

Diritto e pregiudizio: il legislatore, i giudici e la Corte alla prova della PMA

Giuseppina Barcellona*

LAW AND PREJUDICE: THE LEGISLATURE, THE COURTS AND THE COURTS ON THE TEST OF ART

ABSTRACT: The essay traces the main stages of constitutional jurisprudence on artificial insemination, taking the science/law dialectic as a perspective point of view. The essay dwells on the *vulnus* that the rhetorical use of the scientific argument causes to the overall coherence of the legal system and in this perspective analyses the most recent decisions of the constitutional judge on the *status* of children born of procreative techniques still prohibited in Italy.

KEYWORDS: Surrogacy; international public order; status legitimitatis; analogia legis; equality

ABSTRACT: Il saggio ripercorre le principali tappe della giurisprudenza costituzionale in materia di fecondazione artificiale, assumendo come punto di vista prospettico la dialettica scienza/diritto. Il saggio si sofferma sul *vulnus* che l'utilizzo retorico dell'argomento scientifico arreca alla complessiva coerenza del sistema giuridico ed in quest'ottica analizza le più recenti decisioni del giudice costituzionale in materia di *status* dei bambini nati da tecniche procreative ancora vietate in Italia.

PAROLE CHIAVE: Surrogazione di maternità; ordine pubblico internazionale; status legitimitatis; analogia legis; eguaglianza

SOMMARIO: 1. A mò di premessa – 2. Procreazione Medicalmente Assistita e Costituzione – 3. Tre è il numero perfetto. La Corte e le “eccessive semplificazioni del legislatore” – 4. L'argomento “scientifico” e l'autonomia del sistema normativo: la Corte, la fecondazione eterologa e il diritto “singolare” alla genitorialità genetica – 5. Natura e scienza nella PMA: ragionando di giudizi e pregiudizi – 5.1. Atto primo: i genitori – 5.2. Atto secondo. Figli e figliastri – 6. La dittatura del caso concreto: dall'ordine al caos.

* *Professore associato, Facoltà di scienze economiche e giuridiche, Università degli studi Kore di Enna. Mail: giuseppina.barcellona@unikore.it. Proyecto DERFUNDAT (PGC2018-093737-B-I00), financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. A mò di premessa...

La l. 40/2004 è al crocevia di linguaggi e categorie profondamente diversi: scienza e diritto, ma anche filosofia, etica e religione sono interrogate dalla disponibilità di una tecnica che scinde irrimediabilmente sessualità e procreazione.

Nel raccontare le principali vicende che hanno interessato questa legge si assumerà la prospettiva della dialettica scienza/diritto. Più precisamente, si proverà a comprendere quale sia, in questo contesto, lo statuto ascrivibile alle “acquisizioni scientifiche” e quale limite eventualmente pongano alla discrezionalità legislativa.

Questo punto di vista ha portato a selezionare – fra le numerose pronunce della Corte costituzionale che hanno inciso il testo della l. 40/2004 – le sentenze 151 del 2009 e 162 del 2014. Queste due decisioni, infatti, si segnalano non solo per il ruolo che i dati scientifici svolgono nella motivazione del *de-cisum*, ma anche per il diverso modo in cui vi è rappresentato il confine che separa il *dominium* della scienza dallo spazio rimesso alla discrezionalità legislativa.

In questa prospettiva, la sentenza che sanziona l’illegittimità del divieto assoluto di eterologa è parso rappresentasse una sorta di “spartiacque” nella storia della l. 40/2004. Questa decisione, invero, si distingue per un utilizzo che si è ritenuto di definire retorico e strumentale del “rinvio alla scienza”: il richiamo al dato scientifico serve a forzare l’originaria *ratio* della legge ed i bilanciamenti che vi erano custoditi. Non soltanto. Questo risultato è perseguito ricorrendo ad un linguaggio e ad una dogmatica innovativi, che finiranno con l’introdurre nel sistema della filiazione incongruenze e asimmetrie.

Alla descrizione di queste “incoerenze” è dedicata quella che, idealmente, può considerarsi la seconda parte di questo saggio: l’enunciazione dell’incoercibile diritto al figlio costituisce la “breccia” a partire dalla quale muove l’assalto ai limiti che ancora regolano l’accesso alla PMA. Inizia, così, un susseguirsi di conflitti e giudizi (che coinvolgono la magistratura ordinaria e costituzionale) che, qui, si è provato a rappresentare mantenendo, nella misura del possibile, distinti i problemi e le soluzioni che riguardano il mondo adulto, da quelli che, invece, interessano il bambino ed il suo *status filiationis*.

2. Procreazione Medicalmente Assistita e Costituzione

Scienza e diritto sono i poli di una dialettica antica¹, che li vede contrapporsi da sempre: la prima latrice di possibilità infinite, il secondo, invece, istitutivo di regole e limiti che quelle infinite possibilità mirano (anche) a contenere.

Le vicende della disciplina italiana della PMA sono emblematiche di questo difficile dialogo e della continua tensione che esso reca con sé, e che si accresce quando la scienza e gli strumenti che essa appresta incidono sul nucleo più sensibile del *bios*: la creazione di nuova vita.

È questa la sfida che il sistema giuridico ha dovuto affrontare con i soli strumenti di cui, da sempre, dispone: l’attivazione di strategie interpretative e la creazione di nuovo diritto. Ed infatti, innanzi alle questioni ed ai conflitti che la società prospetta, il sistema giuridico reagisce, dapprima, provando ad estendere le maglie dei principi regolativi di cui già si compone, in modo da ricomprendervi anche il

¹ P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, in *Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 151 ss.

“caso simile” non normato. E solo quando questa strada si riveli impraticabile, e dunque quando questioni e conflitti si mostrino irriducibili alle *rationes* di cui il sistema giuridico già si compone, procede alla creazione di nuovo diritto, di criteri solutivi che siano, cioè, in grado di fronteggiare la nuova complessità.

Non è un caso, allora, che la storia della disciplina italiana della PMA² intersechi ambedue queste diverse “strategie” che il sistema giuridico può attivare; e che i suoi “primi passi” possano identificarsi nei provvedimenti con i quali i giudici ordinari hanno provato a fornire una soluzione agli innumerevoli conflitti che dal ricorso a queste procedure mediche erano sorti³. Ed erano conflitti non previsti – e non prevedibili – dal legislatore del codice civile, per il quale l’assenza di un legame genetico fra il padre ed il figlio nato in costanza di matrimonio era prova soltanto della violazione del dovere di fedeltà da parte della moglie. Per questa ragione, l’art. 235 c.c. legittima il marito ad esercitare nei confronti del bambino l’azione di disconoscimento, privandolo dello *status* di figlio legittimo e delle garanzie che ne discendono. E sempre per questa ragione, il consenso che il coniuge abbia eventualmente dato alla fecondazione artificiale eterologa della moglie non figura, all’interno della disciplina codicistica, come implicita rinuncia all’azione di disconoscimento.

È proprio uno di questi conflitti⁴ all’origine del primo intervento del giudice costituzionale in materia di PMA. La mancanza di una disciplina che regoli l’accesso alla fecondazione assistita – chiarisce la Corte in quest’occasione⁵ – «realizza una situazione di carenza dell’attuale ordinamento, con implicazioni costituzionali»⁶; per un tale motivo – si prosegue – è necessario che il legislatore intervenga, ed in tempi brevi, predisponendo norme che tutelino «la persona nata a seguito di fecondazione assistita», anche «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità»⁷.

Al Parlamento ed alle forze politiche e sociali che vi erano rappresentate spettava, dunque, il compito di decidere della liceità e dei limiti che il ricorso alla PMA avrebbe incontrato; ma questa decisione, qualunque ne fosse stato il contenuto, avrebbe subito il vincolo dei principi costituzionali, avrebbe,

² C. TRIPODINA, *Il diritto a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *ivi*, 2, 2014, 67 ss.

³ Si tratta, invero, di conflitti che hanno ad oggetto la contestazione dello *status* di figlio legittimo del bambino nato da fecondazione eterologa o da surrogazione di maternità.

⁴ Dopo aver dato il consenso alla fecondazione (eterologa) della moglie, il marito eccepiva in giudizio l’assenza di un legame genetico con il figlio nato da PMA eterologa, con il solo obiettivo di sottrarsi alle responsabilità che dal rapporto di filiazione derivano e con l’inevitabile effetto di privare il bambino delle garanzie derivanti dallo *status legitimitatis*.

⁵ Il riferimento è alla sentenza 347/98, nella quale la Corte costituzionale denuncia l’inadeguatezza della disciplina codicistica rispetto alle questioni sollevate dal ricorso alle tecniche di PMA; e sanziona, così, anche l’inevitabile fallimento di ogni strategia interpretativa che muova dalle *rationes* del codice civile: «la possibilità che ipotesi nuove, non previste al tempo dell’approvazione di una norma, siano disciplinate dalla stessa non è da escludersi in generale. Ma tale possibilità implica un’omogeneità di elementi essenziali e un’identità di *ratio*; nella cui carenza l’estensione della portata normativa della legge si risolverebbe in arbitrio. È quanto accadrebbe una volta che, ai fini dell’esperibilità dell’azione di disconoscimento di paternità, l’ipotesi in esame fosse equiparata a quelle, tanto dissimili, previste dall’art. 235 del codice civile».

⁶ Corte cost., 347/1998, punto 3 del *considerato in diritto*.

⁷ Corte cost., 347/1998, punto 3 del *considerato in diritto*.

cioè, dovuto realizzare «un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana»⁸.

A mutare, e radicalmente, è il tipo di prestazione che al sistema giuridico si chiede: il diritto è chiamato a normare l'artificio⁹, deve, cioè, definire “autonomamente” i criteri a partire dai quali saranno attribuiti i *nomina* di padre, madre e figlio; deve immaginare un nuovo, e diverso, fondamento di quella “società naturale” cui la Repubblica riconosce specifici diritti e doveri, un fondamento che sia alternativo allo *ius sanguinis* ed ai principi che da esso si erano da sempre ricavati. Ma vi è di più. Ad accrescere la complessità già prodotta dalla PMA contribuisce lo stesso sistema giuridico: il *best interest* del bambino, consolidato anche dagli interventi della Corte EDU¹⁰, si affianca ai diritti delle molteplici figure genitoriali coinvolte nella fecondazione artificiale, reclamando per sé una preminente tutela. Dunque, si moltiplicano gli interessi che occorre bilanciare e si infittiscono, inevitabilmente, le trame dei conflitti per i quali bisogna predisporre una soluzione adeguata.

È, allora, questa la sfida che il Parlamento era chiamato a fronteggiare: individuare soggetti ed interessi coinvolti dal ricorso alla PMA e vergare le mappe dei conflitti per i quali predisporre una “ragionevole” soluzione. Immaginare una famiglia che abdichi allo *ius sanguinis*, per fondarsi sul “consenso” e sull'incoercibile diritto al figlio¹¹.

Nella disciplina che viene alla luce solo nel 2004, e quindi ben sei anni dopo il monito lanciato dalla Corte, il legislatore prova a contenere il ricorso alla fecondazione artificiale entro un duplice ordine di vincoli, che possono indicarsi nel principio della “*imitatio naturae*”, cui pure è improntata la disciplina dell'adozione, ed in quello della “*autosufficienza procreativa della coppia*”. Se, infatti, scopo dichiarato della legge è «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), è anche vero, però, che non tutte le coppie sterili o infertili si vedono riconosciuto il diritto di procreare artificialmente. L'accesso alla PMA è garantito solo alle «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (art. 5, comma 1). Non solo. Non tutte le forme di infertilità e sterilità possono trovare soluzione nella PMA, ma solo quelle che non mettano in discussione il principio dell’“*autosufficienza procreativa della coppia*”, che non richiedano, cioè, l'intervento di soggetti che ad essa (alla coppia, cioè) siano esterni:

⁸ Corte cost., 347/1998, punto 3 del *considerato in diritto*.

⁹ In realtà, fecondazione eterologa e GPA non sono l'inedito prodotto della scienza moderna e degli strumenti che essa mette a disposizione del desiderio di genitorialità, al contrario, ambedue queste pratiche – come scrive R. BIN (*La maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 1 ss.; dello stesso Autore si legga anche, *Il figlio di Lady Chatterly*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 792 ss.) – sono vecchie quanto il mondo. E tuttavia, l'interposizione della tecnica e del diritto che ne disciplina l'accesso – può ritenersi – determina una trasformazione di tale fenomeno, perché rende disponibile a “chiunque” ciò che, prima, era appannaggio esclusivo delle famiglie reali e di quelle che avevano un *patrimonium* da trasmettere.

¹⁰ Sono numerose le sentenze della Corte EDU che interessano i *bests interests of child*, tra queste si ricordano: Corte EDU, sez. V, 24 Giugno 2014, *Menesson c. France*, ric. n. 65192/11; Corte EDU, sez. V, 26 Giugno 2014, *Labbasee c. France*, ric. n. 65941/11; *Grande Chambre, Paradiso Campanelli c. Italia*, 24 Gennaio 2017, ric. n. 25358/12; *Grande Chambre, Avis consultatif*, 10 Aprile 2019, (domanda, n. P16-2018-001). Sul tema si v. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

¹¹ Corte cost., 162/2014, ma v. meglio *infra* § 4.

donatori di gameti (divieto di fecondazione eterologa) e madre surrogata (divieto di gestazione per altri o surrogazione di maternità)¹².

Sono, dunque, questi i confini entro i quali il legislatore considera legittimo il ricorso all'artificio, ma non è questo il solo limite che il diritto a procreare artificialmente incontra. Entro lo spazio così delimitato era necessario – come pure aveva sottolineato la Corte – “bilanciare” i diritti di tutti i soggetti coinvolti, fra i quali figura, adesso, il concepito (art. 1, comma 1, l. 40/2004). Ed è questo un aspetto della disciplina al quale il legislatore pone particolare attenzione: il concepito, infatti, è qui tutelato sin dagli stadi primordiali della sua esistenza; ed è una protezione, questa, che – a ben vedere – si realizza, per un verso, scongiurando il rischio che l'embrione venga degradato a mera *res*, per l'altro, invece, blindando lo *status filiationis* del bambino nato da PMA.

Operano nella prima direzione non solo gli articoli della legge che espressamente vietano la soppressione, la crioconservazione ed ogni forma di sperimentazione «che non persegua finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche [...] volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso» (art. 13, comma 2 l. 40/2004), ma, più in generale, le disposizioni che si propongono di impedire la produzione di embrioni soprannumerari, di embrioni, cioè, che non abbiano come necessaria destinazione l'impianto nell'utero materno. In questa prospettiva, l'art. 14, comma 2¹³ vieta la creazione di «un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»; e, allo stesso modo, l'art. 6, comma 3 dispone che la coppia che abbia dato il proprio consenso alla PMA possa revocarlo solo «fino al momento della fecondazione dell'ovulo». L'intera procedura predisposta dal legislatore sembra, dunque, preordinata ad assicurare che questa “entità” – l'embrione – possa divenire “vita umana”, anche quando il raggiungimento di un tale obiettivo determini la compressione degli interessi che ad esso si contrappongono, ed anche quando fra questi figurino la volontà e la salute stessa della madre¹⁴.

