

*Le ragioni del pluralismo e della complessità. La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita**

di **Ilaria Rivera** – Docente a contratto presso l'Università degli studi di Macerata

*“Essere mamma non è un mestiere;
non è nemmeno un dovere:
è solo un diritto tra tanti diritti.”*

ABSTRACT: With the judgments no. 32 and 33 of 2021, the Constitutional Court once again deals with the law on medically assisted procreation (law no. 40 of 2004) and, in particular, with the prohibition to proceed with surrogacy pursuant to article 12. In these cases, the issue of the recognition of the *status filiationis* is relevant not only with respect to the biological parent but also with respect to the so-called intentional parent, i.e. the one who has given his consent to the realization of the procreative project abroad. In the above-mentioned judgments, the Court is therefore called upon to pronounce on the difficult balancing act between the need to ensure adequate protection of the *best interests of the child*, potentially in conflict with the international public order, and the need to ensure compliance with the legislation in force. Finally, in the Court's opinion, the complexity of the issues that are intertwined in the matter require, for their full resolution, the intervention of the legislature in order to fill the gap on this point.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le sentenze della Corte costituzionale nn. 32 e 33 del 2021 e il riconoscimento della genitorialità sociale. – 3. La tutela del *best interest of the child* e il limite (attenuato) dell'ordine pubblico internazionale. – 4. Alcune considerazioni conclusive. – Provando ad immaginare...

1. Premessa

Con le sentenze nn. 32 e 33 del 2021, la Corte costituzionale torna ad occuparsi sulla legge in materia di procreazione medicalmente assistita e, in particolare, sul divieto per le coppie omosessuali di accedere alle relative pratiche procreative. In particolare, con la prima sentenza, la Corte torna a pronunciarsi sulla procedura di accesso alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, mentre oggetto della seconda è la pratica della surrogazione di maternità.

In entrambe le pronunce, viene dunque in rilievo la questione della tutela dell'omogenitorialità, che collide con il divieto, posto dall'articolo 5¹ della legge n. 40 del 2004 (*“Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*) - da leggersi in combinato con il successivo articolo 12, comma 6,² della legge stessa - per le coppie formate da persone dello stesso sesso di accedere alla procedura di fecondazione artificiale di tipo eterologo (laddove si tratti della coppia formata da due donne) ovvero alla pratica della surrogazione di maternità (nel caso in cui si tratti di due uomini).

La tematica sollecita, come intuibile, non poche problematiche non solo per gli indubbi risvolti etici che la normativa importa ma anche – e ancor di più - per il difficile bilanciamento cui è chiamato il giudice nella valutazione dei diversi interessi in considerazione nel caso concreto. In particolare, il conflitto che pare animare le maglie argomentative dell'interprete richiama, da un lato, la necessità di assicurare la coerente applicazione della disciplina in materia e, dall'altro, l'esigenza di assicurare adeguata tutela alle fattispecie concrete, nelle quali spesso si prospetta

¹ Cfr. art. 5: “Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”.

² Cfr. art. 12, comma 6: “Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”.

l'opportunità di adottare le misure più congrue per garantire il superiore interesse del minore³ nato all'estero mediante il ricorso da parte delle coppie omosessuali alle tecniche procreative sanzionate penalmente nell'ordinamento nazionale.

Si ricorda che la legge n. 40 del 2004 è stata più volte oggetto di giudizio da parte della Corte costituzionale, la quale è giunta in diversi casi a dichiarare l'illegittimità costituzionale di alcune previsioni⁴. Peraltro, la predetta disciplina normativa si è posta al crocevia tra la giurisprudenza nazionale e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, chiamata a pronunciarsi ex art. 34 CEDU, ha condannato l'Italia per l'incoerenza del sistema normativo nazionale e per l'irragionevolezza delle misure legislative⁵.

Come si vedrà più specificamente nel prosieguo, nelle fattispecie oggetto delle due pronunce, il giudice costituzionale è chiamato a pronunciarsi sulla questione del riconoscimento a livello interno

³ Per un approfondimento al riguardo, si veda, per tutti, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

⁴ Si fa riferimento alla sentenza n. 162 del 2014, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo di cui all'articolo 4, comma 3, in combinato disposto con il successivo articolo 5, e la sentenza n. 96 del 2015, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità degli articoli 1, commi 1 e 2, e 4, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita – e segnatamente all'esame della diagnosi preimpianto – alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili gravi. Si ricorda, peraltro, che la Corte si è pronunciata per la prima volta sulla legge sulla PMA, statuendo l'incostituzionalità di alcune norme, con la sentenza n. 151 del 2009, in relazione alla creazione di un numero di embrioni comunque non superiore a tre ai fini di un unico e contemporaneo impianto, suscettibile di recare pregiudizio alla salute della donna e del feto, non consentendo al medico la possibilità di valutare il singolo caso. Per un commento a Corte cost. n. 162/2014, si vedano M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. "fecondazione eterologa"*, in M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa"*, Milano, 2014, 13 ss.; A. MUSUMECI, *"La fine è nota". Osservazioni a prima lettura alla sent. n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, in *Osservatorio AIC*, 2014. Per un commento a Corte cost. n. 96/2015, S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; C. preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattia genetica, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015.

⁵ Si fa riferimento alla nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Costa e Pavan c. Italia*, del 28 agosto 2012, nella quale il giudice convenzionale, nel dichiarare la violazione dell'articolo 8 CEDU ("diritto al rispetto della vita privata e familiare") in ordine al rifiuto opposto alla coppia dei ricorrenti di accedere alla diagnosi pre-impianto, mette in luce l'incoerenza dell'ordinamento giuridico italiano, derivante dal fatto che esso consente di ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza qualora il feto sia affetto dalla patologia di cui i ricorrenti sono portatori, ma non anche di accedere ad un esame diagnostico certamente meno invasivo. Per un approfondimento critico sulla portata dell'esame diagnostico, tar gli altri, cfr. R. FATTIBENE (a cura di), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, Napoli, 2017. Per un commento alla pronuncia, si vedano, tra gli altri, C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, 1/2013; A. IANNUZZI, V. ZAMBRANO, *Sentenza Costa e Pavan: il giorno dopo. L'emersione del "desiderio" di concepire un figlio sano come paradigma delle interazioni tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2014; E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in *Rivista AIC*, 3/2012.

dell'atto di nascita formato all'estero del minore nato mediante il ricorso alle procedure di procreazione artificiale vietate in Italia.

