

LA MATERNITÀ SURROGATA E LA CORTE COSTITUZIONALE (A PROPOSITO DI *OBITER DICTA* DA PRENDERE SUL SERIO)

STEFANO AGOSTA*

Sommario

1. La sfaccettata natura pluridimensionale dell'identità personale del minore. – 2. (*Segue*): l'esigenza di bilanciamento giudiziale tra verità biologica e legale della nascita. – 3. La giurisprudenza costituzionale, la maternità surrogata ed un *obiter dictum* da prendere sul serio. Considerazioni brevi su un triplice piano: dell'esperienza. – 4. (*Segue*): dei valori costituzionali in gioco. – 5. (*Segue*): delle fonti. – 6. Ristretta (ma non del tutto preclusa) la via di una parziale flessibilizzazione legislativa.

Abstract

With the examined verdict, the Constitutional Court reaffirms the multidimensional nature of minor's personal identity (that includes as the component of interest at biological truth as the component of the interest at legal truth of the procreation) and It delegates judge's prudent assessment to balancing these requirements in concrete case. So the Magistrate will give decisive consideration to disvalue that the Parliament has abstractly connected to surrogacy (banned by special criminal rule starting from 2004). This important Court's statement of principles – declared in particular time and form circumstances – is respectively examined from the point of view of the experience, the constitutional values at stake and the legal sources. So, in conclusion, the possibility to adopt a more flexible approach than current strict ban – which for example, under certain conditions, admits free of charge surrogacies at least – can be considered limited but not completely precluded.

Suggerimento di citazione

S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Professore associato di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Messina.
Contatto: stefano.agosta@unime.it

1. La sfaccettata natura pluridimensionale dell'identità personale del minore

Nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del minore figlio naturale per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso, la Corte d'Appello di Milano – con ord. 25 luglio 2016 – decideva di censurare l'art. 263 cod. civ.¹ con riferimento al parametro di cui agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, comma 1, Cost. (quest'ultimo che in particolare richiama l'art. 8 CEDU) in luogo di una, forse più agevole, interpretazione conforme a Costituzione di tale disposizione. Il processo *a quo* nasceva in particolare dall'appello avverso la pronunzia con cui il giudice ordinario di Milano, adito dal curatore speciale di un minore, accogliendo la domanda da quest'ultimo proposta *ex art. 263 cit.* dichiarava che lo stesso non fosse figlio della donna che lo aveva invece riconosciuto.

Dalle indagini compiute dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni nello specifico risultava che una coppia di cittadini italiani aveva richiesto la trascrizione del certificato di nascita formato all'estero di un bambino riconosciuto come figlio naturale, dopo aver fatto ricorso alla surrogazione di maternità mediante ovodonazione. Essendo già stato trascritto in Italia l'atto di nascita comprovante la genitorialità legale del minore, il *thema decidendum* non aveva quindi ad oggetto la (pur assai *vexata*) *quaestio* della trascrivibilità in Italia di certificati di nascita formati nei paesi che consentivano la maternità surrogata² quanto, piuttosto, la rimozione di uno *status filiationis* già precedentemente attribuito (a motivo appunto della sua non veridicità).

Pur ammettendo che esso potesse potenzialmente confliggere con la Costituzione³, il rimettente nemmeno riteneva coinvolto dalla vicenda in esame il divieto di gestazione per altri di cui all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*)⁴: con la conseguenza di concentrare così la propria attenzione sulla sola (centrale) questione dell'interesse

¹ Nella versione – si badi – applicabile *ratione temporis* (e, cioè, anteriore alle modifiche apportate dal successivo D.Lgs. n. 154/2013, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*).

² Cfr., *ex multis*, S. TONIOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2014, 81 s.; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *GenLus*, 2015, 160; S. STEFANELLI, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*; B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*; B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, tutti in *BioLaw Journal*, n. 2/2016, rispettivamente, 30 ss., 54 e 64 s., 116 nonché, volendo, S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: un'occasione di riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. cost.*, n. 1/2018, 79 ss.

³ ... non contemplando nemmeno le ipotesi di gestazione di tipo relazionale o solidaristica (come tali, non lesive della dignità della donna e nemmeno riducibili alla logica di uno scambio mercantile) (sul cruciale punto si tornerà più ampiamente, *infra*, al par. 3).

⁴ ... per la duplice condizione che la surrogazione di maternità non solo fosse avvenuta al di fuori di un contesto relazionale ma, pure, che non fosse comunque ravvisabile una condizione di libertà della donna che aveva portato a termine la gravidanza.

del nato surrogato all'estero a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita⁵.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – la quale aveva in proposito ritenuto l'interesse all'appartenenza familiare una condizione esclusiva cui solo il legislatore (nell'esercizio della propria discrezionalità) avrebbe potuto subordinare l'accoglimento della suddetta impugnazione⁶ – con sent. n. 272 in epigrafe la Consulta ha innanzitutto considerato ammissibile la questione di legittimità così proposta. Ciò evidentemente perché, lungi dall'interferire col contenuto di scelte discrezionali riservate al Parlamento, al Tribunale costituzionale tale eccezione è parsa circoscritta alla sola ragionevolezza del meccanismo decisorio contemplato dall'art. 263 cit. Il quale ultimo – a scatto, per così dire, “automatico” – avrebbe lasciato la decisione sull'impugnazione in commento da parte del giudice all'esclusivo accertamento della non veridicità del riconoscimento: vale a dire senza alcun margine per qualsivoglia valutazione giudiziale dell'interesse del minore, pure gravemente in gioco⁷.

Nonostante gli è stata offerta dall'Avvocatura dello Stato la possibilità di liberarsi non troppo difficilmente dell'eccezione così proposta – *decidendo*, come in questi casi è uso dire, *di non decidere*⁸ – il giudice delle leggi insomma sceglieva (anche, se non principalmente, in ragione dell'importanza dei valori coinvolti) di affrontare il merito di essa dichiarandone tuttavia la non fondatezza con una pronuncia interpretativa di rigetto che offre taluni spunti di riflessione sotto più di un profilo⁹.

⁵ Così M. RIZZUTI, *Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze “naturali” allo scenario della “agenitorialità”*, in AA.VV., *Maternità – filiazione – genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di S. NICCOLAI-E. OLIVITO, Napoli, 2017, part. 161 ss.

⁶ In tal senso, sent. n. 272/2017 (punto 2 *cons. in dir.*).

⁷ Di recente, sul punto I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di “abuso” e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee*, G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile* e D. ROSANI, *L'equilibrio dell'ecosistema. Una discussione sincera sulla genitorialità per tutelare davvero il minore*, tutti in AA.VV., *Maternità – filiazione – genitorialità*, cit., spec. 55 ss., 86 ss. e 173 ss.

⁸ In oggetto ad esempio, da plurimi punti di vista, A. CELOTTO, *La Corte costituzionale “decide di non decidere” sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, 3849 ss.; A. MORELLI, *Fecondazione assistita: quando la Corte decide di non decidere*, in *Quad. cost.*, n. 1/2007, 154 ss.; A. BONOMI, *Quando la Corte può decidere ma decide di “non decidere”: le decisioni di “inammissibilità per eccesso di fondatezza”, le decisioni interpretative di inammissibilità per omessa interpretazione “conforme a” e alcune decisioni di restituzione degli atti per ius superveniens*, in *Forum di Quad. cost.* (25 ottobre 2013); A.M. PIOTTO, *Il consulente tecnico del pubblico ministero tra intralcio alla giustizia ed istigazione alla corruzione. La Corte costituzionale “decide di non decidere”*, in *Dir. pen. contemporaneo* (26 settembre 2014).

⁹ Cfr. G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in *Forum di Quad. cost.* (15 febbraio 2018), 1 ss.

Chiamata a pronunciarsi sulla previgente disciplina del disconoscimento della paternità di cui agli artt. 273 e 274 cod. civ., in effetti, la Corte aveva già avuto modo di chiarire come nell'ambito delle azioni demolitorie dello *status filiationis* la valutazione del magistrato adito non dovesse limitarsi alla sola verosimiglianza del preteso rapporto di filiazione ma piuttosto estendersi, pure, ad una prognosi relativa all'eventuale pregiudizio che la potenziale variazione di *status* avrebbe potuto arrecare all'interesse del minore coinvolto¹⁰. Questo in ragione del fatto che, nell'esercizio di tali azioni, la giurisprudenza costituzionale da tempo aveva riconosciuto la non estraneità – e, anzi, l'inevitabile «immanenza» – del generale interesse del minore¹¹. Lungi dal rivelarsi piattamente monodimensionale, la natura di quella particolare declinazione del *best interest* rappresentata dall'identità personale del minore è stata *ab initio* ritenuta insomma dalla Consulta al suo interno necessariamente composita e pluridimensionale¹²: come tale ricomprensiva, cioè, diverse concorrenti componenti quali l'interesse all'accertamento della verità biologica della procreazione, per un verso, e quello (con quest'ultimo non sempre potenzialmente convergente) alla conservazione dello *status* già acquisito dal minore, per un altro¹³.

