *living document*, che "sta al passo coi tempi"». Al riguardo, appaiono più che mai attuali le critiche mosse da G. SILVESTRI, *Intervento*, in AA. Vv., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale: seminario di studio, Messina, 23 febbraio 1996*, Padova, 1997, 128, alla "metafora della miniera", vale a dire all'idea per cui in Costituzione «vi sia un deposito di significati che noi via via dissotterriamo con un lavoro più o meno accurato di scavo».

¹⁰¹ Corte cost., sent. n. 221/2019, *Cons. dir.* 13.2.

¹⁰² Corte cost., sent. n. 32/2021, *Cons. dir.* 2.4.1.3.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Corte cost., sent. n. 230/2020, *Cons. dir.* 6. Un ragionamento pressoché analogo era stato sviluppato dalla Corte nella sentenza sul cosiddetto "matrimonio omosessuale", dove aveva avuto modo di affermare che «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte

In assenza di regole costituzionali che impongano una soluzione nel senso del riconoscimento della omogenitorialità, la scelta legislativa di consentire solo alle coppie eterosessuali l'accesso alla PMA non pare determinare una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Sostenere il contrario significherebbe, infatti, applicare in maniera semplicistica, per alcuni «olistica»¹⁰⁵, il principio di eguaglianza. Non ogni diversità di trattamento determina una violazione del principio di cui all'art. 3 Cost., dal momento che il valore dell'eguaglianza giuridica non soltanto non risulta contraddetto dalla presenza delle differenze, ma persino confermato, seppure in un senso più complesso e articolato¹⁰⁶. Prevedendo il sesso tra i fattori di discriminazione vietata, il principio di eguaglianza ammette soltanto le differenziazioni ragionevolmente giustificate, imponendo, quindi, al legislatore di verificare il rapporto tra i requisiti di possibilità di eguaglianza effettiva e le caratteristiche di genere, poiché nella definizione dei generi l'aspetto biologico e quello culturale sono intrinsecabilmente connessi¹⁰⁷. La differenza, quale concetto presupposto e integrante quello di eguaglianza, ricopre un ruolo centrale quando si controverte di questioni attinenti alla genitorialità e alla procreazione. L'idea che l'art. 5 della legge n. 40/2004 violi *tout court* il principio di eguaglianza sconta tutti problemi che derivano dalla tendenza, tipica del discorso antidiscriminatorio, a ignorare la differenza sessuale¹⁰⁸. Tendenza che porta ad assimilare la maternità alla paternità al punto da fare della prima un fatto sociale¹⁰⁹. Nonostante il concetto di genitorialità (sociale) risenta certamente dell'evoluzione culturale che ne accorcia la distanza rispetto alla genitorialità naturale, la differenza sessuale non può essere azzerata al punto da ritenere del tutto sovrapponibili e interscambiabili i concetti di maternità, paternità e genitorialità¹¹⁰.

costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni [...]. Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza» (Corte cost. sent. 138/2010, *Cons. dir.* 8).

¹⁰⁵ A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, cit., 85.

¹⁰⁶ Al riguardo, sia consentito rinviare a S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, cit., spec. 18-55, dove ho cercato di dimostrare come le critiche all'eguaglianza giuridica mosse da chi, come alcuni movimenti femministi, vi contrappone l'idea di differenza, sottovalutano il nesso che lega inscindibilmente i concetti di eguaglianza e differenza. Al riguardo, tra i tanti, cfr. L. FERRAJOLI, *Il significato del principio di uguaglianza*, in *Democrazia e diritto*, 2-3, 1994, spec. 478-481; L. GIANFORMAGGIO, *Correggere le diseguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?*, in *Democrazia e diritto*, 1, 1996, 53-71 ora in A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH (a cura di), *Letizia Gianformaggio. Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005, 201-221; R. DWORKING, *Taking Rights Seriously*, London, 1977; ID., *A Matter of Principle*, Cambridge, 1985.

