

“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)

MARTA PICCHI*

Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 30 del 21 febbraio 2020.

Disponibile all'indirizzo: <https://www.giurcost.org/decisioni/2020/0030s-20.html>.

Sommario

1. Introduzione. – 2. I diritti della madre intenzionale in caso di coppia *same sex*, secondo la Corte costituzionale... – 3. ...e i diritti del bambino. – 4. Riflessioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 3 gennaio 2021

Suggerimento di citazione

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 *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

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

1. Introduzione

La vicenda che ha originato la questione di costituzionalità¹ riguarda due donne unite civilmente che erano ricorse, all'estero, alla procreazione medicalmente assistita (PMA) mediante tecniche di fecondazione eterologa: la *partner* non gestante aveva acconsentito alla PMA senza però contribuire con alcun apporto biologico. In seguito alla nascita del bambino nel nostro Paese, le due donne avevano chiesto di essere entrambe registrate all'anagrafe come madri ricevendo però il rifiuto dall'Ufficiale dello stato civile.

Secondo il giudice *a quo*, la disciplina vigente, nell'escludere questa possibilità, violerebbe i diritti della madre intenzionale e quelli del minore determinando un'irragionevole discriminazione per motivi di orientamento sessuale². La questione di legittimità costituzionale sollevata ha riguardato l'art. 1, co. 20, l. 20 maggio 2016, n. 76 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*), nella parte in cui limita la tutela per le coppie omosessuali unite civilmente ai soli diritti e doveri nascenti dall'unione civile, e l'art. 29, co. 2, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127*) e successive modifiche, nella parte in cui consente di indicare come genitori soltanto quelli uniti in matrimonio, coloro che rendono la dichiarazione di riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio e quanti hanno espresso con atto pubblico il proprio consenso ad essere nominati. In particolare, il giudice rimettente ha ravvisato il contrasto con gli artt. 2, 3, co. 1 e 2, 30, 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 24, par. 3, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, agli artt. 8 e 14 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* e alla *Convenzione sui diritti del fanciullo* del 1989.

In questa breve nota, saranno svolte alcune considerazioni in ordine alla ricostruzione compiuta dal Giudice costituzionale a proposito dei diritti della madre intenzionale e del bambino, sebbene ai diritti di quest'ultimo venga prestata scarsa attenzione non solo per il minor rilievo dato alla questione dal giudice *a quo* nell'ordinanza di remissione ma anche per il fatto che proprio questo terreno costituisce l'aspetto più difficile da dover conciliare con il dettato costituzionale e,

¹ V.A. DI MARTINO, *Corte costituzionale, atti di nascita di bambini nati nell'ambito di una coppia lesbica e accesso alla P.M.A.*, in *Diritti comparati*, 19 novembre 2020, e S. SPATOLA, *Il giudice delle leggi dice "no" al riconoscimento dell'omogenitorialità per via estensiva: non è la Corte costituzionale il luogo ma il Parlamento. A margine della sentenza n. 230 del 2020 della Consulta*, in *federalismi.it*, 35/2020, p. 105 ss.

² Cfr. Tribunale di Venezia, sez. II civ., ord. 3 aprile 2019.

in prospettiva, l'ambito sul quale insistere per ottenere un'apertura da parte della Corte costituzionale.

2. I diritti della madre intenzionale in caso di coppia *same sex*, secondo la Corte costituzionale...

Il dato dal quale prende avvio la decisione della Corte è che nessuna interpretazione adeguatrice sia possibile per la disciplina impugnata poiché l'art. 5, l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*) richiede che quelle coinvolte nel progetto di genitorialità «siano coppie “di sesso diverso”, atteso che le coppie dello stesso sesso non possono accedere, in Italia, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita»³. La Corte richiama così la sentenza n. 221/2019⁴ ove ha affermato che, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, «l'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è [...] fonte

³ Corte cost., sent. n. 230/2020, cons. dir. p.to 5.1.

⁴ V.I. BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la Consulta il divieto è legittimo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2020, p. 555; M.C. VENUTI, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2020, p. 664; N. CANZIAN, E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I trattati internazionali sui diritti umani e gli “altri” obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in *Rivista AIC*, 3/2020, p. 373; A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2019, p. 2633; M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2019, p. 2613; C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”. La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2019, p. 2622; G. CASABURI, *“Qui non sto. Non posso fare altrimenti”: la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali femminili*, in *Il Foro italiano*, 12/2019, I, p. 3798; B. LIBERALI, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile “diritto a procreare”?*, in *Studium iuris*, 5/2020, p. 534; 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, p. 143; F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa “per infertilità sociale” al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, p. 581; M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, p. 804; G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie ‘same sex’ di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni ‘revirement’*, in *Il Corriere giuridico*, 12/2019, p. 1466; U. SALANITRO, *A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1/2020, p. 206.

di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale»⁵. Né ad opposte conclusioni si può giungere, ritiene il Giudice costituzionale, invocando la l. n. 76/2016 poiché questa, come precisato nella sentenza n. 237/2019⁶, non consente, comunque, la filiazione né adottiva né per fecondazione assistita.