Nella seconda direzione, quella che mira a blindare lo *status filiationis* del bambino nato da PMA, vanno, invece, le fondamenta stesse su cui l'intero impianto della legge è costruito. I canoni della “*imitatio naturae*” e della “*autosufficienza procreativa della coppia*” realizzano, infatti, la perfetta sovrapposizione fra genitorialità genetica e sociale, scongiurando, per ciò stesso, il rischio che il bambino possa essere disconosciuto, e quindi privato del *nomen* paterno e dei diritti che ne discendono¹⁵. Ma

¹² I principi cui si informa la l. 40/04 – l'*imitatio naturae* e l'*autosufficienza procreativa della coppia* – palesano, ed in modo inequivocabile, la decisione del legislatore di non riformare la disciplina codicistica della filiazione: lo *ius sanguinis* è chiamato a regolare anche il legame che unisce la coppia al bambino nato da PMA. Ed è questa un'estensione che incontra una sola e marginale eccezione, indicata nell'illecito ricorso alla PMA eterologa (e quindi nella nascita di un bambino geneticamente riconducibile ad uno solo dei genitori). In questo caso, e solo in questo, il *favor veritatis* avrebbe dovuto cedere innanzi al *best interest of child*, in modo da poter garantire i diritti del bambino «*nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendosene le relative responsabilità*» (Corte cost. 347/98).

¹³ Poi dichiarato incostituzionale (Corte cost., 151/2009), ma v. meglio § 3.

¹⁴ Per una rappresentazione complessiva dei molteplici limiti della l. 40/2004 si rimanda a M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 3, 2004, 453 ss.

¹⁵ L'art. 8, l. 40/2004 dispone, infatti, che «i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6».

non finisce qui. La legge, all'art. 9, va oltre lo *ius sanguinis* e si preoccupa di tutelare anche il bambino che sia nato ricorrendo ai gameti di un soggetto esterno alla coppia, e quindi in violazione del divieto di PMA eterologa: «il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti» non potrà metterne in discussione lo *status filiationis*; parimenti, «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di alcun obbligo».

Sono, dunque, questi i tratti essenziali che il legislatore del 2004 ha inteso imprimere al diritto a procreare artificialmente e che hanno motivato le numerose, e opposte, critiche che alla legge 40/2004 si sono mosse, i tentativi di abrogazione e le impugnazioni di cui è stata l'oggetto. Ma, soprattutto, sono queste le "mappe dei conflitti" ed i principi regolativi a partire dai quali i giudici si troveranno a risolvere casi e questioni che il ricorso alla PMA continua ancora a prospettare.

L'eco di questi conflitti finirà con il giungere sino alla Corte costituzionale, che verrà chiamata a giudicare della legittimità delle soluzioni predisposte dal legislatore, e che, con le sue decisioni, modificherà, e radicalmente, la fisionomia dell'intera legge sulla PMA.

Delle numerose pronunce che hanno investito la l. 40/2004 si considereranno, qui, quelle nelle quali il "rinvio alla scienza" è utilizzato per sanzionare l'illegittimità dei bilanciamenti voluti dal legislatore. Questa prospettiva ha portato a considerare unicamente le sentenze 151/2009 e 162/2014¹⁶, perché in esse – e solo in esse – l'argomento scientifico serve a motivare il superamento dei limiti cui si era inteso condizionare l'accesso alla fecondazione artificiale.

¹⁶ È l'assunzione di questa prospettiva che ha portato a tralasciare le sentenze 96/2015, 84/2016 e 221/2019 (in merito alla quale si rinvia al § 5.1), che rappresentano indiscutibilmente momenti cruciali nella storia della PMA. Nella prima di queste pronunce, infatti, l'esclusione delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche dalla PMA e dalla diagnosi preimpianto è sanzionata perché ritenuta latrice di un bilanciamento irragionevole e, per ciò stesso, di un *vulnus* alla complessiva razionalità del sistema. Ciò che in questa sede più rileva, però, è che nell'argomentare del giudice costituzionale non è fatto alcun riferimento alla scienza ed ai dati che essa rende disponibili: ciò che si rimprovera al legislatore non è l'inadeguata considerazione del dato scientifico, ma l'incoerenza delle sue statuizioni. Analoghe ragioni si è ritenuto potessero motivare l'omissione della sentenza 84/2016, che ha ad oggetto il divieto assoluto di ricerca clinica e sperimentale sugli embrioni. In questa decisione, infatti, la scienza non figura come argomento utile a mostrare l'erroneità delle decisioni del legislatore, ma è semmai l'oggetto di un bilanciamento che ha nel diritto dell'embrione il suo antagonista e nei principi costituzionali il solo limite. Né pare che le "divisioni della scienza" (8.1 del considerato in diritto) in ordine allo statuto ontologico dell'embrione abbiano avuto un qualche ruolo nella dichiarazione d'inammissibilità della *quaestio legitimitatis*: quale che sia il grado di certezza raggiunto dal sapere scientifico in ordine alla natura di questa entità, esso non sembra possa interferire con la scelta, autonoma, del sistema normativo di attribuirgli lo *status* di soggetto giuridico (come dimostrano la disciplina civilistica delle società). Da ultimo, anche la sentenza 221/2019, che ribadisce l'esclusione delle coppie *same sex* dall'accesso alla fecondazione eterologa in Italia, si segnala per l'assenza di un qualsiasi rinvio alle acquisizioni scientifiche. Nella motivazione della decisione, le possibilità procreative rese disponibili dalle tecniche di fecondazione artificiale figurano – solo ed esclusivamente – come l'oggetto della *vis* regolativa del legislatore, che può, e legittimamente, subordinarne l'accesso alla presenza di condizioni determinate, vincolandone, così, l'impiego al perseguimento di finalità da lui discrezionalmente individuate. Semmai – se proprio lo si vuole – questa pronuncia richiama l'attenzione proprio per l'assenza di ogni riferimento alle conoscenze scientifiche ed al ruolo svolto da chi ne è il custode; un'assenza che stride con il peso che, invece, è accordato alle "evidenze scientifiche" e all'"autonomia e responsabilità" del medico nella sentenza 162/2014 (ma v. *infra* § 5.1).

3. Tre è il numero perfetto. La Corte e le “eccessive semplificazioni del legislatore”

La lenta e graduale opera di smantellamento della l. 40/2004 muove i suoi primi passi con la sentenza 151/2009. In quest’occasione sono dichiarati incostituzionali il comma 2 dell’art. 14, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», ed il successivo comma 3 (sempre art. 14), nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni nell’utero materno, da realizzarsi non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio alcuno per la salute della donna.

Nella motivazione della parziale illegittimità delle disposizioni oggetto del giudizio riveste un ruolo determinante il richiamo alle «acquisizioni scientifiche e sperimentali», che vi vengono indicate come altrettanti «limiti alla discrezionalità legislativa»¹⁷. A partire dalle «più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche», infatti, il giudice costituzionale mostra i limiti che «le semplificazioni del legislatore»¹⁸ presentano e le violazioni del parametro costituzionale in cui esse finiscono per tradursi. E così, il divieto di produrre un numero di embrioni «superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» è giudicato in contrasto «con l’art. 3 Costituzione, ..., in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l’art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso»¹⁹.

La demolizione della “misura” generale e astratta decisa dal legislatore – il numero massimo di tre embrioni – lascia, così, spazio ad una delega al medico che, «con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali»²⁰, e dunque individua il numero di embrioni da impiantare, di modo da poter garantire, al medesimo tempo, le esigenze della procreazione, la salute della donna e quella del concepito.

Ora, è proprio a partire dai termini in cui la Corte ha motivato la parziale illegittimità dei commi 2 e 3 dell’art. 14 della l. 40/04, che si è pensato di poter inferire una qualche “normatività” della scienza e dei dati che essa fornisce. In questa prospettiva, si è, invero, avanzata una «concezione della scienza come espressiva di una portata direttamente normativa, che la può portare a “competere” [...] con i tradizionali strumenti di regolazione dei fenomeni sociali, in particolare con il diritto legislativo»²¹. E d’altro canto – si è anche scritto – la cogenza espressa dalla scienza e dalle “regolarità” che essa evidenzia sarebbe avallata da quel sindacato sulla “ragionevolezza scientifica”²² delle leggi al quale la Corte sempre più spesso ricorrerebbe; un giudizio nel quale il “dato scientifico” è elevato a “parametro

¹⁷ Corte cost., 151/2009, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

¹⁸ R. BIN, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992 88 ss.

¹⁹ Corte cost., 151/2009, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

²⁰ Corte cost., 151/2009, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

²¹ S. PENASA, *La scienza come motore del biodiritto: diritti, poteri, funzioni*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 313 ss.

²² C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, www.rivistaaic.it, 2, 2016, 6 ss.; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del diritto*, 2, 2015, 271 ss.; P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, cit., 169 ss.; G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in www.forumcostituzionale.it, 20 Maggio 2009.

interposto di costituzionalità²³, nel quale, cioè, le acquisizioni scientifiche diverrebbero il *discrimen* a partire dal quale distinguere norme legittime e norme illegittime.

Di queste conclusioni si può, però, dubitare. Lo “statuto speciale” che, così, si vorrebbe riconoscere alle acquisizioni scientifiche può, infatti, essere messo in forse quando si guardi ai “modelli” decisionali attraverso i quali questa “riserva di scienza”²⁴ è implementata, “modelli” che, di certo, non sono nuovi nello strumentario del giudice costituzionale ed attraverso i quali, da sempre, si è realizzato il rinvio alla dimensione del fattuale, assunta nella duplice veste di “*normative facts*”²⁵ e di “non raggiungibile varietà del concreto”²⁶.

Lo schema a partire dal quale è argomentata l’illegittimità dei commi 2 e 3 dell’art. 14, l. 40/04 sembra, invero, presentare i tratti noti del «sindacato sulla “veridicità” dei presupposti di fatto delle leggi»²⁷, e dunque di un controllo che si propone di saggiare «la *plausibilità* degli elementi fattuali e la *congruenza* delle ipotesi di interdipendenza causali in cui si esprime “la razionalità di scopo” del legislatore»²⁸. Ciò che la Corte si prefigge di accertare è la “corrispondenza alla realtà” dei presupposti di fatto da cui muove la disciplina normativa e delle “prognosi”²⁹ che ne sono conseguite. Perché è proprio a partire da questi due elementi che può esercitarsi un controllo sulla razionalità intrinseca delle scelte legislative, e cioè sulla “continuità” fra misure predisposte e finalità dichiarate. Nel caso della disciplina sulla PMA, l’errata valutazione delle acquisizioni scientifiche avrebbe motivato la scelta di definire, in via generale e astratta, il numero massimo di embrioni producibili e la loro destinazione ad un unico e contemporaneo impianto. Ed è proprio questo il punto. Il travisamento del dato scientifico si risolve in una irragionevolezza intrinseca della legge, le cui norme appaiono palesemente incoerenti rispetto allo “scopo” che il legislatore dichiara di voler perseguire: «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», garantendo, contestualmente, «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

Il carattere “scientifico” dei – o meglio, l’implicazione della “scienza” nei – fatti di cui si discute, allora, non sembra mutare la “natura” del controllo esercitato dalla Corte, che, ancora una volta, sembra guidato da quel «criterio di corrispondenza alla realtà»³⁰, il quale esclude che «il legislatore possa ignorare la realtà, non verificando l’esperienza dalla quale la normazione statale prende avvio»³¹.

Osservazioni analoghe possono farsi in merito al secondo “modello” al quale il giudice costituzionale ricorre per rinviare alla dimensione fattuale: la “delega di bilanciamento in concreto” in favore del medico. Anche in questo caso, invero, sembra ragionevole ritenere che non si tratti di una “formula” sconosciuta alla Corte e, più in generale, al sistema giuridico, ma soprattutto – ed è ciò che, in questa sede, più rileva – pare che la natura “scientifica” dei fatti sia giuridicamente irrilevante: che essa non

²³ C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., 6 ss.

²⁴ C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., 8 ss.

²⁵ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 334.

²⁶ Corte cost., 644/1988.

²⁷ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 313.

²⁸ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 315, che, così, descrive l’oggetto su cui verte il sindacato della Corte: «controllo sulla consistenza dei “fatti” e delle relazioni causali presupposti dal legislatore».

²⁹ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 330.

³⁰ Corte cost., 20/1978.

³¹ Corte cost., 132/1986.

determini un differente funzionamento del dispositivo normativo di cui, qui, la Corte si avvale, e della strategia cognitiva che attraverso esso si persegue.

Ad un tale “strumento”, infatti, il giudice costituzionale è in passato ricorso «per demolire la rigida assegnazione di valore agli interessi concorrenti che il legislatore ha tracciato, per sostituirla con meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta, caso per caso»³². La Corte, qui, evidenzia quello che, talvolta, può rivelarsi essere un limite della “tecnica della fattispecie”. Questo limite, precisamente, si presenta quando la soluzione del caso concreto, che al diritto si intende assegnare, richiede un supplemento di cognizione, di informazione, e cioè quando le “variabili” che occorre considerare ai fini della decisione non possono essere contenute nello schema astratto del “tipo di fatto”³³.

Ma se così, sono proprio un tal procedere per “schemi astratti” e la “eccessiva semplificazione” che gli è propria ad essere smontati dalla sentenza in commento, che ad essi sostituisce un dispositivo normativo complesso, composto da «una regola *sulla competenza*»³⁴ e da un «criterio deontico»³⁵. La delega, che è chiamata a sostituire la «graduatoria rigida degli interessi in gioco»³⁶ voluta dal legislatore, è fatta in favore dei soggetti che, più di tutti, operano a ridosso del caso concreto; e che, proprio per questa ragione, sono nella condizione di acquisire quelle ulteriori e necessarie informazioni dalle quali si intende far dipendere l’individuazione del “punto di equilibrio” fra gli interessi in gioco. A sua volta, però, la determinazione di un tale punto di equilibrio, e quindi del modo in cui, nella fattispecie concreta, devono stare insieme gli interessi concorrenti, non è lasciata al libero apprezzamento di un tale soggetto ed ai “saperi tecnici” di cui questi è depositario, ma è guidata da un criterio normativo. La Corte precisa, infatti, che «l’intervento demolitorio mantiene salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico»³⁷. Dunque, vero è che il medico a partire dalle “più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche” deve valutare il quadro clinico della paziente e decidere, di volta in volta, il numero di embrioni da produrre e quello che, in seguito, dovrà destinare ad un unico impianto; ma è anche vero che nel compiere una tale scelta questi dovrà attenersi al criterio che già il legislatore del 2004 aveva fissato, e che aveva affidato alla locuzione “strettamente necessario”. Tale “stretta necessità”, quindi, commisura la discrezionalità che viene concessa all’obiettivo inderogabile di permettere «un serio tentativo di procreazione assistita, [al tempo stesso] riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto»³⁸; e, per questa ragione, vincola il medico nella determinazione in concreto della “misura” del sacrificio che può richiedere ai soggetti ed alle esigenze che la PMA coinvolge.

Attraverso il meccanismo che si è provato a descrivere, dunque, il sistema giuridico attiva quella strategia “cognitiva”, che si rende necessaria quando la «non raggiungibile varietà del concreto»³⁹, o la

³² In merito si rinvia a R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 89 ss., ma anche 120 ss.

³³ M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 379 ss.

³⁴ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 92.

³⁵ M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso*, cit., 382, che li definisce «dispositivi normativo-cognitivi».

