

# Illiceità del ricorso a tecniche di PMA da parte di coppie dello stesso sesso e tutela del preminente interesse del minore: la sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale\*

Stefania Cecchini\*\*

**SOMMARIO:** 1. La giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40/2004 a tutela del diritto alla salute e dei limiti alla libertà di autodeterminazione nelle scelte riproduttive. – 2. L’elusione dell’art. 5 della legge n. 40/2004 e le domande di nuove forme di genitorialità provenienti dal corpo sociale. – 3. Il preminente interesse del minore quando non è praticabile l’adozione in casi particolari: la sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale. – 4. Il necessario intervento del legislatore a tutela di una concezione minima di eguaglianza e certezza del diritto.

## ABSTRACT:

Il contributo ha ad oggetto la sentenza n. 32/2021, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità avente ad oggetto gli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 e l’art. 250 c.c., impugnati perché non consentirebbero al nato da un progetto di PMA eterologa, praticata da una coppia del medesimo sesso, l’attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all’adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l’interesse del minore. Il lavoro ricostruisce i principali orientamenti giurisprudenziali in materia, per poi concentrare l’attenzione sui passaggi argomentativi più significativi della decisione n. 32/2021, dai quali si evince la preferenza finora accordata dalla Corte alle decisioni di inammissibilità rispetto

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

\*\* Ricercatrice t.d. in Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Cagliari, [cecchini@unica.it](mailto:cecchini@unica.it).

alla possibilità di risolvere con sentenze di accoglimento le questioni che involgono la discrezionalità del legislatore in materia procreativa. Il lavoro conclude evidenziando che, sebbene dal tenore argomentativo per così dire insolito, la decisione del Giudice costituzionale merita di essere condivisa in quanto per garantire un pieno riconoscimento ai diritti del minore non sarebbe di per sé sufficiente la sola modifica dei limiti soggettivi prescritti dall'art. 5 della l. n. 40/2004, risultando invece necessario un intervento organico del legislatore.

*The contribution has as its object sentence n. 32/2021, with which the Constitutional Court has declared inadmissible the question of legitimacy concerning Articles 8 and 9 of Law n. 40/2004 and Article 250 of the Civil Code, challenged because they would not allow the child born from a project of heterologous PMA, practiced by a couple of the same sex, the attribution of the status of child recognized by the intended mother who has given consent to the fertilization practice, where there are no conditions to proceed to adoption in special cases and the interest of the child is judicially established. The work reconstructs the main jurisprudential orientations on the subject, and then focuses attention on the most significant argo-mental passages of decision no. 32/2021, from which it is clear that the Court has so far given preference to decisions of inadmissibility with respect to the possibility of resolving issues involving the discretion of the legislator in procreative matters with judgments of acceptance. The work concludes by pointing out that, although the tenor of the argument so to speak unusual, the decision of the Constitutional Judge deserves to be shared as to ensure full recognition of the rights of the child would not be sufficient per se the mere modification of the subjective limits prescribed by art. 5 of law no. 40/2004, resulting instead necessary organic intervention of the legislature.*

## 1. La giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40/2004 a tutela del diritto alla salute e dei limiti alla libertà di autodeterminazione nelle scelte riproduttive

Determinando una scissione tra sessualità e riproduzione, le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) hanno rivoluzionato il rapporto tra progresso scientifico e diritto alla salute, incidendo altresì sul modo di considerare le relazioni tra i sessi e i rapporti di filiazione. Nate come un trattamento sanitario finalizzato a superare l'infertilità o la sterilità delle coppie incapaci di procreare naturalmente, tali tecniche sono state via via utilizzate per portare avanti progetti genitoriali non altrimenti realizzabili, con ripercussioni che mettono a dura prova la tenuta della «legalità costituzionale»<sup>1</sup> dell'ordinamento. In particolare, l'elusione dei limiti soggettivi previsti dall'art. 5 della legge n. 40/2004, che consente l'accesso alle tecniche di PMA «soltanto alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»<sup>2</sup>, apre sce-

<sup>1</sup> Il riferimento è a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 451.

<sup>2</sup> Legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 5, *Requisiti soggettivi*: «fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

nari i cui esiti risultano lontani da una concezione minima di eguaglianza e certezza del diritto e che mostrano l'urgenza di un intervento organico del legislatore in materia.

Sin dalla sentenza n. 347/1998<sup>3</sup>, con cui sollecitò il legislatore a disciplinare il rapporto tra diritto e nuove tecniche riproduttive, la Corte costituzionale ha ricoperto un ruolo essenziale nella definizione della disciplina della legge n. 40/2004, al punto che qualsiasi indagine in materia di PMA non può prescindere dalla conoscenza della sua giurisprudenza<sup>4</sup>. In particolare, dopo un iniziale atteggiamento di *self-restraint*<sup>5</sup>, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dei divieti di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo (sentenza n. 162/2014), di ricorso alle tecniche, anche di tipo omologo, alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili (sentenza n. 96/2015) e, infine, del divieto di diagnosi preimpianto per conoscere lo stato di salute degli embrioni e permettere l'impianto solo di quelli sani (sentenza n. 229/2015)<sup>6</sup>. Tali interventi, tuttavia, hanno lasciato inalterate le coordinate di fondo della predetta legge, finalizzata a porre rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti removibile.

L'attività del Giudice costituzionale non ha, invece, inciso sui limiti soggettivi posti dalla legge n. 40/2004, neppure quando è stata sollevata la questione di legittimità degli artt.

<sup>3</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 347/1998. In quell'occasione, la Corte dichiarò la questione inammissibile in quanto, a suo avviso, il figlio della moglie nato da fecondazione artificiale eterologa non poteva essere disconosciuto dal padre legittimo perché, al tempo, non esisteva una disposizione di legge che autorizzasse un disconoscimento di paternità fondato sul presupposto della mancanza di adulterio della moglie. In particolare, la Corte lamentava la mancata tutela, a causa dell'assenza di una legge in tema di procreazione medicalmente assistita, di «plurime esigenze costituzionali», quali innanzitutto «le garanzie per il nuovo nato» in relazione ai suoi «diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità». Diritti che «è compito del legislatore specificare» (*ivi*, punto 3 del *Considerato in diritto*). Al riguardo, cfr. E. LAMARQUE, *La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Giurisprudenza costituzionale*, V, 1998, pp. 2637-2647.