Gli invocati artt. 2, 3 e 30 Cost. non permetterebbero, perciò, una *reductio ad legitimitatem* delle norme impugnate poiché la disciplina sulle unioni civili introdotta dal legislatore nel 2016 «sottende l'idea, “non [...] arbitraria o irrazionale”, che “una famiglia *ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il ‘luogo’ più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato” (sentenza n. 221 del 2019)»⁷. Ecco perché l'aspirazione della madre intenzionale ad essere genitrice non assurgerebbe a livello di diritto fondamentale della persona, *ex art. 2* della Costituzione. La Corte ricorda altresì che l'art. 30 Cost. non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli né la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori implica, come già precisato nella sentenza n. 162/2014, che «possa esplicarsi senza limiti»⁸ dovendo compiersi un bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti.

Invece, per quanto riguarda il prospettato contrasto con l'art. 3 Cost., la Corte osserva come, sebbene la giurisprudenza di legittimità ammetta il riconoscimento in Italia di atti formati all'estero, dichiarativi del rapporto di filiazione nei confronti di due madri, tuttavia la «circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia»⁹.

È proprio a questo punto che la Corte afferma – compiendo, come vedremo¹⁰, una lettura riduttiva – che non possono essere invocate neppure le fonti internazionali e la giurisprudenza della Corte EDU. In particolare, quest'ultima ha

⁵ Cons. dir. p.to 5.2.

⁶ V.A. CANNONE, *Norme italiane in tema di fecondazione eterologa per coppie ‘same sex’: norme di applicazione necessaria?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2/2020, p. 563; G. CASABURI, *Nota a Corte cost., sent. n. 237/2019*, in *Il Foro italiano*, 1/2020, I, p. 54; L. DELL'ATTI, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile. Considerazioni costituzionali a margine di Corte cost. 237/2019*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2020, p. 248; M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri*, in *Famiglia e diritto*, 4/2020, p. 329.

⁷ Cons. dir. p.to 6.

⁸ Cons. dir. p.to 6.

⁹ Cons. dir. p.to 6, ove è richiamata ancora una volta la sentenza n. 221/2019.

¹⁰ *Infra*, § 3.

chiarito – anche nel recente parere del 10 aprile 2019¹¹ – che gli Stati non sono tenuti a registrare i dettagli del certificato di nascita di un bambino nato attraverso la maternità surrogata all'estero per stabilire la relazione legale genitore-figlio con la madre designata; ciò che importa, in caso di ricorso all'adozione, è che la procedura stabilita dalla legislazione nazionale ne garantisca l'attuazione tempestiva ed efficace e, secondo il Giudice costituzionale, l'adozione in casi particolari (art. 44, co. 1, lett. d), l. n. 184/1983, recante *Diritto del minore ad una famiglia*) risponderebbe a questi requisiti.

Tutto ciò porta la Corte costituzionale ad affermare che i molteplici precetti costituzionali invocati non impongano il riconoscimento della omogenitorialità all'interno di un rapporto tra due donne unite civilmente e, però, il legislatore potrà dare anche soluzioni di segno diverso, «non potendosi escludere la “capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali” (sentenza n. 221 del 2019)»¹². A supporto di questa possibile evoluzione la Corte ricorda, per la seconda volta, che la Corte di cassazione, in più occasioni, ha ammesso, ai fini della trascrivibilità dei certificati di nascita formati all'estero, l'annotazione sugli stessi di una duplice genitorialità femminile perché non contraria ai principi di ordine pubblico.

Le considerazioni svolte conducono la Corte a ritenere non raggiungibile l'obiettivo auspicato dal giudice *a quo* attraverso il sindacato di costituzionalità ma soltanto per volontà del legislatore, visti anche i contenuti etici ed assiologici che lo connotano: detta scelta attiene, cioè, a quegli ambiti ove il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a bilanciare molteplici valori fondamentali, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale¹³.

Perciò, l'ampia discrezionalità riconosciuta al legislatore in materia induce la Corte a una pronuncia di inammissibilità.

Alla sentenza in commento sono riferibili tutte le considerazioni e le critiche che la dottrina ha rivolto alle due pronunce che l'hanno preceduta soprattutto perché giustifica la soluzione finale partendo dal fatto che la preclusione posta alle coppie lesbiche nell'accesso alla PMA non sia irragionevole: difatti, viene ripetuta ancora una volta una ricostruzione discriminatoria sul piano dell'orientamento sessuale per consentire la tenuta della legge¹⁴. Non solo, la Corte ricostruisce il

¹¹ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, parere del 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001.

