

**Maternità “bio-intenzionale”:
un nuovo e coraggioso approccio ad una “duttilità assiologica”**

di REMO TREZZA

This paper aims to retrace the legal argument followed by the Constitutional Court in the matter of recognition of intentional motherhood. The contribution investigates the reasons, on the one hand of closure, on the other of openness, which led the Constitutional Court to declare the inadmissibility of the complaint proposed by the ordinary Court. After analyzing the implications on the right to self-determination of the same-sex couple, to parenthood, to the best interest of the child, the paper intends to build a contingent category of bio-intentional motherhood, based on the unity of maternal qualifications, descending from the clause of eternity of the rights referred to in art. 2 of the Constitution. Against the background of this categorization, there is a new concept of “axiological ductility”, through which constitutional provisions can be made to operate perceptively in the emerging protection of new rights.

SOMMARIO: 1. Le coordinate fattuali. – 2. Le ragioni sviluppate dai ricorrenti e le “strenue” difese del Governo. – 3. I dubbi di legittimità costituzionale del Tribunale rimettente e le norme costituzionali “potenzialmente” violate. – 4. L’esclusione *ope legis* della maternità bio-intenzionale e “punti di non ritorno” della giurisprudenza costituzionale e di legittimità – 5. Diversità di sesso della coppia e *best interest of the child*: omogenitorialità o bigenitorialità? – 6. Scelta legislativa costituzionalmente *imponenda*: basta l’adozione in casi particolari? – 7. Brevi considerazioni: verso una *reductio ad unum* costituzionale della improponibile duplicità della qualificazione materna.

1. Le coordinate fattuali.

La Corte costituzionale, con sentenza del 4 novembre 2020, è intervenuta su una “spinosa e attuale” questione, involgente svariati diritti fondamentali della persona umana¹, tutti

¹ In maniera non assolutamente esaustiva, ma quanto meno dialogica, in tema di diritti fondamentali della persona, si veda P. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2006; M. DE SALVIA, V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte di Giustizia delle Comunità europee. Vol. 1: 1960-1990*, Milano, 2006; G. LIMONE, *L’arcipelago dei diritti fondamentali alla sfida della critica*, Milano, 2006; S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P. PUOTI, *Diritti fondamentali e politiche dell’Unione Europea dopo Lisbona*, Sant’Arcangelo di Romagna, 2013; S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Sant’Arcangelo di Romagna, 2018; E. MALFATTI, F. BIONDI DAL MONTE, N. PIGNATELLI, *I «livelli» di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2018; L. DANIELE, A. BURATTI, *Principi generali del diritto, diritti fondamentali e tutela giurisdizionale: nuove questioni*, Padova, 2019; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2020; G. ALPA, *I diritti della persona*, Padova, 2020.

succintamente collegati, in una dimensione bilanciatoria², alla salvaguardia del *best interest of the child*³. La sentenza ha visto la luce dopo il sollevamento, in via incidentale, della questione di legittimità costituzionale da parte del Tribunale ordinario di Venezia, il quale ha messo in dubbio che la normativa interna⁴ inerente la “non trascrivibilità” nell’atto di nascita anche del nome della “madre intenzionale⁵”, potesse essere conforme ai principi costituzionali, di natura strettamente precettivistica⁶.

² Su questo specifico aspetto, si veda, *in primis*, R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di L. DI CARLO, Bologna, 2012. Inoltre, si rinvia a D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, 2009; L. DI CARLO, *Diritti fondamentali tra teorie del discorso e prospettive istituzionalistiche*, Milano, 2010; U. POMARICI, *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, Napoli, 2013; A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014; G. PINO, *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo. Esperienze e prospettive*, Milano, 2015; G. BRONZINI, R. COSIO, *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, 2017; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Sant’Arcangelo di Romagna, 2018; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2020.

³ Si consenta rinviare, sul punto, specie per l’analisi puntuale del tema di cui si sta trattando, a R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, in *Federalismi.it*, n. 22/2020, pp. 278-308. Si rinvia, inoltre, a A. DIECI, *Gainst an outdated legal system, it is the lawyer’s role to rethink about the instruments used in order to ensure the protection of minorities and vulnerable, such as families not explicitly defined by Law, children, and adolescents on the adoption list*, in *Jura Gentium*, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, pp. 1-21, consultabile online; N. MONTUORO, *Il supremo interesse del minore nella famiglia non tradizionale: dalla CEDU al recente ritorno ai criteri di legge*, in *Ordines*, n. 2/2016, pp. 135-149; G. CORAPI, *La tutela dell’interesse superiore del minore*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, n. 3/2017; S. STURNIOLO, *The best interest of the child nella Legge n. 219/2017*, in *Consulta online*, fasc. 2, 2018, pp. 412-419; M. ACIERNO, *Il mantra del preminente interesse del minore*, in *Questione giustizia*, n. 2/2019, pp. 93-100; L. ACCONCIAMESSA, *Best interest of the child, limitazione ed etero-integrazione dell’ordine pubblico*, in *Ius in itinere*, 13 luglio 2020, consultabile online; S. SCHETTINO, *La maternità surrogata tra limite dell’ordine pubblico e prevalente interesse del minore (riflessioni a margine della sentenza della Corte EDU sul caso Paradisi e Campanelli c. Italia)*, in *dirittifondamentali.it*, consultabile online; U. SALANITRO, *L’ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*, *Nota a ord. Cass. civ. sez. I 29 aprile 2020 n. 8325*, in *il Corriere giuridico*, 2020, fasc. 7, pp. 910-916.

⁴ Si fa riferimento agli artt. 1 co. 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76, relativa alla “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze” e 29, co. 2, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, recante “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”.

⁵ Tra i tanti, si veda S. TONOLO, *Ordine pubblico internazionale e atti di nascita stranieri in caso di gravidanza per altre*, in *articolo29.it*, consultabile online. Si rinvia, sul punto, ad una recente sentenza della Cassazione (Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668), per la quale solo la madre biologica può essere menzionata nell’atto di nascita e non anche quella intenzionale. Si trovano spunti riflessivi, ma soprattutto critici, in R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, cit., specificamente pp. 286-289.

⁶ Molto interessante, sul punto, è lo scritto di M. FIORAVANTI, *L’attuazione della Costituzione: il ruolo della cultura costituzionale*, relazione al Convegno “La Costituzione della Repubblica Italiana. Le radici, il cammino”, tenuta a Bergamo il 28 e il 29 ottobre 2005, pp. 1-12, in *Astrid online*; A. ANZON, *L’ “inefficacia giuridica” di norme “programmatiche”*, in *costituzionalismo.it*, n. 2/2004, consultabile online; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2013, pp. 1-28; G. D’AMICO, *Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giustizia civile.com*, n. 3/2016, consultabile online. Da ultimo, sul punto, si consenta rinviare a R. TREZZA, *Diritto all’anonimato e diritto a conoscere le proprie origini biologiche: un*

Per una panoramica, piuttosto completa, sul fatto generativo del giudizio costituzionale, è bene dare atto di alcune *quaestiones facti* principali. Nel corso di un giudizio per rettifica di atto di nascita – proposto da due donne, le quali, premesso di essere unite civilmente⁷ e di avere, una di esse con il consenso dell'altra⁸, avviato (all'estero⁹) pratica di fecondazione

approccio “sbilanciatorio-avaloriale” o “bilanciatorio-assiologico”?, in *Giustizia insieme*, 4 ottobre 2019, consultabile *online*.

⁷ L'ordinamento italiano, ormai da quattro anni, consente che due persone dello stesso sesso possano addivenire ad un'"unione civile", disciplinata dalla legge n. 76/2016. Sul tema, si rinvia a A. FASANO, G. E. GASSANI, *La tutela del convivente dopo la legge sulle unioni civili*, Milano, 2016; M. M. WINKLER, M. GATTUSO, G. BUFFONE, *Unione civile e convivenza*, Milano, 2017; G. CASSANO, G. OBERTO, *Diritti patrimoniali della famiglia. Matrimonio, unione civile, convivenza*, Milano, 2017; A. ALBANESE, *I profili successori nel nuovo diritto di famiglia. Matrimonio, unioni civili, convivenze e famiglie ricostituite*, Pisa, 2018; C. M. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze*, Torino, 2018; R. BAIOTTO, A. BUSACCA, B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza. Interesse del minore e genitorialità same sex*, Padova, 2018; G. RUSSO, *Le unioni civili*, Milano, 2018; A. ALBANESE (a cura di), *Le nuove famiglie. Unioni civili, convivenze, famiglie ricostituite: costituzione, diritti e doveri, rapporti personali e patrimoniali, filiazione, responsabilità, crisi della coppia e scioglimento, successione mortis causa, convenzioni e formule contrattuali*, Pisa, 2019; A. FIGONE, A. FASANO (a cura di), *Matrimonio, unione civile, convivenza. Costituzione della famiglia e regimi patrimoniali*, Milano, 2019.

⁸ Nel caso di specie, la madre intenzionale aveva dato il consenso affinché la madre biologica procedesse alla fecondazione medicalmente assistita non sul territorio italiano. In tema di PMA all'estero, si veda Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 221, la quale, confermando il divieto di adoperare la PMA da parte di una coppia dello stesso sesso (nel caso di due donne), ha teso a sottolineare le differenze ontologiche tra l'istituto dell'adozione e quello della fecondazione assistita. La Corte, infatti, si è espressa in tali termini: "L'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando: essa non serve per dare un figlio a una coppia, ma precipuamente per dare una famiglia al minore che ne è privo. Nel caso dell'adozione, dunque, il minore è già nato ed emerge come specialmente meritevole di tutela – così nella circoscritta ipotesi di adozione non legittimante ritenuta applicabile alla coppia omosessuale – l'interesse del minore stesso a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate: interesse che – in base al ricordato indirizzo giurisprudenziale – va verificato in concreto (così come, del resto, per l'affidamento del minore nato da una precedente relazione eterosessuale). La procreazione medicalmente assistita, di contro, serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo), realizzandone le aspirazioni genitoriali. Il bambino, quindi, deve ancora nascere: non è, perciò, irragionevole – come si è detto – che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni di partenza". Su tali temi, seppur trasversalmente toccati, si consenta rinviare a R. TREZZA, *Fecondazione post mortem: sopravvivenza del consenso del coniuge espresso in vita, rettificazione dell'atto dello stato civile e attribuzione del cognome paterno*, in *Giustizia insieme*, 12 settembre 2019, consultabile *online*.