<sup>4</sup> In particolare, cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 45, 46, 47, 48 e 49/2005, ord. n. 369/2006, sent. n. 151/2009, ord. n. 150/2012, sentenze nn. 162/2014, 96/2015, 229/2015, 84/2016, 272/2017, 221/2019, 237/2019, 230/2020, 32/2021 e 33/2021.

<sup>5</sup> Corte costituzionale, ordinanza n. 369/2006. In quell'occasione, la Corte dichiarò manifestamente inammissibile la questione di legittimità dell'art. 13 della legge n. 40/2004 nella parte in cui non consentiva di accertare, mediante diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna fossero affetti da malattie genetiche, di cui i potenziali genitori siano portatori, quando l'omissione di detta diagnosi implichi un accertato pericolo grave ed attuale per la salute psico-fisica della donna, sollevata dal Tribunale di Cagliari con un'ordinanza emessa nell'ambito di un cautelare *ex art. 700 c.p.c.*, in applicazione dell'art. 669-*sexies* c.p.c. Al riguardo, cfr. S.L. MORSIANI, «A buon intenditor poche parole», in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006; L. TRUCCO, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2007, pp. 1617 ss.

<sup>6</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, spec. punto 7 del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 96/2015, con cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40/2004, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194/1978, accertate da apposite strutture pubbliche; Corte costituzionale, sentenza n. 229/2015, con cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4 della legge n. 40, nella parte in cui contemplava come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194/1978 e accertate da apposite strutture pubbliche.

5 e 12 della stessa nella parte in cui precludono alle coppie composte da persone dello stesso sesso di accedere alle tecniche di PMA<sup>7</sup>. Con la sentenza n. 221/2019, infatti, la Corte ha rigettato la questione in ragione della diversa situazione di incapacità riproduttiva in cui versano le coppie composte da persone dello stesso sesso e quelle eterosessuali, ritenendo l'infertilità fisiologica della coppia omosessuale non omologabile a quella della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive<sup>8</sup>. In quell'occasione, il Giudice costituzionale si è espressamente interrogato sui limiti di «un “diritto a procreare” (o “alla genitorialità”, che dir si voglia)»<sup>9</sup>, al fine di comprendere se il desiderio di avere un figlio attraverso le possibilità offerte dalla tecnica debba essere soddisfatto sempre e comunque o se, al contrario, risulti giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate, in una prospettiva di salvaguardia dei diritti in gioco. Ha prevalso questa seconda opzione. La Corte, anzitutto, ha chiarito che le tecniche di PMA costituiscono «rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti removibile», escludendo che le stesse possano «rappresentare una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale»<sup>10</sup>. Dopodiché, ha aggiunto che le limitazioni di ordine soggettivo sono quelle poste dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità politica e che non possono essere dalla stessa sindacate se non quando viziate da palese irragionevolezza<sup>11</sup>. Peraltro, un'interpretazione siffatta risulta perfettamente in linea con quanto la Corte aveva già sostenuto nella discussa decisione n. 162/2014 sul divieto di fecondazione eterologa. Con quella sentenza, infatti, il Giudice costituzionale, pur affermando che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile»<sup>12</sup>, aveva, al contempo, precisato che tale libertà è incoercibile solo «qualora non vulneri altri valori costituzionali»<sup>13</sup>. A suo avviso, «la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare

<sup>7</sup> Più precisamente, l'art. 12 della legge n. 40/2004 punisce, con sanzioni pecuniarie, chiunque a qualsiasi titolo utilizzi a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente (comma 1) o applichi tecniche di PMA a coppie prive dei requisiti soggettivi prescritti dall'art. 5 (comma 2) o senza aver raccolto il consenso secondo le modalità prescritte (comma 4).

<sup>8</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 221/2019, punto 10 del *Considerato in diritto*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*. Tale affermazione si pone perfettamente in linea con l'idea di fondo sottesa a Corte costituzionale, sentenza n. 96/2015.

<sup>11</sup> Per valutare la ragionevolezza del divieto posto dall'art. 5 della legge n. 40/2004, la Corte ha ricercato l'*intentio legislatoris*, individuando, in particolare, «due idee di base»: la prima concerne la funzione che le tecniche di procreazione assistita svolgono; la seconda, invece, la struttura del nucleo familiare. La Corte è giunta, così, a ritenere che disciplina prevista dalla legge n. 40/2004 non presenta incongruenze interne poiché l'infertilità fisiologica della coppia omosessuale femminile (come anche quella della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata) non sia affatto omologabile all'infertilità della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive. Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 221/2019, punto 10 del *Considerato in diritto*.

<sup>12</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, punto 6 del *Considerato in diritto*.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti»<sup>14</sup>.

In definitiva, sebbene l'attività del Giudice delle leggi abbia inciso sui limiti oggettivi originariamente previsti dalla disciplina del 2004, i suoi interventi non hanno comunque tradito le linee di fondo della stessa. Difatti, la giurisprudenza costituzionale, che sempre più spesso si è dovuta confrontare con l'idea che la genitorialità sia fondata sull'intenzione dei futuri genitori, definiti non a caso "intenzionali", e con una visione "volontaristica" del diritto di procreare<sup>15</sup>, risulta costante nel ritenere che «la tutela costituzionale della "salute", a fondamento della legge n. 40/2004, «non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale»<sup>16</sup>. La tutela del diritto alla salute della donna, infatti, ha costituito la chiave di lettura utilizzata dal Giudice delle leggi per vagliare la ragionevolezza dei divieti di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo, di ricorso alle tecniche alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili e di diagnosi preimpianto<sup>17</sup>. Viceversa, le decisioni di inammissibilità emesse con riferimento alla legittimità dei requisiti soggettivi previsti dalla legge n. 40/2004, come ci si appresta a vedere, hanno quale fulcro argomentativo la non irragionevolezza della scelta del legislatore di prevedere dei limiti di accesso alle tecniche di PMA.

