

## Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale

Paolo Veronesi\*

STILL ON THE UNCERTAIN BUSINESS OF BEING BORN AND BECOMING PARENTS: THE CASES REFERRED TO IN SENTENCES 32 AND 33 OF THE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: This article analyses the innovations that have emerged from the recent constitutional judgments nos. 32 and 33/2021 concerning parenthood of homosexuals. The arguments are set out in the broader context of the constitutional rulings on the law on medically assisted procreation (n. 40/2004) and the steps forward and the milestones set out in this respect are highlighted, distinguishing what the Court says about the best interests of children born in the context of heterologous fertilisation for women and surrogacy carried out abroad (because these practices are prohibited in Italy). The final part also examines the procedural technique used by the Court in this case, trying to understand the reasons for it.

KEYWORDS: Constitutional Court; Heterologous fertilisation; Surrogacy; Parenthood of homosexuals; Procedural solutions

SOMMARIO: 1. Due casi assai diversi – 2. Il “merito”: due decisioni calibrate sul “preminente interesse del minore” – 3. La centralità dei “preminenti interessi del minore” – 4. Il problema dei bilanciamenti sottesi alla gestazione per altri (GPA) – 5. La gravidanza di una relazione genitoriale già proficuamente instaurata (a prescindere dal resto) – 6. Gli “argini” al diritto di essere genitori – 7. Le discriminazioni di carattere economico (ora esaltate, ora accantonate) – 8. L'ontologica differenza delle varie ipotesi di infertilità (e della conseguente risposta del legislatore e della Corte) – 8.1 Il problema della GPA – 9. La soluzione processuale.

### 1. Due casi assai diversi

Le sentenze n. 32 e n. 33/2021 definiscono due questioni (e muovono da due fattispecie) decisamente diverse seppur tra loro connesse.

I dubbi di legittimità affrontati nella sent. n. 32 prendono corpo da una fecondazione eterologa realizzata all'estero da una coppia di donne che si frantuma anni dopo la nascita di due gemelle. La crisi familiare fa sì che la genitrice biologica neghi il proprio consenso all'adozione in casi particolari richiesta dalla madre d'intenzione che ha accudito le bambine per lungo tempo (art. 44, comma 1, lett. d, legge n. 184/1983).

In particolare, il problema sorge perché – come sottolineato dal giudice *a quo* – non esisteva nessun documento ufficiale che attestasse il comune progetto genitoriale della coppia, né le due donne risul-

---

\* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara. Mail: [vrp@unife.it](mailto:vrp@unife.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

tavano unite civilmente in Italia o sposate altrove. Soprattutto, assumeva rilievo il fatto che l'atto di nascita prodotto all'estero recasse il solo riconoscimento della madre biologica<sup>1</sup>. Se il documento avesse riportato anche gli estremi della seconda donna non sarebbero sorte particolari questioni: ormai la giurisprudenza ritiene infatti pacificamente trascrivibile un atto di nascita straniero così strutturato (ex art. 65, legge n. 218/1995)<sup>2</sup>. Atto di nascita che, per la giurisprudenza della Cassazione<sup>3</sup> – *contra* quanto sancito in numerose pronunce di merito (precedenti<sup>4</sup> e successive alla sent. n. 32<sup>5</sup>) – non potrebbe essere invece formato in Italia se qui nascesse il bambino concepito altrove: neppure se la diversa legge nazionale in cui si è svolta la pratica consentisse questa soluzione<sup>6</sup>.

Da simili premesse scaturisce dunque l'impugnazione degli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 e dell'art. 250 c.c. Il Tribunale di Padova chiede alla Consulta di sancire che, non essendo utilizzabile nel caso l'istituto dell'adozione in casi particolari, vada comunque attribuito alle bambine lo *status* di figlie (anche) della madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla procreazione e le abbia amorevolmente accudite per anni.

L'oggetto della sent. n. 33 trae invece stimolo da un'ipotesi assai diversa.

La premessa consiste infatti in una gestazione per altri (GPA) realizzata all'estero da una coppia omosessuale maschile ancora "in salute", la quale dispone di un provvedimento giudiziario straniero che ne riconosce la genitorialità congiunta. L'uomo che non ha fornito il materiale biologico alla pratica in questione potrebbe quindi accedere – in Italia – all'adozione in casi particolari ma non al riconosci-

<sup>1</sup> Punto 1.2 del Ritenuto in fatto. Valorizza questo profilo G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum dei Quaderni costituzionali – Rassegne* (13 maggio 2021), la quale evidenzia pertanto che, nella prospettiva dell'ordinamento italiano, la posizione della donna che rivendica la qualifica di madre intenzionale pare assimilabile a quella di un qualsiasi soggetto "terzo" che conviva stabilmente con la madre biologica e le sue due figlie (e che di queste ultime si prenda cura come un genitore).

<sup>2</sup> Cfr., ad esempio, Trib. Brescia, decr. 11 novembre 2020; Trib. Genova, decr. 4 novembre 2020; Trib. Trento, decr. 27 maggio 2020; Trib. Cagliari, decr. 28 aprile 2020; Trib. Bergamo, decr. 20 aprile 2020; Trib. Rimini, decr. 25 gennaio 2020, nonché altre pronunce (anche di Corti d'appello) riportate, come quelle citate, sul sito [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>3</sup> Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029 e 3 aprile 2020, n. 7668.

<sup>4</sup> Così nella sent. 32, punto 2.3.1 del Considerato in diritto. Ma si v. già le sentt. n. 237/2019 e n. 230/2020.

<sup>5</sup> Si v. il decreto della Corte d'Appello di Cagliari, sez. I civ., 16-29 aprile 2021, adottato proprio a seguito della sent. n. 32/2021: vi si argomenta che le decisioni d'inammissibilità (come la n. 32) non precludono opportune interpretazioni adeguatrici, e che, anzi, nella sentenza costituzionale non si avalla affatto l'interpretazione del giudice a quo (il quale, pur criticandola, ritiene che l'unica esegesi consentita sia nel senso dell'impossibilità del riconoscimento italiano in tali casi), puntando oltremodo l'accento – la Consulta – proprio sui *best interests* del minore. La pronuncia è reperibile al sito [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>6</sup> Venendo in rilievo gli artt. 16 e 17, legge n. 218/1995, i quali impediscono l'applicazione della legge straniera per la formazione dell'atto interno. Una quaestio sollevata a tal proposito è stata dichiarata inammissibile per ragioni processuali (l'alternatività dell'oggetto) dalla sent. n. 237/2019: sul tema v. L. DELL'ATTI, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile. Considerazioni a margine di Corte cost., 237/2019*, in *Osservatorio cost.*, 2, 2020, 2. Successivamente, con la sent. n. 230/2020, la Corte ha dichiarato ancora inammissibile un'analoga quaestio, affermando l'impossibilità di procedere a una diversa interpretazione adeguatrice delle norme disponibili al riguardo (ma anche che non esistono parametri costituzionali che ostino a una diversa soluzione normativa): v. M. PICCHI, *"Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, 1, 2021, la quale mette in luce le discriminazioni (tra diverse categorie di figli) che ciò determina.

mento del figlio. La coppia ritiene tuttavia illegittimo non assicurare una più completa tutela giuridica al nato, posto che gli effetti dell'adozione in casi particolari non sono notoriamente equiparabili a quelli prodotti da un'adozione piena<sup>7</sup>.

Va detto che, con una qualche sorpresa, nella sent. n. 33 si afferma essere «controverso [...] se anche l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, ovvero addirittura fratelli, sorelle»<sup>8</sup>; simili effetti “depotenziati” costituiscono tuttavia – senza ombra di dubbio – il limite tipico di questa tipologia d'adozione, come opportunamente si afferma, tra l'altro, proprio nella sent. n. 32<sup>9</sup>.

Muovendo dalla negata trascrizione nell'atto di nascita straniero recante il nome dei due padri per contrarietà all'ordine pubblico internazionale – in linea con la prevalente giurisprudenza<sup>10</sup> (benché non da tutta)<sup>11</sup>, e comunque sulla scia degli ultimi approdi delle Sezioni Unite<sup>12</sup> – l'obiettivo può essere raggiunto, a detta del rimettente, attribuendo anche al genitore d'intenzione coinvolto in una GPA lo status di genitore “a tutti gli effetti” del nato. A tale scopo occorre perciò ottenere la dichiarazione d'illegittimità delle norme che rendono lettera morta quanto è attestato a tal proposito da atti di nascita formati nel paese in cui il minore è venuto alla luce. Per il rimettente, solo così potrebbe infatti neutralizzarsi un diritto vivente che nuoce ai *best interests* del minore e, dunque, viola gli stessi principi costituzionali: questi, dunque, già ora potrebbero essere usati per mettere diversamente a fuoco proprio il concetto di ordine pubblico internazionale rilevante nel caso.

<sup>7</sup> Così già nella sent. n. 32, punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto ma soprattutto nella sent. n. 33, punto 5.8 del Considerato in diritto.

<sup>8</sup> Punto 5.8 del Considerato in diritto.

<sup>9</sup> Punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto. In aggiunta, simile tipologia di adozione è revocabile e richiede che sia avanzata una richiesta da parte del genitore d'intenzione. Questa potrebbe mancare per “timore” del giudizio che ne scaturisce o anche al fine di sottrarsi ai propri obblighi (sguarnendo di tutele proprio il nato).

<sup>10</sup> Cfr., da ultimo, Corte d'Appello di Firenze, decr. 28 gennaio 2020.

<sup>11</sup> Si v., ad esempio, Corte d'Appello di Bari, decr. 9 ottobre 2020; Trib. Roma, sez. I, decr. 11 maggio 2018 e giurisprudenza ivi citata. Salvo errore, la prima pronuncia in tal senso è stata adottata dalla Corte d'Appello di Trento, ord. 23 febbraio 2017.