⁹ Gli artt. 5 e 12 della Legge n. 40/2004, infatti, riservano l'accesso alla PMA alle sole coppie di maggiorenni, coniugate o conviventi, di sesso diverso, sanzionando, per l'effetto, la condotta di coloro che applichino tecniche di PMA a coppie composte da persone dello stesso sesso. Questo è il motivo per il quale le donne hanno deciso di adoperare la tecnica predetta all'estero. In tali termini, c'è chi parla di "turismo procreativo". Vedi, in tal senso, R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, cit., p. 302 ss. Si veda anche Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162. Nel testo della sentenza, seppur nella parte fattuale, è bene evidenziare come i ricorrenti abbiano sottolineato che "le situazioni delle coppie che possono porre rimedio alla causa di sterilità o infertilità mediante la fecondazione omologa, ovvero a quella eterologa, sarebbero analoghe e gli studi dell'Organizzazione mondiale della sanità avrebbero dimostrato l'inconsistenza delle pretese esigenze di tutela di carattere psicologico del nascituro, basate su presunti disturbi e sofferenze dello stesso, nel caso in cui abbia un solo genitore biologico. Il divieto censurato avrebbe, inoltre, alimentato una sorta di «turismo procreativo», dando luogo a situazioni di rischio, a causa dell'inferiore livello di assistenza sanitaria garantito in altri Paesi, specie in quelli in cui i costi sono più bassi".

medicalmente assistita¹⁰ dalla quale è nato un bambino, chiedevano la declaratoria di illegittimità del rifiuto opposto dall'Ufficiale dello stato civile alla loro richiesta congiunta di indicare il minore come figlio di entrambe e non della sola partoriente¹¹ – l'adito Tribunale, ritenutane la rilevanza, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, co. 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76¹², «nella parte in cui limita la tutela ... delle coppie di

¹⁰ Sul punto, si veda, *in primis*, E. SCABINI, G. ROSSI (a cura di), *Famiglia «Generativa» o famiglia «Riproduttiva»? Il dilemma etico nelle tecnologie di fecondazione assistita*, Milano, 1999; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; M. C. CAMPAGNOLI, *Procreazione medicalmente assistita e fecondazione eterologa: il percorso frastagliato della legge 40/2004. Fattispecie, disciplina e profili giurisprudenziali*, Milano, 2017; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018.

¹¹ Specifica, per il caso di specie, è una pronuncia recente, come già anticipato, della Suprema Corte (Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668), per la quale "(...) la validità delle suddette conclusioni non è inficiata dai recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità – sui temi dell'adozione di minori da parte di coppie omosessuali (cfr. Cass. n. 12962 del 2016) e del riconoscimento in Italia di atti formati all'estero, dichiarativi del rapporto di filiazione in confronto a genitori dello stesso sesso (cfr. Cass. n. 19599 del 2016, n. 14878 del 2017)". Per altro verso, «il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione» (in tal senso, Corte Cost. n. 221 del 2019). La possibilità di ottenere il riconoscimento in Italia di atti stranieri dichiarativi del rapporto di filiazione da due donne dello stesso sesso si giustifica in virtù del fatto che diverso è il parametro normativo applicabile. A venire in rilievo, in tal caso, è il principio di ordine pubblico (legge 31 maggio 1995, n. 218, artt. 16 e 64, comma 1, lett. g) con il quale si è ritenuto non contrastare il divieto normativamente imposto in Italia alle coppie formate da persone «di sesso diverso» di accedere alle PMA, in relazione ad atti validamente formati all'estero per i quali è impellente la tutela del diritto alla continuità (e conservazione) dello «*status filiationis*» acquisito all'estero, unitamente al valore della circolazione degli atti giuridici, quale manifestazione dell'apertura dell'ordinamento istanze internazionalistiche, delle quali può dirsi espressione anche il sistema del diritto internazionale privato, alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost. E ciò diversamente dalle coppie omosessuali maschili, per le quali la genitorialità artificiale passa necessariamente attraverso la pratica distinta della maternità surrogata (o gestazione per altri) che è vietata da una disposizione (l'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004) che si è ritenuta espressiva di un principio di ordine pubblico, a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti dal legislatore prevalenti sull'interesse del minore, salva la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione (Cass., sez. un., n. 12193 del 2019)". Sul punto, si rinvia a A. VALONGO, *La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione, Nota a sent. Cass. civ. sez. un. 8 maggio 2019 n. 12193*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 3/2020, pp. 544-558; O. FERACI, *La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte di cassazione (sez. un. civ.), n. 12193/2019: tra "costituzionalizzazione attenuata" e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore (The Concept of Public Policy in the Light of the Decision by the Court of Cassation, Plenary Session for Civil Matters, No. 12193/ 2019: Between Giving Public Policy in Part a Constitutional Status and Balancing It with the Principle of the Best Interest of the Child). Nota a sent. Cass. civ. sez. un. 8 maggio 2019 n. 12193*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4/2019, pp. 1137-1151; G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento. Nota a sent. Cass. civ. sez. un. 8 maggio 2019 n. 12193*, in *Famiglia e diritto*, n. 7/2019, pp. 677-686.

¹² Tale legge reca "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze". In tema, sia consentito, per un approfondimento, rinviare a F. DELL'ANNA MISURALE, *Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge*, in *Giustizia civile.com*, 27 giugno 2016, pp. 3-23, consultabile online. Per una primissima giurisprudenza di merito, in chiave garantistica, grazie all'apporto bibliografico previsto anche nel contributo poc'anzi menzionato, prima dell'approdo legislativo, si rinvia a Corte

donne omosessuali unite civilmente ai “soli diritti ... e doveri nascenti dall’unione civile”», dell’art. 29, co. 2¹³, del d.P.R. 30 gennaio 2015, n. 26¹⁴, nella parte in cui «limita la possibilità di indicare il solo genitore “legittimo, nonché di quelli che rendono ... o hanno dato il consenso ad essere nominati” e non anche alle donne tra loro unite civilmente e che abbiano fatto ricorso (all’estero) a procreazione medicalmente assistita», in riferimento agli artt. 2, 3, co. 1 e 2, 30 e 117, co. 1, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 24, par. 3, della Carta dei diritti Fondamentali dell’Unione Europea¹⁵, agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia

Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro italiano*, 2010, I, p. 1361, con note di R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio e il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*; F. DAL CANTO, *La corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*; M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passati tempi)*; M. COSTANZA, *La corte costituzionale e le unioni omosessuali*, in *Iustitia*, 2010, p. 311; M. GATTUSO, *La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, p. 179 e F. R. FANTETTI, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso*. Si veda, ancora, Corte Cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Famiglia*, 2003, p. 841, con nota di G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*; S. LANDINI, *Incostituzionalità dei limiti alle indagini sulla maternità e sulla paternità ex art. 278 c.c. e posizione giuridica del figlio incestuoso*; C. M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla maternità e paternità di cui all’art. 278, comma 1, c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 4058. In ultimo, si faccia riferimento a Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 665, con nota di M. GATTUSO, *“Matrimonio”, “Famiglia” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte europea dei diritti dell’uomo*; F.R. FANTETTI, *Il diritto degli omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia*, in *Famiglia, persone, successioni*, 2012, p. 857; P. RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre corti*, in *Corriere giuridico*, 2012, p. 861. Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2013, n. 601, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 432, con nota di C. MURGO, *Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell’affidatario: l’interesse del minore come criterio esclusivo*; A. FIGONE, *Inserimento del minore in famiglia omosessuale. Nota a sentenza della cassazione 11 gennaio 2013, n. 601*, in *Rivista AIAF*, n. 1/2013; L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra “pregiudizio” e interesse del minore*, in *Corriere giuridico*, 2013, p. 893; F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio ... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell’affidamento della prole alla madre omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2013, p. 570. Cass. civ., sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Corriere giuridico*, 2015, p. 909, con nota di G. FERRANDO, *Matrimonio same-sex: Corte di cassazione e giudici di merito a confronto*; T. AULETTA, *Ammissibilità nell’ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, p. 649.

¹³ Si fa riferimento, si ribadisce, al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, recante “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, come modificato dall’art. 1, comma 1, lettera c)”.

¹⁴ Regolamento recante “Attuazione dell’articolo 5, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, in materia di filiazione”.

¹⁵ La Carta U.E., proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, come è noto, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei trattati. Sull’intersezione U.E. e maternità intenzionale, con specifiche implicazioni anche sul tema della maternità surrogata adoperata da parte di coppie dello stesso sesso, si veda R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, vol. 10, n. 1/2016, pp. 1-26; S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *Biodiritto*, pp. 1-22, consultabile online; C. VARANO, *La maternità surrogata e l’interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, in *Famiglia e diritto*, n. 8-9/2017, pp. 825-836; B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e*

dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁶ e alla Convenzione sui diritti del fanciullo¹⁷, con particolare riferimento all'art. 2.

Secondo l'argomentazione svolta dal giudice rimettente, infatti, il combinato disposto delle norme censurate pregiudicherebbe alcuni diritti inviolabili della persona, quali il diritto alla genitorialità¹⁸ e il diritto alla procreazione¹⁹ nell'ambito di una unione civile legalmente riconosciuta nell'ordinamento italiano; discriminerebbe i cittadini per il loro orientamento sessuale ed in considerazione delle condizioni patrimoniali in cui versano le coppie; introdurrebbe, anche avuto riguardo al panorama della legislazione europea, un irragionevole divieto basato su discriminazioni per mere ragioni legate all'orientamento sessuale dei componenti la coppia.

le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?, in *Rivista AIC*, n. 5/2019, pp. 197-219.