¹² Corte cost., sent. n. 230/2020, cons. dir. p.to 7.

¹³ Cfr. cons. dir. p.to 8.

¹⁴ Cfr. M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in *federalismi.it*, 29/2020, p. 114 (spec. p. 137 ss.).

problema quasi esclusivamente in termini di eguaglianza/diseguaglianza nell'essere genitori guardando esplicitamente alle potenzialità generative della coppia e all'orientamento sessuale della stessa anziché muovere dall'interesse del minore.

La Corte compie però un passo avanti perché – se consideriamo la vicenda concreta, la giurisprudenza di legittimità richiamata e l'argomentazione svolta – ritiene possibile la trascrizione nel nostro Paese dei certificati e provvedimenti stranieri di riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti della madre non gestante anche nel caso in cui questa non abbia contribuito alla PMA con l'apporto dei propri gameti ma prestando soltanto il consenso.

D'altro canto, però, l'assolutezza della ricostruzione compiuta dalla Corte fa ritenere che, in caso di nascita in Italia, non sia possibile l'indicazione della doppia maternità nel certificato di nascita neppure quando il bambino abbia un rapporto biologico con la madre non gestante: conseguenza che presenta dei contrasti con la stessa giurisprudenza della Corte EDU, secondo la quale lo *status filiationis* – con riferimento alla surrogazione di maternità – deve essere sempre tutelato e riconosciuto nei confronti del genitore che abbia un legame biologico col bambino¹⁵.

3. ...e i diritti del bambino

Per quanto riguarda la tutela del minore, il Giudice costituzionale si limita, anche per questo aspetto, a rinviare al legislatore il compito di introdurre, nell'ambito della sua discrezionalità, «[u]na diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale»¹⁶.

La Corte costituzionale è esplicita nel dire che la preclusione posta alla coppia *same sex* nell'accesso alla PMA è strettamente connessa e parallela al *vulnus* che viene così recato all'interesse del bambino e, nel riconoscere l'ampia discrezionalità del legislatore, esprime tutta la sua preoccupazione in caso di aperture in nome dell'interesse superiore del minore perché la tenuta costituzionale del sistema delineato dal legislatore del 2004 risulterebbe compromessa. Per questi motivi, il Giudice delle leggi e dei diritti non assume una prospettiva per così dire “adultocentrica” – come, invece, è stata accusata di fare talvolta la Corte EDU – ma non prende neppure le mosse dalla preminenza dell'interesse del minore.

La Corte EDU, nella sua giurisprudenza e nel primo parere consultivo reso in base al Protocollo n. 16, ha precisato che la scelta dei mezzi attraverso i quali

¹⁵ Cfr. Corte EDU, sez. V, sentenze 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11 (*Mennesson c. Francia*) e ricorso n. 65941/11 (*Labassée c. Francia*), sentenza 19 gennaio 2017, ricorso n. 44024/13 (*Laborie c. Francia*) e sentenza 21 luglio 2018, ricorsi nn. 9063/14 e 10410/14 (*Foulon et Bouvet c. Francia*).

¹⁶ Corte cost., sent. n. 230/2020, cons. dir. p.to 9.1.

consentire il riconoscimento del rapporto giuridico tra il bambino e gli aspiranti genitori rientra nel margine di apprezzamento degli Stati¹⁷. In particolare, non sussiste un obbligo per questi ultimi di riconoscere detto rapporto *ab initio*: ciò che *the child's best interests* richiedono è una valutazione in concreto degli stessi e che il riconoscimento di tale rapporto, «*legally established abroad, to be possible at the latest when it has become a practical reality*»¹⁸. Perciò, oltre alla trascrizione dei certificati stranieri, gli Stati potranno optare anche per altre modalità in grado di tutelare il superiore interesse del minore, compresa l'adozione che, «*with regard to the recognition of that relationship, produces similar effects to registration of the foreign birth details*»¹⁹. La Corte EDU precisa ancora che l'adozione «*may be acceptable in so far as the procedure laid down by domestic law ensures that they can be implemented promptly and effectively, in accordance with the child's best interests*»²⁰.

Il fatto che i mezzi differenti dalla trascrizione debbano produrre effetti assimilabili alla trascrizione dei provvedimenti stranieri e che l'adozione sia accettabile purché si svolga in tempi rapidi e sia efficace porta a dubitare dell'adeguatezza dell'adozione in casi particolari non potendo produrre effetti equivalenti o similari.

