

Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore

Antonio D'Aloia*

PARENTING. BETWEEN LEGISLATIVE LIMITS AND THE (FUNDAMENTAL) INTERESTS OF THE CHILD

ABSTRACT: Judgments no. 32 and 33 of 2021 represent the last stage of a long process of judicial review of Law no. 40/2004. Compared to the past, in the most recent cases, the Italian Constitutional Court used a different decision-making model, declaring the issues of constitutionality to be inadmissible because of the plurality of possible regulatory solutions and the ethical and social complexity of the topics involved. At the same time, however, the Court called for an urgent and undeferrable intervention by the Parliament. This paper will analyse, on the one hand, the substantive aspects of the two decisions and, on the other hand, the formal aspects linked to the decision-making technique adopted by the Constitutional Court, as well as the possible follow-up of judgement no. 33/2021.

KEYWORDS: Parenting; assisted reproduction; surrogacy; best interest of the child; same-sex parenthood

SOMMARIO: 1. Le sentenze 32 e 33 del 2021 come ultima (per ora) tappa del processo di rielaborazione della legge 40/2004 – 2. Ancora il modello dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata con rinvio al legislatore per individuare le soluzioni "correttive" – 3. Un confronto tra le due sentenze (e i temi ad esse sottesi) – 4. Evoluzioni della Corte Costituzionale sulla genitorialità omosessuale – 5. È davvero discriminatorio il divieto di accesso delle coppie omosessuali alla PMA? – 6. Sul "seguito" della sent. 33/2021. Realizzare il best interest del minore senza rinunciare al divieto della GPA.

1. Le sentenze 32 e 33 del 2021 come ultima (per ora) tappa del processo di rielaborazione della legge 40/2004

Le decisioni 32 e 33 del 2021 investono in pieno quelle parti della legge 40 che ancora rimanevano indenni dalla profonda opera di riscrittura di questo testo operata dal Giudice costituzionale in questi anni.

Dopo la sentenza 96/2015, usai un gioco di parole – "l'(ex) 40" – per rappresentare efficacemente lo scenario di una legge 40 ormai completamente "sostituita" da un impianto normativo diverso, a cominciare dai valori di orientamento¹.

* Professore ordinario di diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Studi Politici e Internazionali, Università di Parma. Mail: antonio.daloia@unipr.it. Il presente contributo costituisce la trascrizione, con poche aggiunte bibliografiche, della Relazione tenuta al Convegno su "Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Lo stato dell'arte" (Verona, 20 maggio 2021). Contributo sottoposto a referaggio.

¹ A. D'ALOIA, L'(ex) 40, in *Quad. Cost.*, 4, 2015.

Sono ampiamente conosciute le tappe di questa operazione di ridefinizione “sostitutiva” della legge del 2004 sulla PMA. Non è il caso qui di ripercorrerle, se non con un semplice riferimento alle tre sentenze con cui la Corte, un pezzo alla volta, ha: in primo luogo, aperto sostanzialmente alla produzione di embrioni soprannumerari (sent. 151/2009); successivamente, ha cancellato la preclusione assoluta del ricorso alla fecondazione eterologa (sent. 162/2014); infine, con la sent. 96/2015, ha eliminato (a certe condizioni) il divieto di diagnosi genetica pre-impianto, consentendo l'accesso alla PMA, con possibilità di diagnosi genetica e selezione degli embrioni impiantabili, a coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche gravi trasmissibili attraverso la generazione.

Le dinamiche di “vita” della l. 40 appaiono effettivamente emblematiche di un certo modo di strutturarsi dei rapporti tra legislatore e giudici nella disciplina dei diritti fondamentali di ultima generazione: quei diritti, cioè, sui quali la Costituzione non dice (o almeno non dice in modo univoco²), e che nascono dalle nuove possibilità aperte dagli sviluppi della scienza e delle applicazioni biotecnologiche.

Sul tema della PMA, la legge e il giudice si sono scambiati i ruoli, in un gioco di assestamenti abbastanza caotico.

La legge 40 ha rappresentato il punto di arrivo di una fase in cui il diritto relativo alla procreazione con metodi non naturali era stato quasi esclusivamente giurisprudenziale, se si escludono alcune circolari e ordinanze del Ministero della Sanità, e le indicazioni contenute nel Codice deontologico dei medici.

Così la legge si è presa tutto lo spazio, o almeno ha preteso di farlo, ribaltando espressamente molte situazioni accettate o, almeno, non sempre o radicalmente escluse dalla pratica medica e giudiziaria: penso alle ipotesi della fecondazione eterologa, della fecondazione *post mortem*, della maternità surrogata. Non è stata una legge “mite” la legge 40, e d'altronde i conflitti che possono riprodursi nell'ambito della PMA sono spesso aspri e difficili da “arbitrare”.

Richiedono scelte nette, opzioni di valore che non sempre possono trovare un bilanciamento che metta a posto tutti gli interessi coinvolti.

Un attimo dopo l'approvazione della legge, lo scenario si è ribaltato: il giudice ha riaperto la partita su altre basi, quelle della Costituzione, della tutela “multilivello” dei diritti, dell'irragionevolezza della legge rispetto ai presupposti scientifici, e persino rispetto alle sue stesse finalità.

2. Ancora il modello dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata con rinvio al legislatore per individuare le soluzioni “correttive”

Come si è visto, con le sentenze prima richiamate, la Corte è intervenuta direttamente su alcuni profili “cruciali” della legge 40, giudicandoli incostituzionali, irragionevoli, e modificando in questo modo il “verso” sostanziale delle scelte legislative. Con le ultime sentenze, oggetto di questo contributo, il Giudice costituzionale usa un modello diverso, optando per una inammissibilità della questione legata essenzialmente alla pluralità di soluzioni regolatorie e alla complessità etico-sociale dei temi implicati, che tuttavia contiene una netta e inequivoca censura delle conseguenze pratiche derivanti dalle

² C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, 130-131.



disposizioni impugnate, con la richiesta di un intervento urgente e non differibile da parte del legislatore.

In sostanza, siamo di fronte ad una incostituzionalità semplicemente differita, in cui il monito rivolto al legislatore è secco, senza molti margini di manovra; e soprattutto, con una prospettiva temporale che è, almeno implicitamente, molto ravvicinata.

Qualcosa di simile al modello “Cappato” (ricavabile dalla sequenza dell’ord. 207/2018 e della sent. 242/2019), almeno nel senso che la Corte preferisce che, in prima battuta, sia il legislatore a farsi carico delle difficili mediazioni etico-sociali che la materia biogiuridica solleva.

In sé, è un modello corretto. I diritti sono o dovrebbero essere innanzitutto il frutto di scelte del legislatore rappresentativo. È il legislatore che deve effettuare il bilanciamento “dei valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale” (sent. 84/2016)³; mentre la Corte e i giudici dovrebbero controllare le modalità di questa sintesi, la sua ragionevolezza e/o la sua coerenza rispetto ai principi costituzionali.