<sup>12</sup> Si v., ad esempio, Cass. civ., sez. un., 6 novembre - 8 maggio 2019, n. 12193, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org). Il problema ruota attorno alla corretta definizione degli ingredienti del concetto di ordine pubblico internazionale da applicare in tale materia. Inizialmente, la sez. I della Cassazione, con la decisione 30 settembre 2016, n. 19599 (e altre), delimitava lo spazio d'azione dello stesso, identificandone il contenuto nel «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento 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». Più di recente, Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, ha invece assorbito nel concetto anche contenuti e principi posti dalla giurisprudenza (specie costituzionale) e dalla legislazione ordinaria (nello specifico, il divieto penale relativo alla surrogacy contenuto nella legge n. 40/2004): v. B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 5, 2019, 198 ss. Come che sia, nell'ordinanza di rinvio della sez. I della Cassazione civile, che ha poi dato luogo alla sent. n. 33, veniva sottolineato un problema di non poco conto (e sul quale la Consulta sorvola): «la tutela dell'interesse superiore del minore [...] e il principio di ordine pubblico solo apparentemente possono apparire due entità contrapposte perché, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano». Su questo aspetto si rinvia alle annotazioni di G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”*, cit.

Da qui l'impugnazione dei diversi artt. 12, comma 6, legge n. 40/2004, 18 d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 e 64, comma 1, lett. g), legge n. 218/1995.

Nei due giudizi *a quibus* si ha dunque a che fare con la violazione di specifiche e distinte norme della legge n. 40/2004 (nonché di altre previsioni vigenti). In entrambi i casi sono altresì sotto la lente le palesi inadeguatezze della disciplina dell'adozione in casi particolari.

La prima vicenda – afferma tuttavia la Corte – «non evoca scenari in contrasto con principi e valori costituzionali»<sup>13</sup>, mentre la seconda, in base al diritto vivente ormai formatosi – che la Consulta mostra di condividere – coinvolge e viola principi di ordine pubblico internazionale<sup>14</sup>.

In base alle valutazioni proposte dalla Consulta, tra i due casi si sconta, dunque, una significativa asimmetria di rango costituzionale.

In breve: se con riguardo alla p.m.a. eterologa praticata all'estero dalla coppia di donne – comunque vietata dalla legge n. 40 – la Corte mostra una certa “accondiscendenza”, riferendosi alla GPA – proibita dalla stessa legge con tanto di sanzione penale – essa reitera invece il suo “pugno duro”. Ribadisce così i rischi di sfruttamento della donna gestante e di concreta violazione della sua dignità che tale pratica può causare<sup>15</sup>. Rischi che evidentemente non sussistono nel caso di fecondazione con seme di donatore della partner di una coppia omosessuale che poi accoglierà il nato.

Da questi diversi punti di partenza viene fatta discendere una serie di pregnanti conseguenze giuridiche che comunque presentano taluni significativi punti di contatto.

## 2. Il “merito”: due decisioni calibrate sul “preminente interesse del minore”

Entrambe le questioni di legittimità sono state abilmente strutturate e promosse dai giudici *a quibus* pigiando l'acceleratore non già sul presunto diritto alla genitorialità degli adulti coinvolti, bensì sui ben più indiscutibili diritti dei nati: figli del tutto incolpevoli delle scelte compiute da chi ha operato per determinate la loro nascita *contra* la legge n. 40 e che, «a causa della condotta dei genitori», ora «versano in una condizione deteriore»<sup>16</sup>. Era peraltro proprio questo il percorso più utile per risolvere il problema del caso: non si trattava infatti di consentire o meno l'accesso alle tecniche di p.m.a. ad adulti desiderosi di farlo bensì di proteggere i diritti di bambini già nati.

Se i rimettenti avessero scelto di percorrere la prima strada d'attacco alla legge n. 40 l'esito sarebbe stato probabilmente un sonoro *niet*.

La Corte avrebbe insomma potuto ribadire i suoi precedenti di segno contrario<sup>17</sup> – o, comunque, avrebbe incontrato ovvie difficoltà a discostarsene – giovandosi altresì dell'avallo della prevalente

<sup>13</sup> Sent. n. 32, punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto. La Corte afferma infatti che «non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli», e che «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio» in famiglie siffatte «abbia ripercussioni negative» (anche in sent. n. 221/2019).

<sup>14</sup> Sent. n. 33/2021, punto 5.1 del Considerato in diritto.

<sup>15</sup> Si v. già la sent. n. 272/2017 e la sent. n. 33/2021, punto 5.1 del Considerato in diritto: si v. anche infra al § 5.

<sup>16</sup> Cfr. la sent. n. 32, punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto.

<sup>17</sup> Si rinvia soprattutto alla sent. n. 221/2019.

giurisprudenza di legittimità e di merito<sup>18</sup>: senza mezzi termini, nella sent. n. 32 la Corte afferma quindi che nella sua decisione n. 230/2020 essa ha già avuto modo di escludere nettamente «l'esistenza di un diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso»<sup>19</sup>.

Essa avrebbe inoltre potuto reiterare l'affermazione per cui la p.m.a. praticata dalle coppie omosex (maschili o femminili) non risponde a un'autentica esigenza terapeutica della coppia, alla cui soddisfazione sarebbe invece legittimamente calibrata la legge n. 40. In tali contesti, la procreazione assistita non sarebbe cioè finalizzata alla soluzione di problemi riproduttivi di carattere squisitamente patologico – come avviene per le coppie formate da uomo e donna – ma per porre rimedio a una ben diversa “infertilità sociale” o “relazionale” della realtà familiare in discorso<sup>20</sup>.

La Corte avrebbe poi verosimilmente ripetuto che i divieti imposti dalla legge sono la logica conseguenza dell'altro pilastro sul quale è stata edificata la legge n. 40: la scelta, cioè, di concentrare l'attenzione sulle sole famiglie caratterizzate dalla presenza di un padre e di una madre<sup>21</sup>.

Tutte opzioni che la stessa Corte – considerandole afferenti a “temi eticamente sensibili”, nonché sulla scia della giurisprudenza di Strasburgo – ha ritenuto senz'altro superabili, ma solo mediante un diretto intervento del legislatore che assorba quanto ormai condiviso nella comunità<sup>22</sup>: così almeno essa si è espressa in un caso di fecondazione eterologa praticata da una coppia *same sex femmine*. E comunque – ribadisce la Corte – queste scelte restrittive non determinano una discriminazione fondata sul sesso poiché le situazioni poste a raffronto non sono tra loro paragonabili<sup>23</sup>.

### 3. La centralità dei “preminenti interessi del minore”

Nel fuoco delle argomentazioni adottate dalla Corte nei due casi viene invece collocato nient'altro che il «preminente [...] interesse del minore in tutti gli atti che lo riguardano»<sup>24</sup>.

Soprattutto nella sent. n. 32 la Corte cita quindi la più significativa giurisprudenza di Strasburgo collocata sulla stessa linea<sup>25</sup>.

<sup>18</sup> Si v. le citazioni nella sent. n. 32, punto 2.3.1 del Considerato in diritto, ma un richiamo più generico si trova anche nella sent. n. 33.

<sup>19</sup> Punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto.

<sup>20</sup> Così nella sent. n. 221/2019.

<sup>21</sup> V. ancora la sent. n. 221/2019.

<sup>22</sup> Il quale potrà sfruttare il “margine di apprezzamento” di cui dispone e tenere adeguato conto dell'evolvere della coscienza sociale: sent. n. 221/2019, punto 8 e 13.1 del Considerato in diritto. Analoghe considerazioni si trovano nella sent. n. 237/2019 e nella giurisprudenza della Corte EDU citata dalla Corte nella sent. n. 32, punto 2.4.1.2 del Considerato in diritto.

<sup>23</sup> Sul ruolo centrale svolto dalla giurisprudenza della Corte EDU – in special modo nella sent. n. 33/2021 – e sulle argomentazioni che portano la Consulta a ritenere vincolante la sostanza di quanto argomentato nel Parere consultivo reso dalla Corte di Strasburgo (su richiesta della Cassazione francese) in base a un Protocollo – il n. 16 – non ancora ratificato dall'Italia (posto che – come si legge nella sent. n. 33, punto 3.1 del Considerato in diritto – esso «è confluito in pronunce successive, adottate in sede contenziosa dalla Corte Edu»), v. F. FERRARI, *L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore. Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021*, § 3, in questa Rivista 2021, 3.

<sup>24</sup> Sent. 32, punto 2.4.1.1 del Considerato in diritto. Come si legge anche al punto 2.4.1.2 del Considerato in diritto, è insomma in gioco «il principio posto a tutela del miglior interesse del minore».

<sup>25</sup> V. il punto 2.4.1.2 del Considerato in diritto.

Il medesimo principio viene opportunamente (e inevitabilmente) declinato anche nella sent. n. 33: «in tutte le decisioni relative ai minori [...], deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei “migliori interessi” [...] o dell’“interesse superiore” [...] del minore». Ex artt. 30 e 31 Cost., vi è insomma la «necessità» che nelle relative decisioni «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”»<sup>26</sup>. Da qui deriva «l’obbligo» di garantire «la stabilità dei legami e delle relazioni del minore in riferimento a tutte le persone con cui quest’ultimo abbia instaurato un rapporto personale stretto, pur in assenza di un legame biologico», assicurandogli «legami affettivi stabili con chi, indipendentemente dal vincolo biologico, abbia in concreto svolto una funzione genitoriale, prendendosi cura del minore per un lasso di tempo sufficientemente ampio»<sup>27</sup>. Ciò che dunque conta è il «rapporto di filiazione effettivo consolidatosi nella pratica della vita quotidiana»<sup>28</sup>, ed è «indiscutibile [...] l’interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, a tutti i fini che rilevano» per la sua vita.

Il richiamo all’interesse concreto dei bambini, di contro a prese di posizione teoriche o ideologiche, è dunque più volte ribadito dalla Corte: non si tratta peraltro di una novità.

La Corte lo evidenzia (soprattutto) nella trama della decisione con più profili divisivi, ossia la n. 33: «non è qui in discussione un preteso [astratto, ndr] “diritto alla genitorialità” in capo a coloro che si prendono cura del bambino», ma «unicamente l’interesse [concreto, ndr] del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali [...] che l’ordinamento considera inscindibilmente legati all’esercizio di responsabilità genitoriali»<sup>29</sup>.