Il tema è piuttosto complesso perché chiama a confronto la legge sulla PMA con il rispetto dell'ordine pubblico internazionale di cui all'art. 65 della legge n. 218 del 1995⁶ (*“Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”*), che, in mancanza di un'univoca definizione normativa, si è soliti identificare nel complesso di quei principi che caratterizzano l'ordinamento in un determinato momento storico e trovano la loro espressione «nei principi costituzionali e in quelli contenuti nelle convenzioni o nelle dichiarazioni internazionali comuni a tutti gli Stati, che impediscono, in caso di contrasto, l'applicazione della legge straniera» (così, tra le altre, cfr. Corte di Cassazione, sentenza 10 marzo 1995, n. 2788).

La criticità più vistosa che emerge dall'analisi della casistica è l'ampia disomogeneità delle vicende che irrompono sulla scena e che rischiano di trascinare gli argini normativi. In questa complessa operazione di ponderazione, il giudice deve, infatti, garantire opportuna tutela giuridica alle situazioni concrete che si prospettano e che, molto spesso, collidono apertamente con la normativa di cornice. Di fronte alla molteplicità degli aspetti giuridici e degli elementi extra-giuridici di cui si deve tener conto, l'approdo argomentativo non è sempre agevole poiché si muove lungo l'asse della ragionevolezza e della proporzionalità. D'altro canto, come si vedrà *amplius*, l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale, in entrambe le occasioni, origina dalla complessità delle implicazioni etiche e giuridiche che si intrecciano nel tessuto sociale e, dunque, nella *politicalità* delle scelte che devono sottendere alla disciplina normativa di riferimento e che devono portare il decisore politico a compiere la sintesi delle posizioni che abitano le Aule parlamentari.

In altre parole, la Corte costituzionale *decide che a decidere debba essere il legislatore*.

⁶ Cfr. art. 65: “Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa”. Per un approfondimento organico della nozione di “ordine pubblico”, si veda, tra i molti, P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005.

2. Le sentenze della Corte costituzionale nn. 32 e 33 del 2021 e il riconoscimento della genitorialità c.d. sociale

Con la sentenza n. 32 del 2021, la Corte costituzionale affronta la questione dell'impossibilità, nell'ambito della tecnica procreativa eterologa compiuta all'estero da una coppia formata da due donne, di procedere all'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre c.d. intenzionale che abbia accordato il proprio consenso alla PMA, qualora non sia possibile ricorrere all'adozione nei casi particolari.

Nella fattispecie, il giudice remittente solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 e dell'art. 250 c.c., in quanto, sistematicamente interpretati, non consentirebbero al nato nell'ambito di un progetto di PMA di tipo eterologo, praticata da una coppia omosessuale, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari – mancando il consenso del genitore biologico - e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore.

Ad avviso del rimettente, la necessità di un intervento legislativo immediato riposa sulla considerazione dei profili che connotano la vicenda *de qua*, ossia sul fatto che la rottura del rapporto affettivo tra la madre biologica e la madre intenzionale lascerebbe quest'ultima priva di qualunque diritto nei riguardi del minore, non potendo vantare alcun legame biologico o genetico con questi, e d'altra parte, non consentirebbe di poter ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lett. d)⁷ della legge n. 184 del 1983 (*“Diritto del minore ad una famiglia”*), in mancanza del consenso del genitore biologico a seguito della rottura del legame affettivo. Dunque, nel caso in esame, verrebbe a crearsi un'irragionevole discriminazione sia rispetto ai soggetti nati da PMA praticata da una coppia eterosessuale, sia rispetto ai soggetti nati da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, che però, in presenza del consenso del genitore biologico, potrebbero accedere all'adozione in casi particolari.

Come d'altra parte sottolineato dalla stessa Corte, non è in discussione il divieto imposto nella normativa nazionale per le coppie omosessuali di accedere alla PMA, che è *legittimo* nella misura

⁷ Cfr. art. 44, comma 1, lett. d): “1. I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7: (...) d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo”.

in cui rientra nell'esercizio della discrezionalità del legislatore (Corte cost. sent. n. 221 del 2019), quanto, piuttosto, l'*illegittima* (e sproporzionata) compressione dei diritti dei soggetti nati da tali pratiche vietate, su cui si farebbe ricadere la responsabilità per l'illiceità delle tecniche procreative compiute all'estero.

Nella vicenda esaminata, il *vulnus* normativo si svela nell'impossibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari in difetto del consenso del genitore biologico, che costituisce requisito essenziale al tal fine (art. 46 della legge n. 184 del 1983) e che tradisce in modo ancor più drammatico la delicatezza di tutti quei casi in cui è ancor più fragile la tutela del benessere del minore nell'ambito di dinamiche conflittuali della coppia, che portano alla recisione del legame affettivo e alla compromissione della relazione con il minore, almeno per quanto concerne uno dei due membri della coppia.

È proprio in ragione della poliedricità delle situazioni concretamente configurabili nella prassi che la Corte costituzionale auspica il tempestivo intervento del legislatore per l'adozione di una disciplina in materia in grado di individuare in maniera organica le modalità più opportune per il riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA da coppie omosessuali, nei confronti anche della madre c.d. intenzionale. Nel fare ciò, la Corte non si limita però a ribadire la necessità che il legislatore colmi quanto prima la lacuna normativa, ma aggiunge un tassello significativo nella costruzione dell'assetto costituzionale nella quale l'ambizione finale è quella di formare relazioni di dialogo e di collaborazione tra giudice costituzionale e legislatore, fornendo alcuni spunti⁸ in ordine alla grammatica normativa da prediligere.

A differenza di altri casi nei quali è stata dichiarata l'inammissibilità delle questioni di costituzionalità prospettate per la pluralità delle soluzioni normative da rimettere alla valutazione del legislatore⁹, nella pronuncia in commento l'inammissibilità pare una scelta "obbligata" in

⁸ Tra le soluzioni alternative prospettate, il giudice delle leggi rappresenta la possibilità di operare una mera "riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento" provvedere all'introduzione "di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione" in quanto "solo un intervento del legislatore, che disciplini in modo organico la condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso, consentirebbe di ovviare alla frammentarietà e alla scarsa idoneità degli strumenti normativi ora impiegati per tutelare il "miglior interesse del minore" ... Il terreno aperto all'intervento del legislatore è dunque assai vasto e le misure necessarie a colmare il vuoto di tutela dei minori sono differenziate e fra sé sinergiche" (Cons.dir. 2.4.1.4.).

