

Tecniche procreative, ordine pubblico e interesse del minore. Introduzione

Giampietro Ferri*

Con le recenti sentenze n. 32 e n. 33 del 2021, la Corte costituzionale ha aggiunto due importanti tasselli al giudizio sulla legittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»¹.

Le «finalità» dichiarate dal legislatore nel 2004 erano quelle di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e dalla infertilità», consentendo a coppie eterosessuali il ricorso a tecniche di procreazione «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità»².

In realtà, la legge, che fu approvata quando le pratiche di fecondazione assistita erano da tempo diffuse in maniera incontrollata³, vi aveva posto delle limitazioni, tanto stringenti da suscitare, oltre alle critiche da parte di numerosi scienziati⁴ e di larghi settori del mondo politico⁵, dubbi di legittimità costituzionale.

Grazie agli stimoli provenienti dai giudici di merito e di legittimità⁶, per i quali la lettera del testo legislativo ha sovente rappresentato un ostacolo sulla strada dell'interpretazione conforme a Costituzio-

* Professore ordinario di diritto costituzionale, Università degli studi di Verona. Mail: giampietro.ferri@univr.it. La pubblicazione rientra tra le attività del team di ricerca «Processi decisionali e fonti del diritto» del Progetto di Eccellenza MIUR 2018/2022 del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona. Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Per gli studi monografici sul tema, cfr. B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Canterano, 2020; 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*, Napoli, 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020. Tra le opere collettanee si segnala S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017.

² Art. 1 della legge n. 40/2004. Il ricorso «è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico» (art. 4).

³ Cfr. C. VALENTINI, *La fecondazione proibita*, Milano, 2004. Gli unici testi riferimento per i centri pubblici e privati che operavano nel campo della fecondazione assistita erano due circolari emanate dai ministri della Sanità: la circolare Degan del 1985, che vietava la fecondazione c.d. eterologa nei centri pubblici, senza nulla dire dei centri privati, e la circolare Donat-Cattin, di pochi anni successiva, che regolamentava la raccolta e la conservazione dei gameti ai fini della fecondazione attuata con l'intervento di un donatore o una donatrice esterni alla coppia.

⁴ V., tra l'altro, l'appello degli scienziati pubblicato sul quotidiano *la Repubblica* del 9 dicembre 2003, consultabile al seguente indirizzo internet: <https://bit.ly/3ClFj8r>.

⁵ La legge n. 40/2004 fu approvata con il voto favorevole della maggioranza di centrodestra e quello contrario dell'opposizione di centrosinistra (con l'eccezione della Margherita, che, divisa al proprio interno, si era espressa ufficialmente per il «sì», ammettendo però la possibilità per i propri parlamentari di esprimersi secondo coscienza).

⁶ V., tra le altre, Cass., I sez. civ., n. 19599 del 2016; Cass., SS.UU., n. 12193 del 2019; Cass., I sez. civ., ord. n. 8320 del 2020; Cass., SS.UU., n. 9006 del 2021.



ne, la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi più volte sulla legge n. 40/2004, dichiarandone l'illegittimità costituzionale nei seguenti punti: laddove imponeva la creazione di non più di tre embrioni ai fini di un loro unico e contemporaneo impianto⁷; nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare appena possibile, dovesse essere effettuato «senza pregiudizio della salute della donna»⁸; nella parte in cui stabiliva per la coppia il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (ossia con l'impiego di un gamete di donatore "esterno"), qualora fosse stata diagnosticata una patologia quale causa di sterilità (o infertilità) assoluta e irreversibile⁹; nella parte in cui non consentiva il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili (mentre l'ordinamento italiano consente comunque a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici attraverso l'interruzione volontaria della gravidanza, che costituisce una modalità ben più traumatica)¹⁰; nella parte in cui contemplava come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche quando essa fosse esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili¹¹.

Se, per effetto di tali interventi della Corte costituzionale, il testo della legge n. 40/2004 risulta sensibilmente modificato rispetto a quello originario, non si può dire però che l'impianto legislativo sia stato smantellato. Permane l'impostazione di fondo: un'impostazione volta a favorire la procreazione, ma soltanto nell'ambito della famiglia "tradizionale", con la presenza di una coppia composta di persone di sesso diverso (coniugate o conviventi), maggiorenni e in età fertile¹², nello stesso tempo tutelando l'embrione, anche a scapito delle esigenze della ricerca scientifica. Ciò, mentre è cambiato il panorama delle formazioni sociali con relazioni affettive, essendo avvenuto il riconoscimento a livello legislativo delle unioni civili tra persone dello stesso sesso¹³, che non di rado esprimono il desiderio di essere genitori.