#### 4. Il problema dei bilanciamenti sottesi alla gestazione per altri (GPA)

Per mantenendosi fedele a tale quadro, la Consulta ribadisce che il ricorso di una coppia (*same sex* o etero) alla maternità surrogata giustifica maggiori cautele da parte dell’ordinamento.

Nella sent. n. 33 la Corte afferma dunque essere del tutto legittimo lo scopo «perseguito dall’ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità», anche mediante l’utilizzo della sanzione penale e la negata trascrivibilità del provvedimento straniero che riconosca lo *status* di genitori<sup>30</sup>.

In altri termini, la Corte reputa che un simile obiettivo possa essere usato per bilanciare i *best interests* dei minori coinvolti.

Nella pronuncia la Corte evidenzia quindi che – in continuità con la sua sent. n. 272/2017 – «l’interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni controinteresse in gioco». La sua «preminenza [...] ne segnala [...] l’importanza, e lo speciale peso in

<sup>26</sup> Si v. i punti 5.3 e 5.4 del Considerato in diritto. Si tratta di concetti che la Corte ha illustrato anche altrove, a partire dalla fondamentale sent. n. 11/1981, per giungere poi alle sentt. n. 272/2017, n. 76/2017 e n. 239/2014, tutte citate.

<sup>27</sup> Cfr. la sent. n. 32, punto 2.4.1.2 del Considerato in diritto.

<sup>28</sup> Sent. n. 32, punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto.

<sup>29</sup> Punto 5.4 del Considerato in diritto.

<sup>30</sup> Punto 5.5 del Considerato in diritto ma v. anche i punti 5.6 e 5.7.

qualsiasi bilanciamento», ma esso non potrà mai diventare «tiranno»<sup>31</sup>. Sarà dunque un giudice a doversi far carico di questa “delega di bilanciamento in concreto”, distinguendo caso da caso<sup>32</sup>.

Al contrario, nel caso della fecondazione eterologa perseguita nel quadro di una coppia di sole donne, la Corte lascia invece intendere che il legislatore possa garantire al figlio il legame immediato con la madre d'intenzione, procedendo alla «riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento»<sup>33</sup>.

Solo per la GPA vale del resto ciò che la Corte ha già sancito nella sent. n. 272/2017 e ripete anche nella sent. n. 33. Ossia che la surrogazione «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», comportando altresì

«un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse di terzi»<sup>34</sup>.

In conseguenza di tutto ciò, nella sent. n. 33 – pur dopo averla implicitamente adombrata (citando anche pronunce della Corte Edu) – non si evoca in modo netto la possibilità che il legislatore introduca una forma di riconoscimento automatico del provvedimento straniero sulla genitorialità<sup>35</sup> (soluzione che, per la medesima fattispecie, faceva invece più palesemente capolino nella stessa sent. n. 32)<sup>36</sup>. Né la Corte s'interroga sulle specifiche caratteristiche delle varie forme di *surrogacy* o sul fatto che, in alcune di queste, assume decisivo rilievo, ad esempio, la partecipazione “genetica” dei genitori d'intenzione, il Paese in cui si è svolta la procedura, la “fiducia” nell'autenticità dei documenti, il tipo di coinvolgimento e di protezione della donna che ha messo a disposizione il proprio corpo, le verifiche del caso, l'età dei committenti, il tempo che il bambino ha trascorso con chi l'ha accolto ecc.<sup>37</sup>. Da qui (anche) una declinazione “oggettiva” dell'idea di dignità adottata nelle pronunce in cui la Corte si è espressa sulla pratica della GPA, concedendo, di conseguenza, ben pochi margini alla possibilità di dare risalto – assieme ad altri fattori – all'autodeterminazione “soggettiva” di una gestante esterna alla coppia<sup>38</sup>.

<sup>31</sup> Quest'ultimo concetto è bene espresso nella sent. n. 85/2013 ma compare in molte altre pronunce costituzionali.

<sup>32</sup> Si rinvia ancora alle osservazioni di F. FERRARI, *L'interesse del minore*, cit., § 4.

<sup>33</sup> Sent. n. 32, punto 2.4.1.4 del Considerato in diritto.

<sup>34</sup> Sent. n. 33, punto 5.1 del Considerato in diritto. Sulla stessa linea è collocata anche la Corte Edu: cfr. le note sentenze 26 giugno 2014, n. 65192/11, *Menesson c. Francia* e 26 giugno 2014, n. 65941/11, *Labassee c. Francia*.

<sup>35</sup> Punto 5.6 del Considerato in diritto.

<sup>36</sup> Si v. il punto 2.4.1.2 del Considerato in diritto.

<sup>37</sup> Per una calibrata casistica si rinvia a F. FERRARI, *L'interesse del minore*, cit., § 4, il quale sottolinea l'opportunità che il legislatore fornisca altresì criteri ad uso degli stessi giudici, in modo da evitare decisioni schizofreniche e troppo legate alla personale sensibilità del decisore.

<sup>38</sup> Sul complesso e articolato dibattito che circonda la difficile definizione del concetto di dignità e il suo uso giurisprudenziale, sia consentito rinviare a quanto problematicamente ricostruito in P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2014, 315 ss. Alcuni esempi di conio recente: la Corte utilizza senz'altro un'idea di dignità che finisce per coincidere con la tutela dell'autodeterminazione del singolo nell'ord. n. 207/2018 (sul c.d. “caso Cappato”); di contro, oppone alla volontà del diretto interessato una concezione “oggettiva” della dignità nella sent. n. 141/2019 (in tema di prostituzione).

## 5. La gravidanza di una relazione genitoriale già proficuamente instaurata (a prescindere dal resto)

Resta tuttavia ferma – in ogni caso – la necessità di riconoscere al bambino un «legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia che *di fatto* se ne prende cura»<sup>39</sup> e abbiano esercitato con successo e «*di fatto* la responsabilità genitoriale»<sup>40</sup>.

Emerge in questi passaggi come vada applicato il “criterio di prevalenza” nei bilanciamenti evocati per i casi di GPA: una relazione genitoriale ben riuscita e protratta nel tempo dovrà sempre prevalere sul resto, modalità del concepimento comprese.

Da qui il suggerimento avanzato dalla Corte nella sent. n. 33 – e ricavato anche dalla giurisprudenza Cedu – di coniare, in un’ottica di *best interests* del minore, «un procedimento di adozione effettivo e celere che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, *allorché ne sia accertata in concreto la corrispondenza con gli interessi del bambino*»<sup>41</sup>. Un’adozione che sia «*disciplinata in modo più aderente alla peculiarità della situazione in esame*, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare» con l’adozione non legittimante: l’adozione in casi particolari non è affatto in grado di garantire una tale tutela<sup>42</sup>, né è «celere», così come non lo è, allo stato, neppure il procedimento di adozione tracciato dalla legge n. 184/1983. E neppure – come emerge dalla diversa fattispecie che ha stimolato la sent. n. 32 (ma che, *a fortiori*, potrebbe presentarsi anche a seguito di una GPA) – essa è sempre praticabile.

La Corte suggerisce pertanto al legislatore di introdurre nell’ordinamento un procedimento adottivo *ad hoc*, diverso da quelli vigenti e caratterizzato – se ben s’intende – da minori “barocchismi”<sup>43</sup>.

Nella motivazione della sent. n. 32 la Corte afferma di non poter introdurre essa stessa questa novità perché ciò finirebbe per tutelare maggiormente il figlio di una coppia “ai ferri corti”, e separatasi in malo modo, più della prole di chi vive d’amore e d’accordo: questi ultimi potrebbero infatti accedere soltanto all’adozione in casi particolari<sup>44</sup>. Un simile intervento, finalizzato «a risolvere il problema specificamente sottoposto» alla sua attenzione, potrebbe quindi causare questa e anche altre «disarmonie».

La preoccupazione è certamente di pregio ma non è affatto escluso che la Corte non possa ritornare sui propri passi. Essa potrebbe magari affiancare a quanto strettamente calibrato sull’eventuale giudizio *a quo* una studiata dichiarazione d’illegittimità costituzionale consequenziale, estendendo quanto andrà elaborando per il caso sotto i riflettori anche alle coppie perfettamente in sella.

Rimane il dubbio di come la Corte possa forgiare un procedimento d’adozione *ad hoc* che sia anche «effettivo», «celere» e compiuto, utilizzando gli strumenti a sua disposizione. Troppi sembrano gli snodi sui quali si dovrebbe intervenire. Ma le soluzioni potrebbero non mancarle, riflettendo soprattutto sulla variegata realtà delle sue additive di principio o all’attivismo messo in campo a partire dal-

<sup>39</sup> Sent. 33, punto 5.6 del Considerato in diritto.

<sup>40</sup> Punto 5.7 del Considerato in diritto.

<sup>41</sup> Ancora il punto 5.7 del Considerato in diritto. Enfasi aggiunta.

<sup>42</sup> Punto 5.8 del Considerato in diritto.

<sup>43</sup> Punto 5.9 del Considerato in diritto.

<sup>44</sup> Lo sottolinea al punto 2.4.1.4 del Considerato in diritto della sent. n. 32.

la soluzione del “caso Cappato”<sup>45</sup>. Finanche, la Corte potrebbe persino sollevare davanti a se stessa una *quaestio* sull'attuale, farraginoso disciplina dell'adozione, plasmandola di conseguenza.

In tutti i casi – e più intensamente nel caso di surrogazione – la Corte illustra e applica quindi la versione italiana del principio del preminente interesse del minore. Essa comprende sia elementi di rigidità, ossia l'invocazione di istituti predisposti dalla legge mediante norme generali e astratte che tutelino i minori come gruppo (ad esempio, proprio l'adozione o il riconoscimento), sia un *ineliminabile dose di flessibilità*, finalizzata all'individuazione dell'esito ottimale per il caso concreto<sup>46</sup>.