⁹ Si veda, al riguardo, la sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016 in materia di sperimentazione sugli embrioni umani, la quale, concludendo per l'inammissibilità della q.l.c., dove si evidenzia l'imprescindibilità del passaggio parlamentare in quanto solo a questi " ... compete la valutazione di opportunità (sulla base anche delle "evidenze scientifiche" e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l'altro,

ragione della mancanza di una cornice normativa *ad hoc* entro cui sussumere tutte quei casi analoghi a quello oggetto del giudizio.

Come evidente, la tematica dell'omogenitorialità è al centro di un denso dibattito che vivacizza l'agone politico, la cui cifra essenziale sembra ruotare tutta attorno al valore che si intende tributare al concetto di famiglia. Se da un lato, infatti, l'evoluzione del sentire sociale ha consegnato nel corso degli anni un'immagine certamente più fluida dei rapporti familiari ed affettivi, d'altra, il caleidoscopio che il dato empirico proietta deve pur sempre trovare spazio nella cornice normativa, la quale viene spesso disapplicata in favore della preminente tutela del dato fattuale.

Posto il divieto *ex ante* per le coppie omosessuali di avere accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita, si pone il problema di regolamentare *ex post* tutte quelle situazioni sorte in violazione di legge, che spingono l'autorità giudiziaria, chiamata a pronunciarsi sul caso concreto, a farsi carico delle istanze di tutela allo scopo di assicurare opportuno riconoscimento alle vicende *medio tempore* consolidate.

In questa articolata operazione ermeneutica, l'argomento comparativo rappresenta un elemento parimenti di arricchimento e di complicazione poiché rischia di provocare un innalzamento *sine limine* del livello di tutela da assicurare, esorbitando anche dalla lettera normativa. Ne è un'esemplificazione il richiamo da parte della Corte costituzionale alla nutrita giurisprudenza della Corte di Strasburgo in ordine alla definizione della nozione di "vita familiare"¹⁰. Ad avviso della

all'utilizzazione ai fini di ricerca dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente "non biopsabili"; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il "sacrificio" dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, verificando la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la "commercializzazione" degli embrioni residui" (Cons.dir. 11). Per un commento, cfr. *ex multis* A. COSSURI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: L'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2016, 763 ss.; C. CASINI, M. CASINI, *Soggettività dell'embrione, "contraccezione di emergenza", obiezione di coscienza: riflessioni dopo la sentenza costituzionale 84/2016*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3/2016, 863 ss. A tal proposito, A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice ... (nota a C. cost. 84/2016)*, in *Biolaw Journal*, 2/2016, 266, auspicava la pronuncia di un'additiva di principio che potesse bilanciare adeguatamente la tutela dell'embrione residuo e gli altri valori costituzionale, tra cui la tutela della dignità umana ai sensi dell'art. 2 Cost. Sia consentito, infine, il rinvio al Nostro *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione degli embrioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2/2017, 310 ss.

¹⁰ Nella propria giurisprudenza, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che, seppur in mancanza di un legame biologico e di una relazione genitoriale riconosciuti giuridicamente dallo Stato convenuto, fosse configurabile la vita familiare tra i genitori affidatari, che si erano presi temporaneamente cura di un minore, e il minore, in ragione del legame stabilito nel tempo e del tempo trascorso insieme (*Moretti e Benedetti c. Italia*, § 48; *Kopf e Liberda c. Austria*, § 37). La configurabilità o meno della "vita familiare" è, ad avviso della Corte europea, una questione di fatto che dipende dall'esistenza di legami personali (*Paradiso e Campanelli c. Italia [GC]*, § 140). In assenza del riconoscimento

Consulta, il superiore interesse del minore assume rilievo fondamentale nell'ambito delle carte internazionali di tutela dei diritti, tra le quali si annovera anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e diviene lo snodo motivazionale più efficace per giustificare la permanenza del minore all'interno del nucleo familiare per il legame che si è strutturato nel frattempo e per salvaguardare il diritto di mantenere la relazione con entrambi i genitori; snodo attorno al quale il giudice convenzionale costruisce una prospettiva di sviluppo flessibile entro cui la valorizzazione del percorso identitario del minore costituisce il parametro più importante di valutazione.

Il rinvio agli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Strasburgo, che ben tratteggia la cornice dei rapporti interordinamentali di cui l'utilizzo delle categorie di diritto si fa sostanza, si impregiosisce in realtà di un ulteriore elemento, che pare, ad un primo esame, stonare non tanto nella lirica della pronuncia quanto nella prospettiva della costruzione del processo di integrazione tra ordinamenti. Si fa riferimento al parere consultivo, espresso il 10 aprile 2019¹¹, in ossequio a quanto stabilito dal Protocollo n. 16 CEDU, dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla questione del riconoscimento, nel caso della surrogazione di maternità, dello *status filiationis* del minore anche nei riguardi della madre intenzionale¹².

Il richiamo, ancorché meritorio per il versante meramente formale, lascia qualche perplessità, non avendo l'Italia ancora provveduto a ratificare il suddetto Protocollo n. 16 CEDU¹³.

giuridico della vita familiare, la Corte prende in esame la sussistenza di legami familiari di fatto, in ordine alla durata, per esempio della relazione e, in caso di coppie, dal fatto di aver manifestato il loro consenso al concepimento dei figli insieme (*X, Y e Z c. Regno Unito* § 36).

¹¹ Per una ricostruzione dei percorsi argomentativi sul tema, cfr. M. GIACOMINI, *Il caso Menesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio AIC*, 5/2019.

¹² Si tratta del parere espresso dalla Grande Camera sul caso *Menesson*, sul quale già in precedenza la Corte di Strasburgo aveva avuto modo di pronunciarsi. In occasione della pronuncia del parere, la Corte europea ribadisce che deve essere garantito un riconoscimento celere e tempestivo.