Se quello per la tendenziale corrispondenza tra verità naturale e certezza formale è stato ritenuto dal Tribunale costituzionale un mero *favor* (in quanto tale solo tendenzialmente espresso dall'ordinamento) era perciò inevitabile che il *prius* logico di tale coincidenza – appunto rappresentato dall'interesse all'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo – pur di rango costituzionale dovesse di diritto entrare nel bilanciamento con altri interessi parimenti ritenuti meritevoli di tutela¹⁴. Tanto il diritto *vigente* normativo che quello *vivente* giurisprudenziale (sia statale che sopranazionale) da tempo hanno d'altro canto esibito una rinnovata sensibilità verso la centralità della valutazione dell'interesse del minore nell'adozione delle scelte che lo riguar-

¹⁰ Così, *ex multis*, sent. n. 216/1997.

¹¹ In tal senso, sent. n. 272 cit. (punto 4.1.6. *cons. in dir.*) nella parte in cui richiama, *ex plurimis*, dec. nn. 112/1997, 170/1999, 322/2011, 7/2012: cfr. G. MATUCCI, *op. cit.*, part. 1 ss.

¹² Sul punto, sent. n. 272 cit. (punto 4.1.6. *cons. in dir.*).

¹³ In oggetto, S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in *Maternità – filiazione – genitorialità*, cit., spec. 214 ss.

¹⁴ ... come del resto testimoniato, per così dire, *in piccolo* dalle stesse azioni volte alla rimozione del rapporto di filiazione e, *in grande*, dalla stessa evoluzione normativa ed ordinamentale, sia interna che internazionale, intervenuta ed ormai ampiamente consolidata (i cui esiti applicativi non potevano non riverberarsi pure, se non soprattutto, sull'interpretazione delle disposizioni da applicare al caso in esame): cfr. sent. n. 272 cit. (punto 4.1 *cons. in dir.*)

dano: e perciò, anche, *sub specie* di quello a vedersi concretamente riconosciuto, e mantenuto, uno stato di filiazione quanto più rispondente (non già alla sola verità genetica e biologica ma pure) alle sue esigenze di vita¹⁵.

A parte i tradizionali riferimenti al diritto *vigente* sopranazionale di cui, rispettivamente, all'art. 3, par. 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 20 novembre 1989)¹⁶, alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli (Strasburgo, 25 gennaio 1996) ed all'art. 24, par. 2, della Carta di Nizza-Strasburgo¹⁷ (oltre che, più di recente, alle linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore¹⁸), a sostegno del *best interest* del minore com'è noto non sono certo mancati i riferimenti normativi in quello *vigente* statale interno (tutti, peraltro, dalla stessa pronuncia in epigrafe espressamente richiamati¹⁹): a partire dalle azioni in materia di riconoscimento dei figli *ex artt.* 250 e 251 cod. civ. – dove l'estensione dei legami parentali del figlio manifesta chiaramente l'esigenza di bilanciare il pubblico interesse alla certezza degli *status* con quello individuale del minore – fino ad arrivare all'art. 28, D.Lgs. n. 154 cit.²⁰ (il quale ha novellato l'art. 263

¹⁵ Così, sent. n. 272 cit. (punto 4 *cons. in dir.*).

¹⁶ A norma del quale «[i]n tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

¹⁷ Laddove stabilisce che «[i]n tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente»: sul punto, L. RATTI, sub *Art. 2. Diritti del minore*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, Milano, 2017, 475 ss.

¹⁸ Adottate alla 1098^a riunione dei delegati dei Ministri del 17 novembre 2010.

¹⁹ In tal senso, sent. n. 272 cit. (punti, rispettivamente, 4.1.4, 4.1.1 e 4.1.2 *cons. in dir.*).

²⁰ In oggetto, 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 *Forum di Quad. cost.* (9 marzo 2018), part. 4 s.

cit. nel senso di limitare alla sola azione esercitabile dal figlio la non prescrittibilità del termine di proposizione)²¹ passando attraverso le leggi, rispettivamente, nn. 184/1983, *Diritto del minore ad una famiglia*²², e 40 cit.²³.

2. (*Segue*): l'esigenza di bilanciamento giudiziale tra verità biologica e legale della nascita

Quasi inutile a questo punto aggiungere come ad approdi interpretativi affatto simili in materia fosse pervenuto perciò pure il diritto *vivente* giurisprudenziale tanto EDU che nazionale. A parte le note sentenze rese nei casi *Menesson c. Francia e Labassee c. Francia* (26 giugno 2014) – con cui i giudici di Strasburgo avevano com'è risaputo ricondotto al duplice parametro di cui agli artt. 8 e 14 CEDU quel *best interest of the child* che doveva orientare la valutazione del diniego di trascrizione dell'atto di nascita dei figli surrogati nei registri dello stato civile francese²⁴ – sia la giurisprudenza di legittimità che, soprattutto, costituzionale degli ultimi anni non avevano invero mai mancato di rimarcare la necessità di svolgere un adeguato bilanciamento fra tutti gli interessi in gioco (riguardati, soprattutto, dalla concreta prospettiva dei soggetti coinvolti tra i quali, appunto, il minore)²⁵.

Così ad esempio, relativamente all'azione di disconoscimento della paternità, la Corte di cassazione ha ancora molto recentemente riconosciuto come la Carta fondamentale – lungi dal considerare costituzionalmente assoluta la prevalenza del valore della verità biologica su quello della verità legale – abbia al contrario demandato (*ex art. 30, comma 4, Cost.*) proprio «al legislatore or-

²¹ Che il legislatore delegato avesse così inteso chiaramente (ed illimitatamente...) garantire il fondamentale interesse del figlio alla stabilità dello *status* acquisito emergeva, altresì, palese dal termine di decadenza fissato invece dalla novella legislativa in capo ai legittimati diversi dal minore che pure intendessero proporre le suddette azioni di contestazione.

²² ... sia nel testo originario che in quello novellato con l. n. 173/2015, *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare*. Nel primo, dove il disallineamento tra verità genetica e legale veniva giustificato dalla decisione di chi – scegliendo consapevolmente e responsabilmente di diventare genitore – determinava un legittimo affidamento sulla continuità della relazione. Nel secondo, dove la rilevanza attribuita dall'ordinamento al rapporto di fatto instauratosi tra famiglia affidataria e minore dichiarato adottabile testimoniava evidentemente la prevalenza della conservazione dei legami affettivi per il figlio rispetto a quelli di sangue.

²³ ... il cui art. 9, comma 1, come si sa, vieta al coniuge o al convivente – il cui consenso sia ricavabile da atti concludenti – l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'art. 235, comma 1, n. 1) e 2), cod. civ. nonché l'impugnazione di cui all'art. 263 cit. nei casi di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo: cfr. G. BARCELLONA, *op. cit.*, spec. 5 s.

²⁴ Così, tra gli altri, G. CASABURI, *La Corte europea apre (con riserve) alla maternità surrogata (osservazioni a Corte europea diritti dell'uomo 26 giugno 2014, M.)*, in *Foro it.*, 2014, IV, 561; A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, in *Fam. dir.*, 2015, 306.

²⁵ In tal senso, sent. n. 272 cit. (punto 4.1.7 *cons. in dir.*).

dinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, così affidandogli anche la valutazione in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del figlio»²⁶.

Oltre ad avere nel corso del tempo instancabilmente riaffermato la necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano²⁷, peraltro, anche la giurisprudenza costituzionale ha parimenti ritenuto prevalente la tutela del nuovo nato «non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all'art. 2 della Costituzione – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare»²⁸. A tale esito si è evidentemente giunti ben prima dell'approvazione della stessa l. n. 40 cit., senza prendere per ciò solo partito in merito al principio di indisponibilità degli *status* nel rapporto di filiazione (sul quale ultimo non possono che incidere le possibilità di volta in volta offerte dalle tecniche di fecondazione artificiale): col fine esclusivo, cioè, di proteggere il figlio c.d. eterologo²⁹. Ma – pure a molta distanza dall'emanazione della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita – il giudice delle leggi non sembra essersi sottratto al compito di evidenziare il rilievo giuridico della genitorialità sociale (ove non coincidente con quella biologica) allorquando ha ad esempio espressamente ammesso che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa»³⁰.