Alla sostanziale preservazione dell'impianto legislativo ha concorso la stessa Corte costituzionale, che non sempre ha accolto le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici *a quibus*, respingendole quando il loro accoglimento avrebbe implicato l'introduzione di un indirizzo politico diverso da quello tracciato dal legislatore¹⁴. Essa ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costi-

⁷ C. cost. n. 151 del 2009.

⁸ C. cost. n. 151 del 2009. Su questi aspetti della legge n. 40/2004, cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 157 ss.

⁹ C. cost. n. 162 del 2014.

¹⁰ C. cost. n. 96 del 2015.

¹¹ C. cost. n. 229 del 2015.

¹² Artt. 5 e 12, comma 2, l. n. 40/2004.

¹³ Legge n. 76 del 2016.

¹⁴ C. cost. n. 221 del 2019, punto 11 del Considerato in diritto.

La giurisprudenza della Corte costituzionale è stata generalmente improntata «al rispetto degli ambiti di scelta consentiti dalla Costituzione ai legislatori, specie dove le decisioni avevano una forte connotazione politica», e non trova riscontro nella realtà «la tesi di una Corte portatrice di una sua politica contrapposta a quella che si esprime in Parlamento»: così V. ONIDA, *Quel potere «mite» del diritto*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 aprile 2006. Le osservazioni dell'illustre Autore, formulate in occasione dei cinquant'anni di attività della Corte, troveranno conferma nella giurisprudenza successiva, in cui si riscontrano varie decisioni che esprimono un'"autolimitazione" (come, ad esempio, la n. 271/2010, annotata da C. PINELLI, *Eguaglianza del voto e*

tuzionale concernente la norma che sancisce il divieto assoluto di ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso. È stata così rigettata la richiesta di una pronuncia additiva che avrebbe comportato un temperamento dell'assolutezza del divieto, nel senso che, accertato che l'embrione non sia più impiegabile a fini procreativi (e quindi risulti destinato a rapida estinzione), esso possa essere utilizzato, previa acquisizione del consenso dei generanti, per altri scopi costituzionalmente rilevanti (come quello della ricerca scientifica biomedica in funzione anche della tutela della salute)¹⁵. La Corte, poi, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della preclusione dell'accesso alle tecniche procreative per le coppie omosessuali, giungendo a tale decisione dopo avere rimarcato che la questione riguarda temi «eticamente sensibili», in relazione ai quali «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, nel rispetto della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore, quale interprete della volontà della collettività»¹⁶. La Corte costituzionale ha sottolineato anche che, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, gli Stati membri del Consiglio d'Europa conservano, segnatamente quanto ai temi sui quali non si registri un generale consenso, un ampio margine di apprezzamento¹⁷.

Proprio la diversità della disciplina tra gli Stati aderenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha fatto sì che si sviluppasse il fenomeno del "turismo procreativo" (o riproduttivo), ossia dello spostamento delle coppie che desiderano un figlio dagli Stati in cui vi è la disciplina più restrittiva, che mira a tutelare più intensamente l'ordine pubblico¹⁸, agli Stati (europei, ma anche extraeuropei) in cui vi è una disciplina che offre una più ampia possibilità di usare le tecniche di procreazione medicalmente assistita. Di qui la nascita di bambini all'estero mediante tecniche non consentite nel Paese

ripartizione dei seggi tra circoscrizioni e G. FERRI, *Nuovi e vecchi problemi del sistema di elezione dei parlamentari europei: l'assegnazione dei seggi attribuiti con i resti e lo «spostamento» dei seggi da una circoscrizione all'altra*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3322 ss.). Occorre dire, però, che gli interventi della Corte in materia elettorale dello scorso decennio hanno aperto un vivace dibattito fra gli studiosi sul ruolo dell'organo (cfr. AA. VV., *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014, dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della L. n. 270 del 2005*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 629 ss., nonché G. FERRI (a cura di), *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere. Problemi e prospettive dopo le sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017*, Napoli, 2017).

¹⁵ C'è un «dibattito – in ambito scientifico e giuridico, oltretutto nel più ampio contesto della società civile – sulla stessa ragionevolezza» della previsione legislativa censurata. Si tratta di una «scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, perciò stesso, al sindacato di questa Corte». «Per di più, una diversa ponderazione dei valori in conflitto, nella direzione, auspicata dal rimettente, di una maggiore apertura alle esigenze [...] della ricerca scientifica, non potrebbe comunque introdursi per via di un intervento additivo» da parte del giudice costituzionale, «stante il carattere non "a rima obbligata" di un tale intervento». Così C. cost. n. 84 del 2016, su cui v., per un commento critico, C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 157 ss.