Il problema semmai è che il modello sta funzionando male. I moniti della Corte, o gli assestamenti della giurisprudenza comune spesso restano inascoltati, o semplicemente dimenticati dal legislatore. Ci sono voluti 10 anni per vedere una legge (appunto la n. 219/2017) che traducesse in disposizioni chiare l’evoluzione interpretativa sui confini del rifiuto delle cure maturata con la sentenza della Cassazione sul caso “Englaro” del 2007. E il rinvio al legislatore dell’ord. 207 è rimasto lettera morta costringendo la Corte a formalizzare l’incostituzionalità del divieto assoluto di suicidio medicalmente assistito con la sent. 242/2019.

Ad ogni modo, tornando al confronto tra il caso Cappato, e i temi affrontati dalla due sentenze del 2021, le differenze tra le due situazioni, per come sono stati trattate dal Giudice costituzionale, restano comunque evidenti.

Del resto, è molto diverso anche il contesto legislativo di riferimento.

Sul suicidio medicalmente assistito, la Corte ha potuto lavorare su un tessuto legislativo che era arrivato “ad un passo” (potremmo dire) dall’ammettere – in determinate condizioni (che sono quelle indicate dall’ordinanza 207/2018) – la richiesta di aiuto a morire. Almeno questo è ciò che sostiene la Corte usando la l. 219/2017 (adesso non è il caso di dire se e quanto una tale prospettiva sia corretta) come una sorta di “assist” per andare oltre e procedere verso la legittimazione del suicidio medicalmente assistito.

Viceversa, sulle questioni poste dalle sentenze 32 e 33 del 2021, la scelta legislativa (piaccia o no) è stata netta ponendo la Corte di fronte a due limiti che sono appunto “quel che resta” dell’originario impianto della legge 40: il divieto di ricorso alla surrogazione di maternità, e la riserva alle coppie eterosessuali dell’accesso alla PMA.

3. Un confronto tra le due sentenze (e i temi ad esse sottesi)

Ma veniamo ai temi di queste due sentenze.

³ Vedi anche N. ZANON, *I rapporti tra la Corte Costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 27 gennaio 2021, 9.

Essere genitori: fino a che punto è un diritto posto che certamente lo è, addirittura incoercibile come ebbe a dire la Corte Costituzionale nella sent. 162/2014?

Rovesciando la domanda, fino a che punto – e sulla base di quali ragioni – il legislatore può porre limiti al desiderio (diritto) di diventare genitori?

Nelle due sentenze qui esaminate, come si è detto, l'aspirazione alla genitorialità tocca i due limiti ancora rimasti dell'assetto iniziale della l. 40.

Peraltro, i due temi, la genitorialità omosessuale e la maternità surrogata, sono collegati almeno in parte. Per le coppie omosessuali maschili, infatti, il ricorso alla surrogazione di maternità è l'unica tecnica che può consentire di realizzare il diritto ad essere genitori.

Il collegamento è solo parziale. E in effetti anche la Corte Costituzionale, nelle due sentenze "gemelle", sembra mantenere una lettura distintiva dei due fenomeni, che si riflette poi sul dispositivo finale e su alcuni passaggi della motivazione.

Anche la legge 40 del resto, sottopone la violazione dei due limiti ad un diverso regime sanzionatorio: una sanzione amministrativa pecuniaria (da 200.000 a 400.000 euro) per chi applica tecniche di PMA «a coppie composte da soggetti dello stesso sesso», rafforzata dalla previsione in forza della quale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui allo stesso art. 12 (e, dunque, anche per quello di cui al comma 2) è «disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale»⁴; invece una sanzione penale, anche particolarmente severa (reclusione da 3 mesi a due anni, e multa da 600.000 a un milione di euro) per «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità».

Ma torniamo alle differenze tra le due decisioni.

Nella sent. 32, relativa ad un caso di genitorialità omosessuale senza ricorso alla surrogazione di maternità, il monito finale sembra più diretto. Possono sembrare sfumature linguistiche, ma in realtà sullo sfondo ci sono differenze sostanziali nella considerazione dei problemi implicati.

All'esito di un ragionamento che, come vedremo, è tutto imperniato sul *best interest* del minore, la Corte conclude nel senso che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia.

Nell'altra sentenza (n. 33), dopo aver sottolineato il «vantaggio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica», e aver rimesso il pallino anche qui nelle mani del legislatore, la Corte parla di una «ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore».

È diversa anche la considerazione del "peso" degli interessi che giustificano il limite legislativo, e correlativamente, della gravità della sua elusione.

Per la Corte, l'elusione del limite stabilito dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004 (vale a dire il divieto di accesso delle coppie omosessuali alla PMA), «non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali».

⁴ Inoltre, il comma 10 prevede la sospensione dell'autorizzazione alla realizzazione delle pratiche di PMA concessa alla struttura nel cui interno è eseguita la pratica vietata, con possibilità di revoca dell'autorizzazione stessa nell'ipotesi di violazione di più divieti o di recidiva.



È un tema costituzionalmente “aperto” a più soluzioni. Se da un lato il paradigma eterosessuale della genitorialità mantiene una sua ragionevolezza (o una sua “non irragionevolezza”, come la Corte aveva già affermato nella sent. 221/2019), al tempo stesso «non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina»; dall’altro, «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l’inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore» (v. ancora il richiamo della sent. n. 221 del 2019).

Anche nella giurisprudenza della Cassazione, viene ribadito in diverse pronunce che la previsione della diversità di sesso per i componenti delle coppie e, dunque, il divieto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita per quelle omosessuali – al contrario del divieto di maternità surrogata posto sempre dalla legge n. 40 – non assurge a principio di ordine pubblico, come avvalorato anche dalla previsione di una mera sanzione amministrativa pecuniaria. Nel medesimo senso e forse ancora più esplicitamente, con la sentenza n. 14878 del 2017 la Corte di cassazione ha ribadito che la trascrizione di un atto di nascita formato all’estero, a seguito di ricorso da parte di una coppia omosessuale femminile alla fecondazione eterologa (con utilizzo del gamete femminile che non appartiene alla componente che poi partorisce il figlio, unitamente al gamete maschile di un donatore esterno) non è contrario all’ordine pubblico internazionale proprio perché non si tratta di un’ipotesi di maternità surrogata. Nella sentenza n. 19599 del 2016, invece, la Corte di cassazione si sofferma sulla “tipologia” di famiglia, quella omosessuale, e sulla «asserita preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso (unite da uno stabile legame affettivo) di accogliere, di allevare e anche di generare figli», ritenendo che la scelta manifestata dalla legge n. 40 del 2004 («ispirata all’idea di fondo che l’unica comunità nella quale sarebbe possibile generare figli sia quella formata da persone di sesso diverso») «non esprime una opzione costituzionalmente obbligata».

Dunque, la Corte non mette in discussione, per il momento, il principio, ma prende atto e accerta che nella specifica situazione evocata nel giudizio, viene a determinarsi «una preoccupante lacuna dell’ordinamento nel garantire tutela ai minori e ai loro migliori interessi», tra cui fondamentale l’interesse alla «necessaria permanenza dei legami affettivi e familiari, anche se non biologici, e (al) riconoscimento giuridico degli stessi, al fine di conferire certezza nella costruzione dell’identità personale».

Più complicato è il bilanciamento nella sent. 33.