¹⁰⁷ Al riguardo, L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, cit., 50, evidenziava che «la differenza di sesso a causa del suo carattere originario e insuperabile (è) una differenza paradigmatica: nel senso che offre il paradigma idoneo a illuminare tutte le altre differenze di identità (di lingua, di etnia, di religione ecc.) in opposizione alle diseguaglianze, le quali invece non hanno nulla a che fare con l'identità delle persone ma unicamente con le loro discriminazioni e/o con le loro disparità di condizioni sociali».

¹⁰⁸ Al riguardo, per tutti, si vedano le puntuali riflessioni di S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuale alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, spec. 7 ss.

¹⁰⁹ Ivi, 7, «secondo millenarie tradizioni la madre è colei che partorisce, fatto "naturale", il padre è il "marito della madre" o colui che con gesti e atti congruenti si assume la paternità: fatto sociale».

¹¹⁰ Al riguardo, cfr. S. NICCOLAI, *Le differenze come cose o come valutazioni. La lezione interpretativa degli scritti di Sergio Panunzio sull'età e la capacità*, in F. CERRONE, M. VOLPI (a cura di), *Sergio Panunzio: profilo intellettuale di un giurista. Atti della Giornata di studi, Perugia, 16 giugno 2006*, Napoli, 2007, 485 ss.; ID., *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuale alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, cit.,

Costruire il discorso della genitorialità secondo tale logica significa non tenere adeguatamente conto neppure delle differenze che intercorrono tra le coppie omogenitoriali maschili e quelle femminili. Come si è visto con riferimento alla trascrizione degli atti esteri, infatti, la circostanza che il corpo di una donna risulti ancora «essenziale anche in tutte le procedure mediche che possono arrivare a produrre embrioni fuori dal corpo di una madre»¹¹¹ si traduce, sul piano giuridico, nel disvalore che il nostro ordinamento riconosce alla surrogazione di maternità quale pratica lesiva del limite dell'ordine pubblico e, dunque, sul divieto di trascrizione dell'atto di nascita recante la doppia paternità¹¹².

È per tale ragione che, ad avviso di chi scrive, non convince l'approccio interpretativo, seguito dai giudici di merito, che pretende di astrarre gli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 dal contesto in cui sono collocati poiché, così operando, ignora la differenza sessuale tutelata da quelle disposizioni, in un nome di una logica prettamente *egualitaria* che non è certo quella prescritta dal principio costituzionale di eguaglianza¹¹³. Più precisamente, l'orientamento prevalente nella giurisprudenza comune non si ritiene condivisibile per due ordini di ragioni.

In primo luogo, tale orientamento non appare rispettoso delle regole dell'interpretazione e della logica classica, segnatamente del principio di non contraddizione, che impongono all'interprete di evitare le contraddizioni nell'ambito del singolo documento normativo e di escludere i significati che renderebbero il testo incoerente con il sistema¹¹⁴. Attraverso un'interpretazione logico-sistematica, infatti, risulta evidente che gli artt. 5, 6, 8 e 9 della legge n. 40/2004 rispondono alla *ratio* sottesa all'intero disegno legislativo, volto a porre rimedio alla sterilità o infertilità umana, e non a offrire un'alternativa al concepimento naturale lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati¹¹⁵.

In secondo luogo, quell'approccio ermeneutico non convince in quanto pretende di desumere dagli artt. 8 e 9, i quali si riferiscono espressamente al divieto di anonimato per la *madre* e dal divieto di disconoscimento della *paternità* per il coniuge o il convivente che abbia prestato il proprio consenso, «un principio generale in virtù del quale, ai fini dell'instaurazione del relativo rapporto, può considerarsi sufficiente il mero dato volontaristico o intenzionale, rappresentato dal consenso prestato alla

spec. 3.

¹¹¹ B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 193.

¹¹² Sul punto, cfr. §3.

¹¹³ Per tutti, cfr. N. BOBBIO, *Eguaglianza ed egualitarismo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1976, 322; A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, Roma-L'Aquila, 1984; BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984. Al riguardo, A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 270-271, evidenzia come «il senso dell'eguaglianza» possa essere «rappresentato attraverso un'immagine "integrata", costruita non sulla coppia eguaglianza formale/sostanziale come blocchi distinti, alternativi, se non addirittura radicalmente contrapposti, ma su una linea di "progressione" lungo la quale "diritti ad un trattamento egualitario" e "diritti ad un eguale trattamento" si pongono in funzione reciproca, l'uno impensabile e impraticabile senza l'altro, in un rapporto di costante "tensione" dinamica, entrambi rivolti al pieno sviluppo della persona e della sua dignità».

