

L'irenica svalutazione della differenza sessuale nel dibattito sulla genitorialità sociale

Stefania Cecchini*

THE IRENIC DEVALUATION OF SEXUAL DIFFERENCE IN THE SOCIAL PARENTING DEBATE

ABSTRACT: From the legal lexicon on family relationships made possible by procreative techniques, the terms sexuality, motherhood and fatherhood have disappeared, replaced by affectivity and parenting. The paper traces these semantic options to the choice of approaching the phenomenon solely through the homologizing logics of anti-discrimination law and suggests a perspective that, eschewing reductive readings of Article 3 Const. does not irenically devalue sexual difference in the name of a neutral social parent.

KEYWORDS: Social parenting; anti-discrimination law; sexual difference; equality; procreation

ABSTRACT: Dal lessico giuridico sui rapporti familiari resi possibili dalle tecniche procreative, sono scomparsi i termini "sessualità", "maternità" e "paternità", sostituiti da "affettività" e "genitorialità". Il lavoro riconduce tali opzioni semantiche alla scelta di approcciare il fenomeno unicamente attraverso le logiche omologanti del diritto antidiscriminatorio e suggerisce una prospettiva che, rifuggendo da letture riduttive dell'art. 3 Cost., non svaluti irenicamente la differenza sessuale in nome di un genitore sociale neutro.

PAROLE CHIAVE: Genitorialità sociale; diritto antidiscriminatorio; differenza sessuale; eguaglianza; procreazione

SOMMARIO: 1. Prolegomeni. Perché una riflessione *polemica* sui temi della procreazione medicalmente assistita e della genitorialità sociale – 2. L'irrelevanza dell'orientamento sessuale della coppia ai fini del riconoscimento dello *status filiationis* del minore – 3. Il campo semantico del dibattito sulla genitorialità sociale – 4. Contro la scelta di osservare il fenomeno dalla sola prospettiva antidiscriminatoria – 5. *Taking equality seriously*: per un diverso approccio al tema della genitorialità sociale.

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

1. Prolegomeni. Perché una riflessione polemica sui temi della procreazione medicalmente assistita e della genitorialità sociale

Il crescente ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, dentro e fuori il territorio nazionale, ha innestato un processo irreversibile di mutamenti scientifici, giuridici e sociali. Sul piano giuridico, una peculiare posizione hanno assunto le richieste volte al riconoscimento della relazione affettiva tra il minore nato attraverso le nuove pratiche procreative e la persona che, insieme al partner, si è assunta la responsabilità genitoriale, ma che non condivide con lo stesso alcun legame biologico. Nel dibattito scientifico sviluppatosi in vent'anni di applicazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40¹, per riferirsi a questi nuovi rapporti familiari si utilizzano locuzioni quali *genitorialità sociale*, *genitorialità intenzionale*, *progetto genitoriale*, *progetto affettivo*. Contestualmente, dal lessico giuridico, sono pressoché scomparsi i termini *sessualità*, *maternità* e *paternità*, sostituiti dai "più inclusivi" *affettività* e *genitorialità*. Tali opzioni semantiche, che possono essere ricondotte alla scelta metodologica di approcciare il tema della genitorialità sociale esclusivamente secondo le logiche paritarie del diritto antidiscriminatorio, stimolano una riflessione sulla possibilità di osservare il fenomeno da una prospettiva *polemica* che, rifuggendo da letture riduttive dell'art. 3 Cost., non svaluti *irenicamente* la differenza sessuale in nome di un genitore sociale neutro². Ampliando le possibilità e i desideri cui ciascuno può aspirare, le tecniche riproduttive oggi praticabili, e le aspettative riposte in quelle ancora in corso di sperimentazione, hanno favorito la diffusione dell'idea per cui la genitorialità possa fondarsi sull'intenzione dei futuri genitori, definiti, non a caso, *intenzionali*³. In un contesto caratterizzato da un ormai mutato modo di intendere i rapporti familiari, il cosiddetto turismo procreativo, vale a dire la prassi di recarsi all'estero per ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) non consentite in Italia⁴, fa sì che, a tutti i livelli dell'ordinamento giudiziario, pervengano domande finalizzate al riconoscimento dello *status filiationis* di minori non legati geneticamente a uno dei soggetti che ha condiviso il progetto genitoriale. In

¹ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

² Il riferimento è, evidentemente, al celebre saggio di M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, V, 2006, 1643-1668. Da un punto di vista metodologico, relativamente ai limiti discendenti dalla scelta di approcciare il tema della genitorialità sociale esclusivamente attraverso le categorie del diritto antidiscriminatorio, si condividono le riflessioni di S. NICCOLAI, *I rapporti di genere nella costruzione costituzionale europea. Spunti a partire dal metodo aperto di coordinamento*, in *Politica e diritto*, 4, 2006, 573-628; ID., *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., *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, in *Diritto e società*, 2, 2014, 313-353; ID., *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, 1-53.

³ Sulla centralità assunta dall'aspetto volontaristico, *ex multis*, cfr. S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2017, 2990 ss.

⁴ F. FERRARI, *Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico*, Milano, 2023, 7, ben evidenzia come tale fenomeno possa essere considerato «uno dei numerosi profili di crisi della territorialità». Al riguardo, sulla crisi della sovranità, cfr. G. BERTI, *Sovranità*, in *Enc. dir.*, Ann., I, Milano 2007, 1072.

particolare, in ragione del divieto di cui all'art. 5 della legge n. 40 del 2004⁵, che consente il ricorso alle tecniche di PMA soltanto a coppie di persone di sesso diverso, tali istanze di riconoscimento provengono, per lo più, da coppie composte da persone dello stesso sesso, definite, per semplicità espositiva, *coppie omosessuali*.

I temi del riconoscimento in Italia degli atti di nascita formati all'estero e dell'adozione di minori da parte del partner del genitore biologico sono soliti ingenerare, tanto nel dibattito pubblico quanto in quello scientifico, un senso di confusione e di smarrimento⁶. A delineare un assetto ordinamentale in cui non sempre è facile orientarsi concorrono, quanto meno, tre fattori.

In primo luogo, la complessità della materia e la delicatezza degli interessi coinvolti, che rendono particolarmente difficile districarsi tra le diverse questioni giuridiche, di volta in volta, in rilievo⁷.

In secondo luogo, la circostanza per cui l'impianto originario della legge n. 40 del 2004, vale a dire quello precedente ai molteplici interventi additivi del Giudice costituzionale⁸, rispondeva a una scelta

⁵ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 5, rubricato "requisiti soggettivi", stabilisce: «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». Sulla perdita di effettività della norma che pone tale divieto, sia consentito rinviare alle riflessioni sviluppate in S. CECCHINI, *Un caso di effettività perduta: la legge n. 40/2004 e la doppia maternità*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 4, 2021, 355-379.

⁶ Al riguardo, tra i tanti, cfr. R. BIN, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, 2, 2022; A. ZANOTTI, *La vita a comando*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2021, spec. 705-708; G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2023, 245-278.

⁷ La letteratura in materia è sterminata. Senza pretesa di esaustività, e con particolare riferimento ai profili che costituiranno precipuo oggetto della presente riflessione, cfr. S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017; L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018; 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; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000; ID., *La Maternità per sostituzione*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, I, Milano, 2011, 1479-1494; S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018, spec. 20-34; M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giurisprudenza di merito*, II, 2010, 358 ss.; A. LORENZETTI, *Maternità surrogata*, in *Dig. priv.*, agg. VI, 2011, 617-632; A. ALBERTI, *La vita nella Costituzione*, Napoli, 2021, spec., 201-230.

⁸ In particolare, cfr. Corte cost., sentenze nn. 45, 46, 47, 48 e 49 del 2005, 151 del 2009, ord. n. 150 del 2012, sent. nn. 162 del 2014, 96 del 2015, 229 del 2015, 84 del 2016, 272 del 2017, 221 del 2019, 230 del 2020, 32 e 33 del 2021, 79 del 2022 e 161 del 2023. Con riferimento agli effetti prodotti dai molteplici interventi demolitori e additivi del Giudice costituzionale, vale la pena evidenziare come tali interventi possano, da ultimo, aver indotto il Tribunale ordinario di Roma, ord. del 5 giugno 2022, a sollevare la questione di legittimità costituzionale della disciplina di cui all'art. 6, comma 3, della legge n. 40, relativa alla revoca del consenso da parte dell'uomo a seguito di crisi della coppia, decisa con Corte cost., n. 161 del 2023. Come ben evidenzia F. FERRARI, *L'irragionevolezza lambita: «scelte tragiche» e revoca del consenso maschile nella P.M.A.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2023, 2697, «gli stretti margini per revocare il consenso apparivano cioè razionali entro l'impianto normativo originario, nel quale la crioconservazione era l'eccezione, non la regola».

ideologicamente connotata, finalizzata al superamento della sterilità e infertilità *naturali* di coppie eterosessuali viventi, sulla quale è, inevitabilmente, imperniata tutta la disciplina *de qua*⁹.

In terzo e ultimo luogo, tale senso di smarrimento è alimentato dall'eterogeneità degli orientamenti della giurisprudenza comune e di legittimità sul riconoscimento dello *status* di figlio del minore, i quali variano a seconda del sesso dei componenti della coppia e del luogo di nascita del bambino¹⁰.