²⁶ Sul punto, C. Cass., I sez. civ., sent. 30 maggio 2013, n. 13638 (punto 6.1 *cons. in dir.*) espressamente richiamata da sent. n. 272 cit. (punto 4.1.7 *cons. in dir.*): nello stesso senso, più di recente, v. pure C. Cass., I sez. civ., sentt. nn. 26767/2016 e 8617/2017.

²⁷ In oggetto, *ex multis*, Corte cost. sentt. nn. 11/1981, 148/1992, 303/1996, 283/1999, 31/2012, 7/2013.

²⁸ Cfr. sent. n. 347/1998 (punto 3 *cons. in dir.*) ancora invocata da sent. n. 272 cit. (punto 4.1.3 *cons. in dir.*).

²⁹ Così, sent. n. 347 cit. (punto 3 *cons. in dir.*).

³⁰ In tal senso, sent. n. 162/2014 (punto 6 *cons. in dir.*) su cui, *ex plurimis*, v. almeno A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*; C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*; S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*; G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*; M. CASINI-C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'adozione per la nascita*; B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*; M. CITTÀ, *Mamma, ho perso la cicogna! (Dialogo intorno all'inesistente diritto contro l'esistenza, tutti in Biolaw Journal, n. 2/2014, rispettivamente, 1 ss., 13 ss., 37 ss., 67 ss., 89 ss., 111 ss., 135 ss., 157 ss. e 185 ss.* Sul punto, v. pure A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale*

Sul piano dei valori in potenziale conflitto, la premessa logico-cronologica è perciò quella – invero ben nota alla giurisprudenza costituzionale – per cui non essendo costituzionalmente ammissibile che l’una esigenza (di verità della filiazione) si imponga in modo automatico sull’altra (l’interesse del minore) comportandone l’automatica elisione e viceversa, l’unica genuina indicazione metodica di valutazione di entrambi non può che ovviamente coincidere con «un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all’accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore»³¹.

Sia che la considerazione comparativa delle esigenze in campo venga operata *ex ante* ed astrattamente *erga omnes* dallo stesso legislatore – come nei casi di divieto, rispettivamente, di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa ovvero appunto di surrogazione di maternità – sia che essa venga realizzata *ex post* e concretamente *inter partes* dal giudice adito, l’interesse (nel caso in esame, evidentemente quello del minore) insomma non può essere, per ciò solo, trascinato via sino alla sua definitiva rimozione. Consolidato tale presupposto di metodo, linearmente la pronuncia ne fa discendere che – chiamato in

è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014), entrambi in Consulta Online (13 giugno e 2014). In oggetto, v. ancora G. D’AMICO, La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014; A. RUGGERI, La Consulta apre all’eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte Edu; S. PENASA, Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico; P. VERNESI, La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa, tutti in Forum di Quad. cost. (5 marzo 2015). Cfr. pure F. GIRELLI, Bastano le garanzie interne per dichiarare l’incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa; F. PERRINI, La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell’uomo, entrambi in Ord. internaz. e dir. umani, n. 3/2014, rispettivamente, 599 ss. e 603 ss. nonché C. CASONATO, La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte; M.G. RODOMONTE, È un diritto avere un figlio?, entrambi in www.confrontocostituzionali.eu (17 giugno 2014). Sul punto, infine, V. BALDINI, Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo, in Dirittifondamentali.it (15 settembre 2014); A. CIERVO, Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in <https://diritti-cedu.unipg.it/> (30 giugno 2014); V. TIGANO, La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro, in Dir. pen. contemporaneo (13 giugno 2014); L. VIOLINI, La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione, in Rivista AIC (luglio 2014).

Nella medesima occasione veniva, peraltro, evidenziata anche la prevalenza accordata dal legislatore in sede di bilanciamento tra genitorialità genetica e biologica al principio di conservazione dello *status filiationis* laddove si confermava «sia l’inammissibilità dell’azione di disconoscimento della paternità (...) e dell’impugnazione *ex art.* 263 cod. civ. (nel testo novellato dall’art. 28 del d.lgs. n. 154 del 2013), sia che la nascita da PMA di tipo eterologo non [d]ava luogo all’istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, essendo, quindi, regolamentati i principali profili dello stato giuridico di quest’ultimo» (punto 11.1 *cons. in dir.*).

³¹ Sul punto, sent. n. 272 cit. (punto 4.3 *cons. in dir.*).

causa dall'azione *ex art. 263 cit.* – il magistrato non potrà esimersi dal sottoporre la pretesa istanza alla verità naturale ad uno *strict scrutiny* in nome del contrapposto interesse del minore alla verità legale, nello specifico accertando: 1) se quello a far valere la verità di chi eserciti tale azione prevalga sul secondo; 2) «se l'azione proposta sia davvero idonea a realizzarlo»; 3) «se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (...) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità»³².

In luogo della preclusiva (e, per ciò solo, rigida) regola dell'*aut/aut* – vale a dire dell'alternativa vero/falso – nel delicato giudizio che lo vede inevitabilmente coinvolto il Tribunale dovrà perciò tenere conto di una mobile serie di variabili tanto *di fatto* che *di diritto*. Con riferimento alle prime, oltre al requisito relativo alle originarie modalità del concepimento e della gestazione *ex ante* rispetto alla nascita, dovrà così valutarsi quello *ex post* della durata del rapporto eventualmente instauratosi col minore (e della corrispondente condizione identitaria da quest'ultimo già acquisita³³). Passando alle seconde, non potrà poi non venire in rilievo invece «la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela»³⁴.

Come chiaramente si evince pure dal titolo del presente contributo, tuttavia, la decisione in commento non si distingue solo per il *decisum* in materia di impugnazione del riconoscimento del minore figlio naturale per difetto di veridicità sin qui brevemente esaminato: l'attenzione del lettore essendo inevitabilmente calamitata anche (se non soprattutto) dalla prime vere parole pronunziate – seppure, bisogna ammettere, di sfuggita in due passaggi argomentativi – dal Tribunale costituzionale in tema di maternità surrogata. Così, discorrendo della valutazione che il giudice investito dell'azione di cui all'art. 263 cod. civ. deve effettuare circa la natura del menzionato interesse alla verità, in

³² Non molto diversamente, peraltro, in questa occasione accadrebbe rispetto a quanto già non si verifici nel procedimento di nomina del curatore speciale del figlio minore di cui al contiguo art. 264 cod. civ. Allorquando, cioè, proprio al giudice specializzato il legislatore ha affidato la preliminare valutazione dell'eventuale proposizione dell'azione di contestazione dello *status* nell'interesse dello stesso minore (seppur nei fisiologici limiti di un procedimento camerale come quello in commento): in oggetto, sent. n. 272 cit. (punto 4.2 *cons. in dir.*).

³³ Cfr. G. MATUCCI, *op. cit.*, spec. 10 ss.

³⁴ Così, sent. n. 272 cit. (punto 4.3 *cons. in dir.*): sul punto, *ex multis*, M. GATTUSO, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è "sana e meritevole di essere riconosciuta*, in www.articolo29.it (29 agosto 2014); J. LONG, *Adozione in casi particolari e second-parent adoption* e P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, entrambi in *Fam. e dir.*, 2015, rispettivamente, 580 ss. e 186 ss.; M.G. RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, n. 6/2016, 580 ss.; A. SCHILLACI, *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*, in www.articolo29.it (23 marzo 2016).

un primo passaggio la Corte ne richiama il carattere pubblico proprio con riferimento «a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata», senza tentennamenti ritenendo che essa «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»³⁵; in un secondo, e a chiusura della parte motiva, «nel silenzio della legge» stabilisce infine che della valutazione comparativa incombente al magistrato tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore faccia necessariamente parte «la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale»³⁶.

3. La giurisprudenza costituzionale, la maternità surrogata ed un *obiter dictum* da prendere sul serio. Considerazioni brevi su un triplice piano: dell'esperienza

In quanto frutto di un delicato bilanciamento sempre operato dalla Consulta, dare a tali affermazioni una lettura eccessivamente *riduttiva* – oltre che assai sbrigativo e semplicistico – rischia ad ogni modo di dimostrarsi alla distanza non meno fuorviante di quanto specularmente sarebbe offrirne un'interpretazione troppo *enfatica*: sforzarsi di metterne il contenuto sotto la *giusta* luce (ammesso che su una materia talmente scivolosa ed incerta se ne possa davvero proiettare una...) significa perciò guardare ad esse sotto almeno tre distinti profili attinenti, rispettivamente, non solo al *quando* di esse ma anche al *quomodo* e, soprattutto, al loro *quid*.