¹¹⁴ Art. 12 disp. prel. c.c.: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Al riguardo, per tutti, cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, spec. 108.

¹¹⁵ Corte cost., sent. n. 221/2019, 10 cons. dir.

procreazione o comunque dall'adesione ad un comune progetto genitoriale»¹¹⁶. Non è un caso, infatti, che dall'azzeramento della differenza sessuale dipenda anche la completa rimozione dell'idea – perché ritenuta discriminatoria – che il migliore interesse del minore possa richiedere l'eterosessualità della coppia genitoriale, in favore del consolidarsi della sola e assorbente idea che al bambino giovi avere due genitori (a prescindere dal loro sesso) purché abbiano espresso il *consenso* al progetto genitoriale¹¹⁷.

Si badi, non si intende certo mettere in discussione la capacità educativa o l'apporto affettivo che una coppia composta da persone dello stesso sesso può garantire al minore, specialmente nell'ipotesi, come quella qui considerata, in cui il legame con la madre intenzionale si sia già instaurato prima della richiesta di riconoscimento. Al contrario, ciò su cui si intende porre l'accento è il fatto che uno schema genitoriale diverso da quello naturale, del quale ancora il progresso biotecnologico non consente di azzerare ogni elemento, deve essere attentamente valutato dal legislatore. È a quest'ultimo, infatti, che spetta vagliare il grado di accettazione o di rifiuto «del modello culturale di procreazione e di maternità come funzioni meramente generative e come fatti naturalisticamente accidentali, ovvero come eventi desiderati, frutto di scelte volontarie e responsabili»¹¹⁸. Sono tanti gli interessi in gioco e gli elementi da considerare laddove si decida, accogliendo il monito della Corte, di tipizzare una nuova forma di genitorialità sociale. Tra questi rilevano, anzitutto, le modalità di accertamento del miglior interesse del minore, il quale non è chiaro se debba essere valutato sulla base di criteri di omogeneità formale ovvero di volta in volta nelle specifiche situazioni concrete, alla luce della qualità e dell'estensione nel tempo del legame instaurato con la madre intenzionale. Trattasi di valutazioni che, da ultimo, hanno condotto l'*Assemblée Nationale* francese a revisionare la *Loi de Bioéthique* nel senso di consentire il ricorso alle tecniche di PMA anche alle donne *single* e alle coppie lesbiche¹¹⁹.

¹¹⁶ Cass. Civ., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029, 5.5. *Ragioni della decisione*. Al riguardo, non possono certo condividersi le tesi che, azzerando la differenza sessuale e astraendo la disposizione normativa dal contesto in cui è inserita, vogliono leggere nel termine “coppia” dell'art. 8, secondo cui sono riconosciuti come genitori del minore i due membri della coppia che hanno espresso il consenso, un termine neutro, «senza alcuna declinazione di genere» e, dunque, riferibile anche alle coppie omosessuali. Così, M. GATTUSO, *Cagliari e Roma: le prime due decisioni dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *Articolo29.it*, 5 maggio 2021.

¹¹⁷ Ad oggi, si registrano ancora contrasti e punti di vista divergenti non soltanto sul piano culturale, ma anche nella letteratura scientifica e psico-pedagogica, che non consentono di ritenere sproporzionato il bilanciamento effettuato dal legislatore del 2004 tra diritto di accesso alle tecniche di PMA e interessi del nascituro. Al riguardo, cfr. A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, cit., 85; G. REPETTO, *Figli irricognoscibili. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, uguaglianza, diritti*, Roma, 2014, 150 ss.

¹¹⁸ Sempre straordinariamente attuali le riflessioni di L. FERRAJOLI, *Aborto, morale e diritto penale*, in *Prassi e teoria*, 3, 1976, 401.