Di conseguenza, la discrezionalità che la Corte EDU riconosce nell'individuazione delle modalità da seguire per pervenire all'instaurazione di un rapporto fra genitore intenzionale e bambino che sia equiparabile alla diretta trascrizione degli atti formati all'estero è trasformata dalla Corte costituzionale in una discrezionalità nell'*an*, di modo che la tutela del diritto del bambino a instaurare una relazione giuridica genitore-figlio finisce col dipendere dal luogo della sua nascita, con tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano. Basti pensare al caso di due coppie di donne che si rechino nello stesso periodo e nella medesima clinica straniera per accedere alle pratiche di PMA. Successivamente, la gestante della prima coppia riesce a partorire nel Paese straniero mentre la gestante della seconda coppia non può per un qualsiasi motivo (parto prematuro in Italia, impossibilità di fuoriuscire dal Paese per *lockdown* dovuto a pericolo di pandemia, ecc.). Il bambino della prima coppia potrà instaurare un rapporto di filiazione pienamente legittimante con la madre di intenzione e relazioni di parentela con la famiglia di quest'ultima; invece, il bambino della seconda coppia potrà instaurare un rapporto con la madre intenzionale soltanto attraverso lo strumento dell'adozione in casi particolari, che non è pienamente legittimante e che, fra l'altro, non dà luogo ad alcun legame con la famiglia dell'adottante.

¹⁷ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, parere del 10 aprile 2019, § 50.

¹⁸ § 52.

¹⁹ § 53.

²⁰ § 55.

C'è di più. La Corte, pur avendo abbandonato, opportunamente, la distinzione fra infertilità patologica e quella fisiologica – “punto di forza” nell’argomentazione della sentenza n. 221/2019 –, continua a ritenere che non sia arbitraria né irrazionale l’idea della famiglia *ad instar naturae* quale luogo più idoneo per accogliere il nascituro. Sebbene il reale problema di fondo più che di “natura” sia di “cultura”, anche ad ammettere la ragionevolezza di siffatta ricostruzione e della conseguente preclusione contenuta nella l. n. 40/2004 per le coppie *same sex*, nel momento in cui il bambino è nato non si può più ragionare in termini di “quale sarebbe stata la soluzione migliore prima del concepimento”, ma di “quale sia la soluzione migliore per il nuovo individuo” al fine di consentirgli una crescita equilibrata nonché la comprensione e l’accettazione della propria identità.

In questa prospettiva, è del tutto irrazionale e discriminatoria la definizione dello *status filiationis* in base al luogo di nascita.

Non solo, il rischio è che la coscienza sociale sia ancora animata dal pregiudizio e dal timore per il diverso: il diritto, però, non può assecondarla e soprattutto deve sapere arretrare evitando di imporre dei vincoli alle relazioni affettive poiché il pericolo concreto è che possano essere lesi il superiore interesse del minore a consolidare anche legalmente le relazioni familiari, il suo diritto all’identità e quello alla genitorialità quale diritto della personalità. La stessa constatazione svolta dalla Corte a proposito dell’esistenza di un divario fra «realità fattuale e realtà legale» dimostra la necessità che il diritto non crei esso stesso degli ostacoli nel mondo degli affetti, soprattutto laddove siano in gioco i diritti dei minori.

4. Riflessioni conclusive

Con la sentenza in commento non è stata pronunciata l’infondatezza delle questioni proposte ma l’inammissibilità, data l’ampia discrezionalità del legislatore nel disciplinare i criteri di accesso alla PMA e le modalità attraverso le quali “consentire” un qualche rapporto fra il bambino e la madre intenzionale.

Sia in caso di rigetto che in caso di inammissibilità, le questioni possono essere nuovamente sottoposte all’attenzione del Giudice delle leggi e dei diritti: tuttavia, l’impressione è che la Corte abbia voluto allontanare il più possibile da sé questi temi insistendo più volte sulla spettanza al legislatore delle scelte inerenti la tutela dei diritti del genitore intenzionale e dei figli, dato il suo ruolo di interprete della coscienza sociale.

Non solo, vi è l’impressione che la Corte abbia inteso produrre effetti ulteriori ponendo una “ipoteca” sull’esito della questione riguardante lo *status filiationis* dei bambini nati da surrogazione di maternità, il cui esame è atteso per l’inizio del 2021. Nonostante le convincenti argomentazioni svolte nell’ordinanza di

rimessione (Corte cass., sez. I civ., ordinanza 29 aprile 2020, n. 8325)²¹, si tratta di vedere se la Corte costituzionale vorrà mutare il proprio indirizzo, a così breve distanza di tempo, assumendo come prospettiva la preminenza dell'interesse del minore.

²¹ Per una critica radicale all'ordinanza interlocutoria si veda F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 264 ss.