³⁶ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 91.

³⁷ Corte cost., 151/2009, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Corte cost., 644/1988.

natura intrinsecamente evolutiva del fatto, non possono essere racchiuse entro lo schema astratto della fattispecie. Questa strategia – lo si ribadisce – non implica una rinuncia del sistema normativo alla sua funzione regolativa, né, tanto meno, sembra possa fondare una qualche “riserva” in favore della scienza, uno statuto, cioè, che renda “speciale” questo sapere, che lo comprenda come latore di un qualche “dover essere” al quale anche la legge è tenuta a piegarsi. I «limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali»⁴⁰ – per utilizzare la formula, forse non troppo felice, impiegata dalla Corte – non sembrano, per questa ragione, rinviare ad un criterio distinto da quello della “corrispondenza alla realtà”, che è, e non potrebbe che essere, condizione imprescindibile della razionalità intrinseca e della performatività stessa delle statuizioni legislative.

4. L’argomento “scientifico” e l’autonomia del sistema normativo: la Corte, la fecondazione eterologa e il diritto “singolare” alla genitorialità genetica

Ben diverso è, invece, l’utilizzo che del “rinvio alla scienza” vien fatto nella seconda delle pronunce che si è scelto di considerare, la 162/2014, che sanziona l’illegittimità del divieto assoluto di fecondazione eterologa⁴¹.

Questa sentenza – come si proverà a mostrare – segna lo sfaldamento dei limiti entro i quali si era voluto contenere il ricorso alla PMA e, per ciò stesso, il definitivo superamento della *ratio* originaria della l. 40/2004. Ma ciò che qui preme soprattutto evidenziare è la funzione “retorica” che, nel complesso ragionare della Corte, assolve l’argomento scientifico: ad esso si ricorre, infatti, per imbrigliare il potere normativo del legislatore, escludendone ogni *vis* regolativa negli ambiti che rientrano, anche virtualmente, nel dominio della scienza⁴².

⁴⁰ Corte cost., 151/2009, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

⁴¹ La pronuncia, ampiamente commentata, ha ricevuto apprezzamenti e critiche; senza pretesa di completezza si v. A. RUGGERI, *La Consulta apre all’eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al dialogo con la Corte edu (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in www.forumcostituzionale, 14 giugno 2014; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, *ivi*, 5 Marzo 2015; A. D’ALOIA, *Quel che resta della l. 40*, in *Rivista di BioDiritto*, 4, 2014, 1 ss; M. D’AMICO, *L’incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, in *ivi*, 13 ss; S. AGOSTA, *L’anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, in *ivi*, 89 ss.; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto; il caso della l. 40/2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *ivi*, 47 ss; G. D’AMICO, *La sentenza sulla fecondazione eterologa: il peccato di Ulisse*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2014; 663 ss.; L. VIOLINI, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in www.rivistaaic.it (Osservatorio costituzionale), Luglio 2014, 5 ss.; V. TIGANO, *La dichiarazione d’illegittimità del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i diritti del nascituro*, in www.penalecontemporaneo, 13 giugno 2014; C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 79 ss; *Id.*, *Il “diritto al figlio” tramite fecondazione eterologa: la Corte decide di decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2014, 2593 ss.; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in *Diritti fondamentali*, 15 Settembre 2014; C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa e Diritto privato*, 3, 2014, 117 ss.

⁴² V. *infra*.

L'illegittimità che colpisce il divieto assoluto di PMA eterologa si prefigura sin dai passaggi iniziali della sentenza⁴³, laddove si traccia la "topografia del conflitto"⁴⁴, definendo gli interessi che si contendono la protezione del sistema giuridico. Ed infatti, dopo un formale omaggio alla discrezionalità del legislatore, la Corte indica nella scelta di divenire genitori e di formare una famiglia con figli l'«espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi [...] riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.»⁴⁵; una scelta che – si aggiunge – «concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali»⁴⁶. Ma non è solo questo. Il divieto di fecondazione eterologa finirebbe con il riverberarsi su un altro fondamentale bene costituzionale, la salute, qui assunta nella duplice accezione di salute fisica e psichica. «È, infatti, certo – sostiene la Corte – che l'impossibilità di formare una famiglia insieme al proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia»⁴⁷.

È, dunque, il *vulnus* arrecato a tali fondamentali diritti, e non giustificato dalla necessità di tutelare "valori" di eguale rilievo costituzionale, a motivare il giudizio della Corte. Il divieto assoluto di ricorrere alla fecondazione eterologa è dichiarato "irrazionale", perché, in contrasto con la stessa *ratio legis*, nega la realizzazione del "diritto a realizzare la genitorialità" proprio alle coppie affette dalle patologie più gravi⁴⁸. Si tratta – tiene a specificare il giudice costituzionale – di una "irrazionalità secondo le regole del discorso pratico", «in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe»⁴⁹. In altre parole, una volta assunto come punto di vista prospettico "il diritto a realizzare la

⁴³ L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, cit., 5.

⁴⁴ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 62 ss.

⁴⁵ Corte cost., 162/2014, punto 6 del *considerato in diritto*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Corte cost., 162/2014, punto 7 del *considerato in diritto*.

⁴⁸ La Corte avrebbe, così, superato – anche a giudizio di parte della dottrina (Cfr. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, cit.; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa*, cit.; S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, cit. Su posizioni diverse, C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 79 ss.) – quella che – *prima facie* – sarebbe potuta sembrare un'irriducibile contraddizione della disciplina italiana in materia di PMA: la l. 40/04 si proponeva di risolvere i "problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana", ma, vietando il ricorso alla fecondazione eterologa, finiva con l'escludere dal "diritto al figlio" proprio le coppie affette da forme irreversibili di sterilità.

Dall'argomentare della Corte e dalle conclusioni cui essa perviene può, tuttavia, dissentirsi. La prescrittività così ascrivita alle finalità dichiarate dalla legge sembra, infatti, contraddire un fondamentale canone ermeneutico, che prescrive che le dichiarazioni di principio (solitamente enunciate nel preambolo della legge) valgano solo nella misura in cui trovano positivo riscontro nell'insieme delle regole che compongono la trama del testo normativo. Peraltro, un tale canone appare ribadito nella stessa disposizione normativa (art. 1, comma 1, l. 40/04), dove, enunciati i fini generali della legge, viene precisato che il ricorso alla PMA è consentito «alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge». Condizioni e modalità – lo si ripete – che indicano nei principi della *imitatio naturae* e dell'*autosufficienza procreativa della coppia* le fondamenta stesse della disciplina italiana in materia di fecondazione artificiale e che, di conseguenza, garantiscono "l'incoercibile diritto al figlio" solo alle coppie che possano ancora ambire ad una genitorialità genetica, bilaterale e reciproca.

⁴⁹ Corte cost., 162/2014, punto 13 del *considerato in diritto*. Ad un tal proposito v. anche A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 11 Giugno 2014.

genitorialità”, PMA omologa ed eterologa divengono sostanzialmente sovrapponibili, siccome entrambe strumenti utili alla realizzazione dell’incoercibile scelta di dar vita ad una famiglia con figli.

Un ultimo passaggio della complessa argomentazione della Corte merita di essere menzionato, anche se rispetto al *decisum* esso può sembrare del tutto inconferente. Il riferimento è a quella parte della motivazione in cui si ritorna sull’annosa questione dei rapporti fra legislatore e scienza e dove – quasi come fosse un mantra – si recita: «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche [...] non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tener conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite [...], anche in riferimento all’accertamento dell’esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela»⁵⁰. Il richiamo alla “riserva di scienza” ed alla “regola aurea” della «autonomia e responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali»⁵¹, serve, dunque, a suggellare lo smantellamento del criterio dell’*autosufficienza procreativa della coppia*, tacciato di irrazionalità perché escluderebbe dalla “cura” proprio le coppie affette dalle patologie più gravi.

Il giudice costituzionale non si avvede, però, che questa cancellazione finisce con il retroagire sulla *ratio* stessa della legge mutandone radicalmente il segno: si ridetermina il “tipo di problema” che la disciplina sulla PMA era orientata a risolvere e muta, come si proverà a mostrare, anche la natura della soluzione che vi era predisposta.

L’equivoco da cui questa “riscrittura” della legge sembra originare è visibile sin dall’*incipit* del ragionamento della Corte, già nella parte motiva della sentenza in cui viene enunciata la portata dell’incoercibile diritto al figlio. Qui, infatti, il diritto a realizzare la genitorialità è inferito a partire dagli artt. 2, 3 e 31 Cost. e presenta, perciò, carattere fondamentale, generale e individuale: esso – si chiarisce – concerne la «sfera più intima ed intangibile della persona umana»⁵² e può essere limitato solo per tutelare altri valori costituzionali.

Ora, se può, forse, dubitarsi del fondamento costituzionale del “diritto al figlio”⁵³ così come viene enunciato nella sentenza, è inopinabile, però, che una tale aspettativa trovi protezione giuridica proprio nella l. 40/2004. Il problema è che l’ampiezza del “riparo” predisposto dalla legge in favore di un tale interesse è più ridotta rispetto a quella prospettata dalla Corte: le norme in cui è incarnata la *ratio legis*, e più esattamente i principi della *imitatio naturae* e della *autosufficienza procreativa della coppia*, mostrano, invero, di voler garantire solo le coppie, che possono ancora ambire ad una genitorialità biologica, bilaterale e reciproca. Dunque, ciò che la legge intendeva garantire non era tanto il generico e generale diritto al figlio cui si fa riferimento nella sentenza, ma la più circoscritta e specifica aspettativa di generare un figlio che posseda il patrimonio genetico di entrambi i genitori. In questo senso, e forse solo in questo, la PMA omologa può considerarsi “cura”, dal momento che consente il concepimento di un “figlio biologico” alla coppia che, in natura, incontra difficoltà a generarlo. Di contro, l’eli-

⁵⁰ Corte cost., 162/2014, punto 7 del *considerato in diritto*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Corte cost., 162/2014, punto 6 del *considerato in diritto*.

⁵³ C. TRIPODINA, *Il diritto a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 81 ss.

minazione del divieto assoluto di eterologa, che questa decisione sancisce, finisce con il tutelare il diritto della coppia, o meglio del coniuge ancora fertile, ad avere “comunque” un figlio. Che sembra, a dire il vero, una cosa “ragionevolmente” differente.

Né persuadono gli argomenti ai quali il giudice costituzionale affida il compito di fondare il *decisum*. Non convince, innanzitutto, la rappresentazione del divieto assoluto di PMA eterologa come una violazione del diritto alla salute, qui intesa come salute fisica e psichica, delle coppie affette dalle patologie più gravi. Per un verso, infatti, la fecondazione eterologa non può essere considerata una “terapia” in grado di porre rimedio ad una infertilità che sia assoluta, che impedisca, cioè, ad uno dei componenti della coppia di produrre i gameti necessari per la creazione *in vitro* di un embrione⁵⁴: essa non rende fertile quello dei coniugi che non lo è e, di conseguenza, non permette di generare un figlio che posseda i geni della “coppia”. Semmai – se proprio lo si vuole – una tale “terapia”, nella misura in cui consente di by-passare l’incapacità di procreare del coniuge, potrebbe essere considerata “cura” solo nella prospettiva di chi può ancora ambire ad una genitorialità genetica⁵⁵. Né, tanto meno, sembra corretto assumere la fecondazione eterologa come una “scelta terapeutica” adeguata alla grave sofferenza psichica patita dalla coppia assolutamente sterile: “cura” è il percorso (psicoterapico) che permette alla coppia di accettare la patologia che le impedisce di procreare, e non invece una “tecnica” che consente di realizzare, sempre e comunque, quel desiderio di genitorialità altrimenti destinato a rimanere frustrato⁵⁶. Da ultimo, nemmeno convince il configurare come terapia un procedimento già accessibile in natura (ricorrere ad un altro *partner*), cui la scienza conferisce, al massimo, un anonimato più sicuro.

Se queste riflessioni sono corrette, ciò che in questo modo si finisce con il garantire – anche contro la *ratio* della l. 40/2004 – è l’aspettativa di avere *comunque* un figlio, anche quando il raggiungimento di quest’obiettivo imponga di ricorrere ad un donatore esterno alla coppia, anche se quel figlio non potrà mai ereditare il patrimonio genetico di entrambi i coniugi. Ma la Corte ha una risposta per tutto. E così, le fattispecie della PMA omologa ed eterologa, «pur diverse, sono ragionevolmente analoghe», prova ne è – ricorda il giudice costituzionale – che «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerato

⁵⁴ Sembra vi sia un’insuperabile distanza fra fecondazione omologa ed eterologa: solo la prima rimuove “l’ostacolo” che impedisce alla coppia di procreare, permettendole di accedere ad una genitorialità pressoché sovrapponibile a quella naturale. La seconda, invece, aggirando la sterilità assoluta di uno dei due coniugi grazie all’intervento di un soggetto esterno (seppur nella forma anonima del donatore di gameti), si risolve nel superamento del modello di genitorialità voluto da legislatore. Un modello che – piaccia o non piaccia – rappresenta comunque l’esito del bilanciamento fra natura ed artificio su cui era costruita l’intera *ratio legis*, e nel quale l’impiego delle tecniche di PMA era da considerarsi legittimo alla sola condizione che rimanesse vincolato alla realizzazione di una genitorialità “duale” e “genetica”.

⁵⁵ Non è, perciò, detto che la PMA eterologa possa essere considerata cura per chi, all’interno della coppia, non prenda parte alcuna al processo procreativo. Al contrario, può semmai sorgere il dubbio che una tale sostituzione rappresenti un potenziale *vulnus* per la salute – qui intesa come fisica e psichica – del *partner* che si veda soppiantato dal “donatore anonimo”.

⁵⁶ V. C. TRIPODINA, *Il diritto a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 82 ss., alle cui riflessioni si rinvia.

dall'ordinamento giuridico»⁵⁷. Non sembra, però, che la Corte si sia soffermata, più di tanto, a ragionare sull'istituto dell'adozione e sulla sua idoneità a realizzare, al pari della fecondazione eterologa, una genitorialità "indipendente dal dato genetico"; e questo, nonostante nella sentenza si ricordi il *favor* dell'ordinamento nei confronti di un tale istituto e, soprattutto, nonostante un timido riferimento ad esso sia fatto anche nella l. 40/2004.

All'indomani di questa decisione l'impianto originario della disciplina in materia di PMA e, più in generale, del complessivo sistema della filiazione appare integralmente ridefinito⁵⁸ e, proprio per effetto di una tale ridefinizione, attraversato da incoerenze che si mostrano di difficile composizione.

Innanzitutto – preme preliminarmente osservare – a trovare "riparo" nell'accesso alla PMA di tipo eterologo è solo l'aspettativa di chi, all'interno della coppia, può ancora produrre i gameti necessari alla creazione di un embrione: il *partner*, infatti, realizzerà una genitorialità scissa da ogni legame "di sangue" e, per questa ragione, in tutto e per tutto sovrapponibile a quella garantita dall'istituto dell'adozione. Dunque, ciò che la Corte finisce con il garantire, di certo al di là delle sue stesse intenzioni, è una *genitorialità singolare*⁵⁹: un diritto, cioè, che ha nell'individuo "accompagnato" il solo titolare, e che, perciò, parrebbe stridere con le chiare indicazioni contenute nell'art. 5 l. 40/2004 e nell'art. 6 l. 184/1983, che, invece, riconoscono nella "coppia" l'unico soggetto legittimato ad esercitare "il diritto a realizzare la genitorialità".