## 2. L'elusione dell'art. 5 della legge n. 40/2004 e le domande di nuove forme di genitorialità provenienti dal corpo sociale

Sebbene la giurisprudenza costituzionale abbia lasciato inalterato il disposto dell'art. 5 della legge n. 40/2004, la vigenza dei limiti soggettivi ivi previsti non è stata in grado di arginare il desiderio di genitorialità delle coppie composte da persone dello stesso sesso. Ove ne abbiano la disponibilità economica, infatti, tali coppie si recano in Paesi con una legislazione più permissiva in tema di procreazione per realizzare il proprio progetto genitoriale. La soddisfazione di tale desiderio ha determinato, da un lato, l'incremento di richieste di trascrizione degli atti di nascita di minori legittimamente formati all'estero

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2017, pp. 2990 ss.

<sup>16</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 221/2019, punto 16 del *Considerato in diritto*. In particolare, nello stesso senso cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 151/2009, ord. n. 150/2012, sentenze nn. 162/2014, 96/2015, 229/2015, 272/2017, 221/2019, 237/2019, 230/2020, 32/2021 e 33/2021.

<sup>17</sup> Con riferimento alla salute della donna quale chiave di lettura della giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40/2004, sia consentito rinviare a S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, spec. pp. 179-205.

e, dall'altro, l'aumento delle domande di riconoscimento del rapporto di filiazione tra il minore nato in Italia e il genitore intenzionale che ha condiviso il progetto genitoriale col genitore biologico. A tali domande, il cui esito, come è stato osservato, spesso dipende dalle scelte degli Ufficiali di Stato civile a cui le stesse vengono formulate<sup>18</sup>, seguono risposte assai eterogenee ben lontane da una concezione minima di eguaglianza e di certezza del diritto.

Gli effetti di tali diversità di indirizzi si ripercuotono principalmente sullo *status filiationis* dei minori, i quali, a seconda che venga o meno riconosciuto loro il rapporto anche con il genitore intenzionale, subiscono discriminazioni che si pongono in contrasto con gli artt. 2, 3 e 30 della Costituzione, con l'art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959<sup>19</sup>, con l'art. 24, comma 2 della CEDU, da cui si desume la preminente considerazione dell'interesse del minore in tutti gli atti che lo riguardano, e con gli artt. 8 e 14 CEDU, a partire dai quali la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato i diritti alla vita privata e familiare del fanciullo<sup>20</sup>. Secondo la Corte EDU (sentenze *Menesson e Labassee*), infatti, la tutela del preminente interesse del minore<sup>21</sup> 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<sup>22</sup>. 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»<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Si condividono le puntuali riflessioni di F. FERRARI, *L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. Cost. n. 33 del 2021*, in *Online First*, in corso di pubblicazione in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021.

<sup>19</sup> Resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176, «*Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989*».

<sup>20</sup> Cfr. Corte EDU, sezione seconda, sentenza 5 novembre 2002, *Yousef contro Paesi Bassi*, «the child's rights must be the paramount consideration»; Corte EDU, sezione prima, sentenza 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. contro Lussemburgo*, paragrafo 133: «*Bearing in mind that the best interests of the child are paramount in such a case*».

<sup>21</sup> La giurisprudenza di merito, di legittimità e anche quella costituzionale sono ormai solite fare riferimento al «superiore o preminente interesse del minore», espressione che costituisce la traduzione impropria, ma ormai consolidata, della locuzione inglese «*best interests of the child*», che si riferiva agli «*interests*» (al plurale) del minore, vale a dire tutti gli interessi, le esigenze e i bisogni dello stesso, e dove «*best*» si sarebbe dovuto tradurre come i «migliori», i «più significativi».

<sup>22</sup> Corte EDU, sezione quinta, sentenze 26 giugno 2014, *Menesson contro Francia* (paragrafo 96) e *Labassee contro Francia* (paragrafo 75).

<sup>23</sup> Sul parere consultivo dalla Corte EDU reso, ai sensi del Protocollo n. 16, il 10 aprile 2019, sia consentito rinviare a S. CECCHINI, *Maternità surrogata e margine di apprezzamento nel primo parere consultivo della Corte Edu*, in *Giurisprudenza italiana*, maggio 2019, pp. 1016-1018.

L'esigenza di apprestare adeguata tutela al nato da tecniche di PMA, in attuazione del quadro costituzionale e sovranazionale appena richiamato, era ben nota anche al legislatore del 2004, il quale si era preoccupato di dedicare il Capo III della legge n. 40 alla tutela del nascituro, disciplinando lo "statuto giuridico del nato" (art. 8) e il "divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre" (art. 9). L'art. 8 attribuisce ai nati attraverso tecniche di PMA lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle predette tecniche. L'art. 9, oltre a stabilire il divieto dell'anonimato per la madre biologica, esclude, in caso di PMA di tipo eterologo, la facoltà del coniuge o del convivente il cui consenso sia ricavabile da atti concludenti di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità o d'impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità, precludendo inoltre al donatore dei gameti l'acquisizione di qualsiasi relazione parentale con il nato<sup>24</sup>. Tuttavia, la circostanza che il legislatore non abbia disciplinato l'ipotesi in cui il progetto genitoriale sia condotto da coppie di persone dello stesso sesso, alle quali ha deciso di precludere l'accesso alle tecniche di PMA, ha determinato il formarsi di molteplici orientamenti giurisprudenziali sull'applicazione degli artt. 5, 8, 9 e 12 della legge n. 40/2004.

I casi da cui scaturiscono le domande di riconoscimento di tali nuove forme di genitorialità sociale sono molteplici e variano a seconda del luogo di nascita del minore, del sesso dei componenti della coppia omoaffettiva e della presenza o assenza del consenso del genitore biologico al ricorso all'adozione in casi particolari da parte del genitore intenzionale. Per saggiare la dimensione del problema e del *vulnus* arrecato, contestualmente, al premittente interesse del minore e ai fondamentali principi di eguaglianza e certezza del diritto, è sufficiente limitarsi a richiamare le tre ipotesi maggiormente ricorrenti in giurisprudenza, anticipando che soltanto l'ultima costituirà oggetto precipuo della presente indagine: a) la richiesta, da parte di una coppia composta due donne, di trascrizione dell'atto di nascita del minore legittimamente formato all'estero; b) la richiesta, da parte di una coppia composta due uomini, di trascrizione dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero del minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità; c) la richiesta, da parte di una coppia di due donne, del riconoscimento del rapporto del minore nato in Italia anche

<sup>24</sup> Legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 8, *Stato giuridico del nato*: "I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6". L'art. 9, *Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre*: "1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice. 2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396. 3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi".

con la madre intenzionale che condivide il progetto genitoriale con la donna che lo ha partorito.