Con particolare riferimento a quest'ultimo fattore, nonostante l'utilizzo indistinto delle espressioni *coppie* e *diritti omogenitoriali*, gli orientamenti giurisprudenziali mutano a seconda del sesso dei componenti della coppia, in quanto, per ancora insuperabili ragioni biologiche, nella coppia composta da donne *almeno* una delle due può essere la madre biologica del minore¹¹, mentre, nell'ipotesi

Senza pretesa di esaustività, tra i commenti a Corte cost. n. 161 del 2023, cfr. S. NICCOLAI, *Una decisione di infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore? Scelte tragiche e tragiche non scelte in Corte cost. n. 161/2023*, in *diritticomparati.it*, 16 ottobre 2023; E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova "scelta tragica": l'irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA (nota a Corte cost., sent. n. 161 del 2023)*, in *Federalismi.it*, 23, 2023, 122 ss.; S. TALINI, *Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre. Nel "labirinto" della legge n. 40 del 2004*, in *Consultaonline* 3, 2023, 883 ss.; F. ANGELINI, *La Corte costituzionale mette al centro nei percorsi di PMA il corpo della donna e conferma l'irreversibilità del consenso dell'uomo dopo la formazione degli embrioni*, in *Nomos*, 3, 2023, 1-13.

⁹ Su quanto poco residui dell'impianto originario della legge n. 40 del 2004, cfr. L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: I diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, luglio 2014, 5; M.E. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014, 34; A. D'ALOIA, *L'(ex) 40*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 997 ss.; G. D'AMICO, *Le vicende della legge n. 40 del 2004 come esperienza paradigmatica del costituzionalismo contemporaneo*, in S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza. Problemi e prospettive*, Napoli, 2017, 29 ss.

¹⁰ Provando a ricostruire le ipotesi più frequenti nella giurisprudenza comune, si possono delineare le seguenti fattispecie: a) richieste, formulate da coppie di due donne (coppie lesbiche), di trascrizione dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero; b) richieste, formulate da coppie di due uomini (coppie gay), di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero del minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità; c) richieste, formulate da coppie di due donne (coppie lesbiche), di formazione di un atto di nascita con l'indicazione di due madri (madre biologica e madre intenzionale). Più precisamente, a) 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 pubblico; b) nell'ipotesi di richiesta di trascrizione da parte di coppie gay viene in rilievo il divieto di ricorso alla surrogazione di maternità posto dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico; c) nell'ipotesi di richiesta di indicazione di due madri nell'atto di nascita del minore, ovvero di aggiungere in un momento successivo alla formazione dell'atto l'indicazione anche della madre intenzionale, il divieto di formare in Italia un atto di nascita recante l'indicazione della doppia maternità discende non soltanto dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, ma anche dal sistema di filiazione delineato dal codice civile e dall'ordinamento di stato civile di cui al d.P.R. n. 396 del 2000. Sul punto, cfr. G. FERRANDO, *Diritti e interesse del bambino tra principi e clausole generali*, in *Politica e diritto*, 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; 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; 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.

¹¹ Insisto sull'avverbio "almeno" in quanto è infrequente che il minore sia biologicamente legato ad entrambe le donne: una che lo partorisce, ed è madre ai sensi ai sensi dell'art. 269, comma 3 c.c., (madre uterina) e l'altra che ha prestato l'ovocita impiantato e fecondato nell'utero della compagna (madre genetica). Diverso è, invece, il caso del ricorso alla surrogazione di maternità. Quest'ultima, infatti, rispetto alle tecniche di PMA di tipo

della richiesta di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero da parte di una coppia di uomini interviene il divieto di ricorso alla surrogazione di maternità di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004¹². Difatti, sebbene col termine *omogenitorialità* ci si riferisca tanto al rapporto di filiazione rivendicato da coppie di donne che abbiano ricorso alla PMA di tipo eterologo all'estero, quanto da coppie di uomini che si siano avvalse della surrogazione di maternità nei Paesi in cui è consentita, le decisioni in merito all'attribuzione dello *status filiationis* dei minori può cambiare anche significativamente¹³.

Nelle prime ipotesi, i giudici di merito tendono a riconoscere il rapporto di filiazione tra il minore e la madre intenzionale, in forza della tesi per cui, nella valutazione in concreto dell'interesse del minore¹⁴, l'orientamento sessuale della coppia non debba poter pregiudicare l'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale¹⁵. Nei casi in cui la medesima richiesta provenga da una coppia composta da uomini, invece, i giudici tendono a negare il legame col padre intenzionale, in forza di una lettura particolarmente restrittiva delle norme da cui si ricava il divieto di forme di omogenitorialità¹⁶. Difatti, diversamente da quanto accade con riferimento alla omogenitorialità femmini-

eterologo cui ricorrono le coppie lesbiche, necessita non soltanto dell'esecuzione di un'inseminazione artificiale di tipo omologo o eterologo per il momento fecondativo, ma anche di una gestazione di nove mesi e di un parto compiuti da una donna per conto di altri. La surrogazione di maternità, coinvolgendo una donna estranea alla coppia che condivide il *progetto genitoriale*, è potenzialmente in grado di determinare la scissione della *maternità* in tre diversi ruoli: la *madre gestante*, *genetica* e *sociale*. La prima, anche detta madre uterina o biologica, infatti, è colei che porta avanti la gestazione e partorisce. La madre genetica, invece, in genere è anonima ed è colei che mette a disposizione gli ovociti. Infine, ove la coppia committente fosse eterosessuale, la madre sociale, o *committente*, è colei che ha espresso, insieme al proprio partner, la volontà di assumere in proprio e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio appena nato.

¹² Legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 12, comma 6: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

¹³ Sul punto, *ex multis*, cfr. M. CALDIRONI, *Lo status giuridico del minore: la necessità di una ricostruzione unitaria all'interno dell'Unione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2023, 131-142; M.P. IADICICCO, «Cosa resta del padre?». A margine della decisione della Corte costituzionale sulla revoca del consenso alla PMA da parte dell'ex partner, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2024, 249-265.

¹⁴ Sulla tesi per cui la valutazione del migliore interesse del minore debba essere valutata in concreto, più diffusamente *infra* §2.

¹⁵ Tale 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 stabilità. Con particolare riferimento alle richieste presentate da coppie composte da due donne, cfr. 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 imposto al Comune di Roma di annotare l'atto con due mamme già formato da altro Comune.

¹⁶ Oltre al già richiamato art. 5 della Legge 19 febbraio 2004, n. 40, il divieto in discorso viene desunto dall'art. 1, comma 20, della Legge 20 maggio 2016, n. 76, intitolata *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, che 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), nonché dal sistema di filiazione delineato dal codice civile e dall'ordinamento di stato civile di cui al d.P.R. n. 396 del 2000, in quanto il legislatore italiano mostra una certa

le, che non implica (almeno non necessariamente) anche la surrogazione nella gestazione¹⁷, nel caso di minore nato a seguito del ricorso alla surrogazione di maternità da parte di due uomini, interviene il divieto sanzionato penalmente dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40, «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»¹⁸.

In altri e più semplici termini, la diversità di trattamento nella trascrizione degli atti stranieri tra le richieste provenienti da coppie omogenitoriali femminili e maschili dipende dalla differente portata

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. Questa è l'interpretazione seguita, ad esempio, dal Tribunale di Padova che, ritenendo di non poter interpretare in maniera costituzionalmente orientata l'art. 8 della legge n. 40 del 2004, ha sollevato innanzi alla Corte costituzionale la questione decisa con la sentenza n. 32 del 2021, su cui più diffusamente *infra* §2. Nello stesso senso, anche Cassazione civile, sezione I, 3 aprile 2020, n. 7668 e 22 aprile 2020, n. 8029, secondo cui «non può condividersi il tentativo di astrarre» il disposto degli artt. 8 e dell'art. 9 legge n. 40 del 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» (*Ragioni della decisione* 5.5.). Da ultimo, il 6 febbraio 2024, la Corte d'Appello civile di Milano, sezione famiglia, ha accolto il ricorso della Procura milanese contro i decreti del Tribunale di Milano che, il 23 giugno 2023, avevano ritenuto valide le trascrizioni dei riconoscimenti dei figli di tre coppie di donne, nati con procreazione assistita effettuata all'estero. I giudici di secondo grado hanno dichiarato illegittime le iscrizioni sul Registro dello stato civile degli atti di nascita della doppia maternità del bambino.

¹⁷ Al riguardo, A. FIGONE, *Atto di nascita con due mamme: ancora un no dalla Suprema Corte*, 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».

¹⁸ Cass. civ., Sezioni Unite, sent. 6 novembre 2018, n. 12193, depositata l'8 maggio 2019, p. 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. Nel conflitto tra ordinamento del caso concreto secondo la legge italiana che vieta il ricorso alla surrogazione di maternità e ordinamento del caso concreto disciplinato dalla normativa straniera che, al contrario, ne riconosce la legittimità, i giudici ravvisano quale «unico requisito normativo la cui sussistenza è in discussione ai fini del riconoscimento, la compatibilità con l'ordine pubblico» (Cass. civ., I sez., ordinanza 22 febbraio 2018, n. 4382). Sui diversi significati attribuiti al limite di ordine pubblico, sia consentito rinviare alle riflessioni sviluppate in S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, spec. pp. 338-342. 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 *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, pp. 169-193; F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 186-211; U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2019, 737-756; M. TRESARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 41-58; M. MANETTI, *L'ordine pubblico internazionale e la Costituzione. Prime note*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 93-101.

del limite dell'ordine pubblico¹⁹. Ferma la diversa portata dell'ordine pubblico, un assunto incontrovertibile che emerge dalle decisioni assunte a tutti i livelli dell'ordinamento giudiziario, compreso quello di costituzionalità, è il principio per cui l'orientamento sessuale della coppia non possa costituire motivo ostativo al riconoscimento del legame affettivo tra il minore e il genitore intenzionale.

È proprio da questo assunto che muove la presente riflessione.