Non solo. Quale che sia il pregiudizio politico-ideologico che ha preso forma nella l. 40/2004 e quale che sia l'idea che di essa può coltivarci, non pare, comunque, possibile revocare in dubbio che la lettura congiunta di una tale disciplina (naturalmente depurata da incoerenze e "bruttature"⁶⁰) e della legge sull'adozione faccia emergere un sistema della filiazione retto da un'innequivocabile razionalità interna. L'accesso alla genitorialità è consentito solo alle coppie etero e che presentino anche specifici requisiti d'età⁶¹. A partire da quest'elemento comune, però, il sistema normativo istituiva due percorsi paralleli, entrambi utili alla realizzazione della scelta, incoercibile, di formare una famiglia con figli: tramite il ricorso alla PMA, laddove possibile, si accedeva ad una genitorialità genetica; l'adozione consentiva

⁵⁷ Corte cost., 162/2014, punto 6 del *considerato in diritto*.

⁵⁸ L'allentamento delle maglie della l. 40/2004 è, qui, operato in spregio al bilanciamento fra artificio e natura voluto dal legislatore (almeno per come vi era implementato nelle disposizioni che componevano la trama originaria della legge, v. meglio nota 48). A trovare conferma nella decisione della Corte è solo l'idea che aveva animato (e anima, almeno sulla "carta") l'intera disciplina della PMA e, più in generale, il sistema della filiazione: la procreazione è – e deve restare – appannaggio esclusivo della "famiglia naturale": quella composta da un uomo e da una donna.

⁵⁹ Ed è una *genitorialità singolare* che, oltre a riscrivere il principio che indica nella "coppia" il soggetto titolare del diritto di formare una famiglia con figli, realizza un'innequivocabile violazione del principio di eguaglianza: il coniuge che, per superare la sterilità della moglie, debba ricorrere alla surrogazione di maternità continua ad essere escluso dall'incoercibile diritto al figlio. E ciò sebbene anche in questo caso possa ritenersi, con la Corte, che le due tecniche procreative "pur diverse, sono ragionevolmente analoghe", siccome entrambe strumenti terapeutici in grado di risolvere i problemi di sterilità assoluta (di uno dei membri) della coppia e di lenire le gravi sofferenze psichiche che il non poter avere figli determina.

⁶⁰ Così, giustamente, M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., 458.

⁶¹ Mentre la l. 40/2004 richiede che i membri della coppia siano maggiorenni e "in età potenzialmente fertile", la l. 184/1983, in materia di adozioni, prescrive, invece, all'art. 6, comma 2, "l'età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarant'anni l'età dell'adottando".

comunque di formare una famiglia con figli, ma in maniera indipendente dal dato genetico; una famiglia – giova ricordarlo – che riceve eguale protezione da parte dell’ordinamento giuridico.

Questa, magari non condivisa, razionalità finisce, però, con il deflagrare per effetto della pronuncia in esame e dell’apertura che vi è realizzata in favore di una scienza nel cui “dominio” «non si può procedere a colpi di maggioranza»⁶².

A dire il vero, sembra proprio questo il solo significato ascrivibile ai passaggi che il giudice costituzionale dedica ai rapporti fra “conoscenze scientifiche” e “valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore”. Il rinvio alla scienza ed al ruolo che le sue conquiste svolgono nella tutela del diritto alla salute non è, qui, utilizzato per mostrare l’errore di valutazione in cui sia incorso il legislatore, come, invece, si era fatto nella sentenza 151/2009: ad essere svelata non è, come pure si è detto⁶³, l’irragionevolezza scientifica del divieto di fecondazione eterologa. Tramite tale espediente argomentativo, piuttosto, la Corte si esonera dall’approfondire la reale portata del “diritto a realizzare la genitorialità” garantito dalla l. 40/2004 e dal sistema della filiazione che essa concorrevva a disegnare. E poco rileva la *excusatio*⁶⁴ che segue alla ridefinizione del concetto di salute ed al ruolo salvifico che, nel garantirla, svolgerebbero le acquisizioni scientifiche ed il medico che ne è il custode. La sensazione – ed è una sensazione difficile da rimuovere – è che la Corte abbia camuffato da “diritto alla salute” il desiderio di avere comunque un figlio e la frustrazione che dall’impossibilità di realizzarlo inevitabilmente discende. Di modo che, la massima ricavabile da questa sentenza può, forse, essere rappresentata nei termini che seguono: se la scienza dice che si può fare, allora si deve anche fare⁶⁵! Solo che in forza di un tale principio potrebbe sembrare difficile non considerare razionale, nei termini della “ragion pratica”, che questo diritto alla genitorialità possa spettare anche a chi non sta in coppia ma è *single* o a chi, pur stando in coppia, non si può giovare dell’eterologa ma deve ricorrere ad un altro procedimento che la scienza ha pure reso disponibile.

Il rinvio alla scienza diviene, così, lo strumento attraverso il quale si suggella la parziale rideterminazione del bilanciamento fra natura e artificio voluto dal legislatore: la rimozione del divieto assoluto di

⁶² C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu, 17 Giugno 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 20214 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 16 Giugno 2014.

⁶³ C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, cit., 2.

⁶⁴ La Corte, infatti, scrive (punto 7 del *considerato in diritto*): «Non si tratta di soggettivizzare la salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tener conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l’esistenza di pratiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica».

⁶⁵ E d’altronde la Corte esplicitamente chiarisce che la libertà fondamentale e generale di autodeterminarsi e di decidere di formare una famiglia con figli non può essere limitata se non per proteggere “valori” di eguale peso costituzionale. Ma ciò, forse, significa che, al di fuori di una tale ipotesi, non si dà alcuno spazio per una valutazione discrezionale del Parlamento e della società che vi è rappresentata, che, dunque, a quest’ultima non è data la possibilità di esprimere un proprio giudizio in ordine all’utilizzo di pratiche mediche che non possono definirsi propriamente “curative”. Negli ambiti che costituiscono oggetto della scienza – potrebbe, quindi, concludersi – la società intera, ed il Parlamento che ne è il custode, devono abdicare in favore di “istituzioni ed organismi” tecnici, sacerdoti insostituibili del sapere scientifico e dei suoi misteri. Ad un tal proposito si rinvia alle riflessioni di C. TRIPODINA, *Il diritto a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, cit., 83 ss.

eterologa finisce con l'intaccare il principio dell'*autosufficienza procreativa della coppia*, ma non quello della *imitatio naturae*. L'intervento della Corte, quindi, mentre preserva il pre-giudizio che anima la l. 40/2004, mantenendo saldo il nesso che lega la filiazione alle sole "coppie tradizionali", amplia le "possibilità procreative" concesse a queste ultime. Il problema è che questa riscrittura della l. 40/2004 e la conseguente estensione della protezione garantita alla "famiglia naturale" sono perseguiti attraverso l'uso di un linguaggio e di una dogmatica – quella dei diritti fondamentali della persona umana – che appaiono virtualmente insuscettibili di confini e limiti. L'enunciazione di una libertà individuale che ha ad oggetto la scelta incoercibile di divenire genitori sarà, così, la breccia dalla quale muoverà l'assedio alla l. 40/2004 ed all'ideologia che vi è custodita. Ed è un'enunciazione che stride con la disciplina restrittiva che ancora regola l'accesso alle tecniche di procreazione artificiale e che, perciò, appare foderata di irriducibili incongruenze e – com'era inevitabile che fosse – del moltiplicarsi dei conflitti. E sono conflitti che, spesso, accedono a criteriolutivi differenti e che, proprio per questa ragione, sembrano introdurre nel sistema ulteriori incoerenze: che si riverberano tanto nel diverso trattamento riservato agli aspiranti genitori, tanto nell'irragionevole discriminazione di cui finiscono per essere oggetto i bambini nati grazie a tecniche procreative ancora vietate in Italia⁶⁶.

5. Natura e scienza nella PMA: ragionando di giudizi e pregiudizi

5.1. Atto primo: i genitori

Sui frammenti della l. 40/2004 e sull'enunciazione del "diritto a realizzare la genitorialità", che – lo si ricorda – ha ora carattere "fondamentale" e "generale", si innestano i tentativi di aggirare i limiti che il ricorso alla PMA ancora incontra. All'indomani della sentenza 162/2014, infatti, l'accesso ad una tale "terapia" rimane precluso a tutte le coppie *same sex*, dal momento che rimangono ben saldi i requisiti soggettivi fissati all'art. 5 della l. 40/2004⁶⁷, ed alle coppie eterosessuali che, per procreare, si trovano costrette a ricorrere alla Gestazione Per Altri (di seguito GPA o surrogazione di maternità).

Ma la breccia è oramai aperta. Sono numerosi i paesi nei quali le coppie omosessuali sono legittimate a ricorrere alla fecondazione eterologa, e nei quali, pure, la surrogazione di maternità è consentita e disciplinata o, più semplicemente, non è espressamente vietata. Il percorso che conduce alla realizzazione della "scelta, incoercibile, di dar vita ad una famiglia con figli"⁶⁸ spinge, perciò, a superare i confini nazionali. Ed è un viaggio costoso, che, però, non necessariamente si conclude, al ritorno, con l'acquisizione di una genitorialità giuridicamente piena, che sia cioè insignita del crisma della legittimità. Il riconoscimento del rapporto che lega la coppia al bambino nato all'estero da pratiche procreative vietate in Italia, e che è attestato dal certificato di nascita dello stato in cui il concepimento ed il parto sono avvenuti, deve, infatti, superare la barriera dell'ordine pubblico internazionale. Ed è proprio qui che l'unica strada, quella che aveva portato a varcare i confini nazionali, si frammenta in un'infinità di

⁶⁶ Dunque, figli di coppie *same sex* di genere femminile (concepiti ricorrendo alla fecondazione eterologa) e bambini che siano nati dal ricorso alla surrogazione di maternità.

⁶⁷ Che – lo si ricorda – richiede anche che i membri della coppia siano maggiorenni, in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi.

⁶⁸ In tali termini – lo si ricorda – si esprimeva la Corte costituzionale nel 2014 (162/2014, punto 6 del *considerato in diritto*).

sentieri: ogni vicenda dà corpo ad una “topografia del conflitto” singolare, ed accede, proprio per questa ragione, ad una conclusione differente.

Venire a capo di quest'intricata rete di “mappe”, diritti e giudizi è pressoché impossibile; tuttavia, per provare ad orientarsi, può essere utile isolare, almeno in via teorica, due diversi “punti di vista” a partire dai quali guardare alle controversie che qui si considerano. Infatti, nonostante tali conflitti si mostrino, nella realtà, inevitabilmente sovrapposti, dal momento che, tutti, attengono alla legittima costituzione di un rapporto di filiazione; ad essi, tuttavia, è sempre possibile guardare muovendo da un duplice, e distinto, ordine di prospettive: quello riferibile al mondo adulto, che agisce per la rivendicazione ed il riconoscimento del “diritto alla realizzazione della genitorialità”, e quello che, invece, può ricondursi al bambino il cui interesse è indicato nell'acquisizione dello *status* di figlio legittimo e nelle garanzie che ne discendono.

Al di là della perfetta simmetria che necessariamente connota gli interessi di genitori e figli, tali “punti di vista” rivelano “tipi di problema” profondamente diversi, che, proprio per questa ragione, può sembrare sollecitino soluzioni altrettanto differenti. Infatti, mentre in un caso – quando si assuma, cioè, la prospettiva del “mondo adulto” e del diritto alla realizzazione di una genitorialità piena – la questione che si pone all'ordinamento attiene, esclusivamente, al trattamento da riservare a chi abbia scientemente operato per aggirare la legge italiana e, in seguito, chiede gli vengano riconosciute le “utilità” che da un tale comportamento “fraudolento” sono conseguite; nell'altro, invece, il sistema giuridico è chiamato a fornire una risposta ad un quesito profondamente distinto, perché riguarda lo *status* giuridico di un soggetto, il bambino appunto, che non può ritenersi responsabile di alcun illecito, ma che semmai è «mero portatore delle conseguenze del comportamento dei [...] genitori»⁶⁹.

Ora, i conflitti che ricadono nella prima tipologia presentano natura variegata, così come irriducibili ad una *ratio* unitaria sono i criteri solutivi cui accedono.

La protezione che l'ordinamento riconosce all'aspettativa di realizzare una genitorialità piena finisce, infatti, con l'essere condizionata dalla “composizione” della coppia, dalla “terapia” cui essa abbia dovuto fare ricorso e, da ultimo, dal luogo in cui sia avvenuta la nascita del bambino (dalla circostanza, cioè, che essa segua le regole del diritto italiano o quelle dello stato in cui è avvenuto il ricorso alla fecondazione artificiale).

Di questi conflitti, delle loro “mappe” e delle soluzioni per essi predisposte, si proverà a dare una, seppur sommaria, rappresentazione, che evidenzi anche le incongruenze prodotte dall'impossibile tentativo di tenere insieme la portata generale del diritto al figlio enunciato dalla Corte e i criteri restrittivi che, invece, regolano l'accesso alla PMA.

A beneficiare della, seppur relativa, apertura alla fecondazione eterologa promossa dal giudice costituzionale sono le sole coppie *same sex* di genere femminile, dal momento che il filtro dell'ordine pubblico internazionale non impedisce che venga loro riconosciuto lo *status* di “genitrici” legittime del bambino nato all'estero da fecondazione eterologa⁷⁰. Ed è un riconoscimento, questo, che, in linea di

⁶⁹ Così Corte cost., 494/2002, punto 6.1 *del considerato in diritto*.

⁷⁰ V. Corte cass., sez. civ., nn. 19599 del 2016 e 14878 del 2017, ma, ad un tal proposito, si leggano anche le riflessioni di G. FERRANDO, *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, in *Genlus*, 1, 2019, 4 ss.; U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2019, 738 ss.

massima, segue le regole della PMA di tipo eterologo, e che, perciò, appare del tutto indipendente dal dato genetico: «la diversità di sesso tra i genitori, pur caratterizzando le discipline interne che consentono l'accesso alle forme di filiazione diversa da quella naturale, non può costituire un principio di ordine pubblico non solo nel caso in cui sussiste un rapporto biologico con entrambe le donne, ma anche nel caso in cui, mancando un rapporto genetico, si applicherebbero alla costituzione del rapporto filiale i principi propri della fecondazione eterologa»⁷¹.

Si tratta, dunque, di una genitorialità “piena”, ma che è, e rimane, economicamente condizionata⁷², dal momento che – lo si ricorda – la sua realizzazione impone di affrontare i costi, non irrilevanti, che l'accessibilità solo in altri paesi di tali tecniche procreative inevitabilmente comporta.