¹⁶ La Convenzione EDU, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, promana dal Consiglio d'Europa, e il suo organo giurisdizionale, ovvero la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ha, più volte, avuto modo di soffermarsi su questi temi. Vedi, in particolare, sul punto, il parere consultivo-preventivo offerto, su richiesta della Francia, in tema di maternità surrogata utilizzata da persone dello stesso sesso. Si consenta rinviare a R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, cit., p. 283, ove: "tale parere è stato reso, per la prima volta, in esecuzione del Protocollo n. 16 allegato alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, entrato in vigore il 1° agosto 2018 – ma non per l'Italia, che non lo ha ancora reso esecutivo –; al riguardo, nel rapporto esplicativo allo stesso Protocollo si evidenzia che la formulazione di cui all'art. 1, par. 1, del Protocollo, trae ispirazione dall'art. 43, par. 2, della Convenzione, il quale sancisce che il rinvio di un caso dinanzi alla Grande Camera è ammesso quando «la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale». La dottrina ha chiarito che il parere reso dalla Grande Camera, nell'ambito del predetto protocollo, costituisce un giudizio astratto, teso a chiarire in via preliminare il contenuto delle norme convenzionali, fornendo quindi un ausilio ai giudici nazionali che potranno, così, prevenirne la violazione ovvero, se già commessa, porvi rimedio". Si veda, fra tutti, R. G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019, consultabile online; L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità "intenzionale": il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Freedom, Security and Justice*, n. 2/2019, p. 160 ss.

¹⁷ La Convenzione è stata proclamata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176.

¹⁸ Sul punto vedi R. BOSISIO, P. RONFANI, *Le famiglie omogenitoriali. Responsabilità, regole e diritti*, Roma, 2015; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, in *Federalismi.it*, 1 aprile 2020, consultabile online; D. BRUNO, *Il diritto alla genitorialità e limiti imposti dalla l. n. 40/2004: possibili lesioni dei valori costituzionali*, in *Salvis Juribus*, 18 maggio 2020, consultabile online.

¹⁹ Si ribadisce Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 221, con la quale è stato affermato: "(...) per i giudici costituzionali, questo non rappresenta "una discriminazione basata sull'orientamento sessuale", poiché la Costituzione "non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli" e "di certo, non può considerarsi irrazionale e ingiustificata, in termini generali, la preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato".

2. Le ragioni sviluppate dai ricorrenti e le “strenue” difese del Governo.

Le due parti ricorrenti nel giudizio principale hanno richiesto, in via principale, la dichiarazione di inammissibilità della questione sollevata per non avere il Tribunale rimettente adeguatamente motivato «in merito alle ragioni per le quali non sia stato possibile addivenire ad una interpretazione conforme a Costituzione» della normativa denunciata; in via subordinata, la dichiarazione di non fondatezza della questione di legittimità costituzionale, dovendo le norme censurate essere interpretate nel senso che esse consentono la formazione in Italia di un atto di nascita in cui siano riconosciuti come genitori due donne che abbiano fatto accesso all'estero a tecniche di fecondazione eterologa, quando esse siano unite civilmente; in via ulteriormente gradata, la dichiarazione di fondatezza della questione di legittimità costituzionale per contrasto della normativa, che ne forma oggetto, con i parametri nazionali e sovranazionali evocati dal rimettente²⁰.

L'Avvocatura generale dello Stato ha contestato, sotto ogni profilo, la fondatezza della riferita questione, affermando che l'*iter* argomentativo del rimettente muoverebbe «dall'assunto, del tutto apodittico e indimostrato, dell'esistenza nel sistema giuridico di un “diritto alla bi-genitorialità²¹”» e finirebbe per «esprimere unicamente e semplicemente una impostazione decisamente “adulto-centrica”, lontana o che, comunque, non tiene affatto conto del principio del “*best interest of the child*” ovvero della necessità di adottare tra più soluzioni astrattamente possibili quella più conforme e adatta alle esigenze del minore²²».

²⁰ Ad avviso dei ricorrenti, non sarebbe dato, infatti, rinvenire nell'ordinamento interno «un diritto o un interesse di pari rango costituzionale che il legislatore avrebbe l'obbligo di tutelare attraverso l'esclusione di altri esseri umani dall'esercizio dei diritti fondamentali prescritti dagli artt. 2 e 30 Cost. e 8 CEDU, nonché dalla Convenzione dei Diritti del Fanciullo, esclusivamente in ragione dell'orientamento sessuale delle persone a cui si sottraggono questi diritti».

²¹ Seppur tra coppie di sesso diverso, la Cassazione (Cass. civ., 8 aprile 2019, n. 9764) ha enfatizzato con forza il principio di “bi-genitorialità”, giungendo al superamento del criterio della *maternal preference*. Inoltre, si veda, per ricostruire un “diritto alla bi-genitorialità” che è proprio delle coppie eterosessuali, senza nulla dover togliere alle coppie omosessuali, altrimenti verrebbe a palesarsi una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, Cass. civ., 10 dicembre 2018, n. 31902, per la quale vi sarebbe un reciproco diritto di ciascun genitore e dei figli a essere presente nelle rispettive vite. Si veda, in chiave europea, CEDU, sez. II, 29 gennaio 2013, *Affaire Lombardo c/ Italia*, la cui pronuncia ha condannato l'Italia per non avere predisposto un sistema adeguato a tutelare il diritto inviolabile del genitore – quasi sempre il padre separato – di mantenere un rapporto significativo col figlio.

²² In dissenso, R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, cit., p. 301 ss., ove si è sottolineato che, in riferimento all'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale n. 8325/2020 in tema

Ciò troverebbe conferma, secondo l'Avvocatura, anche nella giurisprudenza della Corte EDU, per la quale, pur non potendosi ignorare il dolore provato da coloro i quali vedono frustrato il proprio desiderio di genitorialità²³, resta comunque escluso che la Convenzione sancisca «alcun diritto di diventare genitore», atteso anche che quest'ultima aspirazione deve comunque cedere rispetto al superiore interesse del nascituro che, infatti, non verrebbe adeguatamente tutelato ove venissero consentite pratiche di fecondazione assistita al di fuori dei limiti consentiti dalla normativa vigente²⁴.

di maternità surrogata adoperata all'estero da due donne e riconoscimento del figlio in Italia, "(...) la Corte di Cassazione, con tale rimessione alla Corte costituzionale, avrà forse ritenuto il contrasto interno alla Carta costituzionale stessa, ovvero tra l'art. 2 e l'art. 29 della Costituzione? Solo la famiglia fondata sul matrimonio tra un uomo e una donna rileva ai sensi dell'art. 2 Cost.? La risposta è, senza dubbio, negativa, in quanto il Legislatore, nel 2016, come si è già detto, ha consentito le unioni civili, dalle quali, stante gli artt. 2 e 29 Cost. così come interpretati dalla giurisprudenza di legittimità (sino al 2019) e dalla Corte costituzionale, nascerebbe una "famiglia a metà", nella quale vi sarebbe solo la presenza di due *partners*, ma non quella dei figli che sono parte integrante del concetto stesso di famiglia. Anche il non riconoscimento della sentenza straniera che accerta la nascita di un bambino all'estero mediante la tecnica della maternità surrogata farebbe sì – così come effettivamente fa sì – che la "comunque costituita famiglia" in Italia (riconosciuta ontologicamente dalla Costituzione – art. 2 – quale formazione sociale ove si svolge la personalità sia dei genitori che dei minori ivi presenti) venga privata di un "elemento (in)defettibile". Ancora, si è evidenziato che "(...) il diritto, in tal caso, dovrebbe soprassedere sul mezzo, orientando la piena tutela sul fine: la protezione quanto più totale e preminente possibile del minore. Perché, in ultima battuta, il fine (l'interesse superiore del minore) giustifica il mezzo utilizzato in ottica auto-deterministica dai genitori/*partners* (maternità surrogata solidaristica, fecondazione eterologa ecc...). Se una simile tecnica – si parla della maternità surrogata solidaristica –, in quanto pienamente conforme al dettato costituzionale, dovesse quindi essere permessa nel nostro ordinamento, ancor prima bisognerebbe comprendere se l'attuale divieto di fecondazione eterologa tra persone dello stesso sesso sia o meno conforme a Costituzione. Inoltre, bisognerebbe "mettere mano", auspicandone una vera e propria riforma, alla legislazione penale speciale in tema di affidamento illecito di minori a terzi che, secondo le considerazioni sin qui svolte, comincerebbero a stridere anch'esse con il principio intangibile e insopprimibile dell'interesse preminente del minore. A parere di chi scrive, la fecondazione eterologa tra *same-sex couples* potrebbe essere riconosciuta solo per i fini stabiliti dalla normativa e valevoli già (e solo) per le coppie eterosessuali". Si veda, su tal punto, G. RECINTO, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata. Nota a ord. Cass. civ. sez. I 29 aprile 2020 n. 8325*, in *Famiglia e diritto*, n. 7/2020, pp. 690-696; F. RINALDI, *Giustizia, famiglia ed eguaglianza: due madri, due padri ed il "figlio dell'uomo"*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, pp. 57.

²³ Sul punto, si rinvia a D. VIVIANI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata: le emozioni in gioco*, in *Studi di sociologia*, n. 2/2020, pp. 119-142.

