

Una conferma dalla Corte costituzionale: il rapporto di filiazione con la madre intenzionale all'interno di una coppia di donne omosessuali dipende dal luogo di nascita

di MARTA PICCHI

La pronuncia trae origine dalla rimessione del Tribunale ordinario di Venezia (ord. 3 aprile 2019), adito in seguito al rifiuto opposto dall'Ufficiale dello stato civile alla richiesta avanzata da una coppia di donne, unite civilmente e che erano ricorse alla fecondazione medicalmente assistita all'estero, di rettificare l'atto di nascita del bambino venuto alla luce in Italia.

Il giudice *a quo* ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'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 dell'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 di New York del 20 novembre 1989*.

Anzitutto, la Corte costituzionale ritiene corretta – alla luce di quanto già espresso nelle sentenze nn. 221 e 237/2019 – la ricostruzione operata dal Tribunale di Venezia in merito all'impossibilità di operare un'interpretazione adeguatrice della normativa censurata poiché l'espresso disposto dell'art. 5, l. 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), richiede che quelle coinvolte nel progetto di genitorialità condivisa siano pur sempre «coppie “di sesso diverso”, atteso che le coppie dello stesso sesso non possono accedere, in Italia, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita».

Secondo la Corte costituzionale, anche guardando alla giurisprudenza della Corte EDU,

l'esclusione dell'accesso alla procreazione medicalmente assistita (PMA) per le coppie formate da due donne non comporterebbe alcuna discriminazione basata sull'orientamento sessuale. La conferma di detta ricostruzione verrebbe dalla stessa giurisprudenza del Giudice di legittimità (Cass., sez. I civ., 3 aprile 2020, n. 7668).

Sulla base di queste premesse, la Corte ritiene che non possa essere accolta la questione di costituzionalità nel senso di riconoscere due donne omosessuali civilmente unite quali genitrici del nato da fecondazione eterologa praticata dall'una col consenso dell'altra poiché le limitazioni poste al riguardo dal legislatore del 2016 si fonderebbero, come già affermato nella sent. n. 221/2019, sull'idea ritenuta né arbitraria né 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». Inoltre, questa scelta non si porrebbe in contrasto con gli artt. 2 e 30 Cost. perché, per un verso, l'aspirazione della madre intenzionale ad essere genitore non assurge a livello di diritto fondamentale della persona e, per un altro verso, in Costituzione non è posta una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli, né la volontà di diventare genitori comporta di per sé un'esplicazione senza limiti poiché vi sono pur sempre altri interessi costituzionalmente protetti da dover considerare.

Il Giudice costituzionale, rifacendosi ancora una volta alla sentenza n. 221/2019, ritiene che non vi sarebbe neppure una violazione dell'art. 3 Cost. perché, sebbene la stessa giurisprudenza di legittimità ammetta il riconoscimento in Italia di atti formati all'estero dichiarativi del rapporto di filiazione nei confronti di due madri, 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». In altri termini, la Corte costituzionale afferma che per poter indicare due donne come madri in un certificato di nascita – in caso di PMA eterologa praticata all'estero senza donazione dei gameti da parte della *partner* non gestante – occorre che il bambino nasca all'estero. In questo caso, il bambino – vantando un rapporto di filiazione pienamente legittimante nei confronti di entrambe le donne – potrà acquisire, fra l'altro, relazioni parentali con la famiglia della madre priva di legami genetici

mentre, in caso di nascita in Italia, il minore potrà soltanto essere adottato dalla madre intenzionale, *ex art. 44, co. 1, lett. d), l. n. 184/1983 (Diritto del minore ad una famiglia)*, e, oltre alle numerose conseguenze giuridiche, non si creeranno neppure rapporti parentali con i restanti componenti della famiglia di quest'ultima.