Le regole della l. 40/2004, che disciplinano lo *status* del nato da fecondazione eterologa, però, troverebbero applicazione nei soli casi in cui il bambino sia nato all'estero e sia, perciò, provvisto di un certificato di nascita (redatto dallo stato in cui il concepimento ed il parto sono avvenuti) in grado di far breccia nell'ordine pubblico internazionale. Le cose si dispongono ben diversamente, invece, tutte le volte in cui il minore, pur concepito all'estero (in un paese in cui la fecondazione eterologa è aperta alle coppie omosessuali), sia nato in Italia. In questo caso, infatti, solo la donna che ha partorito il bambino verrà riconosciuta come legittima genitrice; mentre non troverà un'analogha protezione l'interesse della madre sociale, che, dunque, intrattiene con il bambino un rapporto esclusivamente affettivo⁷³. Ma vi è di più. Una recente decisione della Corte di cassazione⁷⁴ ha anche escluso che il nostro ordinamento permetta di riconoscere il legame che unisce la madre genetica (il cui ovulo è stato fecondato *in vitro* con i gameti di un donatore anonimo) al figlio partorito dalla compagna: «la circostanza che a fondamento della domanda di rettificazione sia stata posta l'esistenza di un legame genetico fra il nato e la donna sentimentalmente legata a colei che ha sostenuto il parto [...] non cambia la sostanza delle cose. Non è invero decisiva in vista di una soluzione diversa, perché – spiega la Corte di cassazione – non è in grado di incidere sull'essenziale rilievo secondo cui la legge nazionale si contiene nel senso che è una sola la persona che può essere menzionata come madre in un atto di nascita». Il dato incontrovertibile del legame genetico che unisce il nato da PMA eterologa alla madre “d'ovulo” viene, così, relegato nell'ambito del giuridicamente irrilevante. E non è solo che quest'asserita irrilevanza appare stridere con quella “riserva di scienza” nel cui nome era stato demolito il divieto assoluto

⁷¹ U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, cit., 739.

⁷² Corte cost. 221/2019.

⁷³ Un tale rapporto, che all'ordinamento giuridico si presenta come esclusivamente affettivo, è destinato a trovare protezione nella sola forma dell'adozione in casi particolari. È, questa, una tipologia di adozione destinata ad operare in presenza di presupposti determinati (art. 44. l. 184/1983), e che si caratterizza per la produzione di effetti più limitati. Essa, infatti, non interrompe i rapporti dell'adottato con la famiglia d'origine e, soprattutto, limita la costituzione del rapporto parentale alla sola persona dell'adottante (v. G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Le corti fiorentine*, 3, 3, 2016, 51 ss.; A. CORDIANO, *Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive*, in www.comparazioneDirittocivile.it, Novembre 2012, 9 ss.; B. POLISENO, *La funzione sociale dell'adozione in casi particolari tra coppie di fatto e persone singole: un giusto incentivo per il legislatore*, in *Questione Giustizia*, 2, 2019, 101 ss.). Sulla sentenza 79/2022 della Corte costituzionale, che ha rimodulato questa forma di adozione, rendendola, di fatto, sovrapponibile all'adozione legittimante v. *infra* § 6.

⁷⁴ Corte cass., sez. civ., n. 6383/2022.

di eterologa; ma è, anche e soprattutto, che essa si mostra difficilmente conciliabile con il principio dello *ius sanguinis*, che conforma ancora l'intera disciplina civilistica della filiazione.

Quelle che si sono appena enunciate non sono, però, le sole diseguaglianze che incrinano la coerenza del sistema normativo all'indomani, e per effetto, della sentenza 162/2014. L'analisi del trattamento riservato alle coppie che, per procreare, devono necessariamente ricorrere alla surrogazione di maternità sembra rimandare l'immagine di una disciplina retta da principi, oramai, irriducibili ad una *ratio* unitaria.

Il necessario ricorso a questa tecnica procreativa (la GPA, cioè) – lo si ricorda – accomuna le coppie omosessuali di genere maschile e quelle eterosessuali che scontano il limite dell'eventuale isterectomia subita dalla donna. Entrambe (queste coppie) vedono la loro aspettativa di realizzare una genitorialità piena e legittima infrangersi contro la barriera che l'ordine pubblico internazionale oppone loro: una tale barriera – ricorda la Corte di cassazione⁷⁵ – assolve alla funzione di proteggere la “coerenza interna”⁷⁶ dell'ordine nazionale da norme e provvedimenti stranieri che potrebbero minarla. Ed è proprio per questa ragione – si legge ancora nel dispositivo della sentenza – che il «divieto di surrogazione di maternità risultante dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004 [...] è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, posta di regola a presidio di beni fondamentali».

Ciò non significa, però, che l'aspettativa di divenire genitori non riceva, in questi casi, alcuna tutela giuridica: chi intrattiene con il figlio un “legame di sangue” si vedrà riconosciuto lo *status* di “padre” legittimo; chi, invece, non possa opporre una tale discendenza potrà usufruire di strumenti legali che consentono comunque la costituzione di un legame giuridico con il bambino e che presentano la forma dell'adozione in casi particolari (art. 44, comma 1, lett. d) l. 184/1983). Si tratta di un “rimedio” diverso da quello previsto all'art. 8 l. 40/2004 – come ricordano la Corte di cassazione e lo stesso giudice costituzionale⁷⁷ – ma che sanzionerebbe comunque la rilevanza giuridica del rapporto affettivo che lega il genitore sociale al bambino surrogato⁷⁸.

La soluzione cui l'ordinamento finisce con l'accedere appare, così, connotata dal riconoscimento di una genitorialità non più riferibile al “soggetto coppia”, ma individuale e differenziata: essa tutela il legame

⁷⁵ Corte Cass., SS.UU, n. 12193 del 2019.

⁷⁶ Vi sarebbe, però, da chiedersi quale sia la “coerenza” cui le Sezioni unite si riferiscono, dal momento che già solo il trattamento riservato alle coppie *same sex* che abbiano fatto ricorso all'estero alla fecondazione eterologa rimanda ad una molteplicità di principiolutivi inconciliabili e, per ciò stesso, forieri di incongruenze e diseguaglianze.

⁷⁷ Corte cost., 272/2017, punto 4.3 del *considerato in diritto*.

⁷⁸ Non vi è dubbio che la tutela garantita all'aspettativa di divenire genitori risulti condizionata anche dal peso che, nella risoluzione di questi conflitti, è assegnato al *best interest* del bambino. Ciò che qui si vuole rappresentare, però, sono i diversi gradi di protezione accordati al diritto, definito fondamentale e generale, di formare una famiglia con figli. Una tutela variabile, quella riconosciuta ad una tale “scelta incoercibile”, che ormai sembra aver reciso anche il nesso che, da sempre, ancorava la genitorialità allo *ius sanguinis*: il legame genetico che unisce la “madre d'ovulo” al nato da eterologa non determina, per ciò stesso, la costituzione del rapporto di filiazione.

del singolo genitore con il figlio e distingue “gradi” di protezione la cui intensità è definita dalle regole dello *ius sanguinis*⁷⁹.

Ma se così, le diverse mappe i cui tratti, seppur sommariamente, si è provato a delineare restituiscono l’immagine di una disciplina – quel che resta della l. 40/2004 – che si mostra segnata da profonde asimmetrie. L’inclusione nel fondamentale e generale – perché erano questi gli aggettivi utilizzati dalla Corte nel 2014 – “diritto a realizzare la genitorialità” finisce con l’essere garantita anche alle coppie omosessuali di genere femminile “espatriate”, che possano anche esibire l’atto di nascita attestante la doppia maternità rilasciato dallo stato straniero; di contro, l’eterosessualità non è sempre condizione sufficiente perché la scelta “di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli” trovi protezione giuridica: questa è, e rimane, un’aspettativa destinata ad essere delusa quando implichi il necessario ricorso alla surrogazione di maternità, e dunque quando richieda l’intervento di un soggetto estraneo alla coppia, che non funga da mero donatore anonimo di gameti.

Né, in un tal quadro, pare avere una qualche importanza quel diritto alla salute “psico-fisica” cui il giudice costituzionale affidava, almeno in parte, la motivazione dell’irragionevolezza del divieto assoluto di fecondazione eterologa. Interrogata sulla legittimità dell’art. 5 della l. 40/2004⁸⁰, che ancora esclude le coppie omosessuali dall’accesso alla PMA eterologa, la Corte risponde che: «la tutela 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». Né, tanto meno, sembra rilevare la circostanza che la GPA sia “cura” per l’isterectomia negli stessi ed identici termini in cui la fecondazione eterologa può esserlo per chi, all’interno della coppia, sia assolutamente sterile o infertile⁸¹. In soccorso degli esclusi non arrivano, questa volta, la “riserva di scienza” ed il richiamo al rispetto della “competenza” e “responsabilità” del medico, che, sulla base delle proprie conoscenze, dia un *nomen* alle sofferenze da cui è affetta la coppia e proponga una terapia adeguata.

Le aspettative delle coppie ancora escluse dall’incoercibile diritto a realizzare la propria genitorialità sono destinate a scontrarsi con le formule dietro le quali la Corte costituzionale si trincerava: la discrezionalità del legislatore, designato, qui, quale solo interprete della volontà collettiva, ed i “valori” fondamentali che il divieto di surrogazione proteggerebbe, e che vengono indicati nell’interesse pubblico alla verità (che ha ad oggetto la procreazione del minore) e nella dignità della donna. Ora, non è di certo questa la sede nella quale è possibile affrontare un’analisi, che si prefigura lunga e complessa, di tali argomenti e dell’uso che di essi la Corte fa, e tuttavia può sembrare opportuno aggiungere qualche

⁷⁹ Dunque, sembra che anche la pena sia asimmetricamente divisa all’interno della coppia: essa si attenuerebbe fin quasi a scomparire in presenza di un legame genetico con il bambino nato da GPA; ma questa clemenza non sembra estendersi al *partner* che non ha preso parte alla procreazione, anche quando il suo mancato coinvolgimento sia causato da una grave patologia e dalla sterilità assoluta che ne è conseguita.

⁸⁰ Corte cost., 221/2019, punto 10 del *considerato in diritto*. Ad un tal proposito si leggano i rilievi critici contenuti nelle note di C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”*. La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, 2019, 2062 ss.; A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *ivi*, 2633; su posizioni diverse, M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *ivi*, 2613 ss.

⁸¹ V. A. PISU, *Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2022, 10 ss.

breve considerazione. Innanzitutto, preme osservare che, nel 2014, il giudice costituzionale invitava il Parlamento alla prudenza nelle materie “scientificamente sensibili”, nelle quali – si è pure scritto – «non si può procedere a colpi di maggioranza»⁸²; ed ancora, può rilevarsi che l’interesse pubblico alla verità sui fatti che attengono alla procreazione non ha avuto alcun peso quando si era trattato di garantire l’accesso alla PMA eterologa alle coppie eterosessuali.

Più complesso e difficile si presenta, invece, il ragionamento quando si provino ad affrontare le questioni che il richiamo alla dignità umana solleva. Di certo, non può revocarsi in dubbio che un tale principio sia messo in discussione, e profondamente, quando la donna, per sopravvivere, si veda costretta ad alienare la propria capacità procreativa. La dignità che, qui, appare messa in forse, però, non sembra quella astratta, di matrice kantiana⁸³, cui pure sembrano riferirsi la Corte costituzionale e la dottrina maggioritaria, ma la diversa “dignità sociale” che costituisce l’oggetto dell’art. 3 Cost. Ed è, questa, una dignità che non chiede semplicemente “che l’uomo sia sempre trattato alla stregua di un fine e mai come un mezzo”, ma che esige siano rimossi “gli ostacoli di ordine economico e sociale”, che, di fatto, privano la donna di ogni libertà di scelta, costringendola a mercificare il proprio ventre. Ma se questa comprensione del principio della dignità umana fosse corretta, si dovrebbe, forse, riconoscere anche che un tal limite non avrebbe ragione d’essere quando la GPA fosse a titolo gratuito⁸⁴: la gratuità e la logica che vi è implicita potrebbero rendere lecito l’accesso ad una tale tecnica procreativa, così come già legittimano la donazione in vita di un organo e, perché no, dei gameti indispensabili alla fecondazione eterologa⁸⁵.

Da ultimo, l’intricata rete di “mappe” e diritti edificata sulle macerie della l. 40/2004 sembra sollecitare ancora due riflessioni, che attengono, la prima, ai criteri che finiscono con il regolare l’inclusione-esclusione nel/dal “diritto al figlio”, la seconda, invece, all’utilizzo che la Corte fa dell’argomento scientifico. Sotto il primo profilo, può, invero, segnalarsi che il diritto, fondamentale e personale, a realizzare la propria genitorialità rimane, per alcune “coppie”, economicamente condizionato, perché richiede che si sopportino i costi necessari per sottoporsi alla PMA nei paesi esteri che lo consentono. Ed è, questo, «un ingiustificato diverso trattamento [...], in base alla capacità economica delle stesse (coppie) che – si scriveva nel 2014 – assurge intollerabilmente a requisito di esercizio di un diritto fondamentale»⁸⁶;

⁸² C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, cit., 2.

⁸³ Cfr. C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero di microscopi e telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 136 ss. Critico verso quest’utilizzo del concetto di dignità umana, R. BIN, *Tecniche procreative, ordine pubblico e interesse del minore. Conclusioni*, in *Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 145 ss.

⁸⁴ Ad un tal proposito si v. A. G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, 2022, 99 ss.

⁸⁵ Questa diversa considerazione della dignità umana potrebbe modificare, e profondamente, la topografia del conflitto sottesa al divieto di surrogazione: la logica del dono consentirebbe di escludere la rilevanza penale della condotta di chi, a qualsiasi titolo, prenda parte agli accordi di surrogazione. Si amplierebbero, così, le categorie di soggetti ammessi a godere del diritto alla genitorialità e gli effetti di quest’apertura finirebbero con il riverberarsi anche in capo al figlio, finalmente emancipato dalle colpe dei padri (anche se continuerebbero ad essere escluse dall’accesso a questa tecnica procreativa le coppie omosessuali di genere maschile, con le criticità sul piano del principio di uguaglianza che si possono immaginare).

⁸⁶ Così si leggeva in Corte cost., 162/2014, punto 13 del *considerato in diritto*.

ma che diviene, invece, accettabile quando sia riferito alle coppie omosessuali di genere femminile cui è vietato il ricorso all'eterologa (gratuitamente) in Italia: «il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero – motiva il giudice costituzionale solo cinque anni dopo⁸⁷ – non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione».

Ma non è solo questo. Ciò che questa descrizione sembra anche mettere in evidenza è che l'accesso alla genitorialità va transitando, sempre più, da quel soggetto plurale, che, almeno formalmente, si indica nella "coppia", ad un soggetto *singolare*, e più esattamente a quello dei due genitori che possa ancora produrre i gameti necessari per la creazione *in vitro* dell'embrione: così è, senza alcuna eccezione, nei casi in cui si ricorra alla fecondazione eterologa, sia da parte di coppie omosessuali che eterosessuali, e così è, pure, quando si ricorra alla surrogazione di maternità.

Si giunge, in tal modo, al secondo ed ultimo profilo, e più esattamente alle riflessioni che attengono alla "riserva di scienza" ed alla funzione che essa ha assolto nell'argomentare della Corte.

Come questo breve *excursus* sulle alterne vicende della l. 40/2004 ha mostrato, lo spazio riservato alla scienza ed ai dati che essa fornisce si mostra delimitato da confini "mobili", che lo separano dall'ambito, speculare, nel quale il legislatore democratico, quale solo legittimo interprete della coscienza collettiva, è sovrano. Ovviamente, la delimitazione concreta di tali "domini" e dei "paletti" che li circoscrivono sembra dipendere – come pure è stato scritto⁸⁸ – dal grado di certezza che accompagna le conoscenze scientifiche; e tuttavia, ciò che la progressiva opera di demolizione della legge sulla PMA sembra mettere in evidenza è anche altro.