Con riferimento al primo aspetto, bisogna innanzitutto rammentare che per non pochi anni la giurisprudenza costituzionale si è invero ben guardata dal pronunziarsi (neppure incidentalmente) sulla questione³⁷: nel 2014 semmai approfittando per ribadire come «la tecnica in esame» – in quell'occasione, come si sa, al vaglio della Corte era il divieto di fecondazione eterologa – andasse «rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta 'surrogazione di maternità', espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia»³⁸. Con la decisione in epigrafe tuttavia – abbandonando il prudente contegno che fino a quel momento l'aveva tradizionalmente contraddistinta – la

³⁵ Sul punto, sent. n. 272 cit. (punto 4.2 *cons. in dir.*).

³⁶ Sul punto, sent. n. 272 cit. (punto 4.3 *cons. in dir.*).

³⁷ Per le considerazioni che seguono, sia consentito rinviare a S. AGOSTA, In fuga dai divieti, cit., 89 s.

³⁸ In tal senso, sent. n. 162 cit. (punto 9 *cons. in dir.*).

Consulta decide di fare, come si suole ormai coloritamente dire, un *endorsment* a favore della citata proibizione legislativa³⁹: lasciando insomma intravedere (nemmeno poi tanto velatamente invero) una tecnica senza appello sospettata di degradare la gestante a mero *mezzo* (vivente) per soddisfare il personale *fine* delle coppie di mettere al mondo un figlio⁴⁰ in una congiuntura nella quale proprio il diritto vivente giurisprudenziale, con in testa la giurisprudenza di legittimità, sembra invece essersi decisamente orientato in senso opposto⁴¹.

Venendo al diverso piano del *quomodo*, non può in secondo luogo trascurarsi come la Consulta in realtà non sia stata affatto stimolata a pronunziarsi sul punto dal remittente ma abbia piuttosto intenzionalmente travalicato il *thema decidendum*, giovandosi del tradizionale strumento dell'*obiter dictum*⁴². Seppure nel momento in cui si scrive non è ovviamente possibile stabilire con certezza se una radicalizzazione così evidente sia destinata a rimanere isolata ovvero a convertirsi piuttosto in una vera e propria “motivazione”⁴³ (cui poggiarsi nella risoluzione di successivi casi che dovessero affacciarsi per farvi espressamente richiamo⁴⁴), sta di fatto che non riuscendo a pronunziarsi *direttamente* sulla disposizione che proibisce la gestazione per altri il giudice delle leggi deve quindi accontentarsi di stigmatizzare solo *indirettamente* la pratica al suddetto divieto sottesa ricorrendo a tale nota operazione retorica.

³⁹ Cfr. F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo*, n. 1/2018, part. 168.

⁴⁰ Così, A. SCHILLACI, *La Corte costituzionale e la conservazione dello status filiationis acquisito all'estero: (molte) luci e (poche) ombre, tra verità biologica e interesse del minore*, in www.diritticomparati.it (18 gennaio 2018).

⁴¹ In tal senso, Corte di Cass., sez. I civ., sent. 30 settembre 2016, n. 19599 che ha, com'è noto, ribaltato il precedente verdetto di cui alla stessa sez., sent. 11 novembre 2014, n. 24001 (critiche a tale giurisprudenza sono espresse, ancora di recente, da E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, spec. 3 ss.). Sul punto, vi è da ricordare che – con ord. n. 4382 del 22 febbraio 2018 – sempre la sez. I civ. ha infine rimesso alle S.U. civili la decisione circa la contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione nei registri dello stato civile del comune di Trento di un provvedimento della *Superior Court of Justice* dell'Ontario che ha accertato la genitorialità di uno dei due figli di una coppia omosessuale italiana nati da maternità surrogata in Canada.

se la trascrizione di un provvedimento straniero di riconoscimento della genitorialità, acquisita all'estero, di una coppia dello stesso sesso, sia contraria all'ordine pubblico, ai sensi della legge n. 218/95

⁴² In oggetto, di recente, L. PASSANANTE, *Sez. I. Inghilterra*, in AA.VV., *Sistemi giuridici nel mondo*, a cura di A. Negri, Torino, 2016, 157; L. PEGORARO, *Diritto pubblico e sistemi costituzionali comparati. Itinerari di apprendimento e di verifica*, Torino, 2018, 67 s.

⁴³ Cfr. F. ANGELINI, *op. cit.*, part. 171.

⁴⁴ ... non di rado senza aggiungere nulla di nuovo o significativo: in tal senso, *ex plurimis*, C. SALAZAR, *Ratio decidendi e obiter dicta nella più recente giurisprudenza costituzionale (1986-1992): due formule “antiche” (forse troppo) per un processo “nuovo” (ma non troppo)?*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Torino, 1994, 305 ss.; A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996, part. 175 ss.

Passando infine al più interessante profilo del *quid*, mentre non si fa invero troppa fatica ad individuare nella dichiarazione di cui al citato punto 4.3 *cons. dir.* un significato a conti fatti meramente ricognitivo/rafforzativo del controverso divieto introdotto nel 2004 – laddove, come si anticipava, rimarca l’elevato grado di disvalore intrinsecamente espresso dall’apposita disposizione penale⁴⁵ (non privo comunque di valore in considerazione del silenzio precedentemente mantenuto) – non altrettanto può dirsi invece per l’iniziale affermazione del precedente punto 4.1 *cons. dir.* In considerazione della forza con cui è stato con fermezza scagliato⁴⁶, il sasso dell’argomento dell’offesa intollerabile non solo alla dignità della donna ma più ampiamente al complesso delle relazioni umane rappresenta senz’altro un *novum* rispetto a precedenti affermazioni e come tale va succintamente analizzato. Se può difatti verificarsi che esso esibisca *ictu oculi* un’incoerenza *interna* (alla stessa pronuncia in epigrafe) sarebbe pure il caso di chiedersi ulteriormente se una dichiarazione talmente *tranchant* non mostri altresì un certo grado d’incoerenza *esterna* (rispetto alle medesime acquisizioni della consolidata giurisprudenza sul punto).

Prendendo innanzitutto le mosse dalla prima, non difficile è in effetti accorgersi di come il Tribunale costituzionale abbia in particolare deciso di contravvenire a quanto pure a chiare lettere poco sopra affermato. Quando cioè – preliminarmente limitando l’ambito dell’indagine rimesso al suo giudizio al solo «accertamento dell’inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità realizzata all’estero» – espressamente dichiara estranei alla proposta questione di legittimità costituzionale non solo «il tema dei limiti alla trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati all’estero» ma, per quanto qui precipuamente interessa, proprio «la legittimità del divieto di tale pratica, previsto dall’art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)» *ivi* compresa «la sua assolutezza»⁴⁷.

Con riferimento a quella che, per comodità espositiva, si è invece chiamata la possibile incoerenza *esterna*, si tratta piuttosto di stabilire se tale innovativa presa di posizione si ponga o meno in linea di continuità con i propri pregressi *dicta*⁴⁸ (primo fra tutti quello ovviamente rappresentato dalla sent. n. 162) sotto almeno tre aspetti rappresentati, rispettivamente, dall’esperienza (con un parallelismo tra divieti e tecniche inizialmente parimenti vietate) dai valori costi-

⁴⁵ In oggetto, E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit., 13 e 15 s.

⁴⁶ Senza ritenere, peraltro, di dover ricorrere almeno alla distinzione tra gestazioni per altri a titolo oneroso ovvero gratuito.

⁴⁷ Sul punto, sent. n. 272 cit. (punto 3 *cons. in dir.*).

⁴⁸ ... peraltro, com’è noto, nel corso degli anni resi in ordine a divieti in tutto e per tutto simili a quello ora all’esame.

tuzionali in gioco (per come *staticamente* individuati e poi *dinamicamente* bilanciati fra di loro) nonché della natura delle fonti che siffatti valori sarebbero in varia misura chiamate a consacrare.