Né diversamente rileverebbero, secondo la Corte, le fonti e la giurisprudenza internazionale richiamate dal giudice rimettente poiché, guardando soprattutto alla giurisprudenza della Corte EDU, l'adozione può anche servire come mezzo per riconoscere la relazione genitore-figlio con la madre intenzionale purché la procedura stabilita dalla legislazione nazionale ne garantisca l'attuazione tempestiva ed efficace, nel rispetto del superiore interesse del minore. In questa maniera, il Giudice delle leggi richiama sì il parere reso dalla *Grande Chambre* il 10 aprile 2019 omettendo, però, di considerare che, in quella occasione e anche nella giurisprudenza precedente, la Corte di Strasburgo lascia intendere che la diversa soluzione adottata dagli Stati per consentire l'instaurazione del rapporto con il genitore intenzionale deve portare alla realizzazione di un rapporto pienamente legittimante: ossia, il medesimo risultato che si ottiene dalla trascrizione degli atti formati all'estero e dichiarativi del rapporto di filiazione nei confronti di due madri e che, invece, non è possibile ottenere per mezzo dell'adozione in casi particolari.

Su questo aspetto, la Corte dedica fugacemente una considerazione soltanto da ultimo, limitandosi ad osservare, però, che una soluzione diversa dall'adozione cosiddetta non legittimante per tutelare il migliore interesse del minore «in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attengono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore». In sostanza, la discrezionalità legislativa che la Corte EDU riconosce nella scelta del procedimento per pervenire a determinati effetti è invece riferita dalla Corte costituzionale all'*an* della decisione. È poi evidente la volontà della Corte costituzionale di allontanare da sé la questione poiché osserva altresì che, se i parametri costituzionali richiamati non impongono il riconoscimento dell'omogenitorialità all'interno di un rapporto tra due donne, questo non significa che il legislatore non possa pervenire a soluzioni di segno diverso anche perché – e lo ricorda un'altra volta – la giurisprudenza di legittimità ha consentito la trascrivibilità di certificati di nascita

formati all'estero dai quali risultava la duplice genitorialità femminile ritenendo tale soluzione non contraria a principi di ordine pubblico. Il riconoscimento del diritto di entrambe le donne unite civilmente ad essere genitrici «non è, pertanto, come detto, raggiungibile attraverso il sindacato di costituzionalità della disposizione di segno opposto»: esso «è, viceversa, perseguibile per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, ma propriamente “attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre [...] il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale”».

Da queste considerazioni nasce la pronuncia di inammissibilità, stante appunto l'ampia discrezionalità del legislatore nell'apprezzare la molteplicità degli interessi in gioco.

Questa pronuncia suscita tutte le perplessità che la dottrina ha già evidenziato commentando le sentenze nn. 221 e 237/2019. Sicuramente, la Corte costituzionale non ha fatto propria una visione per così dire “adultocentrica” contrariamente, invece, a quanto è stata accusata di fare la Corte EDU in taluni casi; nondimeno, non sembra aver preso in considerazione neppure il miglior interesse del minore come, però, avrebbe dovuto fare.

È chiaro che la tutela riconosciuta alla coppia di madri omosessuali e quella del minore nato dal percorso di PMA costituiscono le due facce della medesima medaglia e gli ostacoli che vengono posti al riconoscimento di un rapporto pienamente legittimante con la madre intenzionale sono legati al fatto che la diversa soluzione metterebbe in discussione la fondatezza della preclusione stabilita dal legislatore nella l. n. 40/2004 nell'accesso alla PMA. Tuttavia, la tutela del superiore interesse del minore non può essere pregiudicata e, allora, viene da chiedersi che colpa debba scontare il minore che nulla può nella scelta (delle modalità della sua procreazione e) del luogo di nascita. L'inaccettabilità della ricostruzione operata è evidente guardando all'esito della ricostruzione appena illustrata: poniamo il caso che due coppie di donne ricorrano alla PMA nel medesimo periodo e nella medesima clinica, in un Paese estero ove la PMA fra coppie lesbiche è consentita. La gestante della prima coppia riesce a partorire nel Paese straniero; la seconda non vi riesce perché dà alla luce il bambino prematuramente mentre si trova ancora in Italia oppure per motivi di salute non può intraprendere il viaggio per

tornare nel Paese straniero o, ancora, il *lockdown* disposto dal nostro Paese per ragioni pandemiche le impediscono di uscire dal territorio nazionale. Il primo nato potrà ottenere l'indicazione della doppia maternità nel certificato di nascita, mentre il secondo non potrà fare altrettanto. Viene da chiedersi se la diversità di trattamento nei confronti dei due minori sia ragionevole e giustificabile in ragione del "caso" oppure in base al fatto che la coppia omosessuale ha comunque posto in essere, all'estero, una condotta vietata in Italia.