Talvolta, invero, il criterio che motiva la determinazione del confine deputato a separare diritto e scienza si presenta indecifrabile. Ed una tale inaccessibilità si manifesta, e chiaramente, quando si proceda alla lettura "allo specchio"⁸⁹ delle due sentenze "gemelle" sulla fecondazione eterologa: laddove motivano l'inclusione delle coppie eterosessuali nel diritto di usufruire di una tale tecnica procreativa e l'esclusione di quelle *same sex* di genere femminile dalla stessa. Nella prima delle due decisioni, quella del 2014, la Corte ricordava che «ogni intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica»⁹⁰. Questo passaggio – lo si ricorda – permetteva di attribuire alla sofferenza psico-fisica della coppia eterosessuale esclusa dalla PMA eterologa la qualifica di "patologia" e di ribadire, perciò, la regola aurea della competenza del medico nell'individuare e prospettare la terapia più adeguata. Peccato però che, nel 2019, quando il medesimo argomento viene riproposto per motivare l'illegittimità della norma che ancora esclude le coppie omosessuali dalla fecondazione eterologa, la scienza ed i suoi *nomina* retrocedono per lasciare spazio alla discrezionalità della politica. Nell'argomentare della Corte, l'infertilità della coppia *same sex* è "ontologicamente"⁹¹ distinta da quella delle coppie eterosessuali. Ma il fatto è che questa "ontologica differenza" è qui assunta a ragione di un ribaltamento della diagnosi di prima: la sofferenza psichica, che discende dall'impossibilità di aver figli, degrada da patologia, che esige tutela costituzionale ex art. 32 Cost., a mera "aspirazione soggettiva" della quale lo Stato non è tenuto a

⁸⁷ Corte cost., 221/2019, punto 14 del *considerato in diritto*.

⁸⁸ P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, cit., 171 ss;

⁸⁹ C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile"*, cit., 2062 ss.

⁹⁰ Corte cost., 162/2014, punto 7 del *considerato in diritto*.

⁹¹ Corte cost., 221/2019, punto 12 del *considerato in diritto*.

farsi carico: l'argomento ontologico, così, esautora la scienza da ogni competenza ad accertare «l'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una tecnica a garantirne la tutela»⁹². La scelta di ammettere le coppie omosessuali alla PMA eterologa richiede l'intervento del legislatore – si legge nel dispositivo della sentenza – dal momento che solo tale soggetto istituzionale può legittimamente rappresentare il «grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità” nell'ambito della comunità sociale»⁹³. Il che può anche essere, ma, a voler rispettare la scienza, non autorizza a mutare una diagnosi da “patologia psichica” a “smania solipsistica”. L'impressione è, allora, che il rinvio alla scienza possa essere motivato, invece che dalla generale necessità di garantire la corretta lettura delle acquisizioni scientifiche da parte del legislatore⁹⁴, da un “giudizio” che, forse, precede e condiziona l'interpretazione stessa della l. 40/2004 e dei principi costituzionali. Un pre-giudizio, questo, che guarda con favore al desiderio della coppia eterosessuale di formare una famiglia con figli, anche quando la sua realizzazione passi attraverso la PMA eterologa; ma che, invece, tollera appena la medesima aspirazione quando sia riferita alle coppie omosessuali di genere femminile, le quali, infatti, possono realizzarla solo a condizione di superare i confini nazionali, costringendo, poi, l'ordinamento a “riparare” ciò che non può più essere cambiato. Ed è, questa, una “tolleranza” che muta in rifiuto quando l'aspirazione alla genitorialità sia coltivata da una coppia omosessuale di genere maschile, a misura che essa (tale aspirazione, cioè) mette in discussione l'insostituibilità stessa della figura materna, e prefigura, come possibile, la formazione di famiglie composte solo da padri e figli.

Ora, in questa sede non è in discussione la legittimità di tali convinzioni: ciò di cui si dubita, piuttosto, è che esse possano avere una qualche attinenza con la scienza e con le regolarità che essa evidenzia. Ma se così, il procedere ideologico che spesso, talvolta non a torto, si rimprovera al legislatore rischia, qui, di celarsi dietro il richiamo alla scienza ed agli ambiti che le sarebbero riservati: un procedere ideologico camuffato da “conoscenze scientifiche e sperimentali”, che decide il “giusto” grado di protezione da accordare agli interessi individuali, e che ne amplia o restringe l'estensione in funzione del “giudizio” che prima si è dato del soggetto e delle sue aspirazioni; un pre-giudizio, dunque, destinato a rimaner celato, ma che rappresenta un grave *vulnus* al fondamentale principio di eguaglianza ed a quella coerenza interna dell'ordinamento giuridico che il giudice costituzionale dovrebbe garantire.

5.2. Atto secondo. Figli e figliastri

Si giunge, così, alla seconda “prospettiva” a partire dalla quale tali controversie si prestano ad essere considerate, che si è indicata nella posizione del bambino nato all'estero da pratiche procreative ancora vietate in Italia. L'assunzione di questo “punto di vista” – lo si ricorda – implica anche un mutamento del “tipo di problema” che all'ordinamento si prospetta, e perciò può richiedere che si interpellino norme e principi, almeno in parte, distinti da quelli che puniscono la condotta dei genitori.

Il problema è, però, che questa necessaria separazione di piani non sempre è stata operata, di modo che all'interrogazione che riguardava lo *status filiationis* del bambino si è, di frequente, risposto con le norme che sanzionano le “colpe” dei genitori.

⁹² Corte cost., 162/2014, punto 7 del *considerato in diritto*.

⁹³ Corte cost., 221/2019, punto 13.1 del *considerato in diritto*.

⁹⁴ V. *supra*.

Nonostante questa grave forma di “strabismo”, e l’ottica distorta che ne è conseguita, i figli delle coppie omosessuali di genere femminile “espatriate” (naturalmente nati all’estero da fecondazione eterologa) arrivano ad ottenere il crisma della legittimità. La compatibilità con l’ordine pubblico internazionale degli atti di nascita che attestano una doppia maternità è motivata a partire dalla minor gravità ascritta alla condotta delle due genitrici, responsabili di aver violato un divieto, quello contenuto nell’art. 5, l. 40/2004, presidiato da una sanzione solo amministrativa. Nella soluzione di tali conflitti non sembra abbia avuto un ruolo determinante la circostanza che la l. 40/2004, all’art. 9, si fosse già premurata di disciplinare le conseguenze di un eventuale illegittimo ricorso alla PMA di tipo eterologo⁹⁵. Ora, vero è che questa disposizione si riferisce, al pari di ogni altra contenuta nella l. 40/2004, ad una coppia tradizionale e perciò composta da un uomo e da una donna, ma è anche vero, però, che la sua *ratio* è, e rimane, di innegabile evidenza. Essa esclude che l’illecito commesso dai genitori possa ripercuotersi in capo al bambino, mettendone in forse lo *status* di figlio legittimo: il coniuge o il convivente che abbiano dato il consenso alla fecondazione eterologa non possono esercitare l’azione di disconoscimento della paternità (art. 235, comma 1, nn. 2 e 3, c.c.) o le impugnazioni previste all’art. 263 c.c. Il *favor minoris* determina l’affievolimento del *favor veritatis*, e la validità dell’atto di nascita, che pur certifica una “falsa” maternità/paternità, non può più esser messa in discussione.

A questa soluzione interpretativa, cui sarebbe stato facile giungere se solo ci si fosse interrogati sulla *ratio* della disposizione, si è arrivati invece al termine di un percorso tortuoso e dopo aver pagato il necessario dazio all’ordine pubblico internazionale. Ma soprattutto – ed è ciò che qui preme evidenziare – non tutti i “figli” di due madri possono beneficiare dell’applicazione del principio regolativo inferibile a partire dall’art. 9 della l. 40/2004: ne sono esclusi i bambini che, concepiti all’estero tramite PMA eterologa, siano nati in territorio italiano. Anche in questo caso, l’ottica distorta a partire dalla quale si è interrogata la l. 40/2004 ha determinato il limitare l’attenzione sulla disposizione deputata a regolare il comportamento del mondo adulto (i requisiti soggettivi di accesso alla PMA) e la pretermissione di quella che, invece, si preoccupa di disciplinare lo *status filiationis* del nato da fecondazione eterologa: solo il rapporto che lega il figlio alla madre partoriente verrà riconosciuto dall’ordinamento giuridico; quello che, invece, lo unisce alla seconda madre, foss’anche la madre “d’ovulo” (e dunque genetica), è destinato a godere di una protezione affievolita⁹⁶, che assume, ad oggi, la forma dell’adozione in casi particolari⁹⁷.

Ancor più complessa si presenta la “messa a fuoco” del “tipo di problema” al quale occorre fornire una soluzione quando si guardi ai bambini nati all’estero da GPA. Ed una tale maggiore complessità pare motivata da un duplice ordine di ragioni: innanzitutto, la natura penale della sanzione che accompagna

⁹⁵ Fa, forse, eccezione la Corte di cassazione (sez. civ., n. 14878/2017) che, in effetti, rinvia ad una tale disposizione per motivare la legittima costituzione del rapporto di filiazione in capo a quella delle due madri priva di ogni legame genetico con il bambino nato da PMA eterologa. E tuttavia – preme comunque osservare – l’accesso alla tutela fornita dall’art. 9 l. 40/2004 rimane subordinato ad una questione, che evidentemente si ritiene pregiudiziale e che è indicata nella compatibilità del certificato di nascita del bambino con l’ordine pubblico internazionale.

⁹⁶ In realtà, l’istituto dell’adozione in casi particolari e la protezione che esso garantisce all’interesse del minore appaiono, ed anche considerevolmente, modificati dalla sentenza della Corte costituzionale 77/2022, ma sul punto vedi § 6.

⁹⁷ Corte cass., sez. civ., n. 6383/2022.

la violazione del divieto di surrogazione di maternità e, in secondo luogo, la circostanza che la l. 40/2004 nulla dispone in merito allo *status filiationis* del bambino che sia nato tramite una tale pratica procreativa. A causa di quest'omissione del legislatore si è, perciò, ritenuto che la sola norma in grado di risolvere le numerose questioni sollevate dagli atti di nascita dei "bambini surrogati" sia l'art. 12, comma 6, l. 40/2004, che punisce con la reclusione fino a due anni⁹⁸ «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità». Ed è appunto questo il problema: la gravità della condotta ascrivibile agli aspiranti genitori ed il *vulnus* che essa arreca a beni giuridici che si assumono fondamentali.

L'attenzione finisce, così, con il transitare dalla questione iniziale, che atteneva al bambino ed al reperimento di una norma (o di un principio) dell'ordinamento interno che indicasse come qualificarne lo *status*, alla definizione dell'ordine pubblico internazionale e dei principi in cui esso, alla fine, si risolve. Ed è un interrogativo, quest'ultimo, che non riceve risposta unanime, dal momento che è possibile individuare almeno due distinte rappresentazioni di questa barriera e delle "maglie" di cui si compone. La prima di queste, che ha trovato conferma in una recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione⁹⁹, assume che la compatibilità con l'ordine pubblico «dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria». In questa prospettiva, il divieto di surrogazione sarebbe «certamente di ordine pubblico», ponendo un veto insormontabile alla legittima costituzione del rapporto di filiazione fra il bambino nato da GPA ed i genitori colpevoli di aver aggirato la normativa nazionale. Più rarefatte si presentano le maglie dell'ordine pubblico internazionale quando, invece, si ponga attenzione alla sentenza della Corte di Cassazione 19599/2016. La più intensa partecipazione dei singoli stati alla comunità internazionale – spiega, in quest'occasione, il giudice di legittimità¹⁰⁰ – motiverebbe l'«allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, istituti giuridici e valori estranei». Di modo che – si prosegue – la ricostruzione dell'ordine pubblico internazionale dovrebbe muovere, esclusivamente, dai «principi fondamentali [...] ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato alla legislazione ordinaria». Dunque, non solo sarebbe lecito dubitare che il divieto di surrogazione¹⁰¹ sia ammesso a comporre l'ordine pubblico, ma, soprattutto, questa barriera finirebbe con l'accogliere al suo interno anche la giurisprudenza della Corte EDU in materia di *best interest of child*. Muove, appunto, da quest'apertura la protezione, seppur parziale, che all'interesse del nato da GPA è stata, ad oggi, accordata, e che

⁹⁸ Oltre che con una multa che va da 600.000 a 1 milione di euro.

⁹⁹ Corte cass., SS. UU., 12193/2019, ma anche Corte cass., sez. civ., 24001/2014.

¹⁰⁰ Corte cass., sez. civ., 19599/2016.

¹⁰¹ Che vi viene degradato a «mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali». In merito alle molteplici questioni che questa nozione "rarefatta" di ordine pubblico internazionale solleva si rinvia ai bei saggi di M. MANETTI, *Ordine pubblico internazionale e Costituzione. Prime note*, in *Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 93 ss.; F. FERRARI, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in *ivi*, 2, 2020, 169 ss.; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 119 ss.; J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*. cit., 145 ss.

gli ha consentito di ottenere lo *status* di figlio legittimo del solo genitore con il quale intrattiene un “legame di sangue”¹⁰².

Di un’analoga protezione non sembra, invece, beneficiare il rapporto di filiazione che unisce il bambino surrogato al genitore sociale, e che è attestato da un atto di nascita o da un provvedimento giudiziario rilasciato da uno stato straniero.

A determinare l’irricevibilità di tali atti – si è detto – sarebbero i beni giuridici presidiati dal divieto di surrogazione, che il giudice costituzionale individua nei termini che seguono: l’“interesse alla verità” che presenta natura pubblica «perché relativ[a]o a pratiche vietate dalla legge, qual è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»¹⁰³; e il fine di scoraggiare il ricorso all’estero ad una pratica che «comporta[no] un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»¹⁰⁴. È, dunque, la necessità di bilanciare «gli interessi del bambino e la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l’ordinamento considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale»¹⁰⁵ a motivare le diverse soluzioni cui la Corte – nel tempo – perviene. E così, in un primo momento, questo “giudizio comparativo”, nel quale deve trovare spazio la «considerazione dell’elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità»¹⁰⁶, conduce a ritenere che l’interesse del nato da GPA possa trovare adeguata protezione nell’istituto dell’adozione in casi particolari. Ma è, questa, una soluzione destinata ad essere presto superata. Interrogata sulla legittimità del diritto vivente cristallizzato nella sentenza 12193/2019 delle Sezioni unite, che esclude il riconoscimento del rapporto di filiazione fra genitore d’intenzione e bambino surrogato, la Corte finisce con l’affermare che: «il possibile ricorso all’adozione in casi particolari [...] costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma non ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali»¹⁰⁷. La soluzione che, in occasione della sentenza 33/2021, viene indicata al legislatore come auspicabile è, questa volta, «un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia accertata la corrispondenza agli interessi del bambino»¹⁰⁸. Dunque, la predisposizione di una forma di adozione *ad*

¹⁰² Il ricorso all’adozione in casi speciali è stato, invece, utilizzato per garantire protezione giuridica al rapporto meramente affettivo che unisce il nato da surrogazione al genitore “solo” sociale. Cfr. G. FERRANDO, *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, cit., 4 ss.; U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, cit., 739 ss.; A. SASSI S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 377 ss.