Come ci si appresta a chiarire nel corso del lavoro, l'irrelevanza dell'orientamento sessuale del genitore biologico e del suo partner, ai fini dell'attribuzione dello *status* di figlio, costituisce un argomento che accomuna sia le decisioni sulle richieste proposte dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla PMA eterologa effettuata all'estero, sia quelle relative alla trascrizione di un provvedimento straniero che ammetta il rapporto di filiazione a seguito di maternità surrogata, in quanto si ritiene che entrambe le istanze di genitorialità sociale muovano dalla medesima questione giuridica di fondo: il riconoscimento dello *status* di figlio della coppia omosessuale e la correlata tutela del diritto all'identità affettiva, relazionale e sociale del minore²⁰. Ove letta attraverso le logiche e le categorie del diritto antidiscriminatorio, la comunanza della questione giuridica sottesa alle due fattispecie porta a considerarle assimilabili in forza di un asserito *eguale* "diritto delle coppie omosessuali alla genitorialità".

Ponendosi in chiave apertamente *polemica* rispetto a un approccio siffatto, il presente lavoro mira a comprendere se e quale spazio residui per analizzare il tema della genitorialità sociale da una prospettiva che, rifuggendo da un'omologazione giuridica delle differenze, ne riconosca, invece, il valore. Più precisamente, si intende capire se un approccio che tenga conto delle differenze che intercorrono tra le persone possa consentire l'individuazione di soluzioni che non si riducano al mero divieto (penale) di ricorso a talune pratiche procreative, discendente dallo spirito punitivo che contraddistingue anche i più recenti interventi normativi in materia²¹.

¹⁹ Cass. Civ., sez. I, sent. 22 aprile 2020, n. 8029, *Ragioni della decisione* 5.5, «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». In tema di ordine pubblico, cfr. C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 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 *Enciclopedia giuridica*, 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 *Dizionario di diritto pubblico*, 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 *Rassegna di diritto civile*, 2, 2018, 403-448; L. FUMAGALLI, *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann., IV, Milano, 86, 2011, p. 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), *op. cit.*, 121 ss.

²⁰ G. D'AMICO, *La preminente...discrezionalità del legislatore e il "giuoco delle parti"*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2021, spec. p. 627.

²¹ Ci si riferisce alla proposta di modifica dell'art. 12 della legge n. 40 del 2004, approvata il 26 luglio 2023 dalla Camera dei Deputati (C. 887-A.) e attualmente in discussione al Senato (S. 824-A), volta a rendere perseguibile la condotta del cittadino italiano che ricorra all'estero alla surrogazione di maternità anche nei Paesi in cui tale pratica è consentita.

2. L'irrelevanza dell'orientamento sessuale della coppia ai fini del riconoscimento dello *status filiationis* del minore

Se si assume quale punto zero della presente riflessione l'anno 2019, in cui sono stati adottati sia la decisione con cui le Sezioni Unite hanno affermato si possa conferire rilievo al rapporto tra minore e genitore intenzionale attraverso strumenti giuridici diversi dalla trascrizione dell'atto di nascita straniero, quali, ad esempio, l'adozione in casi particolari²², sia il primo parere consultivo dalla Corte EDU reso ai sensi del Protocollo n. 16²³, si può osservare che la giurisprudenza degli ultimi cinque anni risulta pressoché costante nel ritenere che il diritto all'identità affettiva e relazionale del minore non possa essere limitato in ragione l'orientamento sessuale della coppia che ha condiviso il progetto genitoriale.

Più precisamente, il preminente interesse del minore a vedere riconosciuto il proprio *status filiationis* nei confronti anche del genitore intenzionale riceve tutela nel nostro ordinamento attraverso un'interpretazione della legge n. 40 del 2004, segnatamente del suo art. 8, conforme agli artt. 2, 3, 30 Cost., all'art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959 e all'art. 24, comma 2 CEDU, da cui si desume la preminente considerazione dell'interesse del minore in tutti gli atti che lo riguardano, nonché agli artt. 8 e 14 CEDU²⁴. In forza di tale interpretazione, si tende a riconoscere al

²² Cassazione civile, Sezioni Unite, 6 novembre 2018, n. 12193, depositata l'8 maggio 2019, ha 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, affermando il seguente principio di diritto: «il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della l. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, previsti dall'art. 44, comma primo, lett. d), della l. n. 184 del 1983».

²³ 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 intenzionali. 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, 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. Al riguardo, cfr. I. CORTI, *Gravidanza per altri e reato "universale": quali effetti su bimbe e bimbi, mamme e papà?*, in *Genlus*, 5 aprile 2024, 1-13.

²⁴ Legge n. 40 del 2004, art. 8 (Stato giuridico del nato): «1. I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6». Nel caso di filiazione avvenuta per il tramite delle tecniche di PMA, la deviazione rispetto al paradigma naturale della genitorialità avviene in ragione del principio finalistico di realizzare il proprio desiderio genitoriale: 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* prestatato al trattamento di PMA eterologa, in forza dell'art. 6 della medesima legge n. 40 del 2004. Corte EDU, sez. seconda, sent. 5 novembre 2002, *Yousef contro Paesi Bassi*, «the child's

minore – già nato – il diritto a conservare il rapporto di filiazione «consolidatosi nella pratica della vita quotidiana»²⁵ con il genitore di intenzione.

Tale diritto non impone, tuttavia, un riconoscimento automatico dell'atto di nascita formato all'estero scevro da qualsiasi valutazione aderente alle peculiarità del caso²⁶, ma si ritiene possa dirsi soddisfatto da qualunque strumento giuridico in grado di dissipare la situazione di incertezza sullo *status*. Tra questi, l'istituto dell'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma primo, lett. d), della l. n. 184 del 1983²⁷, è stato considerato idoneo, previo consenso del genitore biologico, a conferire rilievo al rapporto col genitore intenzionale, nonché, dopo la sentenza n. 79 del 2022 del Giudice costituzionale, alle «relazioni di parentela con i familiari dell'adottante»²⁸. L'adozione in casi partico-

rights must be the paramount consideration»; Corte EDU, sez. 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*». Secondo la Corte di Strasburgo 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 giuridico (sentenze *Menesson e Labassee*).

²⁵ Corte cost., sent. n. 32 del 2021, *Cons. dir.* 2.4.1.3. Nello stesso senso, Cass. Sez. Un., sent. 30 dicembre 2022, n. 38162, secondo cui l'interesse del minore «esige ed impone che sia assicurata tutela all'interesse al riconoscimento giuridico del rapporto con il genitore di intenzione».

²⁶ Corte cost., sent. n. 33 del 2021, *Cons. dir.* 5.4. Nella materia *de qua*, la giurisprudenza comune risulta pressoché costante nel ritenere che la valutazione del migliore interesse del minore nato attraverso le tecniche di PMA debba essere valutata in concreto. In particolare, si è ormai consolidato l'orientamento della Prima Sezione civile della Corte di cassazione sulla possibilità di ricorrere ad un approccio non particolarmente rigido al riconoscimento dello *status filiationis*, secondo cui non si dovrebbe precludere *a priori* il riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri, ma si dovrebbe dare rilievo ad alcuni elementi di fatto che siano in grado di evidenziare, ad esempio nei casi ricorso alla maternità surrogata, che la pratica sia avvenuta in dispregio alla dignità della donna ovvero mediante sfruttamento del minore. Ove ricorrano tali circostanze, secondo i giudici, la formalizzazione del legame parentale si porrebbe in contrasto con il principio di ordine pubblico internazionale; viceversa, in assenza di tali elementi ostativi, si ritiene che l'autorità nazionale possa riconoscere effetti al provvedimento straniero che accerta lo *status* di figlio del genitore intenzionale. Al riguardo, cfr. F. FERRARI, *Interesse del minore e tecniche procreative*, cit., spec. p. 50, il quale mette ben in evidenza come l'argomento della «stabilità degli affetti – *favor affectionis* – stia seguendo, nella sua affermazione nei confronti del *favor veritatis*, lo stesso percorso compiuto nel tempo da quest'ultimo avverso il *favor legitimitatis*: una graduale opera di bilanciamento che tende a sfociare in primazia imposta, talvolta, anche dal diritto positivo, precludendo in quest'ultimo caso la valutazione puntuale del bene del bambino». Sull'esigenza che l'interesse del minore sia valutato in base al contesto affettivo e familiare in cui, di volta in volta, vive il minore, cfr. A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Rivista di diritto comparato*, 1, 2017, p. 107. Sul punto, cfr. anche F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2023, spec. 231 ss. Sul punto, cfr. 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 *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, spec. 136.

²⁷ 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».

²⁸ Corte cost., sent. n. 79 del 2022, *Cons. dir.* 10. A seguito di tale decisione di incostituzionalità parziale, l'adozione in casi particolari consente non soltanto di assicurare il rapporto di filiazione con l'adottante, ma di

lari *piegata*, per così dire, al riconoscimento di forme di genitorialità sociale costituisce, tuttavia, una soluzione non priva di criticità, dal momento che, specie nelle ipotesi di crisi della coppia, il genitore biologico potrebbe decidere di negare il consenso all'adozione come mero atto ritorsivo nei confronti del genitore intenzionale. Proprio per scongiurare tale eventualità, come è noto, la Suprema Corte ha interpretato l'art. 46 della legge n. 184 del 1983 in modo da rimettere alla concreta valutazione del giudice la possibilità di considerare produttivo di effetti l'eventuale dissenso manifestato dal genitore biologico solo ove giustificato sulla base all'interesse del minore²⁹.