¹³ Il disegno di legge di ratifica e di esecuzione dei Protocolli nn. 15 e 16 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (AS 2921) è attualmente all'esame delle Commissioni congiunte II e III in sede referente presso il Senato. Ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del presente disegno di legge, possono presentare istanza di parere consultivo ai sensi dell'articolo 1, par. 1, del Protocollo n. 16 CEDU alla Grande Camera della Corte di Strasburgo le seguenti autorità giurisdizionali: la Suprema Corte di cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana. Per quanto riguarda la Corte costituzionale, non prevista originariamente nell'articolo, il successivo comma 3 prevede la possibilità per la stessa di provvedere con proprio regolamento sull'applicazione del Protocollo, in conformità agli articoli 14, primo comma, e 22, secondo comma, della legge n. 87 del 1953. Sulle alterne vicende che interessano la ratifica da parte dell'Italia del Protocollo n. 16 CEDU, cfr. E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015 e il ricco approfondimento bibliografico raccolta dalla Rivista Giustizia Insieme, nonché E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Osservatorio AIC*, 2/2021 e F. VARI, *Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU*, in *Diritti fondamentali.it*, 13 novembre 2019.

La considerazione non è di poco momento poiché il parere consultivo *de quo*, pur non essendo obbligatorio sotto il profilo della richiesta da parte dell'Alta autorità giurisdizionale statale né, tantomeno, vincolante nel seguito da parte del giudice nazionale richiedente, mira ad affermarsi come strumento di raccordo tra i giudici nazionali e il giudice di Strasburgo – e non già tra Stati – al fine di garantire la corretta interpretazione e l'uniforme applicazione della CEDU. Così ragionando, il richiamo della Corte costituzionale sulla richiesta della *Cour de cassation* francese sulla corretta interpretazione degli artt. 8 e 14 CEDU in materia di surrogazione di maternità risulta ancora più significativo poiché pare suggellare l'orientamento collaborativo che potrà assumere il giudice costituzionale nei confronti del giudice convenzionale, una volta ratificato il Protocollo n. 16 CEDU.

Non dissimile è la sentenza n. 33 del 2021, con la Corte costituzionale si pronuncia sulle questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla Corte di cassazione, dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge n. 218 del 1995 e dell'art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000 «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d'intenzione non biologico».

In prima battuta, preme sottolineare che le questioni di legittimità costituzionale portate all'esame del giudice delle leggi non hanno ad oggetto esclusivamente il perimetro applicativo delle disposizioni di cui si rappresenta l'eventuale contrasto con il dettato costituzionale, ma vi fanno riferimento nel contesto ermeneutico che si è consolidato nella giurisprudenza di merito e in quella di legittimità. Viene in rilievo, dunque, l'interpretazione che si struttura nel c.d. diritto vivente e che pone, altresì, la problematica di verificare la compatibilità con il testo costituzionale o, meglio, la sussunzione entro il tessuto valoriale della Carta costituzionale.

Nel merito, si tratta di riconoscere l'efficacia nell'ordinamento interno dei provvedimenti giudiziari stranieri che attribuiscono la genitorialità non solo a chi abbia fornito i propri gameti, e dunque il genitore cosiddetto “biologico”, ma anche al soggetto che abbia prestato il consenso alla realizzazione del progetto genitoriale, pur senza fornire il materiale genetico, ossia il c.d. genitore “intenzionale”.

Come sottolineato a più riprese dai giudici di legittimità negli orientamenti giurisprudenziali peraltro richiamati anche dalla Corte costituzionale, si tratta di una circostanza che si verifica in caso di ricorso all'estero, principalmente da parte di coppie omosessuali, alla surrogazione di maternità, vietata nel nostro ordinamento e il cui riconoscimento a livello interno si pone in contrasto con il rispetto dell'ordine pubblico internazionale¹⁴. Sottolinea, al riguardo, la Corte costituzionale che la maternità surrogata, nelle differenti modalità cui la procedura è passibile di declinarsi¹⁵, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» in quanto «gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»¹⁶.

L'elusione del divieto di maternità surrogata – ma, più ampiamente, delle limitazioni stabilite dalla disciplina in materia di PMA - pone la questione di regolare la pluralità delle situazioni che si consolidano nei fatti e che, determinatesi al di fuori della cornice normativa, reclamano tutela giudiziaria.

Posta la complessità delle considerazioni – giuridiche e non – che muovono la decisione dell'autorità giudiziaria, nel ragionamento proposto assume risalto il superiore interesse del minore, la cui preminenza, a giudizio della Corte, non potrebbe in ogni caso legittimare la compressione assoluta degli altri valori in ponderazione. Pertanto, gli interessi del minore devono potersi

¹⁴ Per una definizione di “ordine pubblico internazionale” soccorre la felice sintesi offerta dalla Corte di cassazione nella notissima pronuncia 30 settembre 2016 n. 19599, secondo la quale l'ordine pubblico internazionale è da intendersi come “complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria”. Prosegue, peraltro, chiarendo che “i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta Costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario”. Per un commento alla pronuncia, cfr. G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corriere giuridico*, II/2017, 190 ss. Per una riflessione più ampia sul concetto, cfr. C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 120 ss.; F. ANGELINI, *La clausola dell'ordine pubblico rispetto alle decisioni delle corti nazionali e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia bioetica: il caso della maternità surrogata*, in R. FATTIBENE (a cura di), *La diagnosi genetica preimpianto tra normativa e giurisprudenza*, Napoli, 2017, 199 ss.

¹⁵ Per un approfondimento sulle possibilità applicative della surrogazione di maternità, si vedano B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, I/2018; infine, sia consentito il rinvio al Nostro *Le dimensioni del mestolo. La maternità surrogata tra divieto legislativo e attivismo giudiziario*, in *Federalismi.it*, 4/2020, 212 ss.

¹⁶ Cr. Cons.dir. 5.1.

bilanciare a loro volta, in ossequio ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità, con l'esigenza di assicurare il rispetto della normativa vigente e, nel caso di specie, del divieto di ricorrere alla pratica della maternità surrogata¹⁷. Non a caso viene richiamata la nota sentenza n. 85 del 2013, sul c.d. caso "Ilva", nella quale si tratteggia con particolare efficacia argomentativa la flessibilità del tessuto valoriale che attraverso il dettato costituzionale e che consegna una struttura assiologica passibile di tante declinazioni quanti sono i profili di bilanciamento possibili.