¹⁰³ Corte cost., 272/2017, 4.1.1. del *considerato in diritto*. In merito al bilanciamento così realizzato dal giudice costituzionale si v. G. MARTUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all’interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost. 18 dicembre 2017 n. 272)*, in www.forumcostituzionale.com, 15 Febbraio 2018; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l’acqua sporca*, in www.costituzionalismo.it, 1, 2018, 149 ss.; G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in www.forumcostituzionale.it, 9 Marzo 2018.

¹⁰⁴ Corte cost., 33/2021, punto 5.1 del *considerato in diritto*.

¹⁰⁵ Corte cost., 33/2021, punto 5.6 del *considerato in diritto*.

¹⁰⁶ Corte cost., 272/2017, punto 4.3 del *considerato in diritto*.

¹⁰⁷ Corte cost., 33/2021, punto 5.8 del *considerato in diritto*.

¹⁰⁸ Corte cost., 33/2021, punto 5.7 del *considerato in diritto*.

hoc, che, alla fine, “mimi” la trascrizione dei provvedimenti stranieri (che si erano definiti irricevibili), garantendo al minore, ed in tempi brevi, la certezza dello *status*.

Ora, al di là delle riserve che la soluzione individuata dal giudice costituzionale può, e legittimamente, suscitare¹⁰⁹, quel che qui si intende provare a mettere in evidenza è altro.

A leggere con attenzione le decisioni della Corte in materia di *status* dei bambini surrogati può, infatti, sembrare ch’esse risentano di quel “vizio prospettico” cui prima si accennava: all’interrogazione che attiene al trattamento da riservare al nato da GPA si risponde con le norme che sanzionano la condotta del mondo adulto. Da qui la centralità assegnata al divieto di surrogazione ed il peso che gli è attribuito nel “giudizio comparativo” che lo vede contrapporsi al *best interest* del minore.

Il superamento di questo difetto di prospettiva e delle soluzioni interpretative cui ha condotto muove – e non potrebbe essere diversamente – dalla corretta definizione del “tipo di problema” che gli atti di nascita dei nati da surrogazione prospettano all’ordinamento giuridico. Ed è, questa, un’interrogazione che può rappresentarsi nei termini che seguono: quale trattamento riservare al bambino geneticamente legato ad uno solo dei genitori e che si trovi ad «essere involontariamente, con la propria stessa esistenza»¹¹⁰, prova dell’illecito da essi compiuto?

Procede da questa imprescindibile “messa a fuoco” la ricerca di norme e principi idonei a colmare quella che si presenta come una lacuna in senso tecnico: norme e principi che, nel caso in esame, possono indicarsi, con sufficiente sicurezza, nell’art. 9 della l. 40/2004 e nella sentenza della Corte costituzionale 494/2002.

La prima norma che occorre interpellare ai fini della costruzione della regola analogica è proprio l’art. 9 l. 40/2004. Non sembra, invero, discutibile che la condizione del bambino surrogato sia, seppur limitatamente ad uno specifico profilo, sovrapponibile a quella del nato da eterologa: entrambi sono geneticamente legati ad uno solo dei due genitori. Ed è, questa, una condizione che l’art. 9 della l. 40/2004 non considera ostativa ai fini dell’acquisizione dello *status legitimitatis* e che, per la medesima ragione, dovrebbe motivare la ricevibilità del provvedimento straniero che attesta il rapporto di filiazione fra nato da GPA e genitore intenzionale. Il *favor minoris* dovrebbe, anche in questo caso, determinare l’affievolimento del *favor veritatis* e, per ciò stesso, assicurare la validità di un atto costituito a partire da una dichiarazione non veridica. Né, d’altro canto, può ritenersi vi siano elementi in grado di escludere l’applicabilità del principio così enunciato a casi analoghi, che presentino, cioè, una “topografia del conflitto” ed un “tipo di problema” qualificabili come simili¹¹¹.

¹⁰⁹ Sul punto si rinvia al § 6.

¹¹⁰ Corte cost., 494/2002, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

¹¹¹ Non sembra vi sia ragione di escludere che la norma in esame possa essere estesa al bambino che, pur geneticamente legato ad uno solo dei genitori, aspiri ad essere riconosciuto come figlio legittimo di entrambi. Vi è, dunque, insita nel disposto dell’art. 9 della l. 40/2004, una virtualità regolativa che va oltre la fattispecie che la reca e che non può essere tralasciata. Su interesse del minore e “derivazione biologica” si v. le interessanti riflessioni di A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *Rivista di BioDiritto*, 3 2021, 16 ss.

Questo ragionamento – si è obiettato – troverebbe un ostacolo insormontabile nella natura penale della sanzione che accompagna il divieto di surrogazione¹¹², e che testimonierebbe l'elevato grado di disvalore che si è sempre attribuito ad una tale pratica procreativa.

Proprio quest'argomento, però, si presta ad essere confutato dal secondo dei riferimenti che completano il quadro analogico, ossia dalla sentenza 494/2002, che sanziona l'illegittimità degli artt. 251, comma 1 e 278, comma 1, c.c. «nella parte in cui non consentono indagini sulla paternità dei figli incestuosi»¹¹³, precludendo loro l'acquisizione dello *status legitimitatis*.

Il senso della pronuncia della Corte e la sua attinenza alla questione della quale si discute appaiono di immediata evidenza. La sentenza sanziona, infatti, la radicale separazione fra le sfere giuridiche del minore e della coppia genitoriale, con l'obiettivo di conferire allo *status* del primo un'impermeabilità che possa garantirne il miglior interesse. Dunque, per quanto sia grave la colpa dei genitori ed il *vulnus* che essi hanno arrecato a beni giuridici assunti come fondamentali, l'adozione di misure sanzionatorie non può coinvolgere «soggetti totalmente privi di responsabilità [...] – come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori». D'altronde, la portata generale di un tale principio, e quindi la sua “esuberanza/eccedenza” rispetto al caso che ne aveva motivato l'enunciazione, appaiono inequivocabili quando si presti attenzione alle affermazioni che costellano il dispositivo della sentenza. Vi si legge, infatti, che la disciplina codicistica realizza «una *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti»¹¹⁴. Non solo. L'interesse del bambino a vedersi riconosciuto lo *status legitimitatis* viene, qui, elevato a diritto fondamentale «riconducibile all'art. 2 della Costituzione, e a[de]l principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali»¹¹⁵.

Ma se così, il trattamento che – a seguire le indicazioni del giudice costituzionale – verrebbe riservato ai soli nati da surrogazione di maternità realizzerebbe proprio quella violazione del principio di eguaglianza che aveva motivato l'illegittimità della disciplina codicistica. La diversa “via” che questi figli si troverebbero a percorrere, quand'anche il legislatore – come si è auspicato – dovesse seguire le indicazioni della Corte, varrebbe, infatti, a marcarne, seppur solo simbolicamente¹¹⁶, la diversità: li additerebbe come portatori di una colpa talmente grave da non poter essere cancellata, una colpa indelebile che legittima, anche se in forma lievissima, la compressione di quello che, altrove, si era definito un diritto fondamentale allo *status*.

Asimmetrie ed incongruenze finiscono, così, con il definire la disciplina italiana in materia di filiazione: le questioni sollevate dagli atti di nascita dei bambini concepiti all'estero tramite il ricorso a forme di

¹¹² È, questo, infatti, l'argomento cui ricorrono le Sezioni Unite e che trova il consenso di parte della dottrina. Senza alcuna pretesa di essere esaustivi si rinvia, fra gli altri, a C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 132 ss.; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore*, cit., 164 ss.; M. MANETTI, *L'ordine pubblico internazionale e la Costituzione*, cit., 99 ss.; F. FERRARI, *L'interesse del minore fra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore.*, cit., 127 ss.

¹¹³ Corte cost., 494/2002.

¹¹⁴ Corte cost., 494/2002, punto 5 del considerato in diritto.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Ad un tal proposito si v. A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri*, cit., 23 ss.; G. BARCELLONA, *Sorvegliare gli adulti punendo i bambini*, in *Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 68.

PMA ancora vietate in Italia finiscono con il trovare soluzioni profondamente differenti; ed è una diversità che non appare giustificata né dalla “topografia del conflitto” sottesa ai singoli casi concreti, né dal mutamento del tipo di problema che essi prospettano all’ordinamento.

È, dunque, questo il portato dell’utilizzo retorico dell’argomento scientifico e di quel “vizio prospettico”, che ha spinto ad interrogare le disposizioni che sanzionano le colpe dei genitori in luogo di quelle che disciplinano il trattamento da riservare ai figli: questioni simili accedono a criteriolutivi radicalmente diversi.

L’esito di questo processo sembra essere la progressiva erosione del sistema della filiazione: la *ratio* che ne costituiva il fondamento e ne garantiva la complessiva coerenza appare gradualmente soppiantata da *rationes* singolari ritagliate sul caso concreto, le quali, a loro volta, si mostrano foriere di ulteriori incongruenze e di problemi che richiedono l’elaborazione di un principio regolativo *ad hoc*. L’attenzione al caso ed alle esigenze di giustizia di cui è latore rischiano, così, di scardinare l’ordine delle norme, insediando, in suo luogo, la logica della contingenza.

6. La dittatura del caso concreto: dall’ordine al caos

Questa teoria di casi e giudizi conduce all’ultima delle decisioni del giudice costituzionale in materia di *status* dei nati da GPA; una sentenza – la n. 79 del 2022 – che sembra proporsi l’obiettivo di “resettare” il sistema, superando le ragioni che avevano indotto a concludere che il *best interest* dei bambini surrogati non trovasse adeguata protezione nell’istituto dell’adozione in casi particolari.

La questione sottoposta all’attenzione della Corte, più precisamente, ha ad oggetto l’art. 55, l. 184/1983, che, rinviando all’art. 300, comma 2, c.c., esclude che l’adozione in casi particolari induca la costituzione di un rapporto civile fra adottato e parenti dell’adottante. In forza di questo richiamo il nato da surrogazione¹¹⁷ verrebbe privato di parte del proprio albero genealogico, finendo per essere escluso dalla sola comunità di affetti che abbia mai conosciuto.

Nell’ordinanza di rimessione questa disposizione, e l’esclusione che vi viene sanzionata, si assumono in contrasto con «il principio di parità di trattamento di tutti i figli, nati all’interno o fuori del matrimonio e adottivi, che trova la sua fonte costituzionale negli artt. 3 e 31 Cost. ed è stato inverato dalla riforma sulla filiazione (l. 219/2012) e dal rinnovato art. 74 c.c. che ha reso unico senza distinzioni il vincolo di parentela che scaturisce dagli *status* filiali»¹¹⁸. La norma – prosegue ancora il giudice *a quo* – violerebbe anche l’art. 117, comma 1, Cost. in riferimento all’art. 8 CEDU «in quanto impedisce al minore inserito nella famiglia costituita dall’unione civile di godere pienamente della sua “vita privata e familiare” intesa in senso ampio»¹¹⁹.

L’interrogazione rivolta al giudice costituzionale attiene, dunque, alla ragionevolezza di un tale “regime speciale”: gli si chiede, in altri termini, se la deroga che esso introduce al principio generale dell’unicità

¹¹⁷ Non solo loro. Come ricorda la Corte cost. (32/2020), il ricorso all’adozione particolare è l’unico strumento attraverso il quale può trovare una qualche forma di protezione giuridica anche il rapporto fra la madre intenzionale ed il bambino che sia nato in Italia, ma concepito all’estero ricorrendo alla fecondazione eterologa.

¹¹⁸ Corte cost., 79/2022.

¹¹⁹ *Ibidem*.

degli *status* filiali possa trovare fondamento proprio nella peculiarità delle ipotesi previste all'art. 44, comma 1, l. 184/1983.

Nel rispondere alla *quaestio*, la Corte muove dalla ricostruzione della *ratio* originaria dell'istituto dell'adozione in casi particolari e, di seguito, dà conto della sua successiva evoluzione.

Le ipotesi eterogenee che hanno motivato il ricorso ad una forma di adozione distinta da quella cd. piena vengono, qui, ricondotte a due fondamentali *rationes*: «la prima – si legge nel dispositivo della sentenza¹²⁰– consiste nel valorizzare l'effettività di un rapporto instauratosi con il minore», la seconda, invece, «risiede nella difficoltà o nella impossibilità per taluni minori di accedere all'adozione piena»¹²¹. La successiva evoluzione di quest'istituto e la sua conseguente applicazione ad ipotesi distinte da quelle per le quali era stato introdotto troverebbero ragione – spiega ancora la Corte – in alcuni suoi tratti peculiari: la circostanza che fra i presupposti applicativi non figuri l'accertamento dello stato di abbandono del minore ed il persistere dei legami fra quest'ultimo e la famiglia d'origine. Dunque, la valorizzazione dell'adozione in casi particolari muoverebbe proprio dalla “mitezza” che queste caratteristiche le conferirebbero; una mitezza che ne segna la profonda distanza dall'adozione legittimante e che, in alcuni casi, si è ritenuto offrisse una più adeguata protezione al *best interest* del bambino.

Il giudice costituzionale procede, quindi, all'individuazione di quelli che nel dispositivo della sentenza vengono definiti i “due nuovi itinerari interpretativi” dischiusi dalla giurisprudenza ordinaria, che nel tempo avrebbero determinato un vero e proprio “rovesciamento” dell'originaria raffigurazione dell'istituto. Estendendo in via ermeneutica l'ipotesi prevista all'art. 44, comma 1, lett. d) – e cioè la “constatata impossibilità di affidamento preadottivo” – si è, invero, fatto ricorso all'adozione in casi particolari in assenza di un abbandono in senso tecnico. Si è, così, utilizzato quest'istituto, la sua mitezza, per far fronte alla temporanea difficoltà dei genitori biologici nell'esercitare la responsabilità genitoriale, ma anche nei casi di cd. “semiabbandono permanente”, con l'obiettivo – come ricorda il giudice costituzionale – di sottrarre il bambino al destino del ricovero in istituto e del susseguirsi di affidamenti temporanei, preservandone, per quanto possibile, il rapporto con la famiglia d'origine. Più di recente, a questo primo percorso se ne è affiancato un secondo: l'adozione in casi particolari si è, infatti, rivelata uno strumento utile al fine di garantire protezione giuridica alla relazione affettiva che lega il minore al *partner* del genitore biologico, quando questi sia giuridicamente impossibilitato ad adottarlo. È proprio tale “secondo itinerario” che «interseca le questioni legate alla procreazione medicalmente assistita e al ricorso all'estero alla PMA e talora alla surrogazione di maternità»¹²². Ed è sempre questo “percorso” all'origine del caso che alimenta la *quaestio legitimitatis*; un caso che delimita la prospettiva a partire dalla quale il giudice costituzionale si interrogherà sulla ragionevolezza di un “regime speciale”, che – lo si ricorda – si compone anche dell'art. 55 l. 184/1983.