Viene però da chiedersi: che accadrà se – incredibilmente – il legislatore elaborasse davvero una nuova tipologia d'adozione per i casi in esame? Il suo conio potrebbe fornire il parametro per denunciare poi anche l'illegittimità dell'attuale, più macchinosa, disciplina dell'adozione tradizionale?

Rimane poi in sospeso anche un altro dubbio di maggiore pregnanza.

Nella sent. n. 33, la Corte fa convivere due interessi che è assai difficile contemperare<sup>47</sup>: i *best interests* e la contemporanea esigenza di contrastare la GPA. Lo “strumento” di cui la Corte «si avvale per scoraggiare il ricorso ad una “pratica procreativa ritenuta lesiva dei diritti e della stessa dignità della donna” è», però, a conti fatti, «lo *status* del bambino». In tal modo «le conseguenze delle azioni compiute dal mondo adulto finiscono, inesorabilmente, con il ricadere sul figlio». In testuale contrasto con la pur citata sent. n. 494/2002<sup>48</sup>, il ricorso alla GPA da parte dei genitori trasforma insomma chi nasce – pur se totalmente privo di responsabilità – in uno *strumento* mediante il quale colpire indirettamente la *surrogacy* e tutelare la dignità delle donne coinvolte<sup>49</sup>. Ciò avviene però negando al bambino lo *status filiationis* (con tutte le garanzie che ne derivano), causandogli la perdita secca di un genitore e imponendo sempre e comunque in tal caso un'idonea procedura adottiva.

Con questo non si finisce dunque per incidere proprio sui *best interests* del nato<sup>50</sup>? Che ne sarà della tutela del bambino nelle more della procedura? E se l'adozione, per le più varie ragioni, non venisse poi richiesta? E che succederà ai bambini in carne e ossa, nell'attesa che il legislatore si degni di darsi da fare?

<sup>45</sup> Sent. n. 242/2019: la si evocherà anche infra.

<sup>46</sup> Si rinvia all'accuratissima ricostruzione di E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 13 ss.

<sup>47</sup> E che si tratti di un «difficile bilanciamento» lo conferma espressamente la stessa Corte al punto 5.9 del Considerato in diritto.

<sup>48</sup> In cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 251, comma 1 e 278, comma 1 c.c., stabilendo che i figli incestuosi non dovevano essere stigmatizzati solo in quanto frutto del comportamento penalmente illecito e moralmente discutibile dei loro genitori. Aggiungendo che «l'adozione di misure sanzionatorie al di là di questa cerchia, che coinvolga soggetti totalmente privi di responsabilità – come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare – non sarebbe giustificabile se non in base a una concezione “totalitaria” della famiglia» (punto 6.1 del Considerato in diritto).

<sup>49</sup> Mentre, nella stessa sent. n. 494/2002, la Corte affermava che «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie *nel suo stesso interesse*, al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*» (corsivo non testuale).

<sup>50</sup> Si rinvia a G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”*, cit., dal cui pezzo sono tratte le frasi virgolettate. La tesi è stata sostenuta anche da M. GATTUSO, *Dignità della donna*, cit., 32 ss. (e *ivi* bibliografia).

La Corte afferma inoltre che, nel caso di cui alla sent. n. 33, sussistono precisi *best interests* del bambino ma questi non possono essere considerati «automaticamente prevalenti» né diventare «tiranni». Ma se nella vicenda in oggetto davvero si enucleano precisi *best interests* del nato, come possono essi non prevalere sempre? In quanto effettivamente tali, non dovrebbero essere per definizione vincenti in ogni bilanciamento? C'è forse una contraddizione logica nel ragionamento della Corte?

Queste aporie derivano da un *cul de sac* probabilmente inevitabile se s'intende dare un senso – come la Corte pare intenzionata – al divieto di cui all'art. 12, legge n. 40/2002 e si ritiene che potrebbe non essere nell'automatico interesse del minore conservare legami sociali così instaurati<sup>51</sup>.

Il costo di tutto ciò potrebbe però essere molto elevato oltre che in contrasto con uno dei “fari” della giurisprudenza costituzionale, ossia con l'idea – più volte ribadita – che il nostro ordinamento «pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fine di prevenzione generale, essere strumentalizzata)»<sup>52</sup>. La Corte si avvede senz'altro del rischio e afferma che se in tali casi non si introducesse un procedimento di adozione effettivo e celere il minore coinvolto verrebbe, appunto, strumentalizzato per disincentivare il ricorso alla maternità surrogata<sup>53</sup>: tuttavia, nell'attesa di una tale disciplina ancora inesistente, non è appunto ciò che (già ora) accade?

## 6. Gli “argini” al diritto di essere genitori

Nonostante le ripetute rassicurazioni della Corte, il convitato di pietra dei ragionamenti ospitati in entrambe le sue pronunce è proprio il diritto alla genitorialità delle coppie *same sex*: un diritto che in via solo indiretta viene comunque protetto dalle sentenze nn. 32 e 33. Esso è infatti l'inevitabile conseguenza – il «profilo speculare» si lascia sfuggire la Corte<sup>54</sup> – della primaria necessità di proteggere il preminente interesse del minore ottimamente cresciuto da tali coppie<sup>55</sup>.

Prima o poi verrà tuttavia il momento in cui la questione dovrà essere affrontata di petto.

Alla base della soluzione adottata dalla Consulta nelle sentt. n. 32 e n. 33, così come nelle decisioni della Corte Edu in materia, troneggia infatti un gigantesco “non detto”: si usano, cioè, argomenti meglio tollerati per conseguire (almeno in parte) risultati che potrebbero essere raggiunti per strade più dirette ma, proprio per questo, più “faticose e meno condivise”<sup>56</sup>.

*Mutatis mutandis*, è quanto succede, in altro contesto, nella trama della legge sull'interruzione della gravidanza, ove si ragiona di aborto legittimo solo ove sia in gioco la salute della donna, ma in termini tali che – al netto di un'obiezione di coscienza ormai abnorme e non sufficientemente contrastata –

<sup>51</sup> M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 354.

<sup>52</sup> Sent. n. 364/1988, punto 8 del Considerato in diritto.

<sup>53</sup> Sent. n. 33, punto 5.7 del Considerato in diritto.

<sup>54</sup> Sent. n. 32, punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto.

<sup>55</sup> Non a caso, molte voci dottrinali ritengono che l'utilizzo giurisprudenziale del criterio fornito dai “preminenti interessi del minore” costituisca spesso un'autentica ipocrisia: v., ad esempio, S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 93 e M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (21 ottobre 2020), 117 s. e122.

<sup>56</sup> Analizzando la giurisprudenza della Corte Edu, E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., 106, afferma pertanto che il richiamo ai *best interests* serve spesso per legittimare un bilanciamento che forse tutela anche il minore ma che certamente (e soprattutto) protegge il diritto di un adulto.

ciò che davvero rileva è la sola volontà della diretta protagonista (come la Corte ha talvolta, ma non sempre, ammesso)<sup>57</sup>.

Proprio sul versante dell'estensione del diritto alla genitorialità, la sent. n. 162/2014 aveva invece lasciato intravedere nuovi approdi.

Se la legge n. 40 consentiva l'accesso alla p.m.a. solo mediante l'utilizzo dei gameti di una coppia eterosessuale, la sent. n. 162 ha invece consentito a quest'ultima di praticare anche la fecondazione eterologa, ossia ricorrendo (se necessario) a gameti esterni al suo perimetro.

Si è così andato "smantellando" il criterio dell'autosufficienza genetica della coppia<sup>58</sup>, ossia l'autentico faro del legislatore del 2004<sup>59</sup>. Ed è pure venuta meno l'idea che la p.m.a. fosse da ritenersi una terapia solo e soltanto nell'ipotesi in cui agevolasse l'incontro altrimenti impossibile tra i gameti comunque appartenenti ai *partners* eterosessuali: ora è possibile che l'apporto genetico sia di uno soltanto di loro.

Alla salute intesa come rattoppo della fisiologia, la Corte ha insomma opposto – sulla scia di quanto riconosciuto ormai da decenni – il concetto di integrità psico-fisica delle persone inserite in una coppia con problemi procreativi. Privilegiando, cioè, il versante psicologico della salute, messo a rischio da un'incapacità di procreare che incida sull'«incoercibile [...] determinazione di avere un figlio», e coinvolga «la sfera più intima e intangibile della persona umana»<sup>60</sup>.

In tal modo, avendo del tutto giustificatamente superato i limiti inizialmente fissati dal legislatore, è sorto spontaneo chiedersi se, applicando gli stessi assunti, si potessero far deflagrare altre pretese incongruenze della legge n. 40<sup>61</sup>.

La Corte è però "corsa ai ripari", circoscrivendo il precipitato di cui alla sent. n. 162/2014 nella successiva sent. n. 221/2019.

Essa ha qui sottolineato che – primo – la fecondazione eterologa va ritenuta una terapia solo nell'ambito delle coppie formate da persone eterosessuali sterili o infertili, poiché solo queste, in teoria, potrebbero procreare naturalmente. Che – secondo – il medesimo assunto va opposto anche alle coppie formate da sole donne, pur se affette da patologie riproduttive, posto che anche tale coppia non potrebbe mai pensare di procreare da sé. Che – terzo – non è sindacabile, sul piano della legittimità costituzionale, la scelta legislativa per la quale la famiglia formata da un padre e da una madre sia l'*optimum* per accogliere un figlio "progettato" ai sensi della legge n. 40: solo il legislatore potrà eventualmente superare queste coordinate.

Detto ciò, nella stessa sent. n. 221/2019, così come nelle sentenze ora in commento<sup>62</sup>, viene comunque riconosciuto rilievo giuridico ai legami che il bambino abbia intessuto con la coppia che l'ha ac-

<sup>57</sup> Così, ad esempio, nell'ord. n. 514/2002.

<sup>58</sup> G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, § 3 (in corso di pubblicazione).

<sup>59</sup> L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC* (luglio 2014), 11.

<sup>60</sup> Sent. n. 162/2014, punto 6 del Considerato in diritto.

<sup>61</sup> G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, cit., § 3. L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa*, cit., 13, affermava pertanto che la sentenza avrebbe dato avvio a un inevitabile *slippery slope*.