Volendo riprendere la felice immagine tratteggiata dal giudice costituzionale, nessun diritto è tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e, anche in questa occasione, la tutela del "*best interest of the child*" deve trovare opportuno conforto nella cornice giuridica d'insieme. Ed è proprio nello sforzo di sintesi tra i due poli che si fronteggiano¹⁸ che la pronuncia offre fin dai primi passaggi un quadro piuttosto chiaro in ordine all'esigenza di rispettare la discrezionalità del legislatore nazionale nella predisposizione delle misure legislative ritenute più opportune. Viene quindi riconosciuta la legittimità di uno spazio d'intervento proprio, entro il quale il decisore politico, nell'esercizio discrezionale della potestà normativa, può disciplinare la materia in modo proprio, purché non irragionevole. In altre parole, si attribuisce spessore al margine di apprezzamento statale, nel solco, altresì, della ricca giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, oltre che dell'espressa formulazione contenuta nel Protocollo n. 15 CEDU¹⁹.

¹⁷ Cfr. S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 79 ss.

¹⁸ In particolare, si chiarisce che il difficile bilanciamento tra le diverse esigenze in rilievo deve essere compiuto alla luce dei principi sanciti dalla Costituzione, i quali, nel ragionamento sviluppato dal giudice costituzionale, "per un verso non ostano alla soluzione, cui le sezioni unite civili della Cassazione sono pervenute, della non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori dell'originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il "padre d'intenzione"; ma per altro verso impongono che, in tal caso, sia comunque assicurata tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia che non solo ne abbiano voluto la nascita in un Paese estero in conformità alla *lex loci*, ma che lo abbiano poi accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale" (Cons.dir. 5.7).

¹⁹ Si fa riferimento all'articolo 1 del Protocollo n. 15 CEDU, adottato a Strasburgo il 24 giugno 2013, che, aggiungendo un nuovo considerando al Preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, riconosce che spetta in primo luogo agli Stati contraenti, in ossequio al principio di sussidiarietà, il compito di assicurare la tutela dei diritti e delle libertà previste dalla Convenzione europea, nel rispetto del proprio margine di apprezzamento. Sul margine di apprezzamento, si rinvia alle riflessioni di B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte Europea dei Diritti: un nuovo processo*, in *Rivista AIC*, 4/2011, 30, che sottolinea come "L'ampiezza del margine di apprezzamento [...] varia a seconda dei diritti, del contesto e del livello di omogeneità degli ordinamenti. Così, ad esempio, con riguardo al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), la giurisprudenza europea ha precisato che per determinare l'ampiezza del margine di apprezzamento riservato allo Stato in un determinato caso occorre considerare una molteplicità di fattori". Con riguardo alla ratifica del Protocollo n. 15 CEDU, si fa presente inoltre che l'Italia ha provveduto con la legge n. 11 del 15 gennaio 2021 e che, in origine, nei progetti di legge esaminati alla Camera dei

3. La tutela del best interest of the child e il limite (attenuato) dell'ordine pubblico internazionale

Dalla ricognizione dei principali profili delle sentenze emerge la delicata questione della scelta degli strumenti più idonei per garantire la protezione del minore, nel rapporto familiare che si è nel frattempo instaurato con i rispettivi genitori, ancorché fuori dalla disciplina normativa in materia.

La drammaticità di una siffatta valutazione si ravvisa nell'inopportunità di negare al minore qualsivoglia forma di riconoscimento²⁰, anche se *ex post* ad opera del giudice, in quanto si rischierebbe di sacrificare l'interesse del soggetto in nome della pur legittima finalità di disincentivare la pratica della maternità surrogata. D'altra parte, l'inadeguatezza degli istituti giuridici esistenti portano il giudice costituzionale a sollecitare l'intervento del legislatore, novellando l'attuale disciplina normativa, «nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori».

Come nella pronuncia n. 32 del 2021, così nella successiva sentenza n. 33 la Corte costituzionale dichiara l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale per la pluralità delle soluzioni normative alternativamente percorribili, rimettendo al legislatore la decisione in ordine alla normativa da adottare. A differenza, però, della prima pronuncia, il giudice delle leggi si limita nella sentenza n. 33 a richiamare l'attenzione del legislatore sulla complessa problematica che inerisce il riconoscimento della filiazione a seguito del ricorso da parte della coppia committente

deputati si prevedeva – come anticipato - anche la ratifica del Protocollo n. 16 CEDU. Tuttavia, dato l'arresto dell'iter legislativo per l'esame del disegno di legge (AS 2921) di ratifica dei Protocolli nn. 15 e 16 CEDU e vista l'urgenza di provvedere alla ratifica del Protocollo n. 15, risultando l'Italia l'unico Paese membro del Consiglio d'Europa a non avervi ancora provveduto ed essendo tale ultima ratifica condizione necessaria per l'entrata in vigore del Protocollo, si è deciso di procedere separatamente ai due differenti ordine di esecuzione.

²⁰ La Corte costituzionale esclude che possa essere applicabile alla fattispecie in esame l'istituto dell'adozione in casi particolari di cui all'articolo 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184 del 1983 - ritenuto esperibile al contrario nei casi all'esame dalla stessa sentenza n. 12193 del 2019 delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione, innanzitutto perché "non attribuisce la genitorialità all'adottante" e, poi, perché richiede "per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore "biologico" (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita" (Cons.dir. 5.8).

alle tecniche di surrogazione di maternità in altri Paesi²¹, al fine di realizzare compiutamente il proprio progetto procreativo, senza entrare nel merito delle proposte di riscrittura – *rectius*, di scrittura – della legge.

L'indicazione, però, che in entrambi i casi pare provenire dalle vicende risiede nell'esigenza di offrire un'adeguata cornice normativa per colmare il *vacuum* nel quale si trovano ad insistere situazioni come quelle in discussione, in grado di risolvere in modo *definito* e *definitivo* la valutazione tra l'interesse superiore del minore e la certezza del diritto.

4. Alcune considerazioni conclusive

Nel tentativo di trarre qualche notazione di sintesi è ragionevole affermare che le pronunce annotate consentono di tratteggiare una definizione plastica delle numerose criticità determinate dal difficile contemperamento tra le istanze concrete di tutela e la tenuta dell'ordinamento giuridico.

Non sfugge all'interprete come la rivendicazione in sede giudiziale di una serie sempre più ampia di diritti, il cui soddisfacimento a volte supera i confini della mera *pretensibilità*, abbia aperto gli argini ad un insieme potenzialmente illimitato di circostanze nelle quali si richiede la preservazione del percorso familiare ed affettivo ambito.