L’interesse certamente fondamentale del bambino si confronta con altri interessi più solidi e meno esposti ai cambiamenti culturali (e giuridici) che hanno contrassegnato l’evoluzione della questione omosessuale.

Quando la Corte mette sull’altro piatto del bilanciamento «la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l’ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale», non fa riferimento a qualcosa di impersonale o sfuggente; oppure ad un generico interesse pubblico.

Dietro il divieto (peraltro ampiamente diffuso sul piano comparato, sebbene in un quadro in cui sono non meno numerosi i Paesi che riconoscono la possibilità di utilizzare la GPA, anche a carattere one-

roso⁵) della maternità surrogata ci sono fondamentali interessi costituzionali che riguardano la dignità delle donne, l'interesse dei minori come categoria generale fuori dal caso concreto, l'interesse dei bambini e delle donne che in futuro potrebbero essere coinvolti in procedure di questo tipo⁶, il valore della gravidanza come identificazione della maternità. E forse, come sottolinea con riflessioni coraggiose C. Tripodina, bisognerebbe anche chiedersi «se corrisponda al miglior interesse del minore l'interruzione, immediatamente dopo il parto, del profondissimo legame simbiotico che si instaura tra lui e la madre biologica nell'arco dei nove mesi della gestazione, il fatto di non potere mai più avere con lei relazioni, di non potere neppure sapere chi sia»⁷.

Ecco perché la Corte stessa sente il bisogno di riconoscere che

«l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco. La frequente sottolineatura della "preminenza" di tale interesse ne segnala bensì l'importanza, e lo speciale "peso" in qualsiasi bilanciamento; ma anche rispetto all'interesse del minore non può non rammentarsi che "[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...]».

Di questa complessità etica e giuridica si è, del resto, fatta carico anche la giurisprudenza della Corte EDU (anche nella recentissima sentenza *Fjólnisdóttir c. Islanda* del 18 maggio 2021), affermando che ciascun ordinamento gode, in linea di principio, di un certo margine di apprezzamento in materia; e che, ferma restando la rammentata necessità di riconoscimento del «legame di filiazione» con entrambi i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura, e che ciascun ordinamento garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il "genitore d'intenzione", al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati (Corte EDU, decisione 12 dicembre 2019, *C. contro Francia* ed *E. contro Francia*, paragrafo 42; sentenza *D. contro Francia*, paragrafo 67), resta affidata alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, tra i quali si annovera anche il ricorso all'adozione del minore.

In particolare, secondo la Corte europea,

«gli Stati parte possano non consentire la trascrizione di atti di stato civile stranieri, o di provvedimenti giudiziari, che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo status di padre o di madre al "genitore d'intenzione"; e ciò proprio allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato ben può considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi».

Colpisce, in entrambe le decisioni commentate, il richiamo al "difficile" precedente sui nati da rapporti incestuosi (sent. 494/2002). Invero, la Corte sottolinea che la condizione dei minori nell'ambito

⁵ Per una rassegna accurata, v. da ultimo, E. GRASSO, E. MOSTACCI, *Aborto e maternità surrogata: il diritto di fronte al divorzio tra sessualità e riproduzione*, in *Pol. Dir.*, 2, 2021, 149 ss. Secondo questa ricerca, l'ultimo Stato in ordine di tempo ad aver regolato la materia ammettendo la GPA a titolo oneroso è lo Stato di New York, con il *Child-Parent Security Act* (CPSA), entrato in vigore il 15 febbraio di quest'anno.

⁶ 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 telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 135-13

⁷ U.o.c., 130.

del giudizio esaminato «rivela caratteri solo in parte assimilabili a un'altra categoria di nati cui, per molti anni, è stato precluso il riconoscimento dello status di figli (i cosiddetti figli incestuosi), destinatari di limitate forme di tutela, a causa della condotta dei genitori».

E in effetti, in quella lontana decisione, la Corte precisò che il diritto di azione «è riconosciuto a lui solo» (cioè soltanto al nato, e in caso di morte, ai suoi discendenti), e non può tradursi in una generale apertura all'accertamento e al riconoscimento di tali rapporti di filiazione anche da parte di altri soggetti.

Le differenze tra la sent. 32 e la sent. 33, e le rispettive questioni, si riflettono infine anche sui contenuti del mandato al legislatore: mentre nella prima decisione si ipotizza una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, nella sent. 33 l'obiettivo sembra essere (almeno nella mia valutazione, poi so bene che ci sono interpretazioni diverse) più ridotto, muovendo verso un adattamento dell'istituto dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 della l. 184/83. Ma su questo tornerò più avanti.

4. Evoluzioni della Corte Costituzionale sulla genitorialità omosessuale

Dopo questa prima lettura in parallelo delle due sentenze, proviamo ad esaminare separatamente i due temi che, appunto, si intrecciano ma hanno profili non completamente sovrapponibili.

Nel primo giudizio (deciso con la sent. n. 32) ritroviamo, nel quadro di una vicenda con caratteristiche molto peculiari, quella che possiamo considerare l'ultima linea, la più tormentata e divisiva, della questione omosessuale: il tema della genitorialità.

Sempre la Corte Costituzionale, nella sent. 230/2020, nel dire che «Resiste, dunque, a censura l'affermazione, assunta in premessa dal Tribunale pisano, che “allo stato”, nel nostro ordinamento, è “escluso che genitori di un figlio possano essere due persone dello stesso sesso”», ha sottolineato che anche

«la legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), 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. Dal rinvio che il comma 20 dell'art. 1 di detta legge opera alle 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».

Un anno prima, nella sent. 221/2019, ci sono state affermazioni apparentemente più nette. Dice la Corte che

«[...] Contrariamente a quanto mostrano di ritenere i giudici a quibus, l'infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità “fisiologica” della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale».

Il passaggio centrale della sentenza del 2019 è probabilmente il seguente:

«l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia ad *instar naturae* – due genitori di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata [...] di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali».

Poco dopo, il riferimento al modello “naturale” della genitorialità viene spiegato e rafforzato attraverso il richiamo al «grado di accettazione sociale del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità” nell'ambito della comunità sociale».

Già dopo questa decisione, appariva evidente come la linea della persistente (attuale) ragionevolezza del paradigma eterosessuale della genitorialità si fosse fatta più sottile. La coppia eterosessuale è il luogo “più idoneo” (ma non l'unico idoneo) allo svolgimento della funzione genitoriale; la ragionevolezza di questo modello è, in realtà, una “non irragionevolezza”, una “non arbitrarietà”. Sfumature di linguaggio, che tuttavia non sembrano del tutto prive di significato.

La sensazione, come ho detto prima, è che ci muoviamo su un terreno instabile, che potrebbe portare a cambi di prospettiva: infatti, la stessa Corte, nel ribadire che la scelta del legislatore non è «eccedente il margine di discrezionalità», ammette che tale opzione resta «aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»⁸.

Infatti, già nella 230/2020, l'obiettivo dell'accesso delle coppie omosessuali alla genitorialità attraverso i metodi non naturali, pur ragionevolmente (ancora) precluso dal legislatore, viene ritenuto

«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 apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale”».

Come scrive Zanon⁹, «la scelta per il diritto all'omogenitorialità non è contenuta nella Costituzione; quest'ultima non vi si oppone, [...], ma certo nemmeno la impone».