<sup>62</sup> V., ad esempio, la sent. n. 33, punto 5.4 del Considerato in diritto e giurisprudenza della Cassazione qui citata.

colto, anche se questa fosse composta da persone dello stesso sesso, «dal momento che l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale». Non è infatti «configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli», e «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»<sup>63</sup>.

In sintesi – e mettendo a sistema queste sue pronunce – la Corte sottolinea che nel caso della fecondazione assistita si ragiona di bambini solo “progettati” – da qui la scelta legittima di adottare criteri più stringenti per accedervi – mentre nel caso dell'adozione (o di altri istituti affini) la coppia interviene in soccorso di chi è già nato: il legislatore potrebbe quindi mitigare la sua rigidità, né i principi costituzionali potrebbero ostacolarlo<sup>64</sup>.

Appare tuttavia chiaro che laddove coloro che avessero dato il via alla procreazione assistita nel quadro di coppie *same sex* (o in altre situazioni escluse dalle pratiche di cui alla legge n. 40) fossero anche quelli che accoglieranno proficuamente il bambino dopo la nascita, tutte le distinzioni accolte dalla Corte paiono perdere buona parte del loro spessore.

L'estensione alle coppie *same sex* del concetto di “salute della coppia” – ossia l'importanza offerta alla “frustrazione” psicologica e al dolore provocati dall'impossibilità di procreare, assieme ai rilievi espliciti per cui, nell'ordine, va riconosciuta dignità giuridica alla genitorialità sociale non coincidente con quella biologica<sup>65</sup>, il *deficit* educativo di una coppia *same sex* non è affatto provato sul piano scientifico o da dati di esperienza<sup>66</sup>, dovendosi invece valorizzare il legame di filiazione con i componenti della coppia che di fatto si prende cura del bambino nato da GPA<sup>67</sup> – ha suffragato la tesi per la quale configurare un diritto di accedere alle tecniche di fecondazione eterologa già in sede di giudizio costituzionale, almeno nei casi di coppie formate da sole donne o di donna *single*, non sarebbe stato peregrino.

Affermare che la fecondazione eterologa vada intesa quale una cura per la coppia eterosessuale ha insomma “sdoganato”, come già anticipato, il diritto della stessa a procreare un figlio che sia ascrivibile a uno soltanto dei suoi componenti<sup>68</sup>. Ed è questo un assunto praticabile anche per le coppie omosessuali che possano raggiungere il loro obiettivo accedendo alla fecondazione eterologa o facendo persino ricorso ad altre pratiche, le cui peculiari caratteristiche impongono, però, di essere

<sup>63</sup> Sent. n. 32/2021 punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto, citando ancora la sent. n. 221/2019. Su questa stessa scia, il 31 marzo scorso, con la sent. n. 9006/2021, le sezioni unite hanno affermato la non contrarietà con l'ordine pubblico internazionale del riconoscimento dell'adozione piena, da parte di una coppia di uomini, mediante trascrizione dell'atto straniero (purché non si sia fatto ricorso alla GPA). Sulle fonti scientifiche (e le giurisprudenze) internazionali che confermano l'infondatezza di ogni tesi mirante a squalificare la capacità genitoriale delle coppie *same sex* e, di contro, la centralità della concreta predisposizione delle singole persone alle esigenze dei bambini (a prescindere dall'orientamento sessuale), v. l'ampia sintesi di M. GATTUSO, *I bambini al centro: il cambio di prospettiva nelle tre decisioni del marzo 2021 in materia di omogenitorialità (della Consulta e delle Sezioni Unite)*, in *giudicedonna*, 1, 2021, 8 ss.

<sup>64</sup> Sent. n. 221/2019, punto 13.2 del Considerato in diritto.

<sup>65</sup> Sent. n. 32, punto 2.4.1.1 del Considerato in diritto.

<sup>66</sup> Sent. n. 32, punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto.

<sup>67</sup> Sent. n. 33, punto 5.5 del Considerato in diritto.

<sup>68</sup> G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, cit., § 3.

trattate a parte e con molta cautela (come, appunto, la GPA)<sup>69</sup>. Anche in molti di tali casi (non tutti) viene infatti procreato un figlio che presenta il patrimonio genetico di uno solo dei componenti la coppia, senza dire che talvolta i gameti sono in realtà di entrambi<sup>70</sup>.

Ma, allora, se procreare è un diritto costituzionalmente fondato (sent. n. 332/2000), assolutamente «incoercibile» (sent. n. 162/2014), praticabile anche mediante l'utilizzo di gameti esterni alla coppia, e se la capacità genitoriale delle coppie *same sex* è comunque provata, sebbene la Corte affermi che non esista un loro diritto alla genitorialità (sent. n. 32/2021)<sup>71</sup>, negare quest'ultimo in almeno taluni dei casi di cui sopra può davvero essere rimesso a una scelta squisitamente discrezionale? Non ci sarebbe insomma materiale sufficiente per procedere già ora qualche passo oltre?

## 7. Le discriminazioni di carattere economico (ora esaltate, ora accantonate)

Un altro rilievo contenuto nella sent. n. 162/2014 sembrava preludere a ben altre aperture e ha dunque richiesto interventi “correttivi” da parte della Corte.

In base a esso, il divieto assoluto di fecondazione eterologa avrebbe prodotto «un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie [...], in base alla capacità economiche delle stesse». Ciò – affermava la Corte – «assurge *intollerabilmente* a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie» per poter far ricorso, in altri paesi, alla tecnica vietata in Italia. «Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente a un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole»<sup>72</sup>.

Questa logica non poteva dunque applicarsi anche alle coppie (omosessuali e no) considerando che solo chi ha le opportune risorse economiche può ricorrere alla procreazione assistita all'estero per accedere a tecniche loro precluse in Italia, e sostarvi anche per il parto, ottenendo così l'atto di nascita desiderato?

La Corte ha già replicato a tale dubbio nella sent. n. 221/2019<sup>73</sup>, respingendo – senza commenti – l'approccio adottato in precedenza e affermando perciò che «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».

È tuttavia acclarato che, come detto, almeno per le coppie di donne la giurisprudenza di legittimità ritiene possibile il riconoscimento della genitorialità attestata da un documento straniero in sé perfetto (quella di merito spesso anche il riconoscimento congiunto del minore nato in Italia dopo una fecondazione eterologa realizzata altrove)<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, cit., § 4.

<sup>70</sup> Come nel caso di fecondazione eterologa del gamete di una donna, ospitato poi nel ventre della compagna, o nel caso di GPA della coppia eterosessuale che produca gameti utili alla procreazione ma in cui la donna non possa sopportare la gravidanza e il parto.

<sup>71</sup> Punto 2.4.1.3 del Considerato in diritto.

<sup>72</sup> Punto 13 del Considerato in diritto. Enfasi aggiunta.

<sup>73</sup> Punto 14 del Considerato in diritto.

<sup>74</sup> V. sent. n. 32, punto 2.3.1 del Considerato in diritto; ancor prima si v. la sent. n. 237/2019, che non ritiene illegittime le norme che impediscono il riconoscimento congiunto delle componenti una coppia *same sex* del minore nato in Italia dopo una fecondazione eterologa realizzata all'estero. Al tema si è già fatto cenno anche *supra* al § 1.

Nessun problema legale coinvolge evidentemente la donna sola che partorisca in Italia dopo aver fatto ricorso alla fecondazione eterologa (da noi vietata) in un paese estero che lo consenta.

Significativamente diverso è invece ciò che attende, *de iure condito*, la coppia *same sex* o etero che acceda a una GPA all'estero. In questi casi il genitore intenzionale può però aspirare (almeno e per ora) all'adozione in casi particolari.

Si tratta dunque di ipotesi in cui, smaccatamente, le risorse economiche di chi si accinge a procreare e a ospitare il minore influenzano in modo decisivo l'attuazione del progetto genitoriale e il suo successivo riconoscimento "italiano"<sup>75</sup>. Possibile che ciò che si riteneva testualmente "intollerabile" nella sent. n. 162 non abbia in questi casi proprio nessun rilievo?

### 8. L'ontologica differenza delle varie ipotesi di infertilità (e della conseguente risposta del legislatore e della Corte)

Nella sent. n. 221/2019 la Corte afferma dunque che

«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».

Essa aggiunge poi che questi sarebbero «fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti».

Nella medesima pronuncia la Corte afferma però che, ove si dichiarasse l'illegittimità dell'esclusione delle coppie *same sex* femminili dalla fecondazione eterologa, occorrerebbe conseguentemente annullare ogni preclusione alla p.m.a. e persino alla surrogazione di maternità. Ed è quest'ultima, va detto, l'eventualità che pare in cima alle preoccupazioni della Consulta.

Ma può davvero essere legittimo fornire un'unica risposta negativa, e pertanto offrire un solo bilanciamento, in tutti questi casi<sup>76</sup>? Essendo i fenomeni "ontologicamente" distinti – come ammette la Corte – non meriterebbero di essere trattati separatamente e condurre magari (non sempre, ma almeno talvolta) a esiti diversi da un troppo roboante divieto<sup>77</sup>?

Ad esempio – come già suggerito – in base agli argomenti proposti nella sent. n. 162/2014 parrebbe criticabile non riconoscere il diritto alla genitorialità almeno alle donne *single* e alle coppie omosessuali femminili<sup>78</sup>: anche mantenendo ferma l'ostilità della Corte alla GPA, la cui dinamica incorpora ben altri problemi. Appunto, si tratta di ipotesi "ontologicamente" diverse.

<sup>75</sup> G. BARCELLONA, *Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA*, cit., § 4.

<sup>76</sup> R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 4.

<sup>77</sup> L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sent. della Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2, 2020, 238. V. anche B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, 112; A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, *ivi*, 138 e I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *Genlus*, 2, 2017, 21.

<sup>78</sup> Coglie forse nel segno chi vede in questa chiusura una diffidenza (propria alla legge n. 40/2004) verso la «donna che non sia accompagnata in modo stabile da un uomo»: L. RONCHETTI, *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2018, 114.