Il tema del riconoscimento delle varie forme di omogenitorialità, che si realizza sia mediante il ricorso alla pratica della fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, nelle coppie formate da due donne, sia mediante la tecnica della maternità surrogata, laddove la coppia committente sia composta da due uomini, non può più risolversi nella risoluzione casistica delle situazioni che di volta in volta giungono all'attenzione dei giudici e che esigono – più o meno legittimamente – tutela giuridica.

La Corte costituzionale, dichiarando in entrambe le sentenze l'inammissibilità delle qq.ll.cc. sollevate, evidenzia la necessità che il legislatore adotti una disciplina specifica in materia, non potendo più rimandare, e, in ogni caso, non per lo scopo di porre un limite alla fiorente casistica che

²¹ Per una ricognizione del quadro comparato in materia di maternità surrogata, si veda, più di recente, S. PENASA, *Tra leggi e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzioni e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, 82 ss.

pure caratterizza il variegato panorama umano. Quello che viene sollecitato è più esattamente un intervento normativo organico che sia in grado di offrire all'autorità giudiziaria tutti gli strumenti per inquadrare correttamente le fattispecie e rispondere efficacemente alle istanze dei singoli.

Non si tratta, infatti, semplicemente di stabilire la prevalenza di un interesse sull'altro ma di operare un'analisi più matura della pluralità dei risvolti nelle dinamiche della socialità, con lo scopo di perseguire il pieno sviluppo della persona e della propria identità.

Ancorché con la modificazione della percezione sociale sia nel tempo cambiata la raffigurazione dei bisogni, determinata altresì dal progresso tecnologico²², si ravvisa l'opportunità di prediligere una soluzione normativa che, senza comprimere del tutto la plurale manifestazione delle relazioni affettive e familiari, consenta di assicurare il rispetto dei principi fondamentali della Carta costituzionale. Come sottolineato peraltro dallo stesso giudice delle leggi, la tutela del superiore interesse del minore non può in ogni caso essere strumentalizzata per arrivare nei fatti all'elusione dei divieti posti della disciplina normativa vigente²³ e con lo scopo di consentire il riconoscimento giudiziale della omogenitorialità²⁴. In questa prospettiva, si discute se la disciplina normativa, di cui la Corte costituzionale auspica la celere adozione in via legislativa, debba contenere esclusivamente le prescrizioni generali, rimettendo ai singoli la scelta in ordine alle situazioni che potrebbero prospettarsi (c.d. normativa "a maglie larghe") ovvero tendere ad una regolamentazione puntuale, che in ogni caso potrebbe essere suscettibile – come ampiamente dimostrato dalle esperienze più recenti – di essere elusa facendo accesso alle pratiche procreative consentite all'estero.

È una scelta di opportunità, non già di possibilità. Ma proprio per la caratura ideologica, le Aule parlamentari costituiscono la *sedes* più appropriata per assicurare il vivace confronto politico e la

²² Al riguardo, F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, cit., 24, osserva efficacemente come il rapporto tra scienza e diritto sia caratterizzato dal «continuo fronteggiarsi dell'«essere» della scienza con il «dover essere» valutativo del diritto» e che in tale rapporto il legislatore dovrebbe guardare prima alla compatibilità con i soli principi costituzionali e, una volta esaurita tale operazione, valutare l'esistenza di spazi di discrezionalità legislativa.

²³ Evidenzia opportunamente F. ANGELINI, Op.cit., 254, che, vietando l'articolo 12, comma 6, della legge n. 40 tutte le attività relative alla dimensione operativa, organizzativa o pubblicitaria di forme di commercializzazione vietate, i destinatari della sanzione penale sono gli intermediari, gli operatori, le cliniche e «non le donne destinatarie di quelle attività».

²⁴ In senso analogo, A. LORENZETTI, *Bilanciamento di interessi, garanzie per i minori nella filiazione da fecondazione eterologa e da maternità surrogata*, in G.O. CESARO, P. LOVATI, G. MASTRANGELO (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e il loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, 2014, 84, evidenzia come la pratica della surrogazione della maternità porti all'utilizzo dei minori «la cui dignità sarebbe messa così in pericolo e funzionalizzata al perseguimento del progetto procreativo di persone adulte».

sistematizzazione delle diverse posizioni esposte nel percorso di sintesi che porta ad una regolamentazione condivisa della materia.

Nelle questioni eticamente sensibili la Corte costituzionale non può fare altro che rimettere le determinazioni ultime al decisore politico, declinando così ogni possibilità di rinvenire la soluzione dal quadro di riferimento in via ermeneutica.

Peraltro, nel solco della premura con la quale il giudice costituzionale fa un passo indietro al cospetto della discrezionalità legislativa si colloca anche la precedente sentenza n. 230 del 2020²⁵, sempre in tema di riconoscimento dell'omogenitorialità²⁶, nella quale il ragionamento espresso si muove lungo un asse parzialmente diverso: il giudice costituzionale, pur ribadendo la possibilità di fare applicazione nel caso di specie dell'istituto dell'adozione non legittimante nel caso in cui ricorra il consenso di entrambe le donne all'attuazione all'estero del progetto procreativo, sottolinea l'opportunità che si valuti la previsione di fattispecie giuridiche che siano in grado di assicurare un maggior grado di tutela²⁷.

Occorre, ad ogni modo, ricordare che il dettato costituzionale non prevede espressamente il riconoscimento di un diritto a procreare²⁸, suscettibile in quanto tale di attuazione legislativa e di tutela giurisdizionale. Tale diritto, infatti, viene ricondotto in via pretoria al combinato disposto dagli artt. 29, 30 e 31 Cost. quale postulato fisiologico del riconoscimento della *naturalità* della famiglia²⁹. Nulla preclude però al legislatore di riconoscere l'omogenitorialità, posta la vaghezza

²⁵ Per un commento alla pronuncia, si rinvia a N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3/2021; E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra "letture neutralizzanti" il fenomeno e tutela sovranazionale degli 'human rights'*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2021; M. CINQUE, *Adozione in casi particolari: parentela tra "fratelli acquisiti"?*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1/2021, 78 ss.

²⁶ Al riguardo, la Corte chiarisce efficacemente che, ancorché il riconoscimento della omogenitorialità, all'interno di un rapporto tra due donne unite civilmente, non sia imposto dai precetti costituzionali, questi ultimi neppure escludono una soluzione 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 genitoriali» (sentenza n. 221 del 2019)" (Cons.dir.7).