Sul piano dell'esperienza, un parallelismo tra le proibizioni di cui, rispettivamente, agli artt. 4, comma 3, e 12, comma 6, l. n. 40 cit. potrebbe innanzitutto rivelare l'integrale estendibilità al divieto di maternità surrogata di quel *plenum* di considerazioni invero già svolte dalla Corte nel 2014 a proposito della proibizione di eterologa giacché – in maniera speculare alla seconda – pure il primo invero: 1) «non costituisce (...) il frutto di una scelta consolidata nel tempo, in quanto è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico proprio» dall'art. 12, comma 6, cit.; 2) «neppure è, poi, conseguito ad obblighi derivanti da atti internazionali» ovvero dall'ordinamento costituzionale complessivamente considerato⁴⁹; 3) potrebbe persino dirsi non interamente rispettoso del canone di razionalità della legge (svincolato *ex art.* 3 Cost. da una normativa di raffronto) giacché «alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 'di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana' (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla» surrogazione di maternità potrebbe introdurre «un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute (...) è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*»⁵⁰ (come appunto quelle in cui la donna ha dovuto subire un intervento particolarmente invasivo ed invalidante come l'integrale rimozione dell'utero a seguito, ad esempio, di una patologia neoplastica).

Se poi – sempre dal punto di vista considerato – si volesse passare dal parallelismo tra gli esaminati divieti legislativi a quello tra le pratiche ad essi sottese pure la maternità surrogata, non diversamente dalla fecondazione eterologa (con la quale si sta mettendo a raffronto dalla prospettiva della pregressa giurisprudenza costituzionale) in effetti: 1) «mira a favorire la vita»; 2) «pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita»⁵¹; 3) «alla luce delle notorie risultanze della scienza medica, non comporta, inoltre, rischi per la salute dei donanti e dei donatari eccedenti la normale alea insita

⁴⁹ ... se sol si valuti che «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione»: in oggetto, sent. n. 162 cit. (punto 6 *cons. in dir.*).

⁵⁰ Cfr. sent. n. 162 cit. (punto 13 *cons. in dir.*).

⁵¹ ... ciò nonostante si tratti di una pratica ben più relazionale – in quanto coinvolgente la partecipazione di una terza estranea alla coppia che mette a disposizione il proprio grembo – della mera fecondazione di tipo eterologo: cfr., ad esempio, Corte d'App. Milano, ord. 25 luglio 2016 (punto 13 *cons. in dir.*) [sul punto, di recente, B. PEZZINI, *Introduzione al Focus su Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, a cura della stessa B. Pezzini, in *GenUS*, n. 2/2017, 7].

in qualsiasi pratica terapeutica»; 4) non compromette infine il diritto all'identità genetica del futuro nato⁵². In tale ultimo senso, d'altro canto, è sembrata volgersi anche la decisione in commento la quale altrimenti, proprio in un caso di surrogazione all'estero, non avrebbe certo lasciato al giudice il compito di valutare appunto se la potenziale variazione di *status* possa infliggere un *vulnus* all'interesse (e, perciò stesso, all'identità ad esso sottesa) del minore coinvolto come invece si è visto *supra* che ha fatto.

4. (*Segue*): dei valori costituzionali in gioco

Venendo al secondo dei profili considerati (vale a dire quello che, sempre per ragioni espositive, si è denominato dei valori) un bilanciamento *dinamico* tra gli interessi costituzionali in gioco, per essere correttamente impostato, non può che naturalmente presupporre la loro esatta individuazione già dal punto di vista *statico*. Sotto questo precipuo riguardo, l'*obiter* di cui al punto 4.1 cit. parrebbe tuttavia voler disconoscere, sgombrandone di colpo il campo, quelle «plurime esigenze costituzionali» che in materia dovrebbero venire invece «inevitabilmente in gioco»⁵³ – e quei parametri a queste ultime riconducibili «poiché (...) la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango»⁵⁴ – sembrerebbe ad integrale ed esclusivo beneficio del solitario interesse unicamente ritenuto meritevole di tutela (quello facente appunto capo alla candidata gestante). Sebbene la condizione della futura madre sia non poche volte venuta in rilievo nel diritto vivente costituzionale (più che con riferimento alla dignità di cui è portatrice soprattutto, com'è noto, relativamente al suo diritto alla salute⁵⁵), forse più accorta si sarebbe comunque rivelata almeno la considerazione – per le ipotesi di maternità sostitutiva a titolo gratuito

⁵² Così, sent. n. 162 cit. (punto 9 *cons. in dir.*).

⁵³ In tal senso, sent. n. 347/1998 (punto 3 *cons. in dir.*).

⁵⁴ Sul punto, sent. n. 162 cit. (punto 4 *cons. in dir.*).

⁵⁵ In oggetto, *ex plurimis*, sentt. nn. 27/1975, 151/2009 e 96/2015 nella parte in cui hanno, rispettivamente, riconosciuto: il peculiare stato di necessità della donna incinta in pericolo di grave compromissione nella salute; l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie derivante dall'originario divieto di cui all'art. 14, comma 2, l. n. 40 cit. di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque superiore a tre (il quale, di fatto, rendeva necessario il ricorso alla reiterazione dei cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non desse luogo ad alcun esito); l'illegittimità di un sistema normativo il quale non consentiva – pur essendo scientificamente possibile – di far acquisire “prima” alla donna un'informazione che le avrebbe permesso di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute (senza peraltro che il *vulnus*, così arrecato a tale diritto, potesse trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque stato esposto all'aborto).

Sulla sent. n. 151 cit. v. almeno D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, entrambi in *Consulta Online* (rispettivamente, 20 e 15 settembre 2009). Cfr. anche S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima*

– di altre situazioni, pure non poco rilevanti, facenti rispettivamente capo al concepito ed alla stessa coppia incapace di procreare spontaneamente.

Da questo punto di vista, mentre una qualche forma di *apertura* alla gestazione per altri potrebbe non necessariamente ledere la dignità del nascituro (né tanto meno, per i motivi che tra un attimo si diranno, della stessa gestante), non altrettanto parrebbe potersi dire invece per la perdurante *chiusura* dell'ordinamento a tale pratica rispetto alle coppie. Con riferimento al concepito⁵⁶ –

risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009); G. DI GENIO, Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita, entrambi in www.forumcostituzionale.it (rispettivamente, 19 settembre e 20 maggio 2009).

A commento della sent. n. 96 cit. M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*; I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*; S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, tutti in www.forumcostituzionale.it (rispettivamente, 20 giugno, 4 novembre e 8 luglio 2015). Cfr. anche E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta OnLine*, 2015/II, 533 ss.; C. NARDOCCI, *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2016, 271 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC* (24 luglio 2015); G. REPETTO, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in www.diritti-comparati.it (11 giugno 2015); C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in www.costituzionalismo.it, n. 2/2015.

⁵⁶ ... rispetto al quale, vietando un trattamento deteriore degli embrioni malformati rispetto a quelli sani creati in numero superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, la più recente giurisprudenza non ha mancato ancora di recente di evidenziare che «la dignità dell'embrione, quale entità che ha in sé il principio della vita (ancorché in uno stadio di sviluppo non predefinito dal legislatore e tuttora non univocamente individuato dalla scienza), costituisce, comunque, un valore di rilievo costituzionale riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.'»: cfr. spec. sent. n. 229/2015 (punto 3 *cons. in dir.*) – su cui A. VALLINI, *Ancora sulla selezione preimpianto: incostituzionale la fattispecie di selezione embrionale per finalità eugenetiche, ma non quella di embrionicidio*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it (21 dicembre 2015) – richiamata da sent. n. 86/2016 (punto 8.2.1 *cons. in dir.*) con commenti di C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*; M.P. IADICICCO, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*; V. MARZOCCO, *In potenza o in atto? La Corte costituzionale e lo statuto normativo dell'embrione*; S. PRISCO, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*; G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*; A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*; A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a C. cost., sent. n. 84/2016), tutti in *Biolaw Journal*, n. 2/2016, rispettivamente, 157 ss., 171 ss., 183 ss., 197 ss., 209 ss., 223 ss., 245 ss. e 253 ss.). V. pure E. CHIERGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in www.forumcostituzionale.it (4 giugno 2016); V. TIGANO,

oltre al fatto che la stessa sent. in commento si è visto che non ritenga di evocare in campo la potenziale lesione – la medesima *ratio* evidentemente sottesa alla sent. n. 162 più volte cit. potrebbe dimostrare come le modalità di iniziale concepimento, successiva gestazione ed infine parto, non rilevino in relazione alla tutela della sua integrità, né dignità⁵⁷. Di qualche rilievo (senza che l'*obiter* in esame se ne sia potuto in effetti nemmeno occupare) è poi un esame del versante relativo alla dignità della gestante. La quale, anziché irrimediabilmente vulnerata, ben potrebbe al contrario considerarsi pienamente auto-realizzata ogni qualvolta la donna liberamente ritenga che la spontanea – ed assolutamente individuale – scelta di assumere su di sé il gravoso onere di condurre gratuitamente una gravidanza per conto di altri possa pienamente appagarla.