¹¹⁹ A seguito dell'approvazione del progetto di legge in materia bioetica del 29 giugno 2021, approvato con 326 voti favorevoli e 115 contrari, il *Code de la santé publique* risulta così modificato: «art. L. 2141-2. – L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation après les entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinico-biologique pluridisciplinaire effectués selon les modalités prévues à l'article L. 2141-10». Dall'art. L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique* (CSP) è stata rimossa la funzione originaria delle tecniche di PMA di «remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité» a favore di una concezione della fecondazione assistita volontaristica fondata su un progetto genitoriale: «destinée à

Ebbene, interrogarsi sul destino dell'art. 5 della legge n. 40/2004 fa venire al pettine quel nodo che la Corte costituzionale ha preferito, per adesso, non sciogliere: la persistenza della "non irragionevolezza" della opzione legislativa di prevedere l'eterosessualità quale requisito di accesso alla PMA, in virtù dell'assenza di una prescrizione costituzionale in ordine al diritto alla omogenitorialità¹²⁰.

A fronte del silenzio della Corte sul punto, è probabile che, laddove decida di intervenire, il legislatore si limiti a garantire riconoscimento giuridico ai soli casi di procreazione già avvenuta, introducendo, ad esempio, una nuova tipologia di adozione. Viceversa, appare assai meno probabile, quanto meno nel breve periodo, un ripensamento complessivo sulla legge n. 40/2004, nonostante tale intervento parrebbe giustificato proprio dalla perdita di effettività delle sue norme. La circostanza che la disciplina prevista dalla legge n. 40/2004 risulti ormai recessiva rispetto alla complessità della realtà fenomenica, infatti, dovrebbe indurre il Parlamento a riflettere sulla possibilità di riconoscere, e a quali condizioni, nuove forme di genitorialità sociale¹²¹. Autodeterminazione della persona, responsabilità individuale, diritti del minore sono tutti termini di un dibattito che non può certo esaurirsi nella decisione di un giudice e nemmeno della Corte costituzionale. Occorre che il legislatore non si sottragga alla responsabilità di operare un bilanciamento capace di guidare l'attività dell'interprete, garantendo non soltanto adeguata tutela ai minori ma, soprattutto, coerenza all'ordinamento. A rigore, infatti, «la *voluntas* di chi detiene il potere legislativo tanto più vale quanto più è razionalizzata dalla realtà della vita dell'ordinamento»¹²².

répondre à un projet parental». Sull'*iter* procedimentale e sulla vivacità del dibattito che ha portato alla riforma, T. PENNA, *PMA pour toutes, anonimato di donatori e donatrici di gameti e potenziali conseguenze discriminatorie dell'esclusione della GPA. Prime riflessioni sulla riforma della loi de bioéthique in Francia*, in questa *Rivista*, 3, 2021, 439-456, evidenzia che «a partire dalla loi bioéthique 2011, la democraticità e la qualità scientifica delle norme in oggetto vengono garantite anche attraverso un dibattito pubblico nella forma degli États généraux de la Bioéthique, organizzati dal *Comité consultatif national d'éthique* (CCNE), che ne indirizza i lavori a seguito della consultazione delle commissioni parlamentari competenti e dell'*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* (Opesct)».

¹²⁰ Al riguardo, si condividono le riflessioni svolte da A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, cit., 82, in relazione all'interrogativo: «fino a quando sul piano scientifico reggerà l'idea che la coppia eterosessuale sia il "luogo" più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato? È ancora un'idea largamente o maggiormente condivisa sul piano scientifico?».

¹²¹ Del resto, è insita nello stesso principio di effettività l'idea per cui il diritto debba guardare al fatto, all'attività degli individui, senza che ciò significhi ridurre il diritto al mero fatto. Sul punto, cfr. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, cit., 431, «in fondo, il principio di effettività nelle sue manifestazioni inconsapevoli [...] esorta il diritto a guardare l'attività degli individui: non ha chiara coscienza di questa esortazione e tuttavia la contiene». Se a Kelsen si deve l'esistenza stessa della nozione di effettività, a Piovani si deve il merito di aver spiegato perché l'effettività è un «criterio di legittimità dell'ordinamento».

¹²² *Ibidem*.