²⁴ In questo senso, CEDU, *Grande Chambre*, 24 gennaio 2017, *Paradiso Campanelli c/ Italia*. Sul punto, si veda L. VIZZONI, *Quando il best interest del minore azzera la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in *Jus civile*, n. 11/2015, pp. 639-657; G. FERRANDO, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in *GenIus*, IV, n. 2/2017, pp. 12-19; I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *GenIus*, IV, n. 2/2017, pp. 20-27; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, pp. 1- 29; S. TONOLO, *Lo status filiationis da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*, in *GenIus*, n. 2/2019, pp. 1-10; U. SALANITRO, *Favor minoris, impugnazione del riconoscimento e maternità surrogata. Per un'interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Giustizia civile.com*, 8 febbraio 2018, consultabile online; P. PASSAGLIA, *Il riconoscimento dell'adozione omoparentale avvenuta all'estero*, in *Centro studi Corte costituzionale*, gennaio 2016, pp. 9-80, consultabile online; C. SARTORIS, *Maternità surrogata e tutela*

dell'interesse del minore, in *Persona e mercato*, 17 maggio 2019, consultabile online. Si veda, ancora, R. DE FELICE, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale: la Corte Federale di Giustizia della RFT e la garanzia dell'interesse del minore; la Corte di Cassazione italiana e la formale prevalenza dei principi di diritto interno*, in *Persona & danno*, consultabile online; M. DOGLIOTTI, *I due padri tra ordinanza di rimessione e sezioni unite della Cassazione*, in *Genlus*, n. 2/2019, pp. 1-12, specie p. 5 sul concetto di ordine pubblico internazionale; M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in *comparazionediritto.it*, pp. 1-58, consultabile online; U. SALANITRO, *Quale ordine pubblico secondo le Sezioni Unite? Tra omogenitorialità e surrogazione, all'insegna della continuità*, in *Giustizia civile.com*, 29 maggio 2019, consultabile online; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, XII, fasc. 2/2019, pp. 1-35; V. BARBA, *La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, in *articolo29.it*, 2018, pp. 1-11, consultabile online; S. STEFANELLI, *Procreazione eterologa e azioni di stato*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, n. 3/2014, pp. 46-64, consultabile online; C. CIRAULO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *Jus civile*, n. 12/2014, pp. 485-508, consultabile online; S. CACACE, *Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. Così vicini ad un cortocircuito giuridico*, in *Rivista italiana di medicina legale*, XXXVIII, n. 3/2016, pp. 913-931; G. SPOTO, *La dignità del nascere e il divieto di maternità surrogata*, in *Cultura e diritti*, n. 1/2017, pp. 13-33; A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'impatto nell'ordinamento italiano (2010-2015)*, Padova, 2016, pp. 717-737; D. CRESTANI, *Omogenitorialità, maternità surrogata, e diritti dei minori*, in *istrevi.it*, 8 marzo 2017, pp. 1-2, consultabile online. In tema, invece, di maternità surrogata, che ha implicazioni forti con il caso di specie, si rinvia, in maniera non assolutamente esaustiva, a A. B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002; S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018. Secondo l'A., la maternità surrogata fuoriesce dalla logica e dai tradizionali criteri di attribuzione dello *status filiationis* e continua ad alimentare questioni e soluzioni non univoche in merito alla liceità e alla meritevolezza della pratica e all'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di una genitorialità priva di legame biologico. Si veda, ancora, sul punto B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 5/2019, pp. 197-219; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *Rivista di biodiritto*, n. 3/2015, pp. 7-28; S. SCHETTINO, *La maternità surrogata tra limite dell'ordine pubblico e prevalente interesse del minore (riflessioni a margine della sentenza della Corte EDU sul caso Paradisi e Campanelli c. Italia)*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2016, pp. 1-16; L. SUGAMELE, *Maternità surrogata: la biopolitica del corpo. Una lettura della convergenza tra patriarcato e ideologia neoliberale*, in *Annali di Ca' Foscari. Serie occidentale*, vol. 53 – Supplemento – 2019, pp. 433-447; G. BERTIS DE MARINIS, *Maternità surrogata e tutela dell'interesse del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 3/2015, pp. 287-312; S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *Biodiritto*, n. 2/2019, pp. 1-22; A. RUGGERI, C. SALAZAR, *"Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio": riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta online*, n. 1/2017, pp. 138-148; P. BINETTI, *Maternità surrogata: un figlio a tutti i costi (recensione)*, in *Medic*, 25(1), 2017, p. 107; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto ed interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *costituzionalismo.it*, n. 1/2018, pp. 149-177; L. CUCINOTTA, *La difficile ricerca dell'identità per i nati da maternità surrogata. Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale del 18 dicembre 2017 n. 272*, in *Diritto e Questione pubbliche*, XVIII, 2018, pp. 191-211; G. PORCELLI, *La maternità surrogata: una prospettiva critica dell'addio al corpo del post-umanesimo*, in *Salute e Società*, XVIII, n. 1/2019, pp. 60-81; M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in *Questione giustizia*, n. 2/2019, pp. 74-92; I. RIVERA, *Le dimensioni del mestolo. La maternità surrogata tra divieto legislativo e attivismo giudiziario*, in *Federalismi.it*, n. 4/2020, pp. 204-228; L. FERRARO, *La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero. Un esame della giurisprudenza (ultima) interna e della Corte EDU*, in *DPCE online*, n. 1/2017, pp. 234-258; E. MARTINELLI, *Alcuni spunti di comparazione tra diritto italiano e diritto ebraico in tema di maternità surrogata*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 11/2018, pp. 2-19; F. GIULIMONDI, *"Maternità surrogata" fra giurisprudenza della Corte di Strasburgo e diritto statale*, in *DPCE online*, 22, n.

3. I dubbi di legittimità costituzionale del Tribunale rimettente e le norme costituzionali “potenzialmente” violate.

L’art. 1, co. 20, cit., dispone che «[a]l solo fine di assicurare l’effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall’unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell’unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

A sua volta, l’art. 29, co. 2, cit., rubricato «Atto di nascita», prevede che «[n]ell’atto di nascita sono indicati il luogo, l’anno, il mese, il giorno e l’ora della nascita, le generalità, la cittadinanza, la residenza dei genitori del figlio nato nel matrimonio nonché di quelli che rendono la dichiarazione di riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio e di quelli che hanno espresso con atto pubblico il proprio consenso ad essere nominati, il sesso del bambino e il nome che gli viene dato ai sensi dell’articolo 35».

Il Tribunale ordinario di Venezia ha dubitato della legittimità costituzionale del predetto comma 20 dell’art. 1, cit., «perché, limitando l’applicabilità delle leggi speciali alle coppie di donne omosessuali unite civilmente ai “soli diritti e [...] doveri nascenti dall’unione civile”, nel combinato disposto con l’art. 29, co. 2, cit., preclude loro la possibilità di essere indicate, entrambe, quali genitori nell’atto di nascita quantunque siano unite civilmente e [...] abbiano fatto ricorso (all’estero) alla procreazione medicalmente assistita».

2/2017, pp. 131-140; A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella gestazione per altri*, in *Diritto e processo*, 2019, pp. 67-93; I. ANRO, *Il Caso Paradiso e Campanelli c. Italia di fronte alla Grande Chambre della Corte EDU*, in *Eurojus*, 15 dicembre 2015, consultabile online; O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all’estero e Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7, n. 2/2015, pp. 420-439; I. FERLITO, “*Miglior interesse del bambino*” e “*maternità surrogata*”: il rischio di un valore-tiranno, in *comparazioneDirittocivile.it*.

Per il giudice rimettente, il «combinato disposto» delle due disposizioni *ut supra* violerebbe gli artt. 2²⁵, 3, co. 1 e 2²⁶, 30²⁷, 117, co. 1, Cost.²⁸.

4. L'esclusione *ope legis* della maternità bio-intenzionale e “punti di non ritorno” della giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

²⁵ Vi sarebbe violazione dell'art. 2 Cost., cosiddetta “clausola aperta di diritti” o, con parole più rilevanti, “clausola di eternità dei diritti” poiché l'inapplicabilità delle regole sulla genitorialità intenzionale alle coppie di donne unite civilmente “non realizza il diritto fondamentale alla genitorialità dell'individuo, sia come soggetto singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”. Sull'art. 2 Cost., si veda, in primo luogo, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, specie p. 433 ss. Si veda, in un'ottica intersezionale con i diritti in gioco, M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, pp. 1-24, consultabile online; R. RUSSO, *Gli incerti confini della genitorialità fondata sul consenso: quando le corti di merito dissentono dalla Cassazione*, in *Giustizia insieme*, 28 maggio 2020, consultabile online; G. RECINTO, *La Consulta e la legittimità del divieto per coppie dello stesso sesso di ricorrere alla PMA: non sussiste un “diritto assoluto alla genitorialità”*, in *Giustizia civile.com*, 6 novembre 2019, consultabile online; L. DELL'ATTI, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile. Considerazioni costituzionali a margine di Corte cost., 237/2019*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 248-263; C. MASCIOTTA, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte edu alla prova di questioni eticamente controverse*, in *Gruppo di Pisa*, pp. 1-25, consultabile online.

²⁶ Vi sarebbe violazione dell'art. 3 della Costituzione, sia nei termini dell'uguaglianza c.d. formale che in quella c.d. sostanziale, per la disparità di trattamento (cfr. anche art. 18 TFUE) che ne conseguirebbe, “basata sull'orientamento sessuale e sul reddito in quanto privilegia chi dispone dei mezzi economici non solo per concepire, ma anche per far nascere il figlio all'estero e richiedere, con ormai sicuro successo, la trascrizione in Italia dell'atto di nascita straniero” e, per altro verso, discrimina il nato, sul piano della sua tutela sia morale che materiale, “in considerazione delle caratteristiche della relazione tra i genitori ed in particolare se questa sia omosessuale”. Sul punto, si consenta rinviare a C. VARANO, *Per una nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, tesi di dottato discussa nell'anno accademico 2017-2018 presso l'Università degli studi di Milano-Bicocca, p. 159 ss., consultabile online.

²⁷ Vi sarebbe violazione dell'art. 30 della Carta fondamentale in quanto si paventerebbe “sia per gli adulti che per il nato, l'attuale impossibilità di indicare due madri unite civilmente nell'atto di nascita formato in Italia, che non rispetterebbe il principio di tutela della filiazione”. Mentre “[u]na concezione progressista di tale principio indurrebbe, infatti, ad affrancarne la realizzazione dalla tradizionale dimensione naturalistico – fattuale, tutelandola come diritto pretensivo che, ove il progresso scientifico la consenta, non può essere escluso o limitato, se non in funzione di interessi che il Legislatore consideri, legittimamente, pari-ordinati”. Vedi, in tale ultimo caso, Tribunale di Rovereto del 12 aprile 2019 e Tribunale di Trento del 31 gennaio 2020, i quali hanno riconosciuto la menzione anche della madre intenzionale nell'atto di nascita per le seguenti ragioni: “(...) L'interesse del figlio, come nel caso in esame, e quelle di acquisire rapidamente la stabilità della propria discendenza bi-genitoriale (...) anche di avere certezza della propria provenienza (secondo il codice civile biologica, secondo la legge 40 fondata sul consenso ad un progetto di genitorialità), rivelandosi tale provenienza come uno degli aspetti in cui si manifesta la sua identità”.