Quando a venire piuttosto in rilievo sono i due distinti (ma reciprocamente interferenti) profili del diritto alla salute e della libertà di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli, con altrettanta sicurezza non sembrerebbe potersi affermare invece che l'attuale divieto non leda le coppie richiedenti: il primo com'è noto inteso, per costante giurisprudenza, «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica»⁵⁸, «la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica»⁵⁹ (indipendentemente, cioè, dalla diversità della tecnica di PMA adottata⁶⁰); la seconda, considerata quale «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come (...) affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare»⁶¹ (ed il cui bilanciamento in passato ha ad esempio ridimensionato la tutela, per ciò solo quindi reputata non assoluta, dell'embrione⁶²).

De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A., in www.dirittopenalecontemporaneo.it (8 maggio 2016) (nel senso del più generale riconoscimento della tutela del concepito ex artt. 2, 30 e 31 Cost. v. già sentt. nn. 27/1975, 247/1998, 151/2009, 162/2014).

⁵⁷ ...a meno di non voler *a contrario* (ed inaccettabilmente) ritenere non solo che la Corte – rimuovendo la proibizione di cui all'art. 4, comma 3, cit. – abbia già voluto per ciò solo avallare una pratica irrimediabilmente lesiva del futuro minore ma pure (e paradossalmente) che la dignità di quest'ultimo sia tutto sommato sacrificabile mentre quella della donna che l'ha portato in grembo no.

⁵⁸ Così, sent. n. 251/2008 (punto 11 *cons. in dir.*) (e, non dissimilmente, sentt. nn. 253/2003 e 113/2004).

⁵⁹ In tal senso, sent. n. 167/1999 (punto 7 *cons. in dir.*).

⁶⁰ «Anche tenendo conto delle diversità che caratterizzano dette tecniche, è, infatti, certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data, secondo quanto sopra esposto»: sul punto, sent. n. 162 cit. (punto 7 *cons. in dir.*).

⁶¹ In oggetto, sent. n. 162 cit. (punto 6 *cons. in dir.*).

⁶² Cfr. sent. n. 151 cit. (punto 6.1 *cons. in dir.*).

Se non vuol arrivarsi a dire (perché reputato troppo *hard*) che sottese al delicato bilanciamento nel frangente in esame siano sempre e soltanto *plurime* e sfaccettate espressioni dell'*unico* valore della dignità – chiamato ad essere bilanciato... con sé stesso in ragione della diversità dei soggetti cui fa capo⁶³ (potendosi immaginare solo con se stesso un potenziale conflitto dell'unico valore in tesi ritenuto super-costituzionale⁶⁴) – può però quantomeno ritenersi (in senso *soft*) che qualora, come sembra, non vulneri necessariamente altri valori costituzionali (casomai potendone valorizzare al contempo ulteriori di pari rango), l'ordinamento non debba obbligatoriamente vietare una scelta concernente la più intima ed intangibile sfera della persona umana: come quella di donare il proprio grembo, per la madre gestante, e specularmente quella di avere o meno un figlio, per la coppia sterile o infertile.

Se circoscrivere *staticamente* la dignità della madre surrogata *uti singula* – e darne assiomaticamente per scontata solo un'accezione prescindente dalle infinite specificità delle volontà individualmente espresse – potrebbe meritare qualche riflessione in più, non diversamente potrebbe accadere sul, pur contiguo, piano *dinamico* del bilanciamento tra i valori. Com'è noto, del resto, la giurisprudenza costituzionale ha sempre tradizionalmente subordinato la protezione assoluta di un valore al verificarsi di alcune (ampiamente consolidate e note) condizioni: vale a dire, solo laddove le limitazioni ad una libertà – «ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio» – siano «ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango»⁶⁵; ovvero il potenziale *vulnus* alla tutela dell'interesse che si vuol proteggere in modo assoluto non trovi «giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista»⁶⁶.

Premesso che non possa ovviamente esplicitarsi senza limiti – venendo al primo dei requisiti prescritti – vi è da dire che intanto la scelta libera, gratuita e volontaria di donare il frutto del proprio parto e, corrispondentemente, di diventare genitori e di formare una famiglia potrà subire una compressione non irragionevole da parte di un divieto legislativo assoluto solo in quanto esso rap-

⁶³ Del peculiare caso di conflitto di un valore con sé stesso – «siccome se ne facciano però portatori soggetti diversi, ugualmente meritevoli di protezione» – discorre, ad esempio, A. RUGGERI, [Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni](#), Torino, 2009, 49 s.

⁶⁴ A discorrere per primi della dignità come “valore super-costituzionale” sono stati A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss. (sul punto si veda, peraltro, anche la peculiare ricostruzione di A. RAUTI, *Bilanciamento e gerarchia dei valori tra tecniche giuridiche e fondamento costituzionale*, in AA.VV., *Alla ricerca del “diritto ragionevole” tra ordinamento costituzionale e ordinamento comunitario*, a cura di G. VERDE-S. PAJNO, Torino, 2004, 197 ss.).

⁶⁵ Così, sent. n. 332/2000 cit. da sent. n. 162 cit. (punto 6 *cons. in dir.*).

⁶⁶ In tal senso, sent. n. 229/2015 (punto 3 *cons. in dir.*).

presenti l'unico mezzo per tutelare altri interessi parimenti meritevoli di protezione costituzionale (e, ciò, a prescindere da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur degni di attenzione in un ambito così delicato⁶⁷). Relativamente alla seconda condizione indicata, ancora di recente il Tribunale costituzionale ha emblematicamente ritenuto affievolita la tutela dell'embrione «solo in caso di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale (come il diritto alla salute della donna) che, in temine di bilanciamento, risultino, in date situazioni, prevalenti»⁶⁸.

Nel caso della proibizione della surrogazione di maternità, tuttavia, può discutersi se ciascuno dei prospettati requisiti sia pienamente integrato: con riferimento al primo perché – tra ammettere *tutto* e non consentire *niente* – uno sguardo alla disciplina della maternità surrogata adottata in altri paesi dimostra al contrario come in luogo di un esclusivo divieto assoluto sia in materia permesso un ventaglio di intermedie opzioni legislative (come tali ovviamente presupponenti altrettante variabili modulazioni dei valori in gioco). Relativamente alla seconda condizione tradizionalmente richiesta dalla giurisprudenza costituzionale, potrebbe poi osservarsi che di esigenze antagoniste si è già visto *supra* come a rigore non ne mancherebbero (potendo casomai confrontarsi sulla considerazione che queste ultime siano espressive del medesimo valore supercostituzionale di cui la dignità della gestante non è che un aspetto⁶⁹). Nel più che quarantennale diritto vivente sul punto, d'altro canto, non si è mai persa occasione per rimarcare la centralità del bilanciamento in un campo talmente delicato e complesso: a partire da quella che può essere ritenuta la pronuncia capostipite di tale ambito⁷⁰ per arrivare alle più recenti acquisizioni⁷¹, passando attraverso una serie di intermedi snodi interpretativi cui adesso non è possibile compiutamente accennare⁷².

⁶⁷ Sul punto, sent. n. 162 cit. (punto 6 *cons. in dir.*).

⁶⁸ Con la conseguenza di non ritenere ad esempio giustificato «il *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res* (...), in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista», quale il diritto di autodeterminazione, nel caso concretamente scrutinato assente: in oggetto, sent. n. 229 cit. (punto 3 *cons. in dir.*).

⁶⁹ Per tutti, l'illustrato diritto alla salute ovvero la citata libertà di formare una famiglia con figli, entrambe facenti capo alle coppie sterili o infertili.

⁷⁰ Cfr., ad esempio, sent. n. 27 (sesto c.p.v.) cit. laddove – com'è noto – stabilisce che «l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione».

⁷¹ ... laddove, ad esempio, si ricorda che – «come ogni altro valore costituzionale» – «anche la tutela dell'embrione è stata ritenuta soggetta a bilanciamento, specie al fine della 'tutela delle esigenze della procreazione' ed a quella della salute della donna (sentenze n. 151 del 2009 e n. 96 del 2015)»: così, sent. n. 86 cit. (punto 8.2.1 *cons. in dir.*).

⁷² In tal senso, rispettivamente, sentt. nn. 347 cit., 151 cit. e 162 cit.