Nella sent. n. 162/2014 era del resto la stessa Corte ad affermare che il concetto di «patologie riproduttive di una disabilità» è una «nozione che, per evidenti ragioni solidaristiche, va accolta in un'ampia accezione»<sup>79</sup>. Da un simile approccio non poteva dunque ricavarsi un'interpretazione estensiva del concetto di “disabilità procreativa”?

Nella precedente sent. n. 332/2000 la Corte aveva altresì affermato il contrasto con gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. delle norme che vietavano di aver prole per chi volesse arruolarsi nella Guardia di Finanza (e in altri corpi armati), precisando che

«un divieto siffatto si pone in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 della Costituzione l'integrità della sfera personale [...] e la [...] libertà di autodeterminarsi nella vita privata»<sup>80</sup>.

Un diritto fondamentale che, cioè, sembrava riconoscersi sia al singolo in quanto tale<sup>81</sup>, sia in quanto componente di una qualsiasi unità familiare, non già alle sole coppie eterosessuali, come prescritto dalla legge n. 40 e accettato dalla Corte nella sent. n. 221/2019. Si tratta del resto di un diritto che sembrerebbe riconosciuto *a tutti* anche dall'art. 1 della legge n. 194/1978<sup>82</sup>.

Simili “gravi interferenze nella vita privata e familiare delle persone”<sup>83</sup> continuano perciò a essere davvero indefettibili una volta ribadito il «rilievo giuridico della genitorialità sociale»<sup>84</sup>, riconosciuta a tutto tondo anche la capacità della coppia *same sex* di allevare prole ed estesa la possibilità di accedere alla procreazione eterologa – per ragioni di salute ampiamente intese – al di là degli angusti spazi inizialmente previsti dalla legge n. 40?

### 8.1 Il problema della GPA

Rimane il problema, di non poco conto, della GPA.

Senza alcuna pretesa di esaurire il discorso – che è davvero “ontologicamente diverso” rispetto alla p.m.a. e alla fecondazione eterologa *same sex* – qualche considerazione è comunque opportuna. Osservazioni da proporre senz'altro con passo felpato, perché ci si muove su un terreno di profonde incertezze e contrasti radicali all'interno dello stesso pensiero femminista<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> Punto 7 del Considerato in diritto.

<sup>80</sup> Punto 2.2 del Considerato in diritto. Enfasi aggiunta.

<sup>81</sup> V., ad esempio, A. RUGGERI, “Tutela minima” di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (*e... sananti*) in tema di procreazione medicalmente assistita, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). Sul tema sia consentito rinviare anche a P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, 152 ss. e alla bibliografia *ivi* citata. Contra, tra gli altri, F. PATERNITI, *Figli e ordinamento costituzionale*, Napoli, 2019, 271 s.

<sup>82</sup> Riflessioni su questo problema, con la sottolineatura di alcune incongruenze reperibili sul piano legislativo e nella stessa giurisprudenza della Corte, sono espresse da B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Milano, 2017, 706 ss. e spec. 714 s.

<sup>83</sup> Espressione che si trae e si adatta dalla sent. n. 332/2000.

<sup>84</sup> Sent. n. 272/2017, citata da sent. n. 32, punto 2.4.1.1 del Considerato in diritto.

<sup>85</sup> Per un sunto v. L. POLI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni*, cit., 164.

Per talune/i la GPA darebbe pertanto luogo a un'immane schiavitù consumata sul corpo e sulla vita delle donne che si prestano a tale pratica, violandone inevitabilmente la dignità<sup>86</sup>. All'opposto, per altre/i tale pratica dovrebbe invece essere assolutamente libera e regolata dal solo mercato. Le contrapposizioni (e le sfumature) emergono anche dalle espressioni usate per definire la procedura<sup>87</sup>. L'impressione è che, come sempre, al di là di tali estremi, qualche pertugio non debba essere escluso a priori. Ipotesi certo non semplici – da normare e monitorare con difficoltà ed estrema cautela – ma forse praticabili, come peraltro si riscontra in alcuni paesi collocabili nella stessa *Western Legal Tradition*<sup>88</sup>.

Anche perché non è evidentemente corretto ragionare di un'unica ipotesi di GPA. Chi le ha contate afferma che le varie combinazioni oggi consentite dall'utilizzo congiunto delle tecniche procreative e dalla *surrogacy* diano luogo ad almeno undici variabili<sup>89</sup>. In più, occorre tener conto dei "contesti" in cui vengono a essere praticate. Se così è, pare davvero complicato sostenere che ciascuna di esse meriti immancabilmente la medesima risposta automatica<sup>90</sup>.

Il categorico divieto contenuto nella legge n. 40/2004 – corredato da una severa sanzione penale<sup>91</sup> – sembra quindi assai poco idoneo «a dar voce a tutti gli interessi in campo costituzionalmente protetti, assicurandone la congrua e complessivamente appagante ponderazione» nelle diverse ipotesi<sup>92</sup>. Di più: piega il diritto penale a scopi pedagogici facilmente eludibili da chi, come già detto, può permettersi di espatriare e investire sul progetto genitoriale<sup>93</sup>.

<sup>86</sup> Ed è ciò che pare suggerire la stessa Corte costituzionale tra le righe della sent. n. 272/2017, testualmente citata dalla sent. n. 33/2021. Il medesimo assunto compare poi nella stringata mozione del CNB sulla Maternità surrogata a titolo oneroso del 18 marzo 2016.

<sup>87</sup> V., ex multis, la ricognizione di F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020, 177 ss.

<sup>88</sup> Si v. S. PENASA, *Tra legge e Corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni*, cit., 82 ss. Sul c.d. modello "forte" californiano v. M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, *ivi*, 3 ss., e le critiche di alcuni suoi snodi sollevate da B. PEZZINI, *Interpretare attraverso il diritto le relazioni che permettono la riproduzione*, *ivi*, 201 ss. Al proposito è assai utile confrontarsi con quanto sancito dalla celebre sentenza costituzionale portoghese 24 aprile 2018, n. 225, reperibile al sito [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it). Sul dibattito ora in corso in GB per superare l'attuale procedimento previsto in caso di GPA, affiancando al concetto di maternità tradizionale una nuova tipologia di riconoscimento della genitorialità nei casi di *surrogacy* e assegnando ai genitori intenzionali la titolarità ab origine della filiazione, fatto salvo il diritto della madre biologica di opporsi entro un determinato termine v. M. POLI, *Maternità e surrogazione nel progetto di riforma nel Regno Unito: quando la volontà non basta*, in *Genus*, 2, 2020, *passim*.

<sup>89</sup> R. BIN, *Maternità surrogata*, cit., 3.

<sup>90</sup> *Ibidem*, 2 s.

<sup>91</sup> Il dibattito emerso in seno alla dottrina attiene al dubbio se l'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004 punisca solo chi operi sul piano dell'intermediazione commerciale o anche chi si presti a tali pratiche (e finanche la stessa coppia committente e la gestante).

<sup>92</sup> A. RUGGERI, *La maternità surrogata, ovvero cosa si fa e come si fa e come si fa con il dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *Genus*, 2, 2017, 63.

<sup>93</sup> Se ne trova un accenno – con tanto di giustificazione – nella stessa sent. n. 33/2021, punto 5.7 del Considerato in diritto, ove si ritiene legittima la «finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata» (ma mai a danno degli interessi del nato, il quale – altrimenti – verrebbe, in tal modo, strumentalizzato).

Vale quindi la pena affrontare la varietà del “reale” proponendo qualche esempio “concreto” e non certo esaustivo.

È di sicuro al di fuori delle coordinate ordinamentali la surrogazione del tutto eterologa richiesta dalla coppia committente: praticata, cioè, usando gameti maschili e femminili di donatori. Almeno un gamete dovrebbe essere di pertinenza di chi si predispone ad accogliere il neonato: dell'uomo o di un uomo, così come della donna che produca gameti ma non sia in grado di portare a termine la gestazione. Ragionare altrimenti sarebbe in stridente contrasto con la disciplina dell'adozione, e risulterebbe addirittura impossibile comprenderne la *ratio*. Se però – pur generato in tal modo – venisse poi alla luce un bambino accolto per un tempo sufficiente all'interno della coppia, il quale avesse instaurato relazioni sociali solide e positive con essa, va da sé che riprenderebbero comunque spazio i suoi *best interests*. Un *surplus* di cautela che si riduce di certo in presenza di un legame genetico<sup>94</sup>. In nome dei *best interests*, lo stesso dovrà altresì concludersi – in tale ipotesi – ove questa pratica venisse inquadrata in una logica squisitamente e smaccatamente commerciale che coinvolgesse la gestante e l'organizzazione che magari le ruotasse attorno<sup>95</sup>.

Occorre quindi isolare altre ipotesi, del tutto al di fuori di una simile alternativa. Casi in cui non sia assolutamente rinvenibile lo scenario di uno scambio meramente negoziale e si abbia la certezza che il consenso della madre biologica sia autentico, genuino, mosso da mere ragioni solidali. Come avverrebbe, ad esempio, nell'assenza verificata di ogni forma di pressione, se la gestante facesse parte della ristretta cerchia delle realtà familiari o amicali della coppia che chiede aiuto e ottiene ascolto<sup>96</sup>. A certe condizioni, non sembra neppure incompatibile ammettere la copertura delle spese affrontate dalla gestante, nonché, addirittura, «una [sua] ragionevole remunerazione» per lo sforzo, il coinvolgimento fisico e mentale nonché il tempo da essa dedicati al progetto<sup>97</sup>.

Si ragiona dunque di casi in cui l'autodeterminazione della donna sia assolutamente garantita, verificata, libera e consapevole, opportunamente formalizzata in un negozio *ad hoc* – magari sotto controllo pubblico – oltre che inserita in un *iter* monitorato e apertamente altruistico<sup>98</sup>. Ipotesi in cui il suo coinvolgimento nella vicenda e il suo “nome” non vengano accantonati un istante dopo la nasci-

<sup>94</sup> L. POLI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea*, cit., 171 s.