²⁸ L'art. 117, co. 1, Cost., è stato censurato in relazione all'art. 24, par. 3, della 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 all'art. 2 della Convenzione sui diritti del fanciullo. Si desumerebbe da tali fonti «un principio internazionale definitivamente acquisito, quello per cui il matrimonio non costituisce più il *discrimen* nei rapporti tra genitori e figli, né per gli uni – che hanno visto riconosciuto il diritto non solo a formarsi una famiglia, ma altresì a diventare genitori, anche oltre i limiti imposti dalla natura (sterilità, identità di sesso dei partner) e comunque per effetto di una manifestazione di volontà svincolata dal dato biologico; né per gli altri, che debbono godere della medesima tutela indipendentemente dalla forma del legame tra coloro che ne assumo[no] la genitorialità».

Leggendo con attenzione la sentenza oggetto di nota, si vede, come afferma la Consulta medesima, che il rimettente (Tribunale di Venezia) non ha mancato di prendere in considerazione la praticabilità di una «via ermeneutica alla tutela» richiesta dalle madri ricorrenti. È pervenuto però ad escluderla per l'ostacolo, a suo avviso non superabile, rinvenibile nella lettera (in particolare nell'*incipit*) dell'art. 1, co. 20, cit., oltre che nella preclusione normativa all'accesso delle coppie dello stesso sesso alla procreazione medicalmente assistita²⁹. È pur vero che, come hanno sostenuto le ricorrenti, la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita è legata anche al “consenso” prestato, e alla “responsabilità” conseguentemente assunta, da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa³⁰.

Ciò, infatti, si desume sia dall'art. 8 della legge n. 40/2004 – per cui, appunto, i nati a seguito di un percorso di fecondazione medicalmente assistita hanno lo stato di «figli nati nel matrimonio» o di «figli riconosciuti» della coppia che questo percorso ha avviato – sia dal successivo art. 9 che, con riguardo alla fecondazione di tipo eterologo, coerentemente stabilisce che il «coniuge o il convivente» (della madre naturale), pur in assenza di un suo apporto biologico, non possa, comunque, poi esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità.

²⁹ Si vedano, sul punto, le sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 11 del 2020, n. 189, n. 187 e n. 179 del 2019.

³⁰ Sulla scorta di questi due principi (consensualistico e responsabilistico), si stanno muovendo, come detto, i tribunali di merito. Si ribadisce, in maniera più esaustiva, che il Tribunale di Trento, con decreto del 25 maggio 2020, ha ordinato all'Ufficiale dello Stato civile del Comune di Trento di trascrivere fedelmente e integralmente l'atto di nascita di una minore, formato a Bologna con l'indicazione di due madri. In tale fattispecie, una coppia di mamme, a seguito della nascita della loro figlia a Bologna, chiedevano – al locale Ufficiale dello stato civile – la formazione di un atto di nascita recante l'indicazione di entrambe e l'attribuzione alla bambina del doppio cognome. Ricevuto l'atto dal Comune di Bologna, l'Ufficiale di stato civile del Comune di Trento – luogo di residenza delle due donne – non solo trascriveva il suddetto atto parzialmente (indicando cioè come madre unicamente la partoriente) ma eliminava dall'atto di nascita anche il secondo cognome. L'identità personale della minore veniva così doppiamente lesa, con riguardo sia all'ascendenza che all'identificazione tramite doppio cognome. Per il Tribunale di Trento, la condotta tenuta dall'Ufficiale dello stato civile è illegittima, giacché il d.P.R. n. 396/2000 in nessun luogo attribuisce all'Ufficiale dello stato civile il potere di intervenire su un atto di nascita formato in altro Comune della Repubblica: l'unico caso nel quale è consentito tale sindacato è in sede di controllo di conformità all'ordine pubblico in occasione della trascrizione di un atto formato all'estero. Al di fuori di questa ipotesi, l'unico strumento per ottenere la modifica sostanziale di un atto di stato civile già chiuso – al di là della correzione di errori materiali, consentita all'ufficiale che lo ha formato – è il procedimento giudiziale di rettifica disciplinato dagli artt. 95 ss. del d.P.R. n. 396/2000. Diversamente argomentando, come evidente, si darebbe peraltro luogo ad una inaccettabile situazione di incertezza nella circolazione degli *status* e delle identità nel territorio della Repubblica. In tale ottica, si veda AA. VV., *Una e indivisibile: da Bologna a Trento, le mamme non possono cambiare*, in articolo29.it, consultabile online.

La Consulta, a tal punto, inamovibile nelle sue posizioni, ha ribadito che occorra pur sempre che quelle coinvolte nel progetto di genitorialità³¹ così condiviso siano coppie «di sesso diverso», atteso che le coppie dello stesso sesso non possono accedere, in Italia, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita³².

La Corte, nel prosieguo della sua trattazione, ha ribadito alcune argomentazioni già espresse negli anni addietro, in particolar modo, che «[l]’esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è [...] fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull’orientamento sessuale³³». Ha, inoltre, ricordato come in questo senso si sia espressa la Corte europea dei diritti dell’uomo, per la quale una legge nazionale che riservi il ricorso all’inseminazione artificiale a coppie eterosessuali sterili, attribuendole una finalità terapeutica, non può essere considerata fonte di una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, rilevante agli effetti degli artt. 8 e 14 CEDU: ciò proprio perché la situazione delle seconde non è paragonabile a quella delle prime³⁴.

Ad opposte conclusioni neppure può condurre la legge n. 76 del 2016, secondo la Corte, che – pur riconoscendo la dignità sociale e giuridica delle coppie formate da persone dello stesso sesso – non consente, comunque, la filiazione, sia adottiva che per fecondazione assistita, in loro favore, in quanto «[d]al rinvio che il comma 20 dell’art. 1 di detta legge opera alle

³¹ In tale ottica, uno spunto viene da A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *costituzionalismo.it*, n. 2/2018, pp. 1-53, consultabile *online*; A. TAURINO, *Il punto di vista della psicologia su famiglie, genitorialità, omogenitorialità. Quali domande?*, in *Questione giustizia*, consultabile *online*.

³² A tal punto dell’argomentazione, la Corte costituzionale ha enfatizzato che “tanto è espressamente disposto dall’art. 5 della citata legge n. 40 del 2004: norma della quale non è possibile l’interpretazione adeguatrice pretesa dalle ricorrenti”. Sembra, di per sé, un atteggiamento “di chiusura”.

³³ Si veda la sentenza n. 221 del 2019, con la quale la Corte ha respinto le censure di illegittimità costituzionale rivolte agli artt. 5 e 12, co. 2, 9 e 10, nonché agli artt. 1, co. 1 e 2, e 4 della legge n. 40 del 2004, per asserto contrasto con i parametri di cui agli artt. 2, 3, 11, 31, co. 2, 32, co. 1, e 117, co. 1, Cost., quest’ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, e con altre disposizioni sovranazionali. Si veda, sul punto, 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 *Quaderni costituzionali*, n. 2/2020, pp. 144-165; 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*, n. 2/2020, pp. 1-16; L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 228-247.

³⁴ Cfr. Corte EDU, 15 marzo 2012, Gas e Dubois c/ Francia. Bisognerebbe, però, comprendere, alla luce del parere consultivo della CEDU medesimo, rivolto alla Francia, ma che involge una serie di questioni delicate sul tema, quale decisione potrebbe prendere il legislatore, al quale la Corte costituzionale, in fin dei conti, si rivolge.

disposizioni sul matrimonio (cosiddetta clausola di salvaguardia) restano, infatti, escluse, perché non richiamate, quelle, appunto, che regolano la paternità, la maternità e l'adozione legittimante»³⁵.

Riprendendo una pronuncia della Cassazione, tra l'altro già citata nei paragrafi precedenti, la Corte costituzionale ha affermato che, in una fattispecie analoga a quella oggetto del procedimento *de quo*, la Corte di legittimità ha, a sua volta, ribadito che non può essere accolta la domanda di rettificazione dell'atto di nascita di un minore nato in Italia, mediante l'inserimento del nome della madre intenzionale accanto a quello della madre biologica, sebbene la prima avesse in precedenza prestato il proprio consenso alla pratica della procreazione medicalmente assistita eseguita all'estero, poiché nell'ordinamento italiano vige, per le persone dello stesso sesso, il divieto di ricorso a tale tecnica riproduttiva³⁶.

³⁵ Si veda, Corte Cost., n. 237 del 2019. Con tale sentenza, la Consulta ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale posta, in quanto il giudice remittente non ha chiarito se la norma che non consentirebbe di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso, sia una norma interna sulla etero-genitorialità, di applicazione necessaria in sede di formazione (ma non anche, peraltro, di trascrizione) dell'atto di nascita di un minore cittadino straniero, ovvero una norma sulla "azione amministrativa" regolatrice dell'attività dell'ufficiale di stato civile (che gli impedirebbe di formare l'atto di nascita di un minore straniero in cui si riconosca al medesimo uno status previsto dalla sua legge nazionale, ma non da quella italiana). Il giudice rimettente, inoltre, si è limitato a denunciare un frammento di una norma virtuale che, però, non ha indicato nella sua interezza e che potrebbe, nella sua parte residua, essere egualmente ricondotta sia all'una che all'altra delle due ipotesi normative sopra considerate.