Il terzo atto è appunto quello che si è chiuso con la sent. 32/2021, a dimostrazione che il tema è estremamente fluido, tutt'altro che assestato.

Nella prospettazione delle ricorrenti, il divieto di accesso alla PMA da parte di persone dello stesso sesso costituirebbe una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, lesiva della dignità della persona umana. Esso implicherebbe una negazione del diritto alla genitorialità sproporzionata e irragionevole, come tale lesiva anche dell'art. 31, secondo comma, Cost., in forza del quale la Repubblica «protegge la maternità».

Da un diverso punto di vista, viene sottolineato come costituisca un dato ormai acquisito – anche alla luce della giurisprudenza delle Corti europee – che la coppia omosessuale, tanto unita civilmente

⁸ Per A. RUGGERI, *Mutamenti*, cit., 152, “ancora una volta l'ombra lunga di Pilato si proietta alla Consulta; e la Corte giudica non irragionevole il divieto della legge, premurandosi di precisare che anche la soluzione opposta, eventualmente adottata, parimenti non risulterebbe affetta dal vizio in parola”.

⁹ N. ZANON, *I rapporti*, cit., 11, aggiungendo che “lo spazio nel quale ci si muove è in tal caso uno spazio vuoto in termini di diritto costituzionale. La scelta appartiene soltanto alla discrezionalità del legislatore, appunto in corrispondenza ai mutamenti della coscienza sociale, che il legislatore, se ritiene, può intercettare e riflettere in atti normativi”.

(come le ricorrenti), quanto «in libera unione», costituisca una famiglia e goda, quindi, del diritto al rispetto della propria vita familiare.

Si legge nelle memorie depositate nel giudizio che

«Se la coppia omosessuale costituisce una formazione sociale tutelata dall'art. 2 Cost., come ha statuito il Giudice costituzionale fin dalla sent. 138/2010 e se la determinazione di avere un figlio rappresenta un diritto inviolabile della coppia, anche in assenza di legame genetico, il divieto di accesso alla procreazione assistita posto dalla legge n. 40 del 2004 nei confronti delle coppie formate da due donne – in difetto di interessi contrari di pari rango – colliderebbe inevitabilmente con il citato parametro costituzionale».

Le disposizioni censurate violerebbero, altresì, l'art. 3 Cost., sia sotto il profilo dell'eguaglianza, sia sotto quello della ragionevolezza, ad esempio nel raffronto «tra una coppia di donne con patologie riproduttive e una coppia eterosessuale con la donna affetta dalla medesima patologia. La donna in coppia con un uomo potrebbe, infatti, fruire della PMA, mentre la donna in coppia con un'altra donna non vi ha accesso».

Era solo una riproduzione molto rapida delle censure proposte.

La “dichiarazione di apertura” della Corte contiene già lo sviluppo della motivazione: per il Giudice delle leggi,

«la materia tocca, al tempo stesso, “temi eticamente sensibili” (sentenza n. 162 del 2014), in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene “primariamente alla valutazione del legislatore” (sentenza n. 347 del 1998). Ciò ferma restando la sindacabilità delle scelte operate, al fine di verificare se con esse sia stato realizzato un bilanciamento non irragionevole (sentenza n. 162 del 2014)».

Nello scenario così delineato, il diritto di procreare non è senza limiti. L'affermazione contenuta nella sent. 162/2014, laddove la Corte definisce come “incoercibile” il diritto di procreare, ovvero il diritto di diventare genitori, è stata corretta già in quella sentenza dall'affermazione per cui tale diritto non deve vulnerare altri valori costituzionali e che incontra in ogni caso dei limiti. Successivamente, il giudice costituzionale ha più chiaramente affermato che

«[l]a tutela costituzionale della “salute” non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale, così da rendere incompatibile con l'evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione. La contraria affermazione che pure si rinviene nella sentenza n. 162 del 2014 – richiamata dal rimettente – deve intendersi calibrata sulla specifica fattispecie alla quale la pronuncia si riferisce (la coppia eterosessuale cui sia stata diagnosticata una patologia produttiva di infertilità o sterilità assolute e irreversibili)» (sent. 272/2017)¹⁰.

¹⁰ Vedi E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2021, 147, secondo cui, «[...]se non ogni aspirazione soggettiva dei genitori intenzionali può essere soddisfatta attraverso un'incontenibile estensione del diritto alla salute, allo stesso modo non può esserlo in ragione di strumentali concezioni antidiscriminatorie del diritto alla (bi)genitorialità, alla procreazione o del diritto al rispetto della vita privata e familiare».

Tra le limitazioni di ordine soggettivo all'accesso alla PMA continua ad esserci quella che riguarda le coppie omosessuali. Nondimeno, lo slittamento – già individuato nel confronto tra la 221/2019 e la 230/2020 – si fa più visibile, diventa quasi un ribaltamento.

La Corte ribadisce che «non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina»; e aggiunge, rispetto al precedente del 2019, che l'elusione del limite stabilito dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, «non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali».

In altre parole, la Costituzione colloca l'omogenitorialità in una zona aperta a soluzioni differenti sul piano legislativo, all'ascolto e all'interpretazione di ciò che emerge dai processi sociali e culturali nella valutazione di questi nuovi modelli di vita familiare.

Si tratta di una situazione non vietata ma nemmeno imposta in termini costituzionali. Però, di fronte ad un caso come quello “raccontato” dal giudizio a quo, l'insufficienza riscontrata degli strumenti attuali di riconoscimento giuridico e di mantenimento dei legami affettivi e familiari che sono fondamentali per l'identità personale, e dunque «il vuoto di tutela del preminente interesse del minore», rendono «non [...] più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa», e quindi, come ha concluso la Corte (in via esemplificativa) «una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero (l') introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione».

Dunque, serve una disciplina organica della condizione dei nati da coppie dello stesso sesso. Ma non è chiaro a questo punto cosa rimarrebbe del limite dell'art. 5 della l. 40.

5. È davvero discriminatorio il divieto di accesso delle coppie omosessuali alla PMA?

È difficile orientarsi tra argomenti che hanno evidentemente una rilevanza pre-giuridica.

La sensazione, come ho detto prima, è che ci muoviamo su un terreno “accidentato”, che potrebbe portare a cambi di prospettiva: infatti, la stessa Corte, nel ribadire che la scelta del legislatore non è «eccedente il margine di discrezionalità», ammette che tale opzione resta «aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»¹¹. Tra natura e ragionevolezza giuridica e sociale, può giocare una partita non irrilevante anche il profilo scientifico.

Fino a quando sul piano scientifico reggerà l'idea che la coppia eterosessuale sia il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato? È ancora un'idea largamente o maggiormente condivisa sul piano scientifico?¹²

Fermo restando (e questo lo dice anche la Corte Costituzionale) che non è evidentemente in discussione la capacità educativa, la sensibilità che le coppie omosessuali o i soggetti omosessuali hanno, o possono avere in misura simile o dissimile, rispetto a un soggetto o a una coppia eterosessuale, la

¹¹ Per A. RUGGERI, *Mutamenti*, cit., 152, «ancora una volta l'ombra lunga di Pilato si proietta alla Consulta; e la Corte giudica non irragionevole il divieto della legge, premurandosi di precisare che anche la soluzione opposta, eventualmente adottata, parimenti non risulterebbe affetta dal vizio in parola».