<sup>95</sup> Sulle obiettive difficoltà a contrastare tutti i fenomeni di mercificazione che potrebbero circondare la pratica v. B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, cit., 118 e 120.

<sup>96</sup> A. RUGGERI, *La maternità surrogata*, cit., 64. V. anche A. RUGGERI, C. SALAZAR, “Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio”: riflessione sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta Online*, 1, 2017, 142 ss.

<sup>97</sup> B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il “principio del nome della madre” nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 114 s. Sulla necessità di distinguere il tema del “compenso” o del rimborso delle spese sostenute dalla gestante dal diverso tema della mediazione commerciale v. A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni*, cit., 193.

<sup>98</sup> V., ad esempio, G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 78. Sulla difficoltà a distinguere i casi di GPA animati da spirito solidale da quelli basati su ragioni economiche v. M.P. IADICICCO, *Procreazione umana*, cit., 355.

ta, salvo che questa non sia la sua specifica volontà, oggi forse vietata dalla legge n. 40<sup>99</sup>: una volontà che potrebbe essere superabile dal figlio seguendo il percorso ora tracciato dalla sent. n. 278/2013 (e sempre che la madre biologica, a distanza di tempo, riveda la sua volontà di non essere nominata).

Andrebbe insomma pienamente recepita e assecondata dal diritto la natura «progressiva» di un simile rapporto a più lati, riconoscendo (sempre) la possibilità di un ripensamento della madre biologica sia durante, sia (per un certo tempo) dopo la gravidanza, ma negandola ai committenti: imponendo insomma di riconoscere “come si deve” il ruolo decisivo svolto dalla gestante<sup>100</sup>, oltre che disciplinare le più varie eventualità che pur si possono presentare nel corso della gravidanza. Tenendo cioè conto che si nasce immancabilmente da un corpo di donna, della particolare relazione biologica, mentale, simbolica ed emozionale instaurata tra gestante e feto durante la gravidanza<sup>101</sup>, delle relazioni “altre” comunque coinvolte (prima, durante e dopo la gestazione) tra madre e coppia.

Un percorso – quello appena accennato – che ovviamente richiederebbe quanto meno una ricalibratura (normativa o interpretativa) di quanto oggi sancito all’art. 269, comma 3, c.c.: una norma concepita allorché le tecniche di p.m.a. erano praticamente sconosciute e alla quale va perciò affiancato il “circuitto” ora disciplinato dalla legge n. 40<sup>102</sup>.

Si tratterebbe quindi di distinguere caso da caso, evitando i riflessi condizionati e inserendo l’applicazione del concetto di dignità non in astratto e per chiudere spicciamente il discorso, bensì collocandolo nell’accidentato sentiero dei «rapporti della vita, considerati nella loro concreta conformazione»<sup>103</sup>.

Le chiusure senza appello su un tema così delicato non sembrano insomma sempre convincenti.

Così, stigmatizzare la logica solidale che potrebbe esprimersi nella GPA, ragionando di una “retorica del dono”, riduce a una sola dimensione realtà che possono essere molto diverse<sup>104</sup>. Si cancella in tal modo un fenomeno comunque noto e fondato sull’inalienabile diritto di ogni singola donna ad approcciare la maternità vivendo diversamente il proprio coinvolgimento nella vicenda<sup>105</sup>. Potendo persino lei stessa – si usa qui un’esemplificazione letteraria – non credere «nella gravidanza gloriosa,

<sup>99</sup> Si v. l’art. 2, l. 15 maggio 1997, n. 127 e l’art. 30, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396. A ciò, in tutte le pratiche di procreazione medicalmente assistita, sembra però ostare il divieto di cui all’art. 9, comma 2, legge n. 40/2004, salvo che non si ritenga che questa disposizione si riferisca non già alla surrogazione di maternità, solo vietata dalla legge n. 40, bensì alle pratiche effettivamente regolate da quest’ultima: v. l’interpretazione proposta da M. GATTUSO, *Dignità della donna*, cit., 26.

<sup>100</sup> B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile*, cit., 93 s. Sulla stessa linea, tra gli altri, A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità*, cit., 188 ss.

<sup>101</sup> G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata*, cit., 84

<sup>102</sup> L’art. 269 c.c. è quindi già oggi sottoposto a interpretazione evolutiva e sistematica (specialmente con l’art. 8, legge n. 40) da interessanti voci della dottrina: si v., ad esempio, M. GATTUSO, *Dignità della donna*, cit., 21 ss.

<sup>103</sup> Sent. n. 163/1993, punto 3 del Considerato in diritto, opportunamente citata da G. BRUNELLI, *Un giudice a quo consapevole della propria funzione (a proposito dell’ord. n. 273/2016 della Corte d’appello di Milano)*, in *Genus*, 2017, 46.

<sup>104</sup> F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita*, cit., 2020, 172, 175, 250 ss. Di contro, A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità*, cit., 192, più che di un dono unidirezionale, ragiona della necessità di puntare l’accento sulle relazioni instaurate nel percorso di GPA.

<sup>105</sup> Per un saggio di tali atteggiamenti si rinvia al classico di S. DE BEAUVOIR, *Il secondo sesso*, Milano, 2002, spec. 588 ss.

pienezza dell'anima e del corpo»<sup>106</sup>. In un'involontaria ma problematica eterogenesi dei fini, si finisce altrimenti per suffragare «una costruzione inferiorizzante della capacità femminile», qualificando la donna come un soggetto debole per antonomasia, «in ragione dell'appartenenza al sesso»<sup>107</sup>.

Calcare l'accento sul "materno" e assumerlo in una sola accezione "universale" può condurre inoltre molto in là<sup>108</sup>. Sostenere che ogni donna viva e debba vivere allo stesso modo la procreazione/gravidanza, e che non siano ammesse defezioni da una retta via<sup>109</sup>, comporta la messa in discussione, al termine logico di un simile percorso, della stessa volontà d'interrompere la gravidanza o, addirittura, del già menzionato diritto della madre all'anonimato<sup>110</sup>. Entrambe queste esperienze potrebbero essere appunto assunte come inqualificabili negazioni del "materno".

Di contro, la donna ha ormai da tempo anche il «diritto di sottrarsi alla maternità», perché «non è costretta a sentirsi madre di qualcuno neppure quando porta a termine la gravidanza e mette al mondo una nuova persona», posto che «al fatto naturale del parto si oppone il fatto sociale del rifiuto (o rinuncia) di quella maternità». E i motivi di simili scelte sono «infiniti quanto i vissuti di tutte noi»: espressioni da declinarsi assolutamente al femminile<sup>111</sup>.

Svalutare la solidarietà tra donne che questa pratica può ospitare, chiedendosi a cosa essa possa servire alle donne come "gruppo"<sup>112</sup>, introduce poi nel discorso pericolosi (e illiberali) elementi organicisti. Escluderla vedendo in essa sempre e soltanto il ripetersi di una logica patriarcale, in quanto funzionale a trasmettere i geni maschili attraverso l'"uso" di una donna diversa dalla moglie, ignora tipologie di surrogazione che consentono di tramandare anche il patrimonio genetico della committente<sup>113</sup>. E assolutizzare il discorso significa inoltre bypassare i possibili desideri di cura e di esperienza materna di una donna (e di una coppia) fisiologicamente incapace di accendere o di sopportare una gravidanza, ma che non si voglia privare dell'esperienza di crescere un figlio condividendone la genesi. E rende, in definitiva, immancabilmente sospette anche (tutte) le pratiche di fecondazione eterologa.

<sup>106</sup> Traggo la citazione dallo stupendo romanzo di A. ERNAUX, *La donna gelata*, Roma, 2021, 144, ma è tutta la parte del volume dedicata all'esperienza soggettiva della maternità che dovrebbe essere ripercorsa.

<sup>107</sup> B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile*, cit., 95. Sulla stessa linea v. A. PIOGGIA, *La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa: un altro passo avanti per una legge che resta indietro*, in *Genus*, 2, 2014, 95.

<sup>108</sup> Per questa prospettiva si rinvia, ex multis, alle riflessioni illustrate da S. NICCOLAI (ad esempio in *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 224 ss.; *Alcune note attorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *Genus*, 2, 2017, spec. 54 ss.; *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2015) e da F. ANGELINI *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita*, cit., *passim* ma spec., per una sintesi, 258 ss.

<sup>109</sup> Si chiede, pertanto, se il valore simbolico del "materno" sia davvero unico M.P. IADICICCO, *Procreazione umana*, cit., 359.

<sup>110</sup> G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata*, cit., 83.

<sup>111</sup> L. RONCHETTI, *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione*, cit., 112-113.

<sup>112</sup> S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre)*, cit., 98 s.

<sup>113</sup> B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile*, cit., 97.

V'è anzi da chiedersi se non abbia un retrogusto patriarcale e paternalistico proprio il divieto assoluto di GPA, ennesima espressione di un ordinamento che gestisce e tratta i corpi femminili in base a volontà immancabilmente altrui (fossero anche di altre donne)<sup>114</sup>.

Le obiezioni e le contro-obiezioni potrebbero essere tante: nessuna – va detto – appare risolutiva a fronte delle complessità di un tale fenomeno. Ma è proprio su questi terreni che è bene si misuri il diritto, distinguendo, controllando e vietando il necessario.

Una tale (accorta) disciplina avrebbe poi la conseguenza di determinare, pressoché inevitabilmente, anche la trasformazione della fisionomia dell'ordine pubblico internazionale come sinora prevalentemente ricostruito e applicato in questa specifica materia<sup>115</sup>.

### 9. La soluzione processuale

Come in un film hitchcockiano, a metà strada delle sentenze n. 32 e 33 la Corte anticipa che le sue decisioni finali saranno di inammissibilità. La *suspense* non nasce da questa particolare “scelta narrativa”, bensì scorrendo quanto immediatamente precede il “P.Q.M.”. Il testo sembrerebbe infatti assai più consono a quanto espresso mediante la recente tecnica decisoria dell'incostituzionalità “differita”<sup>116</sup> o “prospettata”<sup>117</sup>, già messa in atto (nell'ordine) nel c.d. “caso Cappato”<sup>118</sup>, in risposta alla *quaestio* sulla punizione penale della diffamazione a mezzo stampa<sup>119</sup> e, nei mesi scorsi, nella pronuncia interlocutoria in materia di ergastolo ostativo<sup>120</sup>.