5. (*Segue*): delle fonti

Passando al rimanente piano delle fonti, neppure dovrebbe infine darsi per scontato che l'*an* della prescrizione di cui alla l. n. 40 cit. discenda, come si suol dire, a "rime obbligate" dalla Costituzione⁷³. Piuttosto, sarebbe importante sondare il *quomodo* di simile presunto vincolo costituzionale, a seconda cioè se si ritenga il contenuto del divieto di gestazione per altri costituzionalmente vincolato ovvero solo costituzionalmente obbligatorio. Da questa prospettiva, mentre la stessa decisione in epigrafe (dopo aver pronunziato parole tanto forti) sul cruciale punto poi non aggiunge effettivamente altro, bisogna piuttosto rammentare – nell'attuale assenza di argomenti che espressamente testimonino un mutato orientamento giurisprudenziale in tal senso – quel diritto vivente costituzionale che ha sempre esplicitamente considerato l'intera l. n. 40 cit. come disciplina *solo* costituzionalmente necessaria. Ai fini di un eventuale ripensamento legislativo di tale proibizione, insomma, nemmeno rileverebbe – come pure è stato in altra occasione detto⁷⁴ – la natura divisiva o meno della scelta *ex se* considerata quanto, casomai, il suo effettivo disporsi rispetto al vincolo discendente dalla tavola dei valori costituzionali (cui nessuna previsione di legge non potrebbe sottrarsi dal guardare).

A tale ultimo proposito – richiamando i *referendum* aventi per oggetto disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato – non è secondario ricordare che già ben più di dieci anni or sono la stessa Corte invero evidenziava come potessero fregiarsi di tale titolo solo quelle previsioni «il cui nucleo normativo non [potesse] venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risult[assero] lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)»: non già, quindi, «tutte le leggi ordinarie comunque costitutive od attuative di istituti, di organi, di procedure, di principi stabiliti o previsti dalla Costituzione» bensì solo «quelle 'che non

⁷³ Sul punto, *ex multis*, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in AA.VV., *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. OCCHIOCUPO, Bologna 1978, 84 e ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 402 ss. [*contra*, L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81-luglio '85)*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, 313 s. e R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 89, ma v. *passim*]. Ancora di recente peraltro – a proposito della diversa ponderazione dei valori in conflitto auspicata dal giudice rimettente nella direzione di una maggiore apertura alle esigenze della collettività correlate alle prospettive della ricerca scientifica – la Corte ha com'è noto negato un suo intervento additivo «stante», appunto, «il carattere non 'a rima obbligata' di un tale intervento»: in oggetto, sent. n. 84 cit. (punto 11 *cons. in dir.*).

⁷⁴ Cfr. sent. n. 84 cit. (punto 8.1 *cons. in dir.*) a proposito della «tragica» scelta «tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell'embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica»: criticamente v. A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati*, cit.

possono venir modificate o rese inefficaci, senza che ne risultino lese le corrispondenti disposizioni costituzionali»⁷⁵. Avendo in sé metabolizzato determinati principi o disposti costituzionali – nel senso di riprodurne esattamente i contenuti ovvero concretarli nel solo modo costituzionalmente consentito – solo tali prescrizioni si sarebbero perciò contraddistinte per la loro implicita resistenza alla rimozione successiva. Ciò a meno di non voler elidere l'unica necessaria disciplina attuativa conforme alla norma costituzionale (la cui cancellazione per ciò stesso si convertirebbe in una lesione di quest'ultima) ovvero privare «totalmente di efficacia un principio od un organo costituzionale la cui esistenza è invece voluta e garantita dalla Costituzione»⁷⁶.

Quale «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa», tuttavia, la disciplina recata dalla l. n. 40 cit., anziché a contenuto costituzionalmente vincolato, come si sa è stata piuttosto ritenuta dalla Consulta solo «costituzionalmente necessaria», senza che la giurisprudenza successiva abbia mai avvertito invero l'esigenza di ritornare su tale iniziale acquisizione per rimeditarne il contenuto, anzi⁷⁷.

Come normativa ordinaria «la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione»⁷⁸ – in quanto emanata a garanzia del «nucleo costituzionale irrinunciabile» di protezione di un principio costituzionale⁷⁹ – di ovvio perciò rimarrebbe solo che una disciplina costituzionalmente necessaria, come quella in oggetto, non possa essere interamente abrogata «così da eliminare la tutela precedentemente concessa» («pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituisc[e] strumento»⁸⁰). Ma, una

⁷⁵ Così, sent. n. 45/2005 (punto 5 *cons. in dir.*) su cui E. LAMARQUE, *Ammissibilità dei referendum: un'altra occasione mancata*, S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato" Fuga dal referendum: "Comitati del no" e Governo a Corte*, A. PUGIOTTO, *Fuga dal referendum: "Comitati del no" e Governo a Corte*, A. RUGGERI, *Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita*, in www.forumcostituzionale.it (rispettivamente, 23 Marzo 2005 e 19 Aprile 2005) nonché A. DI BLASI, *I limiti della tutela del concepito tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, n. 3/2004 e V. SATTA, *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005*, in www.amministrazioneincammino.it.

⁷⁶ In tal senso, ancora sent. n. 45/2005 (punto 5 *cons. in dir.*).

⁷⁷ Sul punto, sentt. nn. 162 (punti 5, 6 e 13 *cons. in dir.*) cit. e 84 (punto 11 *cons. in dir.*) cit.

⁷⁸ In oggetto, sent. n. 35/1997 (punto 2 *cons. in dir.*).

⁷⁹ Cfr. sent. n. 42/2000 (punto 3.3 *cons. in dir.*).

⁸⁰ Così, sent. n. 49/2000 (punto 3 *cons. in dir.*).

volta che quest'ultima sia venuta ad esistenza, ciò non vuol pure dire che essa non possa essere – nelle singole disposizioni che la compongono (e non già, come visto, interamente) – abrogata dal legislatore, o dal popolo con pronuncia referendaria appunto, ovvero (se nel maggiore è contenuto il minore...) opportunamente modificata o sostituita con altra meno rigida previsione⁸¹.

Al consolidato diritto vivente costituzionale ora brevemente richiamato, peraltro, è parsa allinearsi pure la più recente giurisprudenza di legittimità⁸². Chiamata a valutare la previa compatibilità con l'ordine pubblico interno di quei provvedimenti esteri (giudiziali od amministrativi) di riconoscimento come propri dei figli di coppie che (realizzata la surrogata in quegli Stati che a certe condizioni la consentivano) ne pretendevano la relativa trascrizione nei registri dello stato civile del Comune italiano di appartenenza, la stessa Corte di Cassazione – dopo un'iniziale timidezza⁸³ – ha com'è noto recisamente negato⁸⁴ che il divieto in commento (oltre agli artt. 5, 9, comma 3, e 12, comma

⁸¹ «*In parte qua*», pertanto, la disciplina in esame «non ha contenuto costituzionalmente vincolato; infatti, nel dichiarare ammissibile la richiesta di *referendum* popolare per l'abrogazione, tra gli altri, dell'art. 4, comma 3, è stato sottolineato che l'eventuale accoglimento della proposta referendaria non avrebbe fatto 'venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria': così sent. n. 49/2005 (punto 3.3 *cons. in dir.*) richiamata da sent. n. 162 cit. (punto 11 *cons. in dir.*).

⁸² Su questi profili, se si vuole, S. AGOSTA, *Il perdurante allontanamento tra diritto vivente giurisprudenziale e vigente legislativo sulla surrogazione di maternità (ed i possibili modi di ricongiungimento in una prospettiva costituzionalmente orientata)*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: aspetti di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di C. PANELLA e dello stesso S. AGOSTA, Napoli, 2017, in corso di stampa (part. § 2).

⁸³ In tal senso, part. C. Cass. sent. 11 novembre 2014, n. 24001 su cui, *ex plurimis*, G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione ed il divieto di maternità surrogata*, in *Foro it.*, 2014, I, 3414 ss.; F. FIORRETTI, *Maternità surrogata e adozione del minore: sentenza della Corte di Cassazione*, in www.professionegiustizia.it (21 novembre 2014); F. MACHINA GRIFEO, *Utero in affitto, la Cassazione chiude al riconoscimento in Italia*, in www.diritto24.ilsole24ore.com (11 novembre 2014); G. MATTIELLO, *Utero in affitto: pratica vietata in Italia, il minore è adottabile*, in www.altalex.com (17 novembre 2014); B. SALONE, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, in *Dir. civ. contemporaneo*, n. 3/2014; F. RUSSO, *Cassazione Civile: no alla maternità surrogata*, in www.filodiritto.com (7 gennaio 2015); D. FERRARI, *Status giuridico e orientamento sessuale. La condizione giuridica dell'omosessualità dalla sanzione, alla liberazione, alla dignità*, Padova, 2016, part. 127 s.; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, part. 65 s.