¹² Per considerazioni critiche sulla sent. 221/2019, v. M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2020, 835 ss.

realtà è che non ci sono posizioni nette sulla idoneità di uno schema genitoriale di tipo omosessuale, in rapporto al processo di formazione della personalità del minore¹³.

La Corte riconosce che c'è una larga giurisprudenza ("predominante") che ammette l'adozione non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184/1983. Inoltre in diverse decisioni della Corte EDU (e della Corte di Cassazione italiana) viene ("progressivamente") affermato che l'orientamento omosessuale non è e non può essere un impedimento giuridico alla genitorialità.

Ma appunto, almeno finora, si è trattato di casi in cui il minore era già figlio di uno dei *partners same-sex*, anche se, a dire il vero, le motivazioni del Giudice europeo in alcuni giudizi (penso alla decisione *X e altri c. Austria* del 19 febbraio 2013) sembrano andare oltre la vicenda specifica, negando – in linea generale – che ci possano essere differenziazioni legittime di trattamento tra coppie "non sposate", non importa se "etero" o gay.

Nei casi di adozione, però, come nota efficacemente il Giudice costituzionale (almeno a mio avviso), la deviazione rispetto al paradigma della genitorialità eterosessuale può trovare un suo elemento di giustificazione nell'interesse del minore ("già nato" e quindi in una condizione non paragonabile a quella del figlio non ancora venuto ad esistenza) a mantenere e consolidare un legame affettivo.

Nel contesto della PMA, invece, a parte il problema di inammissibilità legato al fatto che la genitorialità omosessuale maschile potrebbe realizzarsi solo attraverso una violazione del divieto di maternità surrogata, il principio finalistico è essenzialmente la realizzazione di aspirazioni genitoriali; per questo, «non è irragionevole» – dice la Corte – che il legislatore abbia fatto una valutazione, anche «alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale», orientata alla maggiore idoneità dei contesti basati sulla duplicità della figura sessuale rispetto all'interesse del bambino.

Ora, la Corte dice che non è una questione costituzionale che presenta una soluzione obbligatoria o univoca. È materia di discrezionalità legislativa, e il legislatore può ragionevolmente confermare (almeno finora è stato così) la riserva della PMA alle sole coppie eterosessuali.

Devo dire che personalmente ho condiviso queste posizioni della Corte. Trovo formalistica o eccessiva l'idea secondo cui questa limitazione comporterebbe una discriminazione lesiva del principio di eguaglianza.

Un diritto ad avere o poter fare qualcosa non può essere affermato al di fuori di una individuazione dell'oggetto di questo diritto. Dire che negare il matrimonio agli omosessuali (fermo restando ovviamente la necessità costituzionale di garantire uno statuto giuridico alle coppie omosessuali, come è adesso in Italia nelle forme dell'unione civile) o la genitorialità significa introdurre una discriminazione basata sulle condizioni personali (sull'orientamento sessuale), appare un'affermazione autoreferenziale, che parte da una premessa che dovrebbe essere invece il punto di arrivo di un ragionamento giuridico, e cioè che la genitorialità sia un istituto liberamente conformabile alla stregua dell'evoluzione del costume sociale e delle spinte culturali; che sia, cioè, una sorta di guscio "vuoto", indefinito, e perciò aperto ad ogni possibile ri-costruzione.

¹³ In un documento del 20 marzo 2013, l'American Academy of Pediatrics ha concluso nel senso che 30 anni di ricerche documentano che l'essere cresciuti da genitori gay o lesbiche non danneggia la salute psicologica dei figli, e che il benessere dei bambini è influenzato dalla qualità delle relazioni con i genitori, dal senso di sicurezza e competenza di questi, e dalla presenza di un sostegno sociale ed economico alle famiglie.

Quello che voglio dire è che se parliamo solo di diritti ed eguaglianza, senza porci il problema di quello che rivendichiamo come diritto, o come elemento di una pretesa egualitaria e antidiscriminatoria, delle sue caratteristiche intrinseche, rischiamo di fare un'operazione "parziale", che guarda solo un lato del problema, un po' come costruire una scala gradino dopo gradino senza sapere o vedere dove la scala deve poi essere appoggiata

La questione del bilanciamento del diritto di diventare genitori con l'interesse (diritto fondamentale) del minore a una crescita equilibrata, e della rilevanza su questo aspetto della duplicità della figura sessuale, appare tuttora esposto ad elementi di valutazione molto complessi e privi di riferimenti condivisi sul piano culturale, sociale, psicologico.

Come ho scritto in altre sedi, questa scelta della legge di ancorare l'accesso alle tecniche di PMA al presupposto della duplicità della figura sessuale appare (ancora, nel senso che inevitabilmente questo tipo di giudizio può risentire dell'evoluzione degli orientamenti culturali e della loro sedimentazione sociale) ragionevole, rappresentando un bilanciamento non sproporzionato tra interessi del nascituro e diritto di procreare.

Come ho sostenuto anche in altre occasioni, non sono in discussione la sensibilità, la capacità educativa e affettiva che i soggetti o le coppie omosessuali possono avere e hanno in misura non dissimile o minore rispetto a un soggetto o una coppia eterosessuale. Il problema è complessivo, riguarda la idoneità di uno schema genitoriale di questo tipo (anche alla luce del contesto sociale e culturale) in rapporto al processo di formazione della personalità del minore, e su questo le perplessità e le incertezze restano forti e non completamente risolte, come emerge dall'analisi della (invero non priva di contrasti) letteratura scientifica psico-pedagogica.

Non ogni ineguaglianza o diseguaglianza è discriminatoria; se la procreazione come fenomeno naturale, come possibilità naturale, richiede la duplicità sessuale, se la genitorialità è collegata a questo fenomeno, questo certamente può non escludere deviazioni rispetto a questa realtà fenomenica, a mano a mano che mutamenti culturali, evoluzioni sociali, portano a colmare questa distanza tra naturalità e socialità di un fenomeno complesso come la genitorialità. Ma pretendere *tout court* questi mutamenti come contenuti del principio di eguaglianza trasmette un'idea simmetrica, troppo rigida di eguaglianza, quando invece proprio il principio di eguaglianza postula e accetta le diseguaglianze naturali.

L'eguaglianza è una dimensione complessa, articolata, diversificata anche in relazione ad una singola prospettiva di rivendicazione, come può essere proprio quella della omogenitorialità.

Dovremmo chiederci ad esempio se è del tutto ingiustificata o discriminatoria una distinzione tra coppie omosessuali femminili o maschili¹⁴. Solo le prime infatti potrebbero accedere alla PMA senza surrogazione di maternità; addirittura potremmo immaginare situazioni (come quella effettivamente esaminata dalla Cassazione qualche anno fa¹⁵) in cui una delle due donne presta l'ovulo e l'altra porta avanti la gestazione: due differenti e complementari livelli di genitorialità biologica.

¹⁴ Come sembra ritenere E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in *Diritti fondamentali.it*, 1, 2021, 378-379

¹⁵ Ne parla B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 5, 2019, 204-205.