In questo caso, invece, la Corte rimane sino in fondo fedele alle promesse: le sue sono infatti inequivocabili pronunce d'inammissibilità.

Anche le decisioni d'inammissibilità, tuttavia, hanno talvolta conosciuto deroghe al modello base. Si pensi a quanto sancito, ad esempio, nella sent. n. 347/1998, in materia – guarda caso – di fecondazione eterologa con conseguente azione di disconoscimento di paternità del *partner* maschile che aveva acconsentito alla pratica. In quella circostanza si trattò palesemente di un'inammissibilità che celava, sotto la sua superficie, una corposa decisione di rigetto interpretativo.

*Mutatis mutandis* è quanto accade anche nelle sentt. n. 32 e n. 33/2021. In questi casi, l'inammissibilità pare infatti doversi leggere come una vera e propria incostituzionalità che, sia pur

<sup>114</sup> A. LORENZETTI, *Riflessioni attorno alla maternità surrogata: cuique suum?*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni*, cit., 154. Analogamente P. PALMERI, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, *ivi*, 64 s.

<sup>115</sup> Ci si riferisce principalmente a quanto chiosato da Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, la quale, innovando a prese di posizione delle sezioni semplici (incentrate sul solo livello costituzionale), include in tale concetto anche principi e istituti ricavabili dalla legge. Con riguardo allo specifico tema di cui alle sentt. n. 32 e 33, tali approdi sono stati ribaditi da Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193.

<sup>116</sup> M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.* (19 novembre 2018), § 1.

<sup>117</sup> Questa è stata la definizione coniata dal Presidente della Corte, Giorgio Lattanzi, nel corso della sua Conferenza stampa sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018. Va peraltro detto che sono davvero numerose le definizioni escogitate dalla dottrina per illustrare questa pregnante novità processuale.

<sup>118</sup> V. l'abbinata tra l'ord. n. 207/2018 e la successiva sent. n. 242/2019.

<sup>119</sup> Cfr. l'ord. n. 132/2020.

<sup>120</sup> Ord. n. 97/2021, che preannuncia una dichiarazione d'illegittimità per il prossimo 10 maggio 2022 (in assenza di una congrua azione legislativa).

“promessa”, a differenza dei precedenti appena sopra indicati non conosce una precisa data di scadenza e richiederà ulteriori sforzi propositivi da parte dei giudici *a quibus* (oltre al preoccupante protrarsi delle assenze di tutela).

In entrambe le pronunce la Corte lascia così nitidamente intendere che la disciplina impugnata, nelle sue lacune invincibili (sent. n. 32), o nella sua tutela solo a metà delle ragioni dei figli (sent. n. 33), appare incostituzionale. Per questo, nella sent. n. 32, essa avverte che il legislatore dovrà «*al più presto* colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte» – peraltro – «di incompressibili diritti dei minori»<sup>121</sup>. Espressioni che non compaiono nella sent. n. 33, benché l'intervento del legislatore sia qui analogamente qualificato «*ormai indifferibile*»<sup>122</sup>.

Essa fissa altresì, nella sent. n. 32, un elenco di alternative che si aprono alla discrezionalità del legislatore (tra riconoscimento e adozione), indicando le specifiche esigenze da soddisfare<sup>123</sup>. Nella sent. n. 33 – come s'è detto – le alternative scompaiono: rimane un accenno “forte” alla necessità di disciplinare una più idonea procedura di adozione in caso di maternità surrogata<sup>124</sup>.

In ogni caso, stante il «ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione»<sup>125</sup>, «sinergiche» tra loro e con quelle già ora previste dalla legge<sup>126</sup>, la Corte si arresta, cedendo il passo al «margine di manovra» spettante al legislatore<sup>127</sup>, per il «rispetto dovuto alla [sua] prioritaria valutazione» e per evitare «disarmonie»<sup>128</sup>.

Fin qui nulla di sorprendente o alieno dallo schema tipico delle decisioni di inammissibilità.

Il punto è che, però, nella sent. n. 32 la Corte aggiunge che ai problemi evidenziati essa «ritiene di non poter *ora* porre rimedio» ma che «non può esimersi dall'affermare che *non sarebbe più tollerabile* il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela»<sup>129</sup>; nella n. 33, specifica poi che, «*in prima battuta*», occorre lasciar spazio al legislatore, e che dunque, «*allo stato*», essa deve «arrestarsi»<sup>130</sup>.

Sia pur senza un data-ghigliottina già tracciata sul calendario, si tratta di espressioni dalle quali traspare la più che ferma volontà di attendere la prossima occasione utile per adottare decisioni di accoglimento<sup>131</sup>.

Ciò che sembra emergere da questo ma anche dagli altri episodi poco sopra evocati è dunque che il terreno un tempo riservato alla sola discrezionalità del legislatore sia ormai possibile preda

<sup>121</sup> Punto 2.4.1.4 del Considerato in diritto. Corsivo aggiunto.

<sup>122</sup> Punto 5.9 del Considerato in diritto. Enfasi aggiunta.

<sup>123</sup> Punto 2.4.1.4 del Considerato in diritto.

<sup>124</sup> Punto 5.8 del Considerato in diritto.

<sup>125</sup> Sent. n. 33, punto 5.9 del Considerato in diritto.

<sup>126</sup> Sent. n. 32, punto 2.4.1.4 del Considerato in diritto.

<sup>127</sup> Sent. n. 33, punto 5.9 del Considerato in diritto.

<sup>128</sup> Sent. n. 32, punto 2.4.1.4 del Considerato in diritto.

<sup>129</sup> Punto 2.4.1.4 del Considerato in diritto. Corsivo aggiunto.

<sup>130</sup> Punto 5.9 del Considerato in diritto. Corsivo non testuale.

<sup>131</sup> C'è da scommettere che non mancheranno, così come probabilmente non mancherà il già preannunciato ricorso alla Corte Edu della donna coinvolta nella vicenda di cui alla sent. n. 32: v. B. LIBERALI, *L'importanza delle parole e della tecnica decisoria in due recenti pronunce della Corte costituzionale in materia di omogenitorialità*, in *Studium Iuris*, 2021, § 3 (in corso di pubblicazione).

dell'azione della Corte<sup>132</sup>. È quanto accade allorché attendere inutilmente una futura legge lascerebbe privi di tutela diritti fondamentali troppo a lungo disattesi; ciò peraltro non esclude successive (e diverse) discipline introdotte da chi comunque detiene il potere normativo<sup>133</sup>. Ma, così facendo, si ammette che quelle eventualmente scelte dalla Corte non siano insomma “rime obbligate”.

Al contempo, le decisioni d'inammissibilità adottate nelle sentt. n. 32 e 33 evidenziano la loro almeno *parziale* fungibilità – scadenza a parte (e non è poco) – rispetto alle pronunce di rinvio dell'udienza a data fissa con annesso *ultimatum* per il legislatore. Forse ciò che ha indotto la Corte a essere oggi meno “audace” deriva dal fatto che – diversamente dal caso dell'aiuto al suicidio e dallo stesso ergastolo ostativo – non si ha qui una disciplina legislativa utilizzabile come modello e immediatamente adattabile per colmare i vuoti incostituzionali<sup>134</sup>. Poteva però essere presa a prestito, a tale scopo, proprio la legge sulle adozioni, magari “correggendola” per adattarla al caso, come del resto ampiamente accaduto nel caso Cappato in riferimento alla legge n. 219/2017: questa è tuttora, pur se tra notevoli limiti, la rima obbligata messa a disposizione dall'ordinamento.

O non poteva utilizzare, la Corte, una sentenza additiva di principio, sulla falsariga della sent. n. 170/2014 (sul c.d. divorzio imposto)<sup>135</sup>? In tal caso ha giocato forse un ruolo il timore delle eventuali applicazioni *random*, da parte dei giudici, dei principi che essa avrebbe enunciato in una materia così delicata (come accaduto proprio nel caso del divorzio).

Come che sia, si può concludere che è in atto (da tempo) un rimescolamento di ruoli tra Corte e Parlamento – visto con evidente sfavore da una parte dei commentatori<sup>136</sup> – che si sta giocando sul sottile crinale di ciò che spetta all'uno e all'altro potere in gioco. Con un evidente avanzamento strategico della Consulta proprio sul fronte della tutela dei diritti fondamentali, di contro alle plateali inerzie legislative. Una partita nella quale è per taluno comprensibilmente difficile stabilire per chi tifare ma che (purtroppo) assegna buone ragioni alla schiera di chi ritiene che alzare le mani – e “decidere di non decidere” – significhi, talvolta, solo decidere altrimenti: lasciare cioè le cose come stanno e abbandonare taluni diritti fondamentali al loro protratto destino d'incompiutezza. Provocando, per di più, la sofferenza immotivata e ormai ritenuta intollerabile di persone in carne e ossa: proprio come nei casi della vita di cui alle sentenze in commento.

<sup>132</sup> Da qui le critiche formulate da A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*, in *Consulta Online*, 1, 2021, 221 s.

<sup>133</sup> Così nella sent. n. 242/2019, punto 4 del Considerato in diritto (e giurisprudenza costituzionale ivi citata a supporto).

<sup>134</sup> Come suggerito da MICHELA MANETTI nella sua relazione al webinar *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore: lo stato dell'arte*, organizzato dall'Università di Verona il 20 maggio 2021.

<sup>135</sup> Per questa ipotesi v. B. LIBERALI, *L'importanza delle parole e della tecnica decisoria*, cit., § 3.

<sup>136</sup> Tra i primissimi a contestare questa nuova tecnica decisoria è stato A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *www.giurcost.org*, 3, 2018, (20 novembre 2018). La schiera dei critici è peraltro molto estesa: si v., per tutti, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario: Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 251 ss.