³⁶ Vedi nuovamente Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668. Si rinvia alla nota n. 11. Sul punto, per una maggiore chiarezza e, in special modo, per cogliere le differenze tra l'istituto della maternità surrogata e della fecondazione eterologa, si legga la sentenza della Corte di Cassazione n. 14878 del 2017, per la quale "deve essere accolta la domanda di rettificazione dell'atto di nascita del minore nato all'estero e figlio di due madri coniugate all'estero, già trascritto in Italia nei registri dello stato civile con riferimento alla sola madre biologica, non sussistendo contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano". Sul punto, si veda S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito. Nota a Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878*, in *articolo29.it*, 10 luglio 2017, consultabile *online*. Per l'A., in maniera condivisibile, tale decisione è in accordo col precedente dettato da Cass. n. 19599/2016 per cui "il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile in Italia di un atto straniero, validamente formato in Spagna nel quale risulti la nascita da due donne (...) non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis*, validamente costituito all'estero". Ciò che costituisce il *novum* della decisione è l'aver ritenuto di applicare al bambino, concepito grazie all'applicazione di tecniche di fecondazione eterologa in ossequio alla disciplina vigente nel Paese della sua nascita, la tutela dettata dall'art. 9, comma 1 della l. 40/2004, per assicurare al nato da siffatte tecniche, pur nel vigore del divieto eliso da Corte Cost. 10 giugno 2014, n. 162, la stabilità dello status di figlio nato nel matrimonio o fuori, che gli spetta ai sensi dell'art. 8 della medesima legge. Si tratta, com'è noto, della traduzione normativa del dettato di Corte Cost. 26 settembre 1998, n. 347, sull'esclusione del marito che abbia consentito all'inseminazione eterologa dall'azione di disconoscimento del figlio, in applicazione del divieto di venire *contra factum proprium*, e del principio di responsabilità per il consenso alla generazione con gameti altrui".

La Corte costituzionale, però, davanti alla quale è pendente il giudizio di legittimità costituzionale inerente la tecnica della maternità surrogata e del riconoscimento del figlio nato in Italia, non ha fatto i conti con il parere consultivo della CEDU³⁷, ove pare si palesi la “preminenza dell’interesse superiore del minore³⁸” rispetto alle scelte – seppur non legalmente ammesse nell’ordinamento giuridico italiano – compiute dai genitori.

5. Diversità di sesso della coppia e *best interest of the child*: omogenitorialità o bigenitorialità?

Per la Consulta, i precetti di cui agli artt. 2, 3, 30 Cost. e i parametri europei e convenzionali, congiuntamente richiamati attraverso l’intermediazione dell’art. 117, co. 1, Cost., così come non consentono l’interpretazione adeguatrice della normativa censurata, allo stesso modo neppure, però, ne autorizzano la *reductio ad legitimitatem*, nel senso dell’auspicato «riconoscimento delle donne omosessuali civilmente unite quali genitori del nato da fecondazione eterologa praticata dall’una con il consenso dell’altra».

Ed invero, la scelta, operata dopo un ampio dibattito dal legislatore del 2016 – quella, cioè, di non riferire le norme relative al rapporto di filiazione alle coppie dello stesso sesso, cui è pur riconosciuta la piena dignità di una «vita familiare» – 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 nato³⁹». E tale scelta non viola gli artt. 2 e 30 Cost., per i profili evidenziati dal giudice *a quo*, perché “l’aspirazione della madre intenzionale ad essere genitore non assurge a livello di diritto fondamentale della persona nei sensi di cui al citato art. 2 Cost.”. La Corte, dunque, ha affermato che una donna, unita civilmente, che ha dato il suo consenso alla propria *partner* per procedere alla PMA e pervenire responsabilmente ad un progetto genitoriale, non abbia il diritto ad essere madre. Pare che l’enunciato dialettico, di

³⁷ Sul punto, si rinvia alla nota n. 16.

³⁸ Si rinvia, su questo difficile bilanciamento, alla nuova interessante monografia di S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Giuffrè, 2020.

³⁹ Cfr. Corte Cost., n. 221 del 2019. Da ciò traspare in maniera eminente che la Consulta abbia adottato un approccio del tutto “sclerotico”.

natura sclerotica, cozzi con quanto la Corte EDU, nel parere consultivo più volte ricordato⁴⁰, ha sottolineato. In tale ottica, infatti, la Corte EDU ha auspicato, a più riprese, che se lo Stato membro, seppur nella sua piena discrezionalità, non volesse addivenire al riconoscimento dello *status filiationis* tra madre intenzionale e figlio, sarebbe quanto meno preferibile che Esso possa prevedere dei rimedi più celeri e di migliore “tutela” del rapporto bidirezionale, se non anche, in ottica convenzionalmente orientata, “tri-direzionale”. Con ciò si vuole sottolineare che l’istituto dell’adozione in casi particolari in Italia (art. 44, co. 1, lett. d), legge adozioni⁴¹, non sarebbe proprio uno strumento adeguato in tal senso, auspicando che il legislatore possa risolvere la questione riconoscendo il diritto del genitore intenzionale di poter “adottare” in senso pieno e non solo in senso “non legittimante” il figlio nato dal progetto condiviso e dalla reciproca responsabilità di assunzione degli impegni (anche e soprattutto educativi, istruttivi e manutentivi) *ab origine* (“causalità reciproca alla nascita”)⁴². In definitiva, dunque, non basta l’adozione in casi particolari per dare totale tutela all’altra genitrice, ma vi è la necessità di unificare la madre biologica e la madre intenzionale in un *unicum* di intenti, di diritti e di doveri, esattamente come vuole il progetto genitoriale al quale entrambe *ab origine* prendono parte⁴³.

A sua volta, afferma di seguito la Corte, l’art. 30 Cost. «non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli» e «[1]a libertà e volontarietà dell’atto che consente di diventare genitori [...] non implica che [...] possa esplicitarsi senza limiti⁴⁴». E ciò

⁴⁰ Si ritorni alla nota n. 16.

⁴¹ Si rinvia a E. CRIVELLI, *La Corte Edu richiama in sede giurisdizionale la prima “Advisory opinion”: un incentivo per l’Italia a ratificare il Protocollo 16?.* Nota a sent. CEDU sez. V 12 dicembre 2019 (causa C. e E. contro Francia (ricorsi n. 1462/18 e 17348/18)), in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2020, pp. 450-454; A. GORGONI, *Relazioni affettive e interesse del minore: il (discutibile) diniego delle Sezioni unite della trascrivibilità dell’atto di nascita da maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, n. 2/2020, pp. 539-575; C. MASCIOTTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU alla prova dell’applicazione concreta e le possibili ripercussioni sull’ordinamento italiano (The Protocol 16 to the ECHR tested with the direct enforcement and the potential consequences within the Italian legal system)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2020, pp. 183-203. In chiave comparatistica, si rinvia a V. L. RAPOSO, *Rise and fall of surrogacy arrangements in Portugal (in the aftermath of decision n. 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court) (Ascesa e declino degli accordi di maternità surrogata in Portogallo (a seguito della decisione n. 465/2019 della Corte costituzionale portoghese))*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, pp. 339-354.

⁴² Pare essere d’accordo anche G. BUFFONE, *Maternità surrogata: la relazione familiare può essere riconosciuta mediante l’adozione (Corte europea dei diritti dell’Uomo, parere 10 aprile 2019)*, in *Guida al Diritto*, n. 27/2019, pp. 20-22.

⁴³ Interessanti, sul punto, sono le riflessioni di M. DE ANGELIS, *La nascita quale fattispecie a formazione progressiva*, in questa *Rivista*, n. 6/2019, pp. 705-718.

⁴⁴ Cfr. la famosissima e storica sentenza della Corte costituzionale, n. 162 del 2014, quella che dichiarò l’illegittimità della fecondazione eterologa. Si veda, tra i tanti, C. DALLA VILLA, *Brevi riflessioni in tema di*

poiché deve essere bilanciata, tale libertà, «con altri interessi costituzionalmente protetti: [...] particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico⁴⁵».

Quanto al prospettato *vulnus* all'art. 3 Cost., per la Consulta, seppur la Corte di legittimità⁴⁶ ammetta il riconoscimento in Italia di atti formati all'estero, dichiarativi del rapporto di

procreazione medicalmente assistita a partire dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 15 dicembre 2014, pp. 1-26, consultabile *online*; R. LUGARÀ, *Fecondazione eterologa: dal riconoscimento del diritto alla sua (in)effettività?*, in *Quaderni costituzionali*, 6 marzo 2015, pp. 1-15, consultabile *online*.

⁴⁵ Si veda, nuovamente, Corte Cost., n. 221 del 2019.

⁴⁶ Cfr., a tal punto, Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878 e Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599. La prima di esse, infatti, ha sancito che “non è contraria all’ordine pubblico (internazionale) la rettifica, in Italia, in conformità al corrispondente atto britannico già validamente rettificato, dell’atto di nascita di un minore registrato come figlio originariamente solo di una donna italiana e, successivamente, anche di un’altra, con stessa nazionalità, che, pur non avendo con lui alcun rapporto biologico, aveva con la prima contratto matrimonio all’estero”. La seconda, invece, ha statuito che “il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile in Italia di un atto straniero, validamente formato, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne a seguito di procedura assimilabile alla fecondazione eterologa per aver la prima donato l’ovulo e la seconda condotto a termine la gravidanza con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto, non contrasta con l’ordine pubblico dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, del superiore interesse del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla conservazione del suo *status filiationis*, validamente acquisito all’estero”. Sul punto, si consenta rinviare al contributo di A. SCHILLACI, *Le vie dell’amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell’atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in *articolo29.it*, 3 ottobre 2016, consultabile *online*. Per l’A., in maniera del tutto condivisibile, “l’interesse del minore, ricostruito alla luce della normativa interna e internazionale che lo disciplina, consiste nel caso di specie – secondo la Corte – nel “diritto a conservare lo status di figlio” nei confronti di entrambe le madri, come riconosciuto dall’atto di nascita estero di cui si chiede la trascrizione. Tale diritto – prosegue la Corte – è strettamente connesso con quello alla vita privata e all’identità, non solo fisica, ma anche personale e sociale del minore, come ripetutamente sostenuto dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, la cui giurisprudenza è diffusamente richiamata; a ciò deve aggiungersi che il diniego di trascrizione, negando la continuità dello status di figlio rispetto alla madre di nazionalità italiana, precluderebbe al minore l’acquisto della cittadinanza italiana. Ne consegue che “il mancato riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione, legalmente e pacificamente esistente in Spagna, tra [il minore e la madre che non lo ha partorito, ma ha donato l’ovulo poi fecondato e impiantato nell’utero della moglie], determinerebbe una «incertezza giuridica» già stigmatizzata dalla Corte EDU [il riferimento della Corte va al caso *Menesson c. Francia*, del 26 giugno 2014] ovvero una «situazione giuridica claudicante» (Corte federale tedesca del 2014, cit.), che influirebbe negativamente sulla definizione dell’identità personale del minore, in considerazione delle conseguenze pregiudizievoli concernenti la possibilità, non solo di acquisire la cittadinanza italiana e i diritti ereditari, ma anche [...] di circolare nel territorio italiano e di essere rappresentato dal genitore nei rapporti con le istituzioni italiane, al pari degli altri bambini e anche di coloro che, nati all’estero, abbiano ottenuto il riconoscimento negato” nel caso di specie. Inoltre, negare al minore la continuità della relazione giuridica con entrambe le madri radicherebbe una violazione dell’art. 24, par. 3, della Carta dei diritti dell’UE (ivi), che sancisce il diritto a mantenere rapporti significativi con entrambi i genitori, indipendentemente – all’evidenza – dal loro sesso o orientamento sessuale”. Inoltre, “per tutte queste considerazioni, afferma la Corte enunciando un principio di diritto, “la regola secondo

filiazione nei confronti di “due madri”, come è stato già rilevato, «[l]a 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 materia⁴⁷».