Non è un caso che, nella sua ultima revisione (del 29 giugno 2021), la Loi de Bioéthique francese ammette solo le coppie lesbiche e le donne single alla PMA¹⁶.

Su questo tema della genitorialità omosessuale ho la sensazione che venga messa in campo una visione olistica, totalizzante dell'eguaglianza, in cui il senso peculiare e irriducibile della maternità, e il rilievo della differenza sessuale (e della differenza femminile¹⁷) nella procreazione vengono assorbiti in una costruzione neutra ed esclusivamente "socio-culturale" della genitorialità.

Eppure siamo un Paese in cui la cultura giuridica ha espresso con grande profondità il discorso della ragionevolezza, l'adattamento del diritto alla diversità dei contesti umani e sociali.

Qualche anno fa, nella complicatissima e drammatica (sul piano etico e giuridico) vicenda dello scambio di embrioni, due giudici affermarono chiaramente che il concetto di maternità non può non configurarsi attorno alla gestazione («[...] la letteratura scientifica è unanime nell'indicare come sia proprio nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la madre»).

Per parlare di eguaglianza nell'essere genitori anche nell'ambito delle coppie omosessuali, noi dobbiamo amputare completamente ogni elemento naturale della genitorialità, farla diventare solo un costruito sociale.

Silvia Nicolai ha criticato con riflessioni forti e condivisibili l'aggancio al discorso antidiscriminatorio (e alla logica paritaria e neutra che lo contraddistingue) della rivendicazione ad una indistinta genitorialità omosessuale, contestando soprattutto la tendenza a fare della maternità una cosa analoga alla paternità (fondendole così entrambe nella "genitorialità", appunto), e, precisamente, a fare della maternità un fatto sociale, analogamente a come è sempre stata la paternità (secondo millenarie tradizioni la madre è colei che partorisce, fatto "naturale", il padre è il "marito della madre" o colui che con gesti e atti congruenti si assume la paternità: fatto sociale [...])¹⁸.

Va detto che questa dottrina non chiude del tutto alla genitorialità per le coppie omosessuali maschili, ammettendola solo attraverso il ricorso di entrambi i partners allo schema giuridico dell'adozione nelle sue diverse forme.

Tornando alla vicenda concreta su cui si è pronunciata la Corte nella sent. 32 del 2021, non si può non condividere l'opinione secondo cui le questioni sollevate in giudizio «rivelano in maniera tangibile l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, per come attualmente regolato, tant'è che

¹⁶ Il Code de la santé publique è così modificato: «Art. L. 2141-2. – L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation après les entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire effectués selon les modalités prévues à l'article L. 2141-10».

¹⁷ Sul carattere "originario", "costitutivo", della differenza sessuale e della differenza femminile, v. S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuale alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, 3.

¹⁸ S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone*, cit., 8, secondo cui le posizioni "eguaglianti" «disegnano una grande egida universalizzante che neutralizza, rendendola irrilevante, la differenza sessuale, e attraverso la quale riemerge corposamente una aspirazione che non si saprebbe altrimenti chiamare se non come di tipo patriarcale. Al cuore di questa dinamica si colloca, a mio giudizio, un conflitto sul materno, fatto dell'aggressione, da parte degli uomini, e della rinuncia, da parte delle donne (meglio: di alcuni e di alcune che parlano per essi e per esse), nei confronti del materno, per ciò che esso addita e rende possibile pensare, e cioè che l'esperienza (e la libertà) umana precede l'ambito normativo e sociale e non ne è interamente creata, istituita, definita e manipolata, ed esiste, invece, come potenzialità di trasformare l'esistente».

nello specifico è resa impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali [...] la crisi della coppia e la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale», che la legge invece considera alla stregua di un requisito necessario.

In sostanza, la possibilità di escludere la madre "intenzionale" dal rapporto genitoriale crea una ferita che si riversa direttamente sul diritto del minore a mantenere i legami affettivi e familiari costruiti nel tempo, e costitutivi della sua identità personale.

Questo "sbrego" nella disciplina, che sacrifica radicalmente il profilo volontaristico della genitorialità a quello biologico/legale, non può essere ovviamente accettato. Di qui la constatazione dell'insufficienza della normativa denunciata.

Nondimeno, la Corte non attraverso direttamente la soglia dell'incostituzionalità. Chiama in causa il legislatore, e gli chiede di trovare, «su questa materia eticamente sensibile», «un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti».

Ora, al di là della formula che richiama altri contesti e che potrebbe apparire quasi di stile, credo che la Corte abbia voluto sottolineare che la necessità di riparare il "bug" della normativa evidenziato dalla vicenda in esame, non trascina inevitabilmente con sé il definitivo accantonamento del paradigma eterosessuale nell'accesso alla PMA.

In altre parole, il legislatore potrà confermare il limite soggettivo ex art. 5 della l. 40, intervenendo essenzialmente sulla disciplina dell'adozione in casi particolari, magari non semplicemente per risolvere lo specifico problema sollevato davanti alla Corte ma per definire organicamente una nuova tipologia di adozione che attribuisca (dice la Corte «con una procedura tempestiva ed efficace») in modo pieno i diritti connessi alla filiazione ai nati da coppie dello stesso sesso.

Dunque, c'è un obiettivo (o un "fine", secondo la Corte) costituzionalmente necessario che deve essere garantito, e che è appunto il superiore interesse del minore a mantenere nel tempo i legami affettivi stabili nelle situazioni di crisi della coppia genitoriale omosessuale in cui uno solo dei genitori ha un legame biologico/legale con il nato.

Per garantirlo, il legislatore ha davanti a sé un *range* sufficiente ampio di soluzioni. Potrebbe aprire completamente la strada alla genitorialità omosessuale (perché, secondo la Corte, il superamento del limite stabilito dall'art. 5 della legge n. 40 «non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali»); ovvero potrebbe limitarsi a costruire uno schema normativo (riferito alle previsioni in materia di riconoscimento o all'introduzione di una nuova tipologia di adozione) applicabile in quei casi in cui la coppia omosessuale ha ottenuto all'estero l'accesso ad una procedura di PMA, mantenendo tuttavia la disciplina interna.

D'altronde, come ha chiarito il Giudice costituzionale nella sent. 221/2019, l'argomento dell'asimmetria normativa e del "turismo procreativo" non può essere determinante:

«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. La circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia».

6. Sul “seguito” della sent. 33/2021. Realizzare il best interest del minore senza rinunciare al divieto della GPA

Questa difesa delle scelte della legge 40 (almeno di queste scelte) vale ancora di più, a mio avviso, per la questione della maternità surrogata, oggetto della sent. 33 del 2021.

Infatti, la stessa Corte sembra indirizzare il legislatore in modo più diretto verso la correzione del modello dell'adozione in casi particolari, in modo da rendere la disciplina «più aderente alle peculiarità della situazione in esame», aggiungendo altresì che ad esso «deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco».