Nella prima ipotesi, rientrano, ad esempio, il caso deciso con la famosa pronuncia n. 19599/2016, con cui la Corte di Cassazione, escludendo qualsiasi contrasto con l'ordine pubblico, ha affermato la legittimità della trascrizione in Italia dell'atto di nascita legittimamente formato in Spagna in cui erano indicate come genitori del minore entrambe le donne della coppia, di cui una aveva donato gli ovociti e l'altra aveva condotto la gravidanza; e il caso deciso con la sentenza n. 14878/2017, con cui la Suprema Corte ha ritenuto si potesse trascrivere in Italia l'atto di nascita legittimamente formato in Galles in cui era attribuita la maternità di un minore anche alla compagna di colei che lo aveva partorito e con la quale era stato condiviso il progetto familiare<sup>25</sup>.

Viceversa, nella seconda ipotesi, ovvero ove una coppia composta da due uomini richieda la trascrizione di un atto formato all'estero che attesti che il minore è nato attraverso il ricorso a surrogazione di maternità, le Sezioni Unite del Cassazione con un'importante sentenza del 2019 hanno affermato che l'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004, che vieta espressamente il ricorso alla gestazione per altri, è «qualificabile come principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione»<sup>26</sup>. La Cassazione ha escluso, così, il riconoscimento in Italia della sentenza straniera che aveva riconosciuto lo *status* di genitore al compagno di colui che, tramite la donazione del proprio seme e la gestazione per altri in Canada, era divenuto padre.

Prima di passare all'ultimo scenario prospettato *supra*, si può brevemente osservare che per la coppia femminile la genitorialità d'intenzione ha avuto espresso riconoscimento in Italia per il tramite della trascrizione di atti di nascita formati all'estero. Al contrario, il fatto che, per (ancora) insuperabili leggi di natura, la gestazione e il parto costituiscano prerogative della sola donna, fa sì che la realizzazione del progetto genitoriale della coppia composta da due uomini trovi soddisfacimento con maggiori difficoltà. La circostanza che il corpo di una donna risulti ancora «essenziale anche in tutte le procedure mediche che possono arrivare a produrre embrioni fuori dal corpo di una madre»<sup>27</sup>, si traduce, sul piano giuridico, nel disvalore che l'ordinamento riconosce alla surrogazione di maternità

<sup>25</sup> Cassazione civile, sezione I, 15 giugno 2017, n. 14878.

<sup>26</sup> Cassazione civile, Sezioni Unite, 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. Sui diversi significati attribuiti al limite di ordine pubblico da queste due pronunce del Giudice della legittimità, sia consentito rinviare alle riflessioni sviluppate in S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2019, spec. pp. 338-342. Mentre, sulla decisione delle Sezioni Unite, cfr. F. FERRARI, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2020, pp. 169-193.

<sup>27</sup> B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2017, p. 193.

quale pratica lesiva del limite dell'ordine pubblico, nozione che ai fini del riconoscimento dell'efficacia dei provvedimenti stranieri è più ristretta di quella rilevante nell'ordinamento interno<sup>28</sup>. Al riguardo, la Corte di Cassazione ha ritenuto che tale disparità di trattamento tra coppie composte da due donne e quelle composte da due uomini con riferimento alla trascrizione degli atti formati all'estero non comporta la violazione dell'art. 3 della Costituzione, in quanto costituisce «il naturale portato della differenza tra la normativa italiana e quelle vigenti in altri Paesi, la cui diversità, pur rendendo possibili condotte elusive della più restrittiva disciplina dettata dal nostro ordinamento, non costituisce di per sé causa d'illegittimità costituzionale di quest'ultima»<sup>29</sup>.

Con riferimento alla terza e ultima ipotesi soprarichiamata, relativa alla richiesta di riconoscimento del rapporto del minore nato in Italia anche con la madre intenzionale, gli orientamenti che si sono formati in giurisprudenza sono essenzialmente due.

Il primo, in considerazione della preminente esigenza, costituzionalmente garantita, di tutelare la condizione giuridica del nato, conferendogli certezza e stabilità, tiene distinta la questione inerente alla liceità della tecnica prescelta per farlo nascere e considera percorribile un'interpretazione del quadro normativo vigente che ammetta il riconoscimento del rapporto anche con la madre intenzionale<sup>30</sup>. Tale indirizzo interpretativo si fonda essenzialmente sulla scissione tra il piano dell'illiceità della condotta delle donne recatesi all'estero per ricorrere a PMA eterologa e il piano della tutela del minore<sup>31</sup>. Secondo questa giurisprudenza di merito, infatti, interpretare l'art. 8 nel senso della inapplicabilità al nato da PMA illecita farebbe ricadere sul minore gli effetti negativi dovuti alle modalità in cui è

<sup>28</sup> Sulla differenza tra ordine pubblico interno e internazionale, cfr. C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 3-4, 1967, pp. 359-381; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nov. Dig.*, XII, Torino, 1965, p. 130; A. CERRI, *Ordine pubblico* (diritto costituzionale), in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, Treccani, 1990, pp. 1-11, Id., *Ordine pubblico* (diritto costituzionale), in *Enc. giur.*, 2007, pp. 1-3; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 1963, CLXV, pp. 3 ss.; F. ANGELINI, *Ordine pubblico*, in *Diz. dir. pub.*, IV, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3998; Id., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea: i principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, Cedam, 2007; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2018, pp. 403-448; L. FUMAGALLI, *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann., IV, Milano, Giuffrè, 2011, n. 86, 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), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, pp. 121 ss.

<sup>29</sup> Cassazione civile, sezione I, 22 aprile 2020, n. 8029, punto 5.5. delle *Ragioni della decisione*.

<sup>30</sup> Orientamento quest'ultimo fatto proprio, tra gli altri, dal Tribunale di Rimini, decreto 3 dicembre 2019, Tribunale di Genova, decreto del 4 novembre 2020, Tribunale di Brescia, decreto 11 novembre 2020, dal Tribunale di Cagliari, sentenza n. 1146 del 28 aprile 2020, confermata dal decreto 16 aprile 2020 della Corte d'appello di Cagliari, dalla Corte d'appello di Roma, decreto 27 aprile 2020, dal Tribunale di Roma, decreto del 18 aprile 2021 che ha recentemente imposto al Comune di Roma di annotare l'atto con due mamme già formato da altro Comune.