Ebbene, dalla giurisprudenza in materia, emerge come, nel bilanciamento tra le scelte del legislatore di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità (art. 12, comma 6, legge n. 40) e di vietare di forme di genitorialità omosessuale (art. 5 legge n. 40)³⁰, da un lato, e il diritto alla continuità dello *status* del minore, dall'altro, quest'ultimo debba comunque prevalere³¹. Come ha ricordato anche la Corte costituzionale, infatti, ai fini dell'acquisizione dello *status filiationis*, l'orientamento sessuale della coppia «non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale»³².

estendere i rapporti civili del minore anche con il nucleo familiare di quest'ultimo. Al fine di dare piena attuazione al principio di unicità dello stato di figlio, dunque, il Giudice costituzionale ha equiparato la posizione del minore nei confronti di entrambi i genitori (compreso quello intenzionale-adozzante), equiparando, così, il trattamento della filiazione e dell'adozione. La Corte ha considerato irragionevole la norma censurata in quanto priverebbe il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni.

²⁹ Ai fini del perfezionamento della pratica di adozione, l'art. 46 della l. n. 184 del 1983 richiede l'assenso del genitore biologico. Cass., sez. I, 16 luglio 2018, n. 18827, in *Nuova giurisprudenza civile commentata.*, 2019, I, 5 ss., e da ultimo Cass., Sez. Un. 30 dicembre 2022, n. 38162, hanno interpretato l'art. 46 nel senso di «funzionalizzare» il requisito del consenso all'adozione al miglior interesse del minore. In forza di tale lettura, l'eventuale dissenso manifestato dal genitore biologico potrà considerarsi produttivo di effetti solo ove giustificato sulla base all'interesse del minore. A mero titolo esemplificativo, si pensi all'ipotesi in cui il genitore intenzionale non abbia intrattenuto rapporti affettivi o di cura con il minore. Al riguardo, cfr. G. D'AMICO, *La preminente...discrezionalità del legislatore e il "giuoco delle parti"*, cit., spec. 627; e, da ultimo, F. FERRARI, *Attivismo dei giudici comuni e omissioni del legislatore: gli effetti del "turismo procreativo" sull'ordinamento interno*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2024, 91-100.

³⁰ Con riferimento alla non irragionevolezza di tale scelta legislativa, vale la pena ricordare che, rispetto alle pronunce di inammissibilità emesse con riferimento al divieto di accesso alle tecniche di PMA alle coppie omosessuali sino al 2020 (Corte cost., sentt. nn. 272 del 2017, 221 del 2019 e 230 del 2020), Corte cost., sent. n. 32 del 2021 ha previsto la doverosità di un intervento legislativo di riconoscimento giuridico, seppur a certe condizioni, della genitorialità omosessuale. Con la decisione del 2021, si è, dunque, passati dalla non irragionevolezza della scelta del legislatore di escludere le coppie *same-sex* dall'accesso alla PMA, all'accertamento della sussistenza di un obbligo del legislatore di riconoscere, in certi casi, la situazione di omogenitorialità. Al riguardo, da ultimo, cfr. S. TOMASI, *Forme possibili di genitorialità nella retorica del silenzio*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2024, 185-196.

³¹ Dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, emerge la prelazione riconosciuta all'esigenza di assicurare la tutela del legame affettivo e familiare tra il minore e il genitore intenzionale ai fini del soddisfacimento del suo migliore interesse. Al riguardo, cfr. E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, 28.

³² Corte cost., sent. n. 33 del 2021, *Cons. dir.* 5.4., che richiama testualmente Corte cost., sent. n. 221 del 2019 e Cass. civ., sez. I, sent. 22 giugno 2016, n. 12962; Cass. civ., sez. I, sent. 11 gennaio 2013, n. 601. Al riguardo, occorre richiamare, seppure brevemente, quanto deciso dal Giudice costituzionale con le sentenze n. 32 e n. 33 del 2021. Seppur originate da questioni aventi ad oggetto disposizioni legislative differenti, entrambe le decisioni hanno preso le mosse da *petita* formulati in termini additivi (rispettivamente «in quanto [...] non consenti-

Nell'idea per cui il «divieto di accesso alla PMA da parte di persone dello stesso sesso» costituirebbe «una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, lesiva della dignità della persona umana»³³, si può, dunque, cogliere la tendenza ad approcciare il fenomeno della genitorialità sociale secondo le logiche tipiche del diritto antidiscriminatorio, le quali portano a considerare equipollenti e fungibili tutte le posizioni coinvolte dalle richieste di riconoscimento dello *status filiationis* dei minori. Richieste che, più che la rivendicazione di un nuovo "diritto alla omogenitorialità", a ben riflettere, paiono riproporre vecchie questioni³⁴, disvelando tutte le problematiche discendenti dal carattere originario e insuperabile della differenza sessuale³⁵.

3. Il campo semantico del dibattito sulla genitorialità sociale

Fino a non troppo tempo fa, nessuno avrebbe mai revocato in dubbio il fatto che, per la riproduzione della specie, fosse necessario che le donne dovessero rimanere incinte e partorire. La velocità con cui stanno progredendo gli sviluppi biotecnologici sta, via via, portando a mettere in discussione tale assunto, tanto che appare sempre meno remota la possibilità che, un giorno, la riproduzione possa aver luogo fuori dal corpo femminile. Fino ad allora, però, rimane in capo alle donne la capacità necessaria (proprietà) per assicurare la riproduzione della specie. Tale capacità costituisce parte integrante (naturale) del sesso femminile, al punto che il ricorso alla surrogazione di maternità è possibile solo perché una delle parti del contratto è una donna³⁶. Ciononostante, quando si discutono i temi

rebbero [...]» e «nella parte in cui non consentono [...]»), finalizzati a ottenere, nel primo caso, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, anche in caso di crisi della coppia e rifiuto dell'assenso all'adozione in casi particolari da parte della madre biologica (sent. n. 32 del 2021) e, nel secondo, «il riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono [il bambino] a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata» (sent. n. 33 del 2021).

³³ Corte cost., sent. n. 221 del 2019, *Ritenuto in fatto* 2.1.

³⁴ Il riferimento è evidentemente a R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Costato*, Napoli, 2014, 75-84.

³⁵ Al medesimo approccio, paiono potersi ricondurre le riflessioni di F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso irragionevolmente interrotto*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 33; ID., *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, 153; S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2016, 1169 e 1174. In particolare, S. NICCOLAI evidenzia come dietro il ragionamento della Corte d'appello di Milano fosse possibile individuare lo «sguardo neutro» di quella cultura antidiscriminatoria al cui cospetto la differenza sessuale è irrilevante e che persegue un ideale di parità che guarda con sospetto ogni trattamento differenziato» e che, in questo specifico caso, considera un diritto, la libertà di autodeterminarsi, senza tener conto che nel caso specifico quel diritto si afferma «a spese» della relazione materna.

³⁶ C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, Roma, 1997. In questo stesso senso, 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, 183-245. ID., *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 91-118; S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 191-234; E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) dalla legge nazionale*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO

della genitorialità sociale, la differenza sessuale viene, in radice, eliminata dal dibattito in nome di una lettura, per così dire, olistica del principio di eguaglianza³⁷.

Ogniquale si cerchi di leggere attraverso la lente dell'eguaglianza il diritto a essere genitore, infatti, la differenza sessuale, che nella materia *de qua* si traduce anzitutto nella differente portata del limite dell'ordine pubblico, emerge prepotentemente per la semplice ragione che, nella definizione dei generi, l'aspetto biologico e quello culturale sono ancora intrinsecabilmente connessi³⁸. Il conflitto tra fattore biologico e culturale nella definizione dei generi, e la crisi dei ruoli ad essi storicamente associati³⁹, trova nei temi della procreazione e della famiglia un sicuro e imprescindibile referente, come ebbe già a dimostrare la vicenda sulla liberalizzazione dell'aborto. A quel tempo, infatti, le rivendicazioni delle donne sul controllo del proprio corpo e sulla decisione libera in ordine alla maternità avevano determinato una scissione tra i concetti di *procreazione* e *sessualità*, slegando il corpo femminile dalla mera funzione riproduttiva e concorrendo all'affermazione del diritto alla libertà sessuale⁴⁰.

(a cura di), *op. cit.*, 3-28; G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 78-90. *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.

³⁷ La definisce olistica A. D'ALOIA, *Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, p. 85.

³⁸ Difatti, quando, passando da un'analisi generale del principio di eguaglianza alle sue singole specificazioni, occorre stabilire in quali casi il sesso (e l'orientamento sessuale) assuma rilievo e in quali, invece, debba ritenersi ininfluenza, si chiede all'applicatore del diritto un'interpretazione più complessa che tenga conto anche della «problematicità dei ruoli sociali dell'uomo e della donna» (così A. CERRI, *Divieto di differenziazioni normative per ragioni di sesso e carattere «privilegiato» delle valutazioni del legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, 957). Al riguardo, cfr. L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, in *Dem. e dir.*, 2, 1993, Napoli, 50; B. PEZZINI, *Il corpo della differenza: una questione costituzionale nella prospettiva dell'analisi di genere*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 619, secondo la quale «il rapporto tra sesso e genere non comporta una sequenzialità data e banale, ma un'interazione complessa». Sul punto, sia consentito rinviare alle più approfondite riflessioni sviluppate in S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Napoli, 2020, spec. 17-55.

³⁹ Si è soliti ascrivere la crisi dei ruoli storicamente associati a ciascun genere, per un verso, alla parificazione giuridica dei sessi e alla crescente partecipazione delle donne alla vita politica e sociale del Paese e, per altro verso, alle battaglie delle persone omosessuali e LGBTQI+ finalizzate al superamento delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale.