²⁷ Così, Corte cost. sent. 230/2020: "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" (Cons.dir. 9.1).

²⁸ Nel senso di riconoscere il diritto alla procreazione come un diritto fondamentale, cfr. A. GORASSINI, *Procreazione (dir.civ)*, in *Enc.dir.*, Milano, 1971, XXXVI, 952 ss.

²⁹ Il dibattito intorno alla definizione del concetto della naturalità della famiglia viene fatto risalire al dibattito svolto in Assemblea costituente in sede di elaborazione e successiva approvazione dell'art. 29 Cost. Si rinvia, in particolare, alle attente riflessioni dell'On. Rodi che nella seduta del 17 aprile 1947 chiariva che «la famiglia è certamente un fatto naturale, in quanto ha radice nell'esplicazione di una funzione biologica; ma è anche vero che il fattore biologico in

dell'articolato della Carta costituzionale e in coerenza con l'interpretazione vieppiù offerta dalla giurisprudenza nazionale.

L'ampia casistica che ha scandito gli orientamenti giurisprudenziali (di legittimità e di merito) in tema di omogenitorialità ha mostrato innanzitutto il differente approccio alle problematiche relative al riconoscimento della genitorialità alla coppia formata da persone dello stesso sesso, a seconda che si tratti di una coppia formata da due donne ovvero da due uomini.

Nel primo caso, il progetto procreativo è possibile tramite il ricorso alla PMA di tipo eterologo, essendo necessario solo l'apporto dei gameti maschili. Peraltro, in questo caso, entrambe le donne potrebbero essere riconosciute come genitori, potendo l'una risultare la madre genetica e l'altra la madre c.d. gestazionale. Nel caso, invece, di una coppia formata da due uomini (o anche di coppia eterosessuale nella quale la donna non riesce a portare a compimento la gravidanza), la realizzazione del desiderio di genitorialità richiede inevitabilmente il coinvolgimento di un altro soggetto esterno alla coppia, ossia di una donna che si presti a portare a compimento la gravidanza per conto di altri, attraverso la pratica della surrogazione di maternità³⁰, sanzionata penalmente nel nostro ordinamento ma consentita all'estero tramite accordi a titolo gratuito ovvero a titolo oneroso.

Tra le due ipotesi quella che desta maggiori perplessità riguarda le coppie omosessuali "maschili", essendo necessario il corpo femminile per la realizzazione effettiva del progetto procreativo. Il disvalore³¹ che si riconduce a tale procedura è stato, peraltro, sottolineato dalla stessa

seno alla famiglia è stato superato dall'elemento spirituale, il quale, essendosi sovrapposto attraverso secoli di civiltà, costituisce il nucleo principale e fondamentale della famiglia, che non può essere quindi una società naturale, ma soltanto una istituzione morale». Ancora e in modo piuttosto pungente l'On. Cevolotto si interroga sull'opportunità di introdurre la specificazione in ordine alla famiglia quale società naturale nel raffronto con altre previsioni nelle quali non si è data alcuna definizione, come nel caso dei Comuni o delle Regioni, chiedendosi inoltre se non fosse meglio tralasciare un'affermazione di carattere storico e sociologico, che non ha niente a che fare con la Costituzione, e limitarsi a dire che la Repubblica riconosce i diritti della famiglia e la tutela nell'adempimento della sua missione. Al riguardo, in maniera critica sull'interpretazione dell'art. 29 Cost., cfr. C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 135, secondo il quale nella formulazione della predetta disposizione costituzionale «ognuno può metterci dentro quello che vuole».

³⁰ Sul punto, si rinvia alle attente riflessioni di F ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., 247, la quale chiarisce opportunamente come, nel caso di coppie omosessuali composte da due uomini ovvero di coppie eterosessuali con impossibilità di partorire, ci si allontana in modo ancora più marcato dal paradigma naturale, "implicando il primo il sacrificio della relazione materna e dei diritti del neonato ad essa connessi".

³¹ Così, F. ANGELINI, op.cit., 258, ricorda che l'ammonimento espresso dalla Corte costituzionale in ordine al disvalore della pratica della maternità surrogata comporta l'irrelevanza di qualsiasi desiderio, seppur nobilissimo, di dare la vita ad un bambino, riducendosi in questo modo il corpo femminile a mero strumento di realizzazione del progetto procreativo altrui.

Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 272 del 2017³² - confermando il portato argomentativo espresso dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 13 dicembre 2016 di condanna di tale pratica - con la quale è stata portata per la prima volta all'attenzione della Corte la valutazione in ordine alla procedura ampiamente invalsa nella prassi della maternità surrogata.

Posta la precisazione sulla portata della surrogazione di maternità, la Corte costituzionale chiarisce però che la Costituzione non prevede in alcun modo il divieto per le coppie formate da persone dello stesso sesso “di accogliere figli”³³, sottolineando che una scelta in tal senso spetti alla discrezionalità del legislatore, pur sempre nell'alveo dei valori espressi nel dettato costituzionale.

Quando ci si confronta con la tematica della maternità surrogata o “utero in affitto”, non si tratta di valutare le possibilità scientifiche concesse dalle innovazioni tecnologiche, trattandosi di una fattispecie largamente utilizzata già in epoca antica, come risulta, d'altro canto, dalla lettura delle Sacre Scritture. In questo caso, il *punctum crucis* risiede nelle modalità di realizzazione che mettono l'accento sull'aspetto sostanziale della fattispecie, ossia sulla potenziale reificazione del corpo femminile.

In alcuni ordinamenti stranieri, la surrogazione di maternità viene formalizzata con la stipula di un vero e proprio contratto³⁴ tra la coppia committente e la gestante, la quale, una volta adempiuta l'obbligazione, riceve il corrispettivo pattuito. Si tratta peraltro di una pratica particolarmente utilizzata nei Paesi dell'Est Europa e viene considerata pacificamente una forma di sostentamento economico per le donne, anche con propria prole, in condizioni economicamente più svantaggiate³⁵.

Al di là delle considerazioni in ordine alla mercificazione della donna, che rischia di ridursi al mezzo tramite il quale si soddisfa il bisogno di genitorialità della coppia committente – che, si ricorda, può essere anche eterosessuale –, occorrerebbe indagare anche gli aspetti psicologici, che vedono la gestante spogliarsi di ogni sentimento di affezione nei confronti del bambino in grembo,

³² Per un commento alla sentenza, si rinvia a E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2018; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 15 febbraio 2018.