<sup>31</sup> Da ultimo, questo orientamento è stato seguito dalla Corte d'appello di Cagliari, decreto 16 aprile 2021, depositato il 29 aprile 2021, che ha confermato la decisione del Tribunale di Cagliari del 28 aprile 2020, n. 1146.

venuto al mondo, in aperto contrasto con i valori costituzionali tutelati dagli artt. 2, 3 e 30 Cost. e dal quadro sovranazionale sopraricordato<sup>32</sup>.

Al contrario, un secondo orientamento, che muove da un'interpretazione sistematica e logica degli artt. 5, 8, 9 e 12 della legge n. 40/2004, ritiene che il requisito soggettivo della diversità di sesso prescritto dall'art. 5, letto in relazione anche alle norme del codice civile sulla filiazione e alla disciplina sulle unioni civili ex art. 1, comma 20 della legge n. 76/2016<sup>33</sup>, impedisce di interpretare gli artt. 8 e 9 nel senso di riconoscere al minore lo *status* di figlio di entrambe le donne<sup>34</sup>. La I sezione civile della Cassazione, con le sentenze nn. 7668 e 8029 del 2020, ha ritenuto che l'insussistenza del requisito soggettivo della diversità di sesso di cui all'art. 5 si estenderebbe, impedendolo, alla successiva fase del riconoscimento del rapporto filiale nei confronti della madre intenzionale<sup>35</sup>. Secondo la Suprema Corte, infatti, «non può condividersi il tentativo di astrarre» il disposto degli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 dal contesto in cui sono collocati e, pertanto, «il riconoscimento di un minore concepito mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con il minore, si pone in contrasto (...) con l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali»<sup>36</sup>.

Anche da quest'ultimo scenario emerge, dunque, la diversità di trattamento riservata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità a situazioni sostanzialmente analoghe, ma che si differenziano per via del luogo di nascita del minore, il quale se nasce all'estero è più probabile che veda riconosciuto il proprio *status filiationis* anche con la madre intenzionale attraverso la trascrizione dell'atto di nascita straniero, mentre ove nasca in Italia potrebbe vedersi riconosciuto tale legame soltanto con la madre biologica<sup>37</sup>.

Stante questa diversità di indirizzi, la Corte costituzionale è stata recentemente chiamata a pronunciarsi sulla legittimità degli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 nella parte in cui non

<sup>32</sup> Sul rischio di far ricadere sui minori le «colpe dei padri», cfr. G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *forumcostituzionale.it*, 9 marzo 2018, pp. 1-7, e ID., *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *forumcostituzionale.it*, 2, 2021, pp. 115 ss.

<sup>33</sup> Legge 20 maggio 2016, n. 76, intitolata «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», ove si attribuisce natura di famiglia anche a quella costituita da persone del medesimo sesso, individuata come una di quelle organizzazioni sociali, meritevoli di tutela a norma dell'art. 2 Cost. L'art. 1 comma 20 vieta espressamente alla coppia fondata su un'unione civile di poter presentare domanda di adozione di un minore in stato di abbandono (potendo accedervi solo le coppie formate da persone di sesso diverso e coniugate).

<sup>34</sup> Questa è l'interpretazione accolta dal Tribunale di Padova che, ritenendo di non poter interpretare in maniera costituzionalmente orientata l'art. 8 Cost., ha sollevato alla Corte la questione decisa con la sentenza n. 32/2021. Nello stesso senso, anche Cassazione civile, sezione I, 3 aprile 2020, n. 7668 e 22 aprile 2020, n. 8029.

<sup>35</sup> Cassazione civile, sezione I, 22 aprile 2020, n. 8029, punto 5.5. delle *Ragioni della decisione*.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Al riguardo, cfr. M. PICCHI, «Figli di un dio minore»: *quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in *forumcostituzionale.it*, 1, 2021; E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2021.

consentono al minore nato da un progetto di PMA eterologa, praticata da una coppia di due donne, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore. La Corte, nel dichiarare la questione inammissibile, ha espressamente sollecitato il legislatore ad adottare, nell'esercizio della sua discrezionalità, «una disciplina che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso»<sup>38</sup>.

### 3. Il preminente interesse del minore quando non è praticabile l'adozione in casi particolari: la sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale

Con la sentenza 28 gennaio 2021 n. 32, depositata il 9 marzo insieme alla successiva n. 33, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, che, ad avviso del giudice *a quo*, se sistematicamente interpretati con l'art. 250 c.c., non consentirebbero di attribuire al minore lo *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore. Più precisamente, il giudizio *a quo* dinanzi al Tribunale di Padova aveva preso le mosse dalla richiesta della madre intenzionale di due gemelle nate in Italia a seguito del ricorso a tecniche di PMA, a cui si era sottoposta l'allora sua compagna, per ottenere l'autorizzazione a dichiarare all'Ufficiale dello Stato civile di essere genitore ai sensi dell'art. 8 della legge n. 40/2004 ovvero di essere dichiarata tale dalla sentenza dello stesso Tribunale per aver prestato il consenso alla fecondazione eterologa ai sensi dell'art. 6 della stessa legge. Ritenendo fondata l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa statale, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione dal momento che «le integrazioni alla disciplina vigente, richieste dal giudice *a quo*, sarebbero protese a colmare un vuoto di tutela in una materia caratterizzata da ampia discrezionalità del legislatore»<sup>39</sup>.

Nonostante il giudizio sia stato definito con una pronuncia di inammissibilità, vi sono alcuni importanti passaggi argomentativi su cui occorre soffermare l'attenzione: a) il rilievo costituzionale del preminente interesse del minore nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA, sul quale non si può far ricadere la responsabilità inerente alla illiceità delle tecniche adottate per la procreazione; b) l'affermazione per cui l'elusione del limite stabilito dall'art.

<sup>38</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, punto 2.4.1.4. del *Considerato in diritto*.

<sup>39</sup> *Ivi*, punto 2.4. del *Considerato in diritto*.

5 della legge n. 40/2004 non configura un limite di ordine pubblico interno; c) l'accertamento di un vuoto di tutela che spetta al legislatore colmare.