⁴⁰ L'indissolubile rapporto tra corpo femminile e riproduzione della specie si poneva, ad esempio, alla base della disciplina giuridica contenuta nel Codice penale del 1930, al Libro II, Titolo X, «*Dei Delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe*», che prevedeva il reato di incitamento a pratiche contro la procreazione (o alla propaganda a favore di esse) e il reato di aborto. Il principio di eguaglianza e quello personalista affermati nella Costituzione repubblicana concorsero a determinare una nuova visione del rapporto tra l'individuo e la sua corporeità, tradottasi nel riconoscimento dell'invulnerabilità della persona tanto nel suo aspetto attivo, quale libertà di disporre del proprio corpo, quanto in quello passivo, quale possibilità di impedirvi intromissioni. In forza di tali principi, la Corte costituzionale, con la storica sentenza n. 27 del 1975, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p., nei limiti evidenziati nell'ordinanza di rimessione, vale a dire nella sola parte in cui puniva chi cagionasse l'aborto di donna consenziente, e la donna stessa, «anche quando sia accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico e per l'equilibrio psichico della gestante, ma senza che ricorrano tutti gli estremi dello stato di necessità previsto nell'art. 54 del codice penale». Successivamente, Corte cost., sent. n. 561 del 1987,

Successivamente, le istanze di non discriminazione sollevate dalle persone omosessuali hanno contribuito a determinare un'altra scissione: quella tra *sessualità* e *affettività*⁴¹. La circostanza che la coppia omosessuale sia composta da persone del medesimo sesso, e che dunque non possa riprodursi naturalmente, ha fatto sì che si dovesse ricorrere a un altro referente terminologico – *affettività* – sganciato dal dato biologico, e legato a quello sociale, capace di ricomprendere i molteplici modi di formare una famiglia. Una scelta lessicale che consente di adombrare l'asimmetria che intercorre tra l'essere donna-madre, da una parte, e l'essere uomo-padre, dall'altra, e che risulta, dunque, capace di neutralizzare una differenza ritenuta discriminatoria⁴².

Per cogliere la portata di tale fenomeno, è sufficiente raffrontare i termini del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza (*donna, maternità, natalità, persona, vita umana*), con quelli ricorrenti nei discorsi sulle tecniche di procreazione assistita (*progetto genitoriale, progetto affettivo, progetto omoaffettivo, legame affettivo, continuità degli affetti, genitorialità intenzionale, genitorialità sociale*). Il mutamento terminologico che ha interessato i discorsi sul biodiritto induce, inevitabilmente, a interrogarsi sul campo semantico tracciato da ciascuno di questi termini.

Se si prova a spogliare le parole del loro contenuto ideologico, o *valutativo*, e ci si concentra sul loro significato *descrittivo*, si possono individuare i diversi, e talora opposti, interessi sottesi a ciascuna di esse⁴³. Si tratta, evidentemente, di un'operazione particolarmente complessa in ragione, anzitutto,

ha riconosciuto il diritto alla libertà sessuale quale diritto soggettivo inviolabile che la Costituzione garantisce tanto nell'aspetto positivo quanto in quello negativo.

⁴¹ Al riguardo, A. ZANOTTI, *La vita a comando*, cit., 700, ritiene che «L'avvenuta scissione tra sessualità e procreazione traina con sé una concezione non teleologica della sessualità, risolvendola in una logica di pura fruizione – di sé e degli altri – nell'immediatezza del proprio istinto», rinvenendo in «[...] De Sade, il primo ad inaugurare questa scissione tra sessualità, appunto, e procreazione. [...] È lui per primo a collegare direttamente il cervello alla genitalità, bypassando le regioni affettive del cuore ed interpretando l'eros come gioco della pura ragione, piegando il corpo al dominio della fantasia».

⁴² S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuale alla procreazione*, cit., 35, parla di «pregiudiziale discriminatoria» con riferimento all'argomento «che sostiene che per i bambini sarebbe bene crescere in una coppia eterosessuale punta sul fatto che il bambino trova in essa un genitore "dell'altro sesso"». L'A. rinviene in questo tipo di argomentazioni il presupposto secondo cui «l'eterosessualità è migliore dell'omosessualità».

⁴³ Sull'analisi del linguaggio giuridico in senso descrittivo e valutativo, cfr. H.A.L. HART, *Law, Liberty and Morality*, Strandford, trad. it., G. GAVAZZI (a cura di), *Diritto, morale e libertà*, Acireale, 1968; L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen. Philosophical investigations*, Oxford, 1958, trad. it. M. TRINCHERO (a cura di), *Ricerche filosofiche*, Torino, 1967. In argomento, tra i tanti, cfr. R. GILARDI, *Teoria linguistica e semantica delle proposizioni valutative*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, vol. 74, n. 2, aprile-giugno 1982, 285-320; A. BAUSOLA, *L'analisi del linguaggio valutativo secondo E. W. Hall*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, vol. 60, n. 4-5, 1968, 410-440. Quanto ai problemi relativi al rapporto tra filosofia morale e teoria linguistica sollevati dai temi del biodiritto, cfr. R. M. HARE, *Freedom and Reason*, Oxford, 1963, trad. it. M. BORIONI (a cura di), *Libertà e ragione*, Milano, 1971. Con peculiare riferimento al significato descrittivo, valutativo e prescrittivo dell'eguaglianza, cfr. N. BOBBIO, *Eguaglianza ed egualitarismo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1976, 322-323. Ai fini della presente analisi, occorre ricordare che il pensiero della differenza sessuale ha criticato il significato *valutativo* dell'eguaglianza, vale a dire l'idea in base alla quale essere uguali agli uomini significa «essere (o dover essere) trattati come gli uomini», dove questi ultimi hanno sempre costituito il parametro di riferimento, e ha proposto una valorizzazione della differenza sessuale. L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?*, in G. BONACCHI e A. GROPPI (a cura di), *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Roma-Bari, 1993, 214-240, sottolineava che alcune condizioni umanamente non eliminabili, per le quali ci si pongono problemi di protezione attraverso il diritto, richiedono non necessariamente un trattamento giu-

del forte dissenso in ordine ai principi e interessi sottesi a ciascuna parola, i quali, a loro volta, si rifanno a modelli culturali più o meno radicati nel tessuto sociale⁴⁴. Il significato di ciascun termine può, infatti, variare a seconda che si accetti o si rifiuti un modello culturale che considera *procreazione* e *maternità* come funzioni meramente generative, ovvero un modello che le ritiene la conseguenza di scelte volontarie. Ove si accolga, ad esempio, un modello culturale che contempla la sessualità come mera funzione riproduttiva, nel momento in cui si controverte sui diritti delle coppie omosessuali alla genitorialità, va da sé che, per le ricordate insuperabili ragioni biologiche, il termine *sessualità* debba cedere il passo alla parola *affettività*.

Il dissenso su tali scelte lessicali non è solo terminologico ma, come nel caso dell'aborto, si traduce in un dissenso teoretico e, soprattutto, morale. Non potendosi, infatti, stabilire *a priori* quali dei principi contrapposti siano di per sé più validi, un'analisi giuridica sulle nuove forme di genitorialità sociale, che voglia dirsi rispettosa della separazione tra morale e diritto, deve provare a comprendere se, e in che misura, la carica di suggestione di ciascun termine corrisponde (o è esorbitante rispetto al) valore o all'interesse che essi si prefigge di difendere⁴⁵. E poiché, in ambito giuridico, il concetto di valore è configurabile come un'astrazione logica, come «un elemento della cultura politica e giuridica, una rappresentazione astratta necessaria per la definizione dei contenuti normativi»⁴⁶, per cercare di capire perché i termini *sessualità*, *maternità* e *paternità* siano scomparsi dal dibattito sulla genitorialità sociale, occorre provare a sottoporre a controllo la ragionevolezza delle contrapposte posizioni, esplicitandone le implicazioni e analizzandone a fondo il significato.

Attraverso un'analisi siffatta, si può, pertanto, ricondurre la sostituzione dei termini *sessualità*, *maternità* e *paternità*, in favore di espressioni come *affettività* e *genitorialità*, alla scelta di affrontare il problema delle nuove forme di genitorialità esclusivamente attraverso le logiche del diritto antidiscriminatorio. Una scelta che non solo non stupisce, ma appare l'unica percorribile ove si osservi il fenomeno attraverso il prisma di un solo e indistinto «diritto delle coppie omosessuali alla genitorialità». Dietro la scelta di azzerare la differenza che intercorre tra coppie composte da uomini, da donne

ridico differenziato, ma piuttosto «il mutamento del “tipo”, vale a dire del modello o paradigma di individuo sulla considerazione delle cui capacità ed esigenze sono conformate le norme e gli istituti giuridici». Questo è proprio uno dei messaggi del pensiero della differenza e della polemica contro l'eguaglianza intesa come *same-ness*. Per un'analisi più approfondita di tale filosofia di pensiero, sia consentito rinviare a S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, cit., spec. 22-42.

⁴⁴ Al riguardo, con particolare riferimento al significato da ascrivere al concetto di dignità umana, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, Napoli, 2009, 1061-1062, osserva che, per qualificare «il singolo individuo» titolare dei diritti costituzionalmente garantiti, «tanto il paradigma della dignità umana quanto quello della persona umana possono essere definiti solo in ragione di un apprezzamento sociale» in quanto «non è il singolo individuo che viene considerato “presupposto”, ma lo è la persona nella complessità delle sue relazioni e determinazioni sociali» in quanto «è lo stesso paradigma, apparentemente presupposto, che, in realtà, è socialmente e giuridicamente posto».

⁴⁵ Con riferimento alla possibilità di spogliare le parole del loro contenuto ideologico, o *valutativo*, al fine di evidenziarne il significato *descrittivo*, cfr. L. FERRAJOLI, *Aborto, morale e diritto penale*, in *Prassi e teoria*, 3, 1976, 397-418.