Non rilevano, per la Corte, nemmeno le richiamate fonti europee, poiché sia la Carta di Nizza sia la CEDU, in materia di famiglia, rinviano in modo esplicito alle singole legislazioni nazionali e al rispetto dei principi ivi affermati⁴⁸. A medesime conclusioni è pervenuta con riguardo al diritto alla genitorialità di cui alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, diritto che è riconosciuto non già in termini assoluti, ma solo ove corrisponda al migliore interesse per il minore (*best interest of the child*)⁴⁹.

cui è madre colei che ha partorito, a norma del terzo comma dell’art. 269 c.c., non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale, sicché è riconoscibile in Italia l’atto di nascita straniero dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia è figlio di due madri (una che lo ha partorito, e l’altra che ha donato l’ovulo), non essendo opponibile un principio di ordine pubblico desumibile dalla suddetta regola”.

⁴⁷ Anche in tal senso, si veda Corte Cost., n. 221 del 2019.

⁴⁸ E, in particolare, la giurisprudenza della Corte EDU ha affermato in più occasioni che, nelle materie che sottendono delicate questioni di ordine etico e morale, gli Stati conservano – segnatamente quanto ai temi sui quali non si registri un generale consenso – un ampio margine di apprezzamento (tra le altre, sentenze 28 agosto 2012, Costa e Pavan c/ Italia; *Grande Chambre*, 3 novembre 2011, S.H. e altri c/ Austria). Nello stesso senso, la Corte EDU ha recentemente chiarito 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: l’adozione può anche servire come mezzo per riconoscere tale relazione, purché la procedura stabilita dalla legislazione nazionale ne garantisca l’attuazione tempestiva ed efficace, nel rispetto dell’interesse superiore del minore (*Grande Chambre*, parere 10 aprile 2019). Ed è proprio questo il parere consultivo più volte richiamato. Sul punto, si rinvia a Su tale strumento, si rinvia a M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019, pp. 2-54, consultabile *online*; F. BUFFA, *Il parere consultivo nel Protocollo n. 16*, in *Questione Giustizia*, pp. 219-221, consultabile *online*; E. SPATAFORA, *Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del protocollo n. 16 alla convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, pp. 369-385; I. ANRO, *Il Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018: una nuova ipotesi di forum shopping tra le Corti*, in *Eurojus*, 24 aprile 2018, pp. 1-6, consultabile *online*; G. STAMPONI BASSI, *Protocollo 16 alla CEDU: al via (non ancora per l’Italia) la possibilità di chiedere pareri consultivi alla Corte EDU*, in *Giurisprudenza penale Web*, n. 12/2018, consultabile *online*; R. CONTI, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta online*, consultabile *online*; A. MENICONI, *Il Protocollo 16 CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’UE: modelli a confronto*, in *Ius in itinere*, 1 febbraio 2020, consultabile *online*; G. CENTAMORE, B. AGOSTINI, *Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali*, in *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-17, consultabile *online*.

⁴⁹ Si veda V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *dirittifondamentali.it*, 15 settembre 2014, consultabile *online*. Inoltre, l’Avvocatura dello Stato, in tutte le sue difese in tali termini, argomenta sempre nel senso che “non esista un diritto assoluto alla genitorialità: l’unico “faro” è il supremo interesse del minore”. Si potrebbe obiettare,

Ad un tratto, quando la Consulta sembra aver “drasticamente” tagliato i ponti verso un’apertura di orizzonte, afferma che “se, dunque, il riconoscimento della omo-genitorialità, all’interno di un rapporto tra due donne unite civilmente, non è imposto dagli evocati precetti costituzionali, vero è anche che tali parametri neppure sono chiusi a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata, 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 genitoriali⁵⁰»”.

La Corte, dunque, affida al Legislatore nazionale la possibilità di carpire una “diversa sensibilità” dei consociati ed eventualmente aprirsi ad una soluzione normativa “di ampie vedute” che comunque, come detto dalla Corte medesima, troverebbe copertura costituzionale⁵¹.

6. Scelta legislativa costituzionalmente *imponenda*: basta l’adozione in casi particolari?

in realtà, che l’interesse supremo del minore è quello di non veder ricadere su di lui le scelte fatte dai genitori, ma soltanto il diritto di vivere in una famiglia, nata, sin dall’inizio, da un “patto di corresponsabilità genitoriale”. Il genitore non viene classificato in base al sesso, ma in base alla “quantità di responsabilità” che è capace di assumersi, a prescindere dall’orientamento sessuale. In tal senso sarebbe palpabile una discriminazione, così come censurata e vista in apertura del presente lavoro.

⁵⁰ Cfr. Corte Cost., n. 221 del 2019.

⁵¹ Si veda, per esempio, il ddl Zan-Scalfarotto, approvato dalla Camera dei Deputati di recente, in tema di omo-trans-fobia, laddove il Legislatore, nel solco della tipicità sociale, e poi di una tipicità giurisprudenziale, sta cercando di far assurgere a rango di tipicità legale la sensibilità democratica verso questi temi. Sul tema della “*direzione triplice della tipicità*”, si veda F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, p. 815; F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di Diritto civile*, Roma, 2020, p. 769. Non privo di rilievo, in questa prospettiva, è poi il fatto che, ai fini della (ammessa) trascrivibilità in Italia di certificati di nascita formati all’estero, l’annotazione sugli stessi di una duplice genitorialità femminile è stata riconosciuta, dalla ricordata giurisprudenza, non contraria a principi di ordine pubblico, secondo le disposizioni di diritto internazionale privato (Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193; oltre alle già citate sentenze n. 14878 del 2017 e n. 19599 del 2016). Si consenta ulteriormente rinviare, a tal punto, a R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, cit., specie pp. 281-283. Si veda anche D. BERLOCO, *Figlio di due mamme o di due padri. Evoluzione della giurisprudenza. Intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite dell’8 maggio 2019. Nota a sent. Cass. civ. sez. un. 8 maggio 2019 n. 12193*, in *Lo Stato Civile Italiano*, n. 6/2019, pp. 4-10; W. FERRANTE, *Maternità surrogata e doppia paternità: la non trascrizione di una sentenza straniera che riconosce il secondo padre (padre di intenzione, non biologico). Nota a sent. Cass. civ. sez. un. 8 maggio 2019 n. 12193*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 1/2019, pp. 73-75.

Non è, quindi, il Giudice di merito o il Giudice costituzionale a poter intervenire in un campo del genere, costellato da delicate e ponderabili scelte che hanno a che fare con le questioni etiche più disparate, ma, viceversa, l'obiettivo potrebbe essere 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 e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale⁵²».

La questione è stata posta, peraltro, anche sotto un altro, connesso e parallelo profilo, che è quello relativo al *vulnus* che si è assunto arrecato all'interesse del minore, nel caso concreto in cui una delle due donne civilmente unite abbia (sia pur in violazione del divieto *sub* art. 5 della legge n. 40 del 2004), con il consenso dell'altra, portato a termine, all'estero, un percorso di fecondazione eterologa, da cui sia poi nato, in Italia, quel minore.

Per questo secondo aspetto, ha precisato la Corte costituzionale, la giurisprudenza ha già preso in considerazione l'interesse in questione, ammettendo l'adozione c.d. "non legittimante" in favore del *partner* dello stesso sesso del genitore biologico del minore, ai sensi dell'art. 44,

⁵² Cfr. Corte Cost., n. 84 del 2016. Dopo la Corte europea dei diritti dell'uomo, anche la Consulta intervenne sul divieto previsto dalla legge italiana sulla destinazione degli embrioni soprannumerari per fini legati alla ricerca scientifica. Con tale sentenza, infatti, la Corte, escludendo la possibilità di una pronuncia additiva, dichiarò inammissibile il ricorso del Tribunale di Firenze che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale di taluni articoli della legge n. 40/2004 "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*" come il divieto di sperimentazione e di ricerca sugli embrioni, con l'impossibilità di destinare alla ricerca gli embrioni soprannumerari (art. 13) e il divieto assoluto di revoca al consenso alla PMA dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo (art. 6). Prima di tutto, la Consulta precisò che, alla luce della giurisprudenza consolidatasi, la dignità dell'embrione non "è suscettibile di affievolimento per la sola circostanza di risultare affetto da malformazioni genetiche". Detto questo, è evidente che doveva essere garantito anche il diritto alla salute della donna e le esigenze legate alla procreazione. Tuttavia, la Corte specificò, esattamente come nel caso di specie, che spetta al Legislatore nazionale regolare la materia bilanciando, da un lato, il principio del rispetto alla vita e, dall'altro lato, le esigenze della ricerca. In questa direzione, anche la *Grande Chambre* della Corte EDU, nella sentenza del 27 agosto nel caso *Parrillo c/ Italia*, stabilì che il divieto di donazione di embrioni per la ricerca scientifica, fissato dall'art. 13 della legge n. 40, non fosse contrario all'art. 8 della Convenzione che assicura il diritto al rispetto della vita privata. Inoltre, sulle questioni sensibili dal punto di vista etico e morale e su aspetti sui quali manca ancora un'uniformità di orientamento degli Stati, i Paesi parti alla Convenzione godono di un ampio margine di apprezzamento (17 Paesi parti alla Convenzione europea ammettono la ricerca sugli embrioni, altri la vietano espressamente o la consentono solo per la protezione della salute dell'embrione). Anche in quel caso, dunque, la Corte costituzionale chiese un intervento del Legislatore proprio tenendo conto della necessità di ponderare i valori in conflitto: diritto della scienza e diritto dell'embrione "in ragione e in misura del più o meno ampio grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto".

co. 1, lett. d), della legge 4 maggio 1983, n. 184⁵³. In questa chiave, la Corte «ha escluso che una valutazione negativa circa la sussistenza del requisito dell'interesse del minore possa fondarsi esclusivamente sull'orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo *partner*, non incidendo l'orientamento sessuale della coppia sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale⁵⁴».