Cominciando dal primo profilo, la Corte ha posto al centro della sua motivazione la tutela del diritto all'identità del minore, ricordando che l'ordinamento riconosce rilievo giuridico alla genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica<sup>40</sup>, tenuto conto che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa»<sup>41</sup>. Secondo il Giudice delle leggi, infatti, l'art. 9 della legge n. 40/2004, nel valorizzare il consenso alla genitorialità e l'assunzione della conseguente responsabilità nell'ambito di una formazione sociale idonea ad accogliere il minore, «dimostra la volontà di tutelare gli interessi del figlio», garantendo «il consolidamento in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione»<sup>42</sup>. Dopo aver ricordato le modifiche legislative in materia di filiazione apportate, in attuazione dell'art. 30 Cost., al D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, la Corte ha richiamato il quadro sovranazionale che attribuisce una *paramount consideration* ai *best interests of the child* nell'approvazione di leggi e nell'adozione di tutti i provvedimenti che incidano sulla condizione del minore<sup>43</sup>. Il Giudice delle leggi ha fatto altresì espresso riferimento all'obbligo degli Stati di prevedere il riconoscimento legale del legame di filiazione tra il minore e i genitori intenzionali, evidenziando che non sempre l'adozione in casi particolari costituisce un'opzione praticabile. Se, infatti, come nel caso di specie, il momento della costituzione dello *status* genitoriale tra il minore e la madre intenzionale coincide con l'emersione di un insanabile conflitto nella coppia omoaffettiva che conduce alla negazione del consenso da parte della madre biologica, non vi è alcuno strumento giuridico che consenta di riconoscere la relazione tra il genitore intenzionale e il bambino<sup>44</sup>. Ebbene, tali argomentazioni mostrano che la Corte costituzionale condivide le preoccupazioni del Tribunale di Padova in relazione all'attuale *deficit* di tutela in cui possono versare i minori

<sup>40</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 272/2017, punto 2.5. del *Considerato in diritto*.

<sup>41</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 162/2014, punto 6 del *Considerato in diritto*.

<sup>42</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 127/2020, punto 4.2. del *Considerato in diritto*.

<sup>43</sup> Più precisamente, la Corte ha richiamato l'art. 24, comma 2 della CEDU, da cui si desume la preminente considerazione dell'interesse del minore in tutti gli atti che lo riguardano. Tale preminente considerazione trova il proprio fondamento anche nel principio 2 della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959; nell'art. 3, paragrafo 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo, in cui si parla di *primary consideration* da riservare agli interessi del minore. Sempre a presidio della tutela degli interessi del minore, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha fondato sull'art. 8 CEDU, spesso in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, la tesi per cui i diritti alla vita privata e familiare del fanciullo devono costituire un elemento determinante di valutazione.

<sup>44</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, punto 2.4.1.3 del *Considerato in diritto*, ove afferma che la questione sollevata dal Tribunale di Padova rivela «in maniera tangibile l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, per come attualmente regolato, tant'è che nello specifico caso è resa impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubbiamente, la crisi della coppia e la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale, reso necessario dall'art. 46 della medesima legge n. 184 del 1983».

nati da PMA eterologa condivisa da una coppia di persone dello stesso sesso che decida di interrompere la relazione.

Quanto al secondo profilo di interesse, vale a dire l'affermazione che il limite posto dall'art. 5 della legge n. 40/2004 non configura un limite di ordine pubblico interno, la Corte ha sostenuto in modo inequivocabile che la violazione dell'art. 5 «non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali»<sup>45</sup>. Come aveva già affermato con la sentenza n. 221/2019, il Giudice costituzionale ha ribadito che non è configurabile un divieto costituzionale per le coppie omosessuali di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina, e ha, così, tracciato una netta linea di demarcazione tra i casi come quello sottoposto al suo esame e la differente ipotesi di surrogazione di maternità vietata dall'art. 12, comma 6 della legge n. 40. Senza, dunque, entrare nel merito dell'interpretazione del giudice *a quo*, la Corte costituzionale ha escluso il contrasto con principi e valori costituzionali in ipotesi di «elusione dell'art. 5 legge n. 40/2004»<sup>46</sup> e ha evidenziato l'urgenza di una «diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale», invocando, dunque, l'intervento del legislatore<sup>47</sup>.

Si giunge, così, al terzo e ultimo profilo di interesse: l'accertamento di «una situazione di carenza dell'attuale ordinamento, con implicazioni costituzionali»<sup>48</sup> che spetta al legislatore colmare. Il Giudice delle leggi ha ritenuto «non più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa» al punto da “suggerire” al legislatore, «in via esemplificativa», alcune vie percorribili per tutelare il preminente interesse del minore<sup>49</sup>, quali «una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento», ovvero «l'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla

<sup>45</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, punto 2.4.1.3. del *Considerato in diritto*.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> *Ivi*, punto 2.4.1.1. del *Considerato in diritto*.

<sup>49</sup> *Ivi*, punto 2.4.1.3. del *Considerato in diritto*, «In via esemplificativa, può trattarsi di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione. Solo un intervento del legislatore, che disciplini in modo organico la condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso, consentirebbe di ovviare alla frammentarietà e alla scarsa idoneità degli strumenti normativi ora impiegati per tutelare il “miglior interesse del minore”. Esso, inoltre, eviterebbe le “disarmonie” che potrebbero prodursi per effetto di un intervento mirato solo a risolvere il problema specificamente sottoposto all'attenzione di questa Corte. Come nel caso in cui si preveda, per il nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, il riconoscimento dello status di figlio, in caso di crisi della coppia e rifiuto dell'assenso all'adozione in casi particolari, laddove, invece, lo status – meno pieno e garantito – di figlio adottivo, ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184 del 1983, verrebbe a essere riconosciuto nel caso di accordo e quindi di assenso della madre biologica alla adozione. Il terreno aperto all'intervento del legislatore è dunque assai vasto e le misure necessarie a colmare il vuoto di tutela dei minori sono differenziate e fra sé sinergiche». Particolarmente critico nei confronti di questa parte della pronuncia, A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consultaonline*, 1, 2021, pp. 221-222.