¹²⁰ A tale esigenza – si spiega (Corte cost., 79/2022, 5.1 del *considerato in diritto*) – risponderebbero «l'adozione del bambino, orfano di entrambi i genitori, da parte di persone a lui unite o “da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo” [...]. Si ascrive, inoltre, alla medesima *ratio* l'adozione del bambino da parte del “coniuge nel caso in cui il minore sia figlio del genitore anche adottivo dell'altro coniuge»

¹²¹ «Vi rientrano – si legge – il caso dell'orfano di entrambi i genitori [...] “che presenta una menomazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione”, nonché l'ipotesi del minore non adottabile in ragione della “constatata impossibilità di affidamento preadottivo”».

¹²² Corte cost., 79/2022, punto 5.2.3 del *considerato in diritto*.

È, dunque, la pressione esercitata dal caso concreto che induce la Corte ad «allargare lo sguardo dai meri presupposti di accesso all'adozione in casi particolari alla condizione giuridica del minore adottato in tali casi»¹²³; che, in altri termini, la porta a confrontare il trattamento di cui è destinatario il nato da GPA con le norme del codice civile che definiscono lo *status* di figlio.

L'esito di questa comparazione è una pronuncia che sanziona la discriminazione di cui i bambini surrogati fatti oggetto di adozione speciale sarebbero vittime. La costruzione dell'unicità degli *status* filiali e l'appartenenza alla comunità familiare che ne consegue rispondono – spiega il giudice costituzionale¹²⁴ – ad «una logica improntata sulle responsabilità che discendono dalla filiazione e sull'esigenza di perseguire il miglior interesse del minore». Il figlio diviene parte di una rete di legami parentali e, per ciò stesso, titolare di un complesso di diritti/doveri, che appaiono preordinati non solo a tutelarne il miglior interesse, ma anche a costruirne l'identità. Cionondimeno – ragiona ancora la Corte – l'adottato in casi particolari, pur acquisendo lo *status* di figlio – come si evince dalle disposizioni che ne definiscono la relazione con l'adottante – si vede privato proprio di quei legami, e dunque dell'appartenenza (giuridica) a quella nuova rete di relazioni che il legislatore stesso aveva definito essenziali alla costruzione della sua identità. Di modo che – si conclude¹²⁵ – «irragionevolmente un profilo così rilevante per la crescita e la stabilità di un bambino viene regolato con la disciplina di un istituto, qual è l'adozione del maggiore d'età, plasmato su esigenze prettamente patrimoniali e successorie».

Né – si aggiunge – la discriminazione di cui sarebbero destinatari gli adottati in casi particolari può trovare ragione nella circostanza che questi mantengono i legami con la famiglia d'origine: «l'aggiunta di legami familiari [...] – si motiva¹²⁶ – non è che la naturale conseguenza di un tipo di adozione che può pronunciarsi anche in presenza di genitori biologici e che vede, dunque, il genitore adottivo, che esercita la responsabilità genitoriale, affiancarsi a quello biologico».

Il giudice costituzionale sembra, così, escludere che l'art. 55 della l. 184/83 possa trovare un qualche fondamento nei “casi particolari” che determinano l'accesso a questa forma di adozione. Al contrario – si legge ancora nella parte motiva della sentenza – sarebbe proprio la natura singolare delle situazioni per le quali un tale “regime speciale” era stato immaginato a richiedere un potenziamento delle tutele predisposte in favore del minore: «si tratta [...] di bambini o ragazzi per i quali la nuova rete di rapporti familiari non è certo un privilegio, quanto piuttosto costituisce, oltre che un consolidamento della tutela rispetto a situazioni peculiari e delicate, il doveroso riconoscimento giuridico di relazioni, che hanno una notevole incidenza sulla crescita e sulla formazione di tali minori»¹²⁷. La declaratoria di incostituzionalità che colpisce l'art. 55 l. 184/1983 consentirebbe, così, di applicare anche all'adottato in casi particolari la disciplina codicistica che istituisce l'unicità degli *status* filiali, di modo da garantire al suo miglior interesse una piena protezione.

Questa pronuncia potrebbe, forse, sembrare ponga fine a quella sequela di casi e giudizi che si è tentato di rappresentare: si determina la rimozione del *discrimen* di cui erano stati vittime i nati da GPA

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Corte cost. 79/2022, punto 7.1.1 del *considerato in diritto*.

¹²⁵ Corte cost. 79/2022, punto 8.2 del *considerato in diritto*.

¹²⁶ Corte cost. 79/2022, punto 8.3 del *considerato in diritto*.

¹²⁷ *Ibidem*.

e, per ciò stesso, il superamento delle asimmetrie e delle incongruenze che avevano incrinato la complessiva coerenza del sistema.

Ora, non vi è dubbio che l'inclusione dell'adottato in casi particolari nella famiglia dell'adottante, il suo divenire parte di quei legami parentali destinati a plasmarne l'identità, rappresenti, ed in modo inequivocabile, un rafforzamento ed un'estensione della protezione offerta al suo "miglior interesse"¹²⁸. Parimenti, non vi è dubbio che un tale "rafforzamento" determini il superamento di un'irragionevole discriminazione quando si assuma la prospettiva offerta dalla vicenda sottesa alla *quaestio legitimitatis*: una prospettiva dominata dal *best interest* di un bambino la cui nascita è parte di un progetto genitoriale condiviso dal futuro adottante, il quale, per realizzarlo, ha deciso di ricorrere, all'estero, alla surrogazione di maternità. È questo progetto a definire la condizione del nato da GPA: un figlio la cui nascita è frutto anche della scelta del genitore adottivo, che si è «liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità»¹²⁹. Ma non sempre è così. Non sempre i bambini che trovano rifugio nell'adozione in casi particolari sono voluti e attesi, non sempre la loro nascita è la realizzazione di quella "scelta incoercibile di formare una famiglia con figli" cui aveva fatto riferimento la Corte. Proprio per questa ragione sarebbe, forse, stato opportuno provare a considerare il "regime speciale" voluto dal legislatore, ivi incluso il rinvio all'art. 300, comma 2, c.c., anche alla luce delle ipotesi contemplate, in particolare, alle lett. c) e d) dell'art. 44, comma 1 della l. 184/83: l'orfano di entrambi i genitori che presenti una menomazione fisica o psichica, che ne rende difficile l'inserimento in una famiglia, ed il minore che, in ragione dell'età o della storia personale, incontri un'analogha difficoltà.

Questi "casi particolari" sembrano prospettare all'ordinamento un problema, almeno parzialmente, distinto da quello sotteso alle vicende che attengono ai nati da GPA: i minori che si trovano nelle situazioni indicate dalla disposizione normativa chiedono, infatti, che si consideri e si protegga il loro interesse a trovare qualcuno che si prenda cura di loro. Ed è questo un problema che ha la sua soluzione in un regime normativo che deroga ai limiti ed alle rigidità che, invece, connotano l'adozione legittimante: l'adozione smette di essere una prerogativa della coppia, per essere consentita anche alle persone non coniugate; viene meno, anche se limitatamente ad alcune ipotesi specifiche (fra le quali figura quella recata alla lettera c), il requisito dell'età. Da ultimo, a completare la disciplina di questa forma di adozione speciale, un istituto, quello previsto all'art. 300, comma 2, c.c., che esclude la costituzione del legame parentale tra adottato e famiglia dell'adottante. Un'esclusione, questa, la cui *ratio* potrebbe divenire chiara quando si assumano, per un verso, l'interesse del minore che, in forza delle sue particolari condizioni, incontra difficoltà nel trovare qualcuno che lo accolga, per l'altro, invece, la natura altruistica della scelta di chi decide di assumersi questa responsabilità.

¹²⁸ Cfr. G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata*, in *Questione Giustizia*, 7 giugno 2022; N. CHIRICHALLO, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*, in *Famiglia*, 17 Maggio 2022; E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in www.osservatorioaic.it, 5, 2022; M. C. CARBONE, *Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte traccia il sentiero per il riconoscimento giuridico della "famiglia sociale"*, in *Consulta online*, 3, 2022, 1155 ss.; M. C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in www.osservatorioaic.it, 7 Giugno 2022.

¹²⁹ Corte cost., 347/1998, punto 3 del *considerato in diritto*.

Gli “effetti limitati” dell’adozione in casi particolari, infatti, sembrano proporsi l’obiettivo di rimuovere le possibili remore di chi si appresta a compiere quest’atto solidale: in assenza del rinvio all’art. 300, comma 2, c.c., la decisione di accogliere un minore difficile potrebbe essere frenata non soltanto dalla considerazione di interessi di “natura patrimoniale e successoria”, ma anche dalla valutazione delle responsabilità e degli oneri di cui si graverebbero i propri congiunti. Ma vi è di più. Questo “regime speciale” sembrerebbe coerente con la natura altruistica dell’adozione in casi particolari: un progetto adottivo che non risponde alla “scelta incoercibile di formare una famiglia con figli”, ma alla volontà di accogliere chi, in ragione delle sue singolari condizioni, abbia difficoltà ad inserirsi in una nuova famiglia; un atto solidale i cui effetti, perciò, non sembrerebbe il caso di estendere *ex lege* anche a chi non vi ha preso parte, a chi, ad es., potrebbe non condividere questa decisione o, più semplicemente, ritiene di non poterne portare il peso.

Queste riflessioni mostrano quanto possano essere distanti gli interessi riferibili, rispettivamente, ai nati da GPA ed ai bambini “difficili” ai quali l’adozione in casi particolari era, almeno in principio, destinata. Nel primo caso, infatti, a venire in considerazione è soltanto l’interesse ad uno *status legitimitatis* pieno, che sia, cioè, equiparabile a quello già attestato dal certificato di nascita (o dal provvedimento giudiziario) rilasciato dallo stato straniero in cui il concepimento ed il parto sono avvenuti; nel secondo, invece, a quest’interesse se ne aggiunge un altro, che può considerarsi precedente e prioritario: che l’atto di solidarietà da cui dipende l’inserimento del minore in una famiglia venga, per quanto possibile, facilitato. Con ciò non si intende negare quanto affermato dalla Corte, e cioè che anche per questi bambini «la nuova rete di rapporti familiari [...] costituisce un consolidamento della tutela»¹³⁰, quanto osservare, piuttosto, che un tale “consolidamento” può porsi in potenziale contrasto con l’interesse a garantire loro una nuova collocazione familiare. Ciò che può rimproverarsi alla Corte è, perciò, di non aver correttamente ricostruito la “topografia del conflitto” sottesa al regime derogatorio dell’adozione speciale. Il giudice costituzionale, infatti, si è limitato a contrapporre all’interesse del minore ad uno *status* filiale pieno l’interesse patrimoniale dei congiunti dell’adottante¹³¹. E dunque non si è accorto che il conflitto risolto attraverso il rinvio all’art. 300, comma 2, c.c., rimaneva confinato alla sola sfera giuridica del minore (riguardando interessi, virtualmente antinomici, a lui riferibili); e che le “esigenze patrimoniali” della famiglia dell’adottante figuravano, in questo tracciato topografico, solo come possibili remore, un ostacolo al compimento della scelta altruistica dalla quale dipende l’inserimento del minore in una nuova famiglia.

Questa ricostruzione della “mappa del conflitto” può, forse, indurre a dissentire dalle conclusioni cui è approdato il giudice costituzionale e dalla declaratoria d’incostituzionalità che ridefinisce lo *status* dell’adottato in casi speciali. Gli effetti limitati che il legislatore aveva inteso ascrivere a questa forma di adozione speciale, infatti, parrebbero trovare una qualche giustificazione proprio nelle situazioni peculiari e delicate per le quali questa disciplina era stata immaginata; situazioni che richiedono si garantisca, primariamente, il diritto del “minore difficile” ad avere una famiglia, facilitando il compimento di un atto di generosità da parte dell’adottante.

¹³⁰ Corte cost., 79/2022, punto 8.3 del *considerato in diritto*.

¹³¹ Corte cost., 79/2022, punto 8.2 del *considerato in diritto*, ove, infatti, si legge: «irragionevolmente un aspetto così rilevante per la crescita e la stabilità di un bambino viene regolato con la disciplina di un istituto, qual è l’adozione del maggiore d’età, plasmato su esigenze prettamente patrimoniali e successorie»

Se queste riflessioni sono corrette può, invero, dubitarsi che la pronuncia della Corte determini un rafforzamento ed un'estensione della protezione garantita al *best interest* di tali bambini: il loro inserimento in una famiglia potrebbe, adesso, essere ostacolato proprio dalla considerazione degli oneri e delle responsabilità di cui, alla morte dell'adottante, la famiglia di questo verrebbe inevitabilmente gravata; oneri e responsabilità che – non a caso – il legislatore aveva voluto rimanessero in capo a chi ha intrapreso il percorso adottivo, e dunque a chi ha deciso, per puro spirito di solidarietà, di accogliere ed accudire il minore.

Questa possibile comprensione della norma che costituisce l'oggetto della declaratoria di incostituzionalità sembra, invece, sia sfuggita al giudice costituzionale. La ragione di questa disattenzione può, forse, indicarsi nell'angolatura impressa alla *quaestio legitimitatis* dal caso concreto: l'irragionevolezza della norma che esclude la costituzione del legame parentale fra adottato e famiglia dell'adottante è, infatti, sanzionata muovendo, soprattutto, dalla valutazione del *best interest* del bambino surrogato. Per questi figli – si era detto – l'adozione in casi particolari «costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma non ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali»¹³². Per questi figli, la rimozione della disposizione censurata determina, innegabilmente, l'estensione ed il rafforzamento della protezione loro garantita. Peccato, però, che il caso concreto, e dunque le vicende che attengono allo *status* di chi sia nato all'estero da forme di PMA ancora vietate in Italia, abbia impedito alla Corte di considerare, forse anche di vedere, il diverso interesse di quei minori difficili per i quali questa “adozione solidale” era stata pensata; “bambini sperduti” che, in ragione della storia personale o delle “particolari condizioni” in cui versano, hanno difficoltà nel trovare una nuova famiglia, e chiedono, perciò, di essere aiutati in questa ricerca, di modo da poter avere – anche loro – qualcuno che li accolga e ne abbia cura.

Questo, dunque, l'ultimo esempio di una pronuncia che, per essere ritagliata sulle attese di giustizia del caso concreto, rischia di scardinare una disciplina – quella dell'adozione in casi particolari – predisposta per offrire una soluzione ad un tipo di problema distinto da quello prospettato dalle vicende dei nati da GPA. Una sentenza, quella che, qui, si è provato a rappresentare, che ha il suo *incipit* nel “peccato originale” del giudice costituzionale: in quel pre-giudizio che lo ha portato a non considerare adeguatamente la *ratio* del sistema della filiazione (di cui la l. 40/2004 era parte), sanzionando, dapprima, l'illegittimità del divieto assoluto di eterologa e, in seguito, l'irricevibilità degli atti di nascita dei bambini surrogati.

La necessità di riparare a questo “peccato originale” e, contestualmente, di ripristinare il principio dell'unicità degli *status* filiali può, forse, sembrare sia alla base di questa decisione della Corte; una decisione che parrebbe dettata dalla volontà di porre rimedio alle incongruenze che segnavano – e continuano a segnare – il sistema della filiazione, ma che, fatalmente, finisce con il rimanere ancorata alla contingenza, divenendo così latrice di nuove irrazionalità.

¹³² Corte cost., 33/2022, punto 5.8 del *considerato in diritto*.