⁴⁶ P. CIARLO, *Dinamiche della democrazia e logiche dei valori*, in *Diritto pubblico*, 1, 1995, 143-144. Sulla tematica dei valori in ambito costituzionalistico, cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, spec. 39 ss., R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, spec. 59 ss. e 110 ss.

e coppie composte da un uomo e una donna, sembrerebbe, infatti, celarsi l'idea per cui la madre e il padre siano figure del tutto fungibili al punto da elidersi nel concetto più neutro di *genitorialità*. La mera equivalenza tra madre e padre che emerge nel dibattito su tali rivendicazioni genitoriali presuppone, dunque, la *pregiudiziale teorica* per cui la differente posizione di uomini e donne nella procreazione possa essere riduttivamente ricondotta al «mero dato di fatto del nascere da un corpo di donna»⁴⁷.

4. Contro la scelta di osservare il fenomeno dalla sola prospettiva antidiscriminatoria

Come è noto, la prospettiva antidiscriminatoria non costituisce l'unico modello di configurazione giuridica delle differenze. Esistono, infatti, quanto meno altri due modelli cui le esperienze giuridiche, nel tempo, hanno fatto ricorso al fine di assicurare l'eguaglianza tra le persone.

Il primo è quello della *indifferenza giuridica per le differenze*, in cui le differenze vengono ignorate. Si tratta del modello riconducibile, come ricorda Luigi Ferrajoli, al cosiddetto «paradigma hobbesiano dello stato di natura» che affida ai rapporti di forza la difesa delle diverse identità⁴⁸. È il modello cui si ispira l'idea di Stato minimo⁴⁹, in cui il destino delle differenze è affidato ai rapporti di forza e non al discorso giuridico, che deve, invece, restarne estraneo.

Il secondo modello è quello della *valorizzazione giuridica delle differenze*, basato sul principio normativo dell'eguaglianza nei diritti fondamentali e, al tempo stesso, su un sistema di garanzie capaci di assicurarne l'effettività. L'eguaglianza qui è intesa come l'eguale diritto di tutti all'affermazione e alla tutela della propria (differente) identità⁵⁰. È il modello fatto proprio dall'art. 3 della nostra Costituzione, che, muovendo dal riconoscimento della sua virtuale ineffettività in presenza degli «ostacoli» che la limitano di fatto, esplicita il carattere normativo e progettuale dell'eguaglianza.

Rispetto a questi due, il modello su cui si impernia il diritto antidiscriminatorio si fonda sull'idea per cui la differenza tra i sessi deve essere considerata irrilevante ai fini del godimento dei diritti o, come si chiarirà a breve, ai fini del raggiungimento di determinate condizioni o *status*. Nel modello dell'*omologazione giuridica delle differenze*, queste ultime tendono ad essere svalutate e ignorate in nome di un'astratta affermazione di eguaglianza: le donne hanno gli stessi diritti degli uomini in quanto sono considerate, o si finge che siano, come gli uomini e ad essi si assimilano negli stili di vita e di comportamento⁵¹. Ma proprio perché disconosciuta in punto di diritto, tale differenza risulta penalizzata di fatto dai larghi margini di ineffettività della conclamata eguaglianza.

⁴⁷ E. OLIVITO, "Non è uguaglianza quella che fa dell'uomo la mia misura", in G. AZZARITI (a cura di), *Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive a confronto. Atti del Seminario di Roma 26 novembre 2021*, Napoli, 2022, 104.

⁴⁸ L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, in *Democrazia e diritto*, 2, 1993, 51.

⁴⁹ Non è questa la sede per ripercorrere le molteplici teorie della giustizia e le tesi sottese all'idea di Stato minimo. Al riguardo, senza pretesa di esaustività, cfr. R. NOZICK, *Anarchy, State and utopia*, New York, 1974, il quale giustificava la formazione di uno Stato tramite un'agenzia privata di protezione che si limitasse a garantire le libertà individuali dei cittadini.

⁵⁰ L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, cit., 51.

⁵¹ Relativamente al modello di «omologazione giuridica delle differenze», quale uno dei possibili modelli di configurazione giuridica delle differenze, L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, cit., p. 51, chiariva che, in tale modello, «le differenze – a cominciare dalla differenza sessuale – vengono svalutate e negate, ma non perché talune sono concepite come valori ed altre come disvalori, ma perché

A tale modello, si ispirano tanto il diritto antidiscriminatorio tradizionale quanto le più recenti declinazioni della *Equal Protection*. La protezione antidiscriminatoria tradizionale, che si ritiene affondi le proprie radici nella sentenza *Brown vs Board of Education* del 1954, con cui la Corte Suprema dichiarò in contrasto con il XIV Emendamento le leggi segregazioniste in quanto *inherently un-equal*, è quella che ha, poi, trovato terreno fertile nelle politiche promosse dalle Istituzioni europee. Fondato sul previgente art. 119 (attuale art. 141) del Trattato istitutivo, che assicurava alle donne la parità di retribuzione per lavoro uguale a quello degli uomini, il diritto antidiscriminatorio europeo nasce al fine ad assicurare l'efficienza del sistema economico nell'ottica della realizzazione del mercato comune⁵². L'impianto utilitaristico sotteso alle politiche antidiscriminatorie europee ha contribuito al radicamento dell'idea per cui il diritto costituisce uno strumento di allocazione e redistribuzione del potere, capace di influire sui rapporti di forza tra i generi e, dunque, di rimuovere tutti gli stereotipi storicamente associati a quello femminile⁵³. Su tale assunto, si sono, successivamente, sviluppate, per un verso, la giurisprudenza Corte di Giustizia, che considera discriminatorie tutte le tutele riconosciute dalle legislazioni nazionali alle donne che non fossero riconducibili al fattore biologico della gravidanza⁵⁴, e, per altro verso, le direttive antidiscriminatorie europee nonché le legislazioni nazionali,

tutte sono svalutate e ignorate in nome di un'astratta affermazione di uguaglianza». Per una ricostruzione puntuale di tale modello, cfr. M. MINOW, *Learning to live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 48, No. 2, 1984 e Id., *Making all the difference. Inclusion, exclusion and American Law*, Itacha-London, 1990.

⁵² M. BARBERA, *L'effetto trasversale del principio di non discriminazione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 4, 2008, 469 ss. Sul punto, tra i tanti, cfr. E. CECCHERINI, *Il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale. Un breve sguardo sullo stato del dibattito nelle esperienze costituzionali straniere*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 39-60; F. DI SARCINA, *L'Europa delle donne: la politica di pari opportunità nella storia dell'integrazione europea (1957-2007)*, Bologna, 2010; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008; O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario: un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*, Milano, 2005; A. BETTETINI, *Divieto di discriminazioni e tutela del soggetto debole*, in P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano, Bologna, 2013, 636-681; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008, spec. 215 ss.; M. BELL, *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford, 2002, spec. 6, ss; E. ELLIS, *EU Anti-discrimination law*, Oxford, 2005.

⁵³ Vale la pena ricordare che, a partire dalla nota sentenza 8 aprile 1976, *Defrenne c. Sabena*, C-43/75, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato in via pretoria la diretta applicazione del principio di non discriminazione salariale, qualificandolo uno dei principi fondamentali della Comunità, nell'ottica del rilancio di una dimensione sociale del mercato comune europeo. Sulla scia della sentenza *Defrenne*, cfr. *Stoeckel*, causa C-345/89, sent. 25 luglio 1991; *Kreil*, causa C-285/98, sent. 11 gennaio 2000; *Brunnhofner*, causa C-381/99, sent. 26 giugno 2001.

⁵⁴ A partire dalla decisione *Commission vs France* del 1988, con cui considerò discriminatoria la previsione francese che consentiva alle madri mezza giornata di permesso il primo giorno di scuola del figlio, passando per la condanna dell'Italia per non aver abolito il divieto di lavoro notturno per le donne la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è mostrata costante nel considerare discriminatorie tutte le tutele riconosciute dalle legislazioni nazionali alle donne che non fossero riconducibili al fattore biologico della gravidanza. Al riguardo, cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa 312/86, sent. 25 ottobre 1988; sent. 4 dicembre 1997, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, C-207/96, condannò l'Italia per aver mantenuto in vigore l'art. 5 della l. n. 903 del 1977 che, violando l'art. 5 della Direttiva europea 76/207 CEE (*Parità di trattamento tra uomini e donne nelle condizioni di lavoro*), manteneva nell'ordinamento giuridico italiano la vigenza di una discriminazione fondata sul sesso. Al riguardo, giova ricordare che la Corte costituzionale si era pronunciata sul divieto di

compresa la nostra, all'interno delle quali si coglie la predilezione per il divieto di discriminazione, ritenuto «in grado di assicurare ai singoli “veri e propri” diritti di eguaglianza»⁵⁵.