filiazione»<sup>50</sup>. È sicuramente singolare che il Giudice costituzionale enuclei in maniera così puntuale le possibili soluzioni normative capaci di apprestare, a suo avviso e in assenza di regole costituzionali specifiche, adeguata tutela agli interessi del minore nato da PMA omoaffettiva illecita. Dinnanzi all'art. 28 della legge n. 87/1953 che, in applicazione del principio di separazione dei poteri, preclude al Giudice delle leggi "ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento"<sup>51</sup>, l'indicazione di soluzioni legislative solleva, quanto meno, qualche dubbio circa l'abbandono delle *rime obbligate* come criterio per l'inammissibilità e porta anche a chiedersi se, e in quali termini, il legislatore risulti vincolato alle soluzioni suggerite dal Giudice costituzionale<sup>52</sup>. Difatti, sebbene la Corte non abbia formalmente previsto un termine preciso entro il quale il legislatore è chiamato a provvedere, diversamente da quanto accaduto con la prima pronuncia sul cosiddetto Caso Cappato<sup>53</sup>, essa ha adottato una decisione che potrebbe ricondursi tra quelle definite di «incostituzionalità prospettata»<sup>54</sup>, in cui non accoglie la questione ma non si preclude la possibilità di farlo in futuro.

Ebbene, seppur con una tecnica decisoria, per così dire, inusuale, dalla pronuncia in esame emerge sicuramente la preoccupazione della Corte di evitare «le "disarmonie" che potrebbero prodursi per effetto di un intervento mirato solo a risolvere il problema specificamente sottoposto all'attenzione di questa Corte»<sup>55</sup>. In questo senso, il Giudice costituzionale appare ben consapevole della circostanza per cui una cosa è riconoscere un diritto per via legislativa, altra cosa è ottenere il medesimo riconoscimento attraverso una decisione di accoglimento, come, peraltro, aveva già avuto modo di ricordare con la sentenza n. 221/2019. In quell'occasione, ma anche nella successiva n. 230/2020, la Corte aveva affermato che sentenze di accoglimento parziale avrebbero una «ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive», con particolare riferimento «alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologa-

<sup>50</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 32/2021, punto 2.4.1.3. del *Considerato in diritto*.

<sup>51</sup> Legge 11 marzo 1953, n. 87, *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*, art. 28.

<sup>52</sup> Sulle sentenze manipolative e sulle cosiddette rime obbligate, senza pretesa di esaustività cfr. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1976, pp. 1707 ss.; L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981- luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, Cedam, 1985, pp. 299 ss.; C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 1970, Tomo V, coll. 153 -191; T. MARTINES, *Motivazione delle sentenze costituzionali e crisi della certezza del diritto*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 565-567; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Milano, Giuffrè, 1993; ID., *Brevi note sull'«effettività» delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia legislativa*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, pp. 327-341; ID., *La questione è fondata, anzi è inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, in *Giur. Cost.*, 2015, pp. 2071 ss.

<sup>53</sup> Ci si riferisce a Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019.

<sup>54</sup> N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, spec. pp. 91 ss.

<sup>55</sup> Ivi, punto 2.4.1.4. del *Considerato in diritto*.

zione alle femminili — in punto di diritto alla genitorialità — richiederebbe (...) che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata»<sup>56</sup>. Da questo punto di vista, allora, la giurisprudenza costituzionale appare quanto meno costante nel ritenere che spetti al Parlamento, primo «interprete della collettività nazionale», «tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»<sup>57</sup>.

#### 4. Il necessario intervento del legislatore a tutela di una concezione minima di eguaglianza e certezza del diritto

La sentenza n. 32/2021 del Giudice costituzionale restituisce chiaramente la complessità dei rapporti tra la tutela giurisdizionale dei diritti e interessi coinvolti nelle vicende procreative, segnatamente del preminente interesse del minore, e la discrezionalità del legislatore nella definizione del loro bilanciamento.

Si è visto, infatti, che il legislatore non ha mancato di tracciare i contorni della disciplina in materia di PMA, la quale costituisce il frutto di un compromesso tra divergenti visioni del fenomeno procreativo, come prova il lungo *iter* che ha portato alla approvazione della legge n. 40/2004<sup>58</sup>. La circostanza che, oggi, quella disciplina possa risultare non del tutto adeguata a tutelare gli interessi dei minori nati a seguito del ricorso illecito alle tecniche procreative, da un lato, porta i giudici comuni a fornire risposte eterogenee alle domande provenienti dal corpo sociale e, dall'altro, mostra con evidenza la necessità che sia proprio il legislatore a rivedere quel bilanciamento. Per garantire il diritto all'identità affettiva, relazionale e sociale del minore, occorre, infatti, una coordinata e puntuale riforma legislativa che riduca al massimo il margine di discrezionalità in capo ai giudici comuni nell'accerta-

<sup>56</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 221/2019, punto 12 del *Considerato in diritto*.

<sup>57</sup> Ivi, punto 9 del *Considerato in diritto*.

<sup>58</sup> Come è noto, la legge n. 40/2004 è il frutto di un lungo *iter* iniziato nel luglio del 1998, quando la Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati presentò all'Aula il progetto di legge unificato recante «Disciplina della procreazione medicalmente assistita» (AC 414-A), la cui discussione ebbe inizio solo ai primi di febbraio del 1999. Il contrasto ideologico che animò il dibattito parlamentare e l'opinione pubblica culminò, a un anno dall'entrata in vigore della legge, nell'inizio di una campagna referendaria volta alla sua abrogazione. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità dei quesiti referendari, dichiarò inammissibile la richiesta di abrogazione totale e, invece, ammissibili i quattro referendum parziali aventi ad oggetto gli aspetti più controversi della disciplina: l'accesso alla procreazione medicalmente assistita non soltanto alle coppie sterili, ma anche a quelle affette da patologie geneticamente trasmissibili e il divieto di fecondazione di tipo eterologo. Nell'occasione, la Corte qualificò la legge come una normativa «costituzionalmente necessaria», in quanto contenente una regolamentazione organica in grado di assicurare un livello minimo di tutela a una pluralità di situazioni di rilevante interesse costituzionale.

mento concreto del suo interesse, assicurando, altresì, il rispetto dei fondamentali principi di eguaglianza e certezza del diritto.