Il divieto della maternità surrogata non è come il limite di accesso per le coppie omosessuali. Sul punto la Costituzione non è “neutra”, e la finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della surrogazione di maternità, che rappresenta il termine di bilanciamento degli interessi dei bambini nati da questa tecnica, è “legittima” proprio perché corrispondente ad una serie di valori costituzionali anche impliciti che riguardano le donne, gli stessi bambini (quelli di oggi e di domani e il loro interesse fondamentale a non vedere la relazione con la donna – che è la loro madre – condizionata da decisioni contrattuali, non imposta se onerose o gratuite)¹⁹.

Su questo tema deve essere ancora più chiaro che l'esigenza di tutelare il «superiore interesse del minore», non è uno scopo che non ammette limiti o punti di confronto.

Fa parte di un mosaico nel quale ci sono altri diritti e interessi, che a loro volta sostengono e promuovono scelte limitative o impeditive da parte dell'ordinamento, come per il ricorso alla surrogazione di maternità.

Scriva Giuseppina Barcellona, con molta sensibilità ed efficacia, che non è giusto sorvegliare gli adulti punendo i bambini. Giustissimo!

Bisogna stare attenti però anche al rovescio di questa posizione. I legittimi e preminenti interessi dei bambini (“Prima i bambini”, è il titolo di un bel libro di Elisabetta Lamarque²⁰) non possono diventare una sorta di argomento riflesso per affermare in via generale diritti di genitorialità degli adulti anche fuori da (e contro) precise scelte legislative.

Il divieto di GPA è probabilmente quello più presidiato dalla legge 40; e questo evidentemente esprime il disvalore etico e giuridico assegnato a questa pratica, e, in ogni caso, la sua elevata complessità²¹.

Basti pensare che la legge non prevede nessuna tutela a garanzia del nato da GPA, a differenza di quanto stabilito dall'originario divieto di fecondazione eterologa, esponendolo a conseguenze

¹⁹ Sul punto, v. ancora le profonde riflessioni di S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone*, cit., 38, secondo cui «se, [...], maternità e paternità si fondono in un doing, in un agire, in un set di comportamenti, se dunque il fare, il piano materiale, è così importante per determinare la genitorialità, come si può ammettere che una donna che per nove mesi porta il pancione non sia madre? nel diritto del bambino alla conoscenza delle proprie origini rientra in modo del tutto piano quello a non vedere la relazione con la propria madre condizionata, e precisamente: esclusa, da decisioni contrattuali di terzi. Vi sono poche cose di più sociali, visibili e condizionanti il proprio essere, di una gravidanza. Il “fare” del parto non fa “la madre” mentre lo “fa” il mettere il ciucchetto e cambiare i pannolini?».

²⁰ E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, Milano, 2016.

²¹ M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 353 e 362.

drammatiche (che sono arrivate fino all'allontanamento dalla coppia committente, almeno quando manca un legame genetico con uno dei componenti della coppia stessa²²).

Non posso soffermarmi su questo profilo, che ha dato luogo ad una giurisprudenza tormentata, sia sul piano delle conseguenze penali per la coppia committente, sia sul piano della possibilità di allontanare il minore dal contesto familiare che è venuto a crearsi per effetto della GPA.

Voglio invece tornare alle motivazioni che a mio avviso rendono pienamente legittima la conferma del divieto di GPA, pur nella necessità ora di trovare una soluzione ai problemi emersi nel giudizio che si è chiuso con la sent. 33/2021.

Abbiamo detto tante volte che la gravidanza, il parto, sono la parte più "visibile" della naturalità che connota la procreazione e la genitorialità. L'art. 269, comma 3, c.c. è perentorio nello stabilire che «La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre».

Insomma, il parto è il momento incontrovertibile di identificazione della maternità. Ci possono essere declinazioni ulteriori e complementari della maternità (la madre biologico-genetica, che mette a disposizione gli ovuli, quella legale-sociale, che chiede di accedere ad una procedura di PMA), ma non possono contestare la prima, semplice, modalità di identificazione²³.

La gestazione per altri rompe questa connessione intima, "naturale", tra gravidanza e genitorialità²⁴; ed è il motivo per cui il legislatore italiano sceglie di vietare complessivamente la maternità surrogata, indipendentemente dal fatto che la surrogazione si fondi su una "contrattualizzazione" della gestante (il che evidentemente "snatura" ancora di più il significato di questo momento così essenziale anche per il nato), ovvero su una scelta di tipo solidaristico, che secondo alcuni autori potrebbe valere invece come estrema linea di tollerabilità della surrogazione di maternità, almeno laddove sia possibile escludere motivazioni di tipo economico o utilitaristico.

In sostanza, se per un verso l'intero spettro delle tecniche di PMA configura un allontanamento dalla naturalità della sequenza sessualità-procreazione-genitorialità, nel caso della maternità surrogata questa deviazione supera la soglia di accettabilità, perché va a travolgere l'essenza stessa della ma-

²² È sufficiente ricordare qui il cambio di prospettiva e di decisione della Corte EDU, nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (2017), quando questa vicenda approda alla Grande Camera. La Corte ribalta il proprio precedente, ritenendo l'insussistenza di profili di violazione dell'art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) CEDU. Quello stesso arco di tempo di sei mesi, prima ritenuto idoneo a configurare una situazione familiare quantomeno di fatto, viene in questa occasione ritenuto insufficiente al medesimo fine, unitamente alla mancanza di ogni legame genetico con i componenti della coppia committente. Di conseguenza, la scelta di allontanare il minore non risulta illegittima, poiché con essa si è inteso garantire in concreto la tutela del suo preminente interesse.

²³ In tema, v. A. D'ALOIA, M. ERRIGO, *Scambio di embrioni, fra etica e diritti*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *Trattato*, 435 ss.

²⁴ Come scrive B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 195, «resta l'esperienza relazionale irriducibile della gravidanza, che non può essere messa in ombra né recisa neppure dalla eventuale alterità dei gameti al corpo della madre gestante: il corpo gravido per nove mesi è una donna che intesse una relazione ed in quanto tale si tratta di una esperienza che non può essere rimossa o sottovalutata».

ternità, il legame che si instaura tra il nato e chi ha portato avanti la gravidanza tendendo possibile la nascita²⁵.

Dal mio punto di vista, è un divieto condivisibile, costruito su una equilibrata e ragionevole considerazione dell'argomento "naturale" e della sua connessione con la dignità del corpo femminile²⁶.

La Corte Costituzionale ha confermato due volte, recentemente, il divieto di maternità surrogata (con le sentenze nn. 272/2017 e 221/2019)²⁷.

Nella prima sentenza, in maniera molto secca, ribadisce che la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

Chiara Tripodina usa una metafora che trovo particolarmente adatta a descrivere la confusione di piani che talvolta si fa tra situazioni specifiche (persino eccentriche) e la rilevanza generale di alcuni interessi e principi: il microscopio del caso concreto e il telescopio degli interessi generali, che fa guardare lontano, ai diritti di tutti i bambini e di tutte le donne (non solo di quelli coinvolti nella particolare vicenda di GPA)²⁸.

Tra questi diritti la Tripodina ci invita a considerare il diritto di non essere oggetto di pretese altrui, e questo vale sia per il bambino che per la madre surrogante, ed è un problema che si ripropone anche in una GPA che fosse mossa da ragioni altruistiche o solidali²⁹.