Negli ultimi decenni, il diritto antidiscriminatorio ha subito quella che è stata definita una «svolta dignitaria»⁵⁶, in forza della quale la tutela della dignità è divenuta la *ratio* della nuova protezione antidiscriminatoria, volta ad assicurare non tanto beni e diritti, quanto *status* e condizioni capaci di conferire riconoscimento sociale a determinate scelte e azioni⁵⁷. A differenza del discorso antidiscriminatorio classico, in cui il criterio per conferire tutela coincideva con l'essere una minoranza vittima di uno svantaggio storico che si concretizzava nella negazione dei diritti fondamentali, nella nuova *Equal Protection* il *discrimen* diviene la pretesa «a un ideale minimum standard della vita dignitosa»⁵⁸, il cui termine di paragone è ciò che è considerato normale e dignitoso. Nel tentativo di affermare il superamento del proprio *economic aim*, anche il diritto antidiscriminatorio europeo sembrerebbe essersi orientato verso la promozione di una maggiore protezione della dignità⁵⁹. Questa tendenza risulterebbe confermata anche dalla proposta di Regolamento Europeo in materia di filiazione del dicembre 2022, un progetto di ampio respiro nato con l'ambizioso obiettivo di armonizzare le legislazioni nazionali in materia di genitorialità, naufragato in ragione della sostanziale impossibilità di raggiungere l'unanimità ai sensi dell'art. 81, comma 3, del TFUE⁶⁰.

lavoro notturno per le sole donne con le sentenze 210 del 1986 e n. 246 del 1997. Tuttavia, la nostra Corte non si soffermò ad analizzare il rapporto tra divieto di lavoro notturno e il principio di parità dei lavoratori in termini di conformità del primo al secondo, quando un'interpretazione fondata sull'art. 37 Cost. avrebbe potuto condurla a dichiarare la non illegittimità del divieto. Al riguardo, cfr. M.V. BALLESTRERO, *La Costituzione e il lavoro delle donne. Eguaglianza, parità di trattamento, pari opportunità*, in M. GIGANTE (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, 2007, 94.

⁵⁵ S. NICCOLAI, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, cit., 331.

⁵⁶ *Ibidem*, cit., 337.

⁵⁷ K. YOSHINO, *The New Equality Protection*, in *Harvard Law Review*, 2011, 747 ss. E, con riferimento agli studi sulla dignità quale nuova frontiera dell'*Equal protection* nel Regno Unito, cfr. G. MOON, R. ALLEN, *Dignity Discourses in Discrimination Law: a Better Route to Equality?*, in *European Law Review*, 2006, 610 ss.

⁵⁸ S. NICCOLAI, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, cit., 337.

⁵⁹ Al riguardo, basti pensare alle Direttive del 2000 che hanno introdotto quale nuova figura di discriminazione le molestie, qualificate come offesa alla dignità. Nella nozione di discriminazione vengono introdotte, rispettivamente dalle Direttive 43 e 78 del 2000 e dalla Direttiva 73 del 2002, le «molestie» e le «molestie sessuali». Le prime si concretizzano in un comportamento indesiderato che abbia lo scopo o l'effetto «di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo». Le seconde, invece, si caratterizzano per la connotazione sessuale del comportamento posto in essere, che può essere espresso in forma verbale, non verbale o fisica, e che ha il precipuo scopo o l'effetto di ledere la dignità di una persona. Sul punto, cfr. M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio tra innovazione e continuità*, in *Id.* (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, XII ss., A. LORENZETTI, *Il diritto antidiscriminatorio europeo: genesi ed evoluzione*, in B. PEZZINI (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole. Corso di analisi di genere e diritto antidiscriminatorio*, Bergamo, 2012, 101-118 ss.

⁶⁰ Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, 7 dicembre 2022, COM (2022) 695 *final*. Al riguardo, cfr. M. BIANCA, *Audizione sulla proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione COM (2022) 695*, in *Famiglia e diritto*, 6, 2023, 533-535; M.C. BARUFFI, *La proposta di Regolamento UE sulla filiazione: un superamento dei diritti derivanti dalla libera circolazione*, in *Famiglia e diritto*, 535-549.

Ebbene, a questa *nuova* configurazione del diritto antidiscriminatorio paiono potersi ascrivere le rivendicazioni delle coppie omosessuali alla genitorialità. Le numerose ed eterogenee istanze di riconoscimento del legame col minore rivelano il perpetuo tentativo di ottenere l'ampliamento dei beneficiari di alcuni diritti (nel caso di specie quelli genitoriali), alle stesse identiche condizioni di coloro che, già, di quei diritti dispongono. Anche la *nuova* tutela antidiscriminatoria attiva, dunque, un moltiplicatore neutro di trattamenti, *status* e condizioni che considera irrilevante la differenza sessuale, considerata un ostacolo al raggiungimento della parità, al punto da elidere differenze che, invece, contano: le differenze tra PMA eterologa e surrogazione di maternità; tra diritto di diventare genitori e di svolgere le funzioni genitoriali; tra la relazione materna e quella paterna⁶¹.

Sotto questo aspetto, anche le *nuove* visioni dignitarie del diritto antidiscriminatorio non paiono differenziarsi, nella sostanza, dalle teorie antidiscriminatorie tradizionali. Anch'esse, infatti, si basano sulla medesima logica omologante che non consente di valorizzare le differenze come tali, ma che le prende in considerazione soltanto come equivalenti a ciò che già esiste.

Peraltro, la svalutazione della differenza sessuale risulta confermata dalla contraddittorietà attorno al ruolo che, nella tematizzazione della genitorialità sociale, assume il dato biologico. Dalle argomentazioni giudiziarie richiamate nelle pagine precedenti, infatti, emerge una profonda spaccatura ideologica tra la prevalenza della verità biologica su quella sociale, da una parte, e la tutela dell'identità del minore, concretizzatasi nell'instaurazione di un legame affettivo con il genitore intenzionale cui deve essere garantita continuità, dall'altra⁶². Se, infatti, per un verso, la verità biologica costituisce elemento imprescindibile su cui si fonda tutta la disciplina del consenso di cui alla legge n. 40, per altro verso, dalle decisioni assunte a tutti i livelli dell'ordinamento giudiziario, emerge che l'accertamento del dato biologico non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento con gli altri interessi coinvolti, tra tutti quello alla conservazione dello *status*, e che tale bilanciamento è demandato al giudice caso per caso⁶³.

A ben riflettere, allora, la scelta di leggere il fenomeno in discorso esclusivamente attraverso il prisma della tutela antidiscriminatoria, financo nella sua *nuova* versione dignitaria, non pare assicurare quelle prestazioni di certezza, efficacia e prevedibilità che solitamente si ascrivono al divieto di discriminazione. Anzi. Vi è molta confusione nelle questioni concernenti la genitorialità sociale, come dimostra la contraddittorietà attorno all'importanza ascritta alla discendenza biologica, cui sono preordinate tutte le tecniche procreative, ma che perde di rilevanza quando si tratta del legame biologico con il donatore di gameti (nei casi di PMA eterologa) o con la madre surrogata (nelle ipotesi di gestazione per altri), i quali devono restare nell'anonimato.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, la scelta di applicare al fenomeno in discorso unicamente il modello di omologazione giuridica delle differenze equivale a sconfessare lo stesso impianto personalista posto a base della Costituzione, che «ancora la legislazione a rispondere a bisogni radicati

⁶¹ L. MURARO, *L'ordine simbolico della madre*, Roma, 1991; 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, 10 ss.

⁶² F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2023.

⁶³ Cass., Sez. Un., 6 novembre 2018, n. 12193, depositata l'8 maggio 2019, 37.

nella concretezza della dimensione umana»⁶⁴. E in tale dimensione umana non vi è dubbio che si debba ricomprendere la maternità e il valore che la Costituzione riconosce alla relazione materna. Difatti, diversamente da quanto accade con riferimento ad altre tematiche cosiddette eticamente sensibili, quali, ad esempio, quelle relative al fine vita, rispetto alle quali in molti ritengono che la Costituzione si mostri sostanzialmente indifferente⁶⁵, il valore della maternità è espressamente riconosciuto dalla Carta fondamentale e costituisce un limite espresso alla discrezionalità del legislatore.

In definitiva, rinunciare a far riferimento alla differenza sessuale che intercorre tra l'essere madre e l'essere padre, in nome di un artificiale soggetto sociale neutro, significa rinunciare, per un verso, al *favor* costituzionale per la formazione della famiglia di cui all'art. 31 Cost., che «riguarda la maternità e non l'aspirazione a diventare genitore»⁶⁶, e, per altro verso, al principio di pari dignità sociale contenuto nell'art. 3 Cost. Ridurre l'eguaglianza a una mera equipollenza di situazioni differenti, infatti, significa recidere alla radice il suo legame con la ragionevolezza e, dunque, con l'idea, rinvenibile in parte già nella *isonomia* greca, per cui trattare tutti allo stesso modo non fa altro che continuare a conservare e accrescere le diseguaglianze⁶⁷.

5. *Taking equality seriously: per un diverso approccio al tema della genitorialità sociale*

Le soluzioni omologanti discendenti dalle logiche proprie del diritto antidiscriminatorio, sulle quali paiono fondarsi anche la proposta di Regolamento Europeo in materia di filiazione del 2022 nonché le più recenti proposte di modifica della legge n. 40⁶⁸, rischiano di sterilizzare nel binomio vietato/consentito i plurimi interessi coinvolti nelle richieste di genitorialità, senza peraltro riuscire a regolamentarli in concreto. Viceversa, provare a rileggere tali istanze da una visuale attenta alla differen-

⁶⁴ S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuale alla procreazione*, cit., 53.

⁶⁵ Al riguardo, A. ALBERTI, *La vita nella Costituzione*, cit., si mostra particolarmente critica nei confronti di un approccio siffatto e, viceversa, propende, anche in materia di fine vita, per un approccio che «di volta in volta, questione per questione, ricostrui[sca] in modo puntuale cosa la Costituzione consenta, cosa vieti (che si faccia) e cosa invece imponga (che si faccia)».

⁶⁶ Corte cost., sent. n. 221 del 2019, *Cons. dir.* 15. Al riguardo, cfr. 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.