La Corte costituzionale, pur non avvalendosi in questa pronuncia della distinzione fra sterilità patologica e fisiologica – "punto di forza" della sentenza n. 221/2019 –, ribadisce che una famiglia *ad instar naturae* è il luogo più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato e che al legislatore spetta, nella sua discrezionalità, interpretare la coscienza sociale nel modificare eventualmente la disciplina e nell'assicurare un rapporto pienamente legittimante fra il minore e la madre intenzionale. Il problema che si presenta non è, però, di "natura" ma di "cultura" perché ancora una volta si consentono delle distinzioni fra figli legittimi e figli che tali non potranno mai esserlo, in palese contraddizione con lo *status* unico della filiazione introdotto dal legislatore con la riforma 2012/2013. Né la discrezionalità e la coscienza sociale possono essere invocati laddove in gioco vi siano il superiore interesse e i diritti fondamentali del minore. Il rischio è che il pregiudizio, la difficoltà di accettare l'altro nella sua alterità e diversità e la riprovazione morale possano incidere negativamente sulla crescita e sull'identità del minore: proprio questa è la preoccupazione che, invece, sembra essere alla base della giurisprudenza di merito che sempre più spesso (*ex plurimis*, App. Trento, sez. I, decr. 16 gennaio 2020, e Trib. Cagliari, sez. I, decr. 28 aprile 2020) si discosta dall'atteggiamento di chiusura della Corte costituzionale e del Giudice di legittimità.

In ogni caso, anche a reputare non irragionevole la scelta compiuta dal legislatore nel precludere l'accesso alla PMA alle coppie omosessuali ritenendo che così venga meglio tutelato l'interesse di colui che ancora non è stato concepito, tuttavia occorre bilanciare diversamente gli interessi costituzionalmente rilevanti quando il bambino sia stato procreato soprattutto perché le scelte da assumere nell'interesse del minore devono essere dettate non "da cosa sarebbe stato meglio" ma individuando la soluzione che meglio garantisca il bambino venuto alla luce nella formazione di un equilibrato io interiore.

Lo stesso diritto, se non è in grado di arretrare nei rapporti affettivi, può non ostacolare il

pregiudizio e nuocere alla crescita e formazione dell'identità del minore.

Un'ultima considerazione va riferita al fatto che la Corte, in questa circostanza, non è giunta a una pronuncia di rigetto, reputando infondata la questione sollevata, ma di inammissibilità invocando proprio l'ampio margine di apprezzamento spettante al legislatore in materia. Sia in caso di rigetto che di pronuncia di inammissibilità vi è la possibilità di sollevare nuovamente la medesima questione: tuttavia, nel secondo caso e richiamando l'ampia discrezionalità legislativa, la Corte pare scoraggiare la rimessione di nuove questioni, visto il riconoscimento dell'esclusiva competenza del legislatore per poter correggere la disciplina vigente. Non solo, per questo stesso motivo, la Corte costituzionale sembra volere ipotizzare anche l'esito della pronuncia in tema di *status filiationis* nei confronti del genitore di intenzione in caso di maternità surrogata, attesa per l'inizio del prossimo anno (in seguito alla rimessione della Cass., sez. I civ., ord. 29 aprile 2020, n. 8325).

Non resta che aspettare per vedere se il Giudice delle leggi e dei diritti vorrà cambiare indirizzo – seppure a breve distanza temporale – assumendo come prospettiva la tutela dell'identità personale e del superiore interesse del minore a conservare e consolidare le relazioni familiari instaurate, nonché del diritto del bambino alla genitorialità quale diritto della personalità.