²⁵ Come sottolinea con parole di grande profondità C. TRIPODINA, *C'era una volta*, cit., 137-138, «C'è assoluta certezza che il nato da maternità surrogata, onerosa o gratuita che sia, non abbia a soffrire alcun danno dalla rottura improvvisa e irrimediabile del suo legame simbiotico con la madre biologica (talvolta anche madre genetica)? O dalla frantumazione e destrutturazione delle figure genitoriali di riferimento, in termini di costruzione della sua identità (biologica, genetica, sociale, giuridica)? Problemi analoghi, naturalmente, si possono porre anche per le persone adottate, con l'importante differenza però che, "mentre l'adozione risponde e dà una soluzione ad una situazione di abbandono già esistente" la maternità surrogata "provoca volontariamente una difficoltà che prima non esisteva"». In termini, v. anche E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, cit., 20. Per Corte Cost., sent. 272/2017, «la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'identità personale del minore, la quale concorre, insieme ad altre componenti, a definirne il contenuto».

²⁶ Per considerazioni analoghe, v. I. CARLOTTO, *La ricerca delle proprie origini nel bilanciamento dei diritti*, Napoli, 2020, 170, 175.

²⁷ E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, 21.

²⁸ Cfr. ancora C. TRIPODINA, o.u.c., 130-131, secondo cui «Accanto al migliore interesse del minore, inoltre, dovrebbe essere tenuto in adeguata considerazione anche il miglior interesse dei minori, intesi come categoria universale e astratta. Lo impone il dovere inderogabile di solidarietà sociale prescritto all'art. 2 Cost.: decidere "secondo giustizia", nel "superiore interesse del minore", un singolo caso di maternità surrogata in eccezione all'ordine pubblico o al principio di legalità può significare, infatti, andare contro l'interesse dei "minori in generale", che la legge cerca di proteggere dal rischio di essere oggetto di accordi prima della loro nascita e di scambio immediatamente dopo». In senso analogo, v. anche E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, cit., 22.

²⁹ In realtà, come rileva acutamente C. TRIPODINA, *C'era una volta*, cit., 137-138, c'è un oggetto del dono, e il bambino ha diritto di non essere oggetto di pretese o scambi altrui neppure a titolo gratuito. «In definitiva, anche la maternità surrogata altruistica non è esente dal rischio di compromettere i diritti dei soggetti coinvolti, e particolarmente dei nati attraverso la sua pratica». Per considerazioni adesive a questa impostazione, v. ancora E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, cit., 23-24, che afferma: «se fosse realmente in questione un dono, ci troveremmo di fronte a un dono singolare: esso ha come oggetto un altro essere umano e, al di fuori delle ipotesi non normate di maternità solidale tra donne, il suo buon esito viene in ultima analisi rimesso alla forza della legge». Per I. CARLOTTO, *La ricerca*, cit., 167, «si può dunque convenire sul fatto che i

Se pensiamo poi alla GPA (normalmente) onerosa, essa travolge completamente il principio dell'art. 3 CFDUE, secondo cui «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto». Non può convincere il parallelo con l'adozione internazionale, dove pure sono presenti inevitabilmente interessi economici più o meno diretti. In questo caso abbiamo già, ed è concreto e attuale, l'interesse di un minore abbandonato a trovare un ambiente familiare idoneo che possa occuparsi di lui.

A questa stregua, trovo ragionevole la costruzione del divieto di maternità surrogata come un «principio generale, ordinatore dell'ambito della filiazione, che protegge il valore della relazione materna, la genealogia femminile e la libertà delle scelte in materia procreativa, [...] da riguardare come un bene, di origine femminile, della persona e della collettività»³⁰.

Cosa attendersi ora dopo la sent. 33/2021? Il rinvio al legislatore è – come si è visto – rinforzato da un giudizio di indifferibilità del compito di individuare «soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore».

Credo (o forse auspico) però che la Corte non intenda mettere in discussione la legittimità del divieto di GPA³¹. Nello specifico, non penso che il legislatore debba o possa seguire *tout court* la strada tracciata ad esempio dalla Corte d'Appello di Trento, che ha riconosciuto efficacia all'atto di nascita formato all'estero di un bambino nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità da parte di una coppia omosessuale maschile³².

Deve essere trovato un punto di equilibrio tra l'interesse generale e astratto dei minori a non nascere da una maternità surrogata (e delle donne a non essere coinvolte in tali procedimenti come madri surrogate) e l'interesse particolare e concreto del bambino nato, malgrado il divieto, da maternità surrogata, a non essere discriminato rispetto agli altri bambini nel godimento dei propri diritti fondamentali, e segnatamente del diritto a mantenere i legami affettivi e sostanzialmente "familiari" sviluppati nel contesto della genitorialità intenzionale, a causa della violazione delle norme sul divieto di GPA.

Ed è necessario che questo equilibrio venga configurato in modo organico dal legislatore, e non lasciato alla rilevazione caso per caso di un *best interest* del minore.

Su questa linea, della ricerca di un "ordine pubblico differenziato" – in rapporto da un lato, ai diritti e allo status del nato, e dall'altro, alla posizione della coppia che ha fatto ricorso alla maternità surrogata – resto convinto che l'istituto dell'adozione in casi particolari, ovviamente corretto in quei profili

genitori che ricorrono alla maternità surrogata finiscono con il caricare il figlio di una storia personale molto pesante da elaborare, con ogni possibile conseguenza sulla ricostruzione dell'identità personale».

³⁰ S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone*, cit., 50.

³¹ Certo, secondo alcuni autori (E. MALFATTI, *La gestazione per altri*, cit., 398), «dalla sent. n. 272/2017 sembrano trascorse non poche stagioni ma veri e propri anni luce, i (pre)giudizi di valore avendo ceduto il passo ad un soddisfacente esercizio di metodo sul terreno dei principi irrinunciabili, e ad argomenti tra loro collimanti, aventi un proprio indiscutibile spessore tecnico giuridico».

³² Al contrario, la Corte d'Appello di Trento, con l'ordinanza oggetto di ricorso, aveva ritenuto che il divieto posto dalla legge n. 40 non ne impedisse affatto il riconoscimento nel nostro ordinamento, valorizzando sia l'interesse del minore a mantenere lo status di figlio formato all'estero, sia l'intenzione di prendersene cura da parte del genitore non biologico, considerando inoltre che il nostro ordinamento riconosce anche un modello di genitorialità non fondato sul legame biologico. In riferimento a tale pronuncia, parla di «preoccupante meccanismo di fuga in avanti di alcuni giudici [...]», E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, 3.

che hanno determinato la controversia oggetto del giudizio costituzionale (penso appunto alla necessità dell'assenso all'adozione da parte del genitore non biologico, o ai limiti di tale istituto rispetto alla creazione di legami parentali con i congiunti dell'adottante, o ai diritti di successione nei loro confronti) , possa essere ancora una valida sintesi delle diverse esigenze in gioco³³.

Focus on

³³ Come rileva E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, cit., 19, «se la creazione di un legame giuridico con i committenti può rispondere all'interesse del minore, previa verifica nei singoli e concreti casi, ciò non implica affatto che tale legame debba assumere sic et simpliciter la forma del riconoscimento del minore come figlio naturale (con conseguente cancellazione della verità del concepimento e del parto)».