⁶⁷ Come ricorda G. ZANETTI, *Eguaglianza*, in A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 1997, 43, l'idea di eguaglianza davanti alla legge è un concetto moderno che affonda le proprie radici su cinque fondamenti filosofici, coincidenti con quattro fasi epocali dell'evoluzione del pensiero giuridico: la *isonomia* greca; l'eguaglianza davanti a Dio della tradizione cristiana; il rapporto tra l'idea di patto sociale e stato di natura; l'eguaglianza di fronte alla legge frutto della tradizione rivoluzionaria francese; e, infine, l'egalitarismo, quale eguaglianza materiale o «di fatto». Se, infatti, nell'antica Grecia e nella Roma Repubblicana il valore dell'eguaglianza si lega a quello di libertà, nel diritto pubblico europeo del Sette e Ottocento si intreccia col concetto di legalità e con la domanda di diritti. Con la crescita delle diseguaglianze a seguito dell'industrializzazione, si evolve insieme alla società e, con l'avvento dello Stato sociale, si profila e riconosce l'esigenza di soddisfare, con misure diseguali, la diseguaglianza reale. Al riguardo, è esemplificativo l'utilizzo della parola greca *isonomia* nell'Inghilterra del XVII secolo per indicare la sottoposizione di tutti allo *jus commune*. Sul punto, *ex multis*, cfr. A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, Roma-L'Aquila, 1984, 45 ss.

⁶⁸ Cfr. Proposta di Regolamento del Consiglio sulla creazione di un certificato europeo di filiazione, 7 dicembre 2022, COM (2022) 695 final; A.C. 887, approvata il 26 luglio 2023 dalla Camera dei Deputati, attualmente in discussione al Senato (S. 824-A), *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*.

za sessuale, non soltanto contribuirebbe a scongiurare quel senso di smarrimento dovuto al disordine normativo e, soprattutto, giurisprudenziale, che, come si è visto, contraddistingue la materia *de qua*, ma potrebbe altresì favorire l'elaborazione di soluzioni che, specialmente nel lungo periodo, tendano ad assicurare un'effettiva eguaglianza tra le persone.

Più precisamente, adottare un approccio informato a quanto prescritto dal principio normativo di eguaglianza⁶⁹, volto ad assicurare pari dignità alla pluralità di esigenze e posizioni in cui si sostanzia la dimensione umana, consentirebbe al dibattito sulla genitorialità sociale di giungere a tre approdi, tra loro intimamente connessi, che possono essere conclusivamente sintetizzati come segue.

In primo luogo, una prospettiva di analisi attenta alla differenza sessuale permetterebbe di evidenziare lo scarto che esiste tra un approccio improntato sul solo diritto antidiscriminatorio, che soltanto astrattamente intende assicurare prestazioni di certezza, efficacia e prevedibilità, e un approccio fondato, invece, sul «vecchio principio logico aristotelico per cui occorre trattare in modo eguale l'eguale e diverso il diverso»⁷⁰, che si concretizza nel controllo di ragionevolezza delle scelte legislative⁷¹. Chiedersi *se*, nella tematizzazione della genitorialità sociale, la differenza sessuale debba essere giuridicamente significativa equivale a porsi una domanda sbagliata: la questione è capire *come* tale differenza debba essere espressa⁷². Spesso si tende a porre la domanda sbagliata in quanto si crede che si debba necessariamente scegliere tra la femminilità intesa come subordinazione e l'«individuo» in apparenza sessualmente neutro. A ben riflettere, invece, è la stessa Costituzione a presupporre una diversità tra i sessi che si esplica, anzitutto, nei temi della famiglia e della procreazione. Se, infatti, si muove dall'idea per cui esiste un solo e indistinto «diritto delle coppie omosessuali alla genitorialità», in cui i ruoli di madre e padre nella riproduzione e nella relazione col minore sono del tutto equivalenti, allora l'individuazione di discipline giuridiche differenziate appare non soltanto particolarmente complessa, ma persino irragionevole. Viceversa, se, come qui si propone, si tiene conto della diversità dei sessi e delle implicazioni da tale diversità discendenti, allora la configurabilità di interventi normativi differenziati risulta non soltanto ragionevole, ma financo necessaria.

E si giunge, così, al secondo approdo cui si può pervenire adottando una visuale d'osservazione diversa e ulteriore rispetto a quella antidiscriminatoria: la messa in discussione della tesi per cui la tutela del migliore interesse del minore passi necessariamente per il suo accertamento giudiziale⁷³. Al riguardo, si è visto che le Sezioni Unite hanno recentemente demandato al giudice, caso per caso, l'accertamento del rapporto di filiazione, segnatamente con riferimento alle ipotesi di surrogazione di maternità praticata all'estero. La circostanza che si rimetta al controllo giurisdizionale, in forza del principio del *non liquet*, la definizione del bilanciamento tra i molteplici interessi in gioco sembrerebbe ignorare, o fingere di ignorare, la necessità di una scelta politica capace di misurarsi con il pote-

⁶⁹ Parafrasando R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, 1977, si potrebbe parlare di un monito a prendere sul serio l'eguaglianza giuridica. Al riguardo, per tutti, cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Correggere le diseguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?*, in *Democrazia e diritto.*, 1, 1996, 53-71.

⁷⁰ S. NICCOLAI, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, cit., 330.

⁷¹ A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Politica e diritto*, 4, 2006, 531-572.

⁷² C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, cit.

⁷³ M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 625 ss., quasi vent'anni fa, già evidenziava come le società contemporanee si siano «abitate ad esaurire il problema dei diritti in quello del loro accertamento».

re⁷⁴. E siccome il conflitto tra i sessi altro non è che una storia millenaria di lotta per il potere⁷⁵, quando si controverte su questioni involgenti la sfera più intima e profonda dell'esperienza umana, non pare ci si possa accontentare di un riconoscimento dei diritti in sede giurisdizionale. Sotto questo aspetto, la prospettiva antidiscriminatoria offre una visione molto ottimistica e semplicistica del problema, in quanto contribuisce a svilire il ruolo che, segnatamente in materia di diritti, dovrebbe ricoprire la scelta legislativa. Come è stato autorevolmente evidenziato, quando si controverte in tema di riconoscimento dei diritti, si tende spesso a «svalutare la significatività della decisione politica democratica»⁷⁶, trascurando quella «insuperabile differenza logica»⁷⁷ che intercorre tra la scelta legislativa e l'accertamento giudiziale. Rileggere il fenomeno della genitorialità sociale da una visuale attenta alla differenza sessuale consentirebbe, dunque, di non trascurare tale «differenza logica», in quanto, in assenza di soluzioni informate alle logiche omologanti del diritto antidiscriminatorio, si rende necessario che sia il legislatore a definire la cornice assiologica entro la quale disporre i limiti alla libertà procreativa. Limiti che possono, e devono, variare in ragione delle condizioni che conducono alla scelta riproduttiva: tipologia di tecnica procreativa utilizzata, sussistenza del legame col genitore intenzionale, libertà di formazione del consenso, presenza o meno di condizionamenti esterni sulla libertà di autodeterminazione della donna (nel caso di surrogazione di maternità). Tutti fattori, questi ultimi, la cui composizione non può essere rimessa al giudice caso per caso, ma deve trovare adeguata sistematizzazione all'interno di discipline legislative differenziate.

Infine, l'approccio teorico qui suggerito consentirebbe di scongiurare i rischi cui può condurre, nel lungo periodo, la neutralizzazione della differenza sessuale sotto le mentite spoglie di sedicenti forme di egualitarismo. In particolare, ci si riferisce ai rischi discendenti dalla riproposizione di schemi di gestione del potere (riproduttivo) tipicamente patriarcali, che possono ripercuotersi negativamente non soltanto sulla libertà sessuale femminile, ma anche sugli stessi diritti del minore. A lungo andare, l'azzeramento delle differenze che intercorrono tra coppie lesbiche e coppie gay nella riproduzione, non soltanto potrebbe far retrocedere il dato biologico innanzi all'idea per cui la genitorialità ha nella coppia (a prescindere dal suo sesso) la sola propria ragion d'essere, ma potrebbe incentivare un sentimento di «invidia del materno e del potere procreativo delle donne»⁷⁸, che, come è noto, trova nelle logiche patriarcali la sua massima espressione. Al contempo, ignorare le differenze tra PMA eterologa e gestazione per altri, ovvero far scomparire dal dibattito la madre surrogata, a prescindere dalla sua condizione economica o dalla volontarietà delle proprie scelte, potrebbe determinare una com-

⁷⁴ Id., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., spec. 1667 ss.

⁷⁵ A partire da tale assunto, C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, cit., ha reinterpretato la teoria politica moderna del contratto sociale mettendo in discussione le interpretazioni convenzionali dei contratti attraverso una prospettiva volta a rendere evidenti le contraddizioni e i paradossi che concernono le relazioni tra i sessi.

⁷⁶ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit. 1660.

⁷⁷ Id., *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, cit., 1059, il quale sostiene che «tra il porre del legislatore e il porre del giudice intercorre un'insuperabile differenza logica. Il primo, sebbene condizionato dalla storia dalle preferenze etiche della comunità politica di riferimento, seleziona i materiali a disposizione in ragione di un apprezzamento politico – non motivato – che presuppone *fatti*, non *fonti* alle quali attingere. Il secondo è costretto ad attingere sempre a *fonti*, atto o fatto che siano, della cui esistenza deve dare conto e della cui interpretazione si deve fare – motivando – carico».

⁷⁸ S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione*, cit., 15.

pressione significativa del diritto del minore alla conoscenza delle proprie origini, oltre che privarlo completamente della relazione materna.

In definitiva, osservare il problema della tutela dei diritti del minore e delle persone che intendono prendersene cura da una prospettiva attenta alla differenza sessuale consentirebbe al decisore politico di tenere conto di tutti i termini del dibattito, compresi quelli più scomodi o non particolarmente *mainstream*, contribuendo, altresì, a incentivare una cultura di accettazione delle differenti condizioni personali, senza che ciò debba passare attraverso la minaccia della sanzione penale.