³³ Non si ravvisano infatti, come sottolineato dalla Consulta, “evidenze scientifiche dotate di un adeguato margine di certezza in ordine alla configurabilità di eventuali pregiudizi per il minore derivanti dal suo inserimento in una famiglia formata da persone dello stesso sesso” (Corte cost. sent. n. 221/2019 Cons.dir. 2.1.).

³⁴ Nega la natura contrattuale della fattispecie B. SALONE, *Maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalistici*, in *Biolaw Journal*, 2/2016, 46 ss., sottolineando che negli accordi di surrogazione di maternità non vengono in rilievo rapporti patrimoniali, ma posizioni giuridiche familiari personalissime.

³⁵ Parla in proposito di una forma di “schiavismo moderno” G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili. Quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in *Consulta online*, 2/2017, 324.

per non tacere delle complicazioni che le istanze di tutela dell'interesse del minore comportano sotto il profilo giuridico. In questa prospettiva, attraverso il solido richiamo alla giurisprudenza della Corte europea, come anticipato, e alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e all'art. 24 della Carta di Nizza, la Corte costituzionale sottolinea l'urgenza di adottare strumenti idonei ad assicurare adeguata tutela al nato a seguito di fecondazione medicalmente assistita per colmare le carenze strutturali suscettibili di imprimere situazioni di ingiustificata disparità di trattamento.

A ben vedere, il tema della maternità surrogata, come altri che attengono più specificamente alla sfera del biodiritto³⁶, non consente di stabilire in maniera netta una linea di demarcazione tra ciò che è *giusto* e ciò che *non lo è*, ma porta spesso l'interprete a dover scegliere tra ciò che è *ragionevole* e ciò che *non lo è*.

Non è possibile per il giudice chiamato a pronunciarsi sul caso concreto, data la complessità delle implicazioni che emergono, determinare nettamente il punto di caduta di una serie di ragionamenti che sono chiamati a doversi confrontare, in ogni caso, con la vivacità del sentire sociale. Il quadro concreto restituisce un'immagine instabile³⁷, difficile da inquadrare in una casella (e una sola); quello che, al contrario, sembra più utile e facile da compiere è un esame delle questioni che deve pur sempre guardare alla realtà. Una realtà che come spesso abbiamo visto non si piega dinnanzi al dato giuridico ma lo supera, passa oltre e trasforma con un moto ineluttabile lo stato delle cose.

³⁶ Per un approfondimento sul ruolo assunto dalla scienza nell'operazione ermeneutica compiuta dal giudice, si vedano, *ex multis*, P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2009, 591 ss.; S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018; S. PENASA, *Alla ricerca di un lessico comune: inte(g)razioni tra diritto e scienze della vita in prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 3/2020.

³⁷ Cfr. B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, 1/2017.

5. Provando ad immaginare ...

Nel dichiarare l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate³⁸, la Corte sollecita (nuovamente) il legislatore ad intervenire per ri-disciplinare la materia. Si tratta, tuttavia, di un monito che non mira a far riconoscere la legittimità della maternità surrogata, bensì a portare alla ridefinizione di una normativa in grado di governare la pluralità dei casi che sempre più di frequente affollano le aule dei tribunali.

Il predicato espresso dalla Corte pare riecheggiare peraltro le motivazioni della nota sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 2014 in materia di scioglimento automatico del vincolo matrimoniale nel caso della rettificazione anagrafica di sesso di una dei due membri della coppia sposata. Anche in questo caso, infatti, il giudice costituzionale, ritenendo di non potere introdurre *ex se* una nuova fattispecie giuridica, ancorché al ragionevole scopo di rispondere alle istanze sottese al caso in esame, invitava il legislatore ad intervenire per offrire adeguata tutela giuridica a tutte quelle coppie che vedono dimidiare il livello di tutela nel caso dello scioglimento *ex lege* del rapporto di connubio³⁹. Il Parlamento, poi, facendo seguito alle indicazioni della Consulta, ha approvato la legge n. 76 del 2016 (*“Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”*), che introduce l'istituto delle unioni civili, sia eterosessuali sia omosessuali, al fine di rispondere efficacemente ai bisogni della società⁴⁰.

Anche in questo caso, la Corte, lungi dall'introdurre essa stessa una disciplina *ad hoc*, rimette la questione all'attenzione del decisore politico al fine di farsi portatore privilegiato delle istanze sociali nelle operazioni di valutazione e di sintesi dei diversi profili interessati dalla materia⁴¹.

³⁸ Si osserva peraltro il disequilibrio che appare vistosamente tra l'ampia ed articolata ricostruzione delle motivazioni in ordine alla priorità di trovare adeguati strumenti di tutela del minore nelle relazioni genitoriali, da una parte, e la proposizione apodittica dell'inammissibilità delle questioni dando conto, quasi con una forma di stile, della sussistenza di plurime soluzioni normative, tutte costituzionalmente percorribili ma rimesse nei fatti alla discrezionalità, il cui compito è divenuto ormai indifferibile.

³⁹ “Sarà, quindi, compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti” (Cons.dir. 5.6).

⁴⁰ Al riguardo, sottolinea S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO, *Maternità filiazione genitorialità*, Napoli, 2017, che, ancorché approvata la legge Cirinnà, la giurisprudenza si è “impegnata a togliere le castagne dal fuoco al legislatore”.

⁴¹ “... il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi

È importante che il Parlamento torni a ricoprire un ruolo primario nel circuito decisionale nella proficua opera di mediazione delle istanze della collettività. Solo con il recupero di una dimensione politica propria sarà possibile adottare norme che siano espressione di un confronto compiuto e complesso⁴², limitando così l'attività creativa dei giudici nel compito di colmare le lacune o di dipanare le incongruenze di leggi particolarmente sofferte.

Insomma, la Corte offre la rotta ma è al Parlamento che spetta solcare le onde.

affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale, salvo il successivo sindacato sulle soluzioni adottate da parte di questa Corte, onde verificare che esse non decampino dall'alveo della ragionevolezza" (Cons.dir.13.1).

⁴² Tra i molti, si vedano le sempre attuali osservazioni di M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1661 ss.