¹⁶ C. cost. n. 221 del 2019.

¹⁷ V., tra le molte pronunce, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, n. 25358/12, *Mennesson c. Francia*, n. 65192/11, *Labassée c. Francia*, n. 65941/11, a cui si aggiunge il (primo) parere preventivo reso ex Protocollo 16: Req. n. P16-2018-001.

¹⁸ 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, 119 ss.,

d'origine dei genitori (si pensi, tra l'altro, alla gestazione per altri) e l'esigenza di tutelare i bambini stessi, in base al principio del preminente interesse del minore, che è consacrato nei documenti internazionali (in primo luogo, nella Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959) ed è tutelato costituzionalmente¹⁹. Su tali aspetti sono intervenute le recentissime sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021.

Con la sentenza n. 32 la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto gli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 e 250 cod. civ., impugnati perché non consentirebbero al nato nell'ambito di un progetto di procreazione di tipo eterologo, praticata da una coppia del medesimo sesso, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore. La Corte ha affermato che i nati a seguito di procreazione medicalmente assistita eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo. Essi, destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore (la madre biologica), proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo (la madre intenzionale), vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi. Tuttavia, al riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore, la Corte ha ritenuto, «per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario», di non poter porre rimedio, invocando l'intervento del legislatore, che dovrà necessariamente colmare il vuoto, a fronte di incomprimibili diritti dei minori.

Con la sentenza n. 33²⁰ la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004, della legge n. 218/1995 («Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato») e dell'art. 18 del d.P.R. n. 396/2000,

«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».

La questione affrontata dalla Corte riguarda, in sostanza, lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata – il sintagma designa, com'è noto, l'accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventi-

¹⁹ Il principio è stato riformulato da una risalente sentenza della Corte costituzionale, con riferimento all'art. 30 Cost., come necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata «la soluzione ottimale "in concreto" per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior "cura della persona"» (sentenza n. 11 del 1981); ed è stato ricondotto da plurime pronunce altresì all'ambito di tutela dell'art. 31 Cost. (sentenze n. 272 del 2017, n. 76 del 2017, n. 17 del 2017 e n. 239 del 2014). Per uno studio monografico sul tema, cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 77 ss.

²⁰ Annotata da F. FERRARI, *L'interesse del minore tra protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 3, 2021.

vamente a “reclamare diritti” sul bambino che nascerà –, che è vietata nell’ordinamento italiano dall’art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004. È qui in discussione la possibilità di dare effetto nell’ordinamento italiano a provvedimenti giudiziari stranieri che riconoscano come genitore del bambino non solo chi abbia fornito i propri gameti, e dunque il genitore cosiddetto biologico, ma anche la persona che abbia condiviso il progetto genitoriale pur senza fornire il proprio apporto genetico, e dunque il cosiddetto genitore d’intenzione. Secondo la Corte costituzionale, il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica e la necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori – non può che spettare in prima battuta al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell’individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione, la Corte – come già aveva fatto in passato in simili circostanze²¹ – ha ritenuto di doversi fermare e «cedere il passo al legislatore». Quali saranno, dunque, i prossimi passi del legislatore? Quali possono essere le soluzioni più adatte per contemperare, nella delicata materia, le esigenze di tutela dell’ordine pubblico e dell’interesse del minore? In attesa dell’intervento legislativo, la Corte, una volta riscontrata la mancanza di tutela della posizione dei minori che è costituzionalmente richiesta, avrebbe potuto offrire essa stessa subito una tutela, pronunciando una sentenza di accoglimento anziché di inammissibilità²²? Sono questi gli interrogativi ai quali intende rispondere questo Convegno.

²¹ Cfr., ad esempio, la sentenza n. 16/2011, con osservazioni di V. ONIDA, *Quando la Corte non vuole decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2011, 139 ss. e G. FERRI, *L’indipendenza delle magistrature speciali e la composizione del Consiglio di presidenza della Corte dei conti*, in *Il Foro amministrativo-C.d.S.*, 7-8, 2011, 2265 ss. e in ID., *La magistratura in Italia. Raccolta di scritti*, Torino, 2021, 321 ss.

²² Utili spunti di riflessione in A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta Online*, 1, 2021, 221 s.