È evidente, per le ragioni già espresse prima, che l'istituto dell'adozione in casi particolari non è sufficiente e non assolutamente adeguato, nonché inefficace, stando anche alle argomentazioni svolte dalla Corte EDU nel parere consultivo⁵⁵, a tutelare pienamente il minore⁵⁶.

Sarebbe auspicabile, in tale direzione, che su invito della Corte costituzionale, e anche alla luce della recente ordinanza di rimessione della Corte di legittimità⁵⁷, nonché del parere consultivo *ex* protocollo 16 CEDU⁵⁸, il Legislatore riveda le sue posizioni e, attraverso una

⁵³ Vedi, sull'adozione in casi particolari, B. POLISENO, *La funzione sociale dell'adozione in casi particolari tra coppie di fatto e persone singole: un giusto incentivo per il legislatore*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2019, pp. 101-113; C. RUSCONI, *L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Jus*, n. 3/2015, pp. 1-22; V. BARELA, *L'adozione all'indomani della legge n. 219/2012, in comparazione di diritto civile*; consultabile online; L. GIACOMELLI, *Tutela dei minori e pragmatismo dei giudici: verso il riconoscimento delle «nuove» forme di filiazione e genitorialità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, pp. 551-587; C. M. BIANCA, *Note per una revisione dell'istituto dell'adozione*, in *Jus civile*, n. 1/2018, pp. 60-64; G. MATUCCI, *Adozione omogenitoriale e diritti costituzionali del minore*, in *Forum costituzionale*, 14 luglio 2016, pp. 1-19, consultabile online; F. CAMPOBELLO, *Il cambio di paradigma dell'istituto dell'adozione nel XX secolo attraverso l'analisi e l'azione di Bianca Guidetti Serra*, in *Historia et ius*, n. 16/2019, pp. 2-34; A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità. Tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *costituzionalismo.it*, n. 2/2018, pp. 1-58.

⁵⁴ Cfr. Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962.

⁵⁵ Vedi la nota n. 16.

⁵⁶ Si faccia riferimento all'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale della Corte di Cassazione (n. 8325/2020). Cfr. nota n. 22. Si veda anche G. FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale. Nota a ord. Cass. civ. sez. I 29 aprile 2020 n. 8325*, in *Famiglia e diritto*, n. 7/2020, pp. 685-689; R. ZAMPERINI, *Il divieto di maternità surrogata: riconoscimento del rapporto con il genitore intenzionale e "best interest of the child" [Nota a ordinanza: Cass., sez. I civ., 29 aprile 2020, n. 8325]*, in *giustiziacivile.com*, n. 7/2020, pp. 1-9.

⁵⁷ Si rinvia alla nota n. 51. Sul punto, si veda anche G. POTENZA, *La bigenitorialità omosessuale mediante maternità surrogata, tra "status claudicanti" ed ordine pubblico: la parola alla Consulta*, in *giustiziacivile.com*, n. 8/2020, pp. 1-19.

⁵⁸ Si veda, a tal uopo, G. ASTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *La Comunità internazionale*, n. 4/2013, pp. 773-791; R. CONTI, *Chi ha paura del Protocollo 16 – e perché?*, in *Sistema penale*, 2019, pp. 1-13; G. ZAMPETTI, *Ordinamento costituzionale e Protocollo n. 16 alla CEDU: un quadro problematico*, in *Federalismi.it*, n. 3/2020, pp. 157-175; E. NALIN, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, IX, 2014, pp. 117-145; G. SORRENTI, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU*, in *Forum costituzionale*, 8 luglio 2014,

tecnica legislativa chiara, precisa e coordinata, pervenga al riconoscimento della maternità bio-intenzionale⁵⁹.

7. Brevi considerazioni: verso una *reductio ad unum* costituzionale della improponibile duplicità della qualificazione materna.

Come anticipato nelle ultime battute del precedente paragrafo, sarebbe una scelta legislativa “costituzionalmente *imponenda*”, ma, oserei dire, anche “civilmente ineludibile”, quella di pervenire al pieno riconoscimento della “madre intenzionale” nel rapporto di filiazione con il figlio nato dalla “madre biologica”.

Il legame biologico non può essere l’unico privilegiato. La madre biologica non sarebbe tale se non vi fosse anche il consenso e la presa di atto responsabile di costruire e portare avanti un “progetto genitoriale condiviso”.

L’intenzionalità materna, dunque, è presupposto della biogenicità materna, la quale altro non è se non il dispiegamento e l’estrinsecazione di un diritto comune, ovvero quello fondativo, non tanto di una “famiglia”, se questo termine lo si vuole adoperare per riferirsi ad una tradizionale visione familiare, come quella prevista dall’art. 29 Cost., ma di un “progetto familiare”, terminologia più appropriata per il caso di specie, direttamente discendente, nella sua profusione, dall’art. 2 Cost. Di per sé, la parola “progetto” altro non è se non “gettare le basi per il futuro”. E quale futuro avrebbe una “madre intenzionale” senza una legge che riconosca un rapporto di filiazione vero, saldo e stabile con il proprio, ancor oggi, “presunto figlio”? L’idea di fondo è che non vi sarebbe necessità di una normativa *ad hoc*, seppur quella già esistente andrebbe rivisitata, in quanto la tutela al problema descritto discenderebbe tipicamente e precettivamente dal combinato disposto degli artt. 2, 3, 32 Cost., che rappresentano una “cornice” nel c.d. “evoluzionismo costituzionale” e che, attraverso

pp. 1-18, consultabile *online*; E. CALZOLAIO, *La competenza consultiva della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo dopo il Protocollo n. 16*, in *La Cittadinanza europea*, n. 1/2015, pp. 103-122.

⁵⁹ La Consulta, infatti, nelle ultime battute della sentenza, seppur abbia dichiarato l’inammissibilità della questione di legittimità costituzionale proposta, ha statuito, in un celato senso “di apertura”, che “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, è ben possibile, ma le forme per attuarla attendono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore”.

un'interpretazione di “duttività assiologica”, parrebbe portare a soluzioni costituzionalmente coerenti e condivisibili.

A tal uopo, sarebbe auspicabile iniziare a discorrere di una “maternità bio-intenzionale”, dalla quale discende un automatico riconoscimento, anche ai fini della trascrivibilità dell'atto di nascita in Italia, di uno *status* unico di madre: l'intenzionalità che si fa *longa manus* per la biologicità rende la maternità un *unicum* nel suo costruito *ab origine* e nel suo costruirsi *in fieri*, in un progetto familiare condiviso.

Sarebbe, dunque, alla luce di queste considerazioni, inevitabile un abbattimento del divieto normativo di utilizzo della tecnica della fecondazione eterologa per le coppie *same sex*, in ossequio alla *reductio ad unitatem* dello *status* di maternità. Sullo sfondo, o meglio alla base di una simile ricostruzione, vi è la consapevolezza che la nozione di vita familiare debba essere ormai declinata in concreto, avuto riguardo ai rapporti che si instaurino nell'ambito della comunità familiare (*rectius* progetto familiare condiviso, consapevole e responsabile), e che meritano tutela, nell'equilibrio tra gli interessi coinvolti, con particolare riguardo a quello del minore. E tale nozione “neppure presuppone necessariamente la discendenza biologica dei figli, la quale non è più considerata requisito essenziale della filiazione⁶⁰”, in tema di tecniche di PMA eterologa. Piuttosto che ad elementi di carattere biologico, la radice della “meritevolezza⁶¹” di riconoscimento e tutela del vincolo familiare è dunque ricondotto – anche per le coppie omo-genitoriali – alla “fondamentale e generale libertà delle persone di autodeterminarsi⁶², specie in un mondo sempre più proiettato alle nuove scoperte tecnologiche, soprattutto nel campo della ricerca scientifico-medica⁶³, e formare una famiglia, a condizioni non discriminatorie”.

⁶⁰ Cfr. Corte Cost., n. 162/2014.

⁶¹ Sul punto, si rinvia a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., specie p. 919 ss.

⁶² Sul principio di autodeterminazione, si consenta rinviare a R. TREZZA, *La responsabilità civile del medico: dall'oscurantismo al doppio positivismo. Focus sulla responsabilità del medico prenatale*, Salerno, 2019; R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, cit.; R. TREZZA, *Diritto all'anonimato e diritto a conoscere le proprie origini biologiche*, cit.; R. TREZZA, *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona. Gli orientamenti di legittimità dalla Legge Gelli-Bianco ad oggi*, in *Giustizia insieme*, 20 gennaio 2020, consultabile online; R. TREZZA (a cura di), *Diritto alla salute, diritto alla vita e responsabilità medica. Riflessioni prospettive sull'autodeterminazione della persona umana*, Salerno, 2020, con ampia bibliografia.

⁶³ In un'ottica futuristica, si consenta rinviare a R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale. Etica, Privacy, Responsabilità, Decisione*, Pisa, 2020, p. 17 ss.