Gli scenari ricostruiti in queste pagine provano, infatti, che la modifica dei requisiti di accesso alle tecniche di PMA previsti dalla legge n. 40/2004 non sarebbe, da sola, sufficiente per tutelare il preminente interesse del minore, risultando a tal fine necessario un contestuale ripensamento della legge sulle unioni civili e della disciplina civilistica in materia di filiazione. Difatti, il divieto di formare nell'ordinamento giuridico nazionale un atto di nascita con doppia maternità trova il proprio fondamento anche in altre disposizioni normative contenute non soltanto nel codice civile ma anche nella legge n. 76/2006 sulle unioni civili, all'art. 1, comma 20, nella legge n. 184/1983 in materia di adozione e, con riferimento alla formazione degli atti di nascita da parte degli ufficiali dello stato civile, nel d.P.R. n. 396/2000, agli artt. 9, 11, comma 1, 12 e 30, comma 1, nel d.P.R. n. 223/1989 all'art. 7, comma 1, lett. a), e nei D.M. 5.04.2002, 9.12.2014 e 27.02.2017 con i quali sono predisposti i formulari che gli ufficiali dello stato civile sono tenuti a rispettare nella redazione dei propri atti. Ad avviso di chi scrive, dunque, per garantire un pieno riconoscimento ai diritti del minore, non sarebbe di per sé sufficiente la sola modifica dei requisiti soggettivi prescritti dall'art. 5 della legge n. 40/2004 per l'accesso alle tecniche di PMA, ma si renderebbe altresì necessario un intervento organico che rimuova, anzitutto, il divieto di genitorialità omogenitoriale prescritto, tra gli altri, dall'art. 1, comma 20 della l. n. 76/2016. Quest'ultima disposizione, nell'equiparare i componenti dell'unione civile ai coniugi al fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile, esclude tale equiparazione con riferimento "alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983 n. 184"<sup>59</sup>. Come si ricorderà anche dal dibattito parlamentare sulla cosiddetta *stepchild adoption* che ha accompagnato l'approvazione della legge del 2016, emerse in modo chiaro e inequivocabile l'intenzione del legislatore di non estendere alle coppie formate da persone dello stesso sesso la possibilità di adottare il figlio della persona con cui è stata contratta l'unione civile. Ebbene, stante la presenza di un quadro normativo ostativo alla formazione di atti di nascita con l'indicazione della doppia maternità, spetta soltanto al legislatore valutare se e come, rispetto a quel tempo neppure così lontano, è mutata la coscienza sociale al punto da prevedere una revisione organica della disciplina in materia di filiazione.

Del resto, anche la Corte costituzionale ha ritenuto che il desiderio di genitorialità di una coppia di persone dello stesso sesso è «perseguibile per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è

<sup>59</sup> Legge 20 maggio 2016, n. 76, intitolata «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», art. 1, comma 20.

costituzionalmente imposta»<sup>60</sup>. Difatti, diversamente dalla giurisprudenza costituzionale sul cosiddetto “diritto a morire”<sup>61</sup>, in cui la Corte pare aver ormai superato l’argine delle *rime obbligate*<sup>62</sup>, la giurisprudenza sulla legge n. 40/2004 si caratterizza ancora per un atteggiamento di *self-restraint* dinnanzi alla discrezionalità del legislatore in materia procreativa<sup>63</sup>. Sebbene, infatti, la sentenza n. 32/2021 si differenzi dalle altre decisioni di inammissibilità pronunciate in materia di PMA, dal momento che la Corte ha dichiarato di “non potere ora porre rimedio” alle rilevate lacune della disciplina legislativa, lasciando intendere che non è escluso che possa farlo in futuro, questa decisione conferma la preferenza finora accordata dalla Corte alle decisioni di inammissibilità rispetto alla possibilità di risolvere le singole questioni «a colpi di sentenze di accoglimento»<sup>64</sup>. Questo orientamento, che va via via consolidandosi<sup>65</sup>, merita di essere condiviso dal momento che l’interesse del minore deve essere tutelato sempre e comunque nella legalità dell’ordinamento, di cui deve essere garantita la tenuta costituzionale.

<sup>60</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 230/2020, punto 8 del *Considerato in diritto*. Nello stesso senso, cfr. Corte costituzionale, nn. 221/2019, 32/2021, 33/2021.

<sup>61</sup> Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019, ma anche Corte costituzionale, nn. 132 del 2020 e 97 del 2021. Nello stesso senso, si possono leggere anche le note sentenze n. 1/2014 sulla legge elettorale e la n. 10/2015 sulla cosiddetta *Robin Hood Tax*. Sulla peculiarità della tecnica decisoria adottata con le decisioni del 2018 e del 2019 sul cosiddetto caso Cappato, tra i tanti, cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, spec. pp. 255-256, 277-279; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit.; V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, spec. pp. 389-390. Al riguardo, si condividono le puntuali riflessioni di R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2019, pp. 758 ss., secondo cui è vero che la Corte sta «coniando nuovi moduli» e «superando le regole processuali» ma ciò non costituisce ragione sufficiente per imputarle «di modificare “l’equilibrio dei poteri” e tanto meno di farlo perseguendo un disegno preciso. (...) che la Corte cerchi talvolta qualche soluzione, almeno per i casi più urgenti, può non piacere (e non piace neppure a me), ma non mi sembra sintomo di «suprematismo», cioè di un progetto di estensione dei propri confini».

<sup>62</sup> Di questo avviso, da ultimo 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*, cit., p. 1.

<sup>63</sup> R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale*, cit., p. 762, sostiene che questo sia l’atteggiamento che la Corte è solita assumere dinnanzi a «questioni “eticamente sensibili”, in cui non sono individuabili profili specifici di discriminazione che possano essere trattati con gli strumenti di microchirurgia offerti dal principio di eguaglianza, ma vengono presi di mira alcuni “valori” di fondo».

<sup>64</sup> N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, p. 15.

<sup>65</sup> Costituiscono tale filone giurisprudenziale le decisioni n. 221/2019, 230/2020, 32 e 33 del 2021. In particolare, dalle ultime due decisioni del 2021 emerge la consapevolezza della Corte in ordine ai limiti che vincolano il proprio operato e ai rischi sottesi a un’eventuale supplenza all’inerzia legislativa. Tuttavia, la circostanza che nella sentenza n. 33/2021 il Giudice delle leggi si preoccupi di ribadire i confini di ammissibilità di eventuali future sentenze manipolative, secondo alcuni, lascia presagire un suo futuro intervento in materia. Sul punto, cfr. A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, cit., p. 222; V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 390; 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*, cit., pp. 17-18.