⁸⁴ Sul punto, C. Cass. sent. 30 settembre 2016, n. 19599 (e, non dissimilmente, C. Cass. sent. 15 giugno 2017, n. 14878) su cui, tra i tanti, D. D'AGOSTINO, *Gravidanza a seguito di donazione di ovocita dalla propria partner*, in www.nota.it (17 ottobre 2016); F. MACHINA GRIFEO, *Bambino nato da due mamme in Spagna, sì al riconoscimento in Italia*, in www.diritto24.ilsole24ore.com (30 settembre 2016); C. NICOLETTI, *È trascrivibile in Italia l'atto di nascita di un figlio nato da due madri - Cass. Civ. 19599/2016*, in www.personaedanno.it (25 ottobre 2016); G. RUSSO, *Il preminente interesse del minore: Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599*, in www.salvisjuribus.it (19 novembre 2016); A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in www.articolo29.it (3 ottobre 2016); G. VASSALLO, *Figlio*

2, l. n. 40 cit.) potesse a pieno titolo rientrare nel nucleo essenziale di valori dell'ordinamento interno⁸⁵. In quanto espressiva solo di «una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative *non sono costituzionalmente obbligate*»⁸⁶, da un'accezione internazionalistica di ordine pubblico dovrebbe perciò restare escluso proprio l'intero blocco di previsioni di cui alla l. n. 40 cit. *supra* citate⁸⁷.

Linearmente a tali premesse, da tempo la giurisprudenza costituzionale ha peraltro dettato le condizioni in presenza delle quali «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana» (che tutti, evidentemente, li racchiude) non potrà che primariamente appartenere alla valutazione del legislatore⁸⁸.

A parte il naturale confine comunemente rappresentato dalla non irragionevolezza della propria scelta – per cui, com'è noto, dovrà necessariamente evitare modalità di bilanciamento tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno degli interessi costituzionalmente rilevanti in misura eccessiva (e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale⁸⁹) – il legislatore non potrà altresì non tener conto di quegli orientamenti ed istanze che apprezzi come maggiormente diffusi e radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale⁹⁰. Così come, pure, non potranno essere disattesi quei «limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono

nato da due madri all'estero? Sì al riconoscimento in Italia, in www.altalex (24 ottobre 2016); M. WINKLER, *Figlio di due madri: la Cassazione, la genitorialità e l'ordine pubblico internazionale*, in www.quotidianogiuridico.it (11 ottobre 2016); V. ZEPELLI, *Bimbo con due madri: il sì della Cassazione. Ecco la sentenza*, in www.studiocataldi.it (3 ottobre 2016).

⁸⁵ In oggetto, C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)* e 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*, entrambe in *Maternità – filiazione – genitorialità*, cit., rispettivamente, 119 ss. e 145 ss.

⁸⁶ Cfr., Corte Cass. sent. 30 settembre 2016, cit. (punto 10.1 *cons. dir.*) (corsivi non testuali).

⁸⁷ Critiche sono sul punto espresse da F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in *Maternità – filiazione – genitorialità*, cit., part. 47 ss.

⁸⁸ Così, sent. n. 347 cit. (punto 4 *cons. in dir.*).

⁸⁹ In tal senso, sent. n. 162 cit. (punto 13 *cons. in dir.*).

⁹⁰ Sul punto, sent. n. 84 cit. (punto 11 *cons. in dir.*). Di non poco interesse, in tal senso, i risultati di un recente sondaggio di opinione dai quali sarebbe emerso come la forbice del passato esistente tra gli italiani contrari alla maternità surrogata e quelli astrattamente favorevoli si sia ormai di molto ridotta al 7% (coi primi che si attestano, cioè, al 48% ed i secondi al 41% del campione rilevato, oltre ad una residua percentuale dell'11% che non sa o non risponde): cfr. M. RICCI SARGENTINI, *La ricerca (voluta dalle donne)*, in www.corriere.it (30 novembre 2017).

in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica»⁹¹ nonché il «loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale»⁹². Lungi dal fondarsi esclusivamente su valutazioni politiche puramente discrezionali, un eventuale intervento legislativo sull'appropriatezza delle scelte terapeutiche (*ivi* compresa la maternità surrogata) non potrà pertanto prescindere da «indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati»⁹³. Da un lato, ciò vale per l'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica come anche, dall'altro, per la «strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone»⁹⁴.

6. Ristretta (ma non del tutto preclusa) la via di una parziale flessibilizzazione legislativa

Nel rispetto dei richiamati prerequisiti è perciò ovvio che – «per i profili assiologici che la connotano» e la «diversa ponderazione dei valori in conflitto» – quella di un'eventuale flessibilizzazione (nel senso di consentire un qualche margine almeno ai casi di surrogazione a titolo gratuito) dell'attuale rigido divieto con una normativa che bilanci più ragionevolmente i vari interessi di rilievo costituzionale coinvolti⁹⁵ rimane «una scelta di così elevata discrezionalità» che «il differente bilanciamento dei valori in conflitto (...) non potrebbe, infatti, non attraversare (e misurarsi con) una serie di molteplici opzioni intermedie, che resterebbero, anch'esse, inevitabilmente riservate al legislatore»⁹⁶. Forse più che in occasione del precedente caso della fecondazione eterologa – a motivo del coinvolgimento di una donna terza rispetto alla coppia⁹⁷ – è proprio nel frangente in esame che al legislatore sarebbe richiesto d'introdurre una disciplina che accompagni la candidata gestante e la coppia richiedente lungo

⁹¹ In oggetto, sent. n. 151 cit. (punto 6.1 *cons. in dir.*).

⁹² Cfr. sent. n. 84/2016 (punto 11 *cons. in dir.*).

⁹³ Così, sent. n. 8/2011 (punto 1.1.3 *cons. in dir.*) richiamando sent. n. 282/2002: volendo, sul punto cfr. S. AGOSTA, Voce *Libertà della scienza*, in AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. MORELLI, L. TRUCCO, Torino, 2014, 474 ss.

⁹⁴ In tal senso, sent. n. 162 cit. (punto 7 *cons. in dir.*) la quale, com'è noto, ha pure cura di precisare come non si tratti di «soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango».

⁹⁵ Sul punto, sent. n. 84 cit. (punto 11 *cons. in dir.*).

⁹⁶ In oggetto, sent. n. 84 cit. (punto 11 *cons. in dir.*).

⁹⁷ Sul punto, ad esempio, E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit., spec. 6 ss.

il delicato percorso che l'impiego di tali metodiche inevitabilmente implica, dall'avvio iniziale al suo svolgimento fino all'esito finale.

Così, con riferimento alla fase *anteriore* alla gravidanza, ad essere regolamentati dovrebbero essere almeno: il novero delle patologie che possano giustificare un limitato accesso alla surrogazione di maternità (periodicamente aggiornandolo alla luce dell'evoluzione tecnico-scientifica) nonché le corrispondenti procedure mediche di accertamento (relativamente alla *coppia*); le forme di autorizzazione preventiva e di controllo successivo (rispetto alle *strutture abilitate*)⁹⁸; le eventuali caratteristiche che l'aspirante candidata dovrebbe previamente possedere (a parte ovviamente un minimo ed un massimo di età e le condizioni psico-fisiche, la cittadinanza, lo stato civile, l'essere già madre di figli, ecc.) nonché modalità di accesso tali da scongiurare ipotesi di maternità surrogata di tipo oneroso in forma mascherata (riguardo alla *madre surrogata*). Non dissimilmente andrebbero infine disciplinate le successive fasi coincidenti col *durante* e *l'immediatamente dopo* la gravidanza: rispettivamente prevenendo, ad esempio, un minimo di comportamento reciproco tra coppia e gestante nonché fissando lo *status* giuridico del nato (a seconda del diverso apporto biologico dei soggetti coinvolti) e, soprattutto, regole per la prevenzione di eventuali conflitti (sopra tutte, quella dell'indispensabile diritto al ripensamento da parte della partoriente).

In ciò, d'altra parte, il Parlamento potrebbe risultare non poco facilitato dalla possibilità di attingere tanto alle soluzioni predisposte dagli ordinamenti giuridici di Stati che ammettono tale pratica⁹⁹ quanto a quelle interne da tempo già vigenti (da cui sia desumibile, cioè, una regolamentazione della tecnica in commento mediante gli strumenti interpretativi ordinariamente a disposizione)¹⁰⁰: anche qui come già visto in occasione dell'eterologa, non solo quindi richiamando la disciplina della donazione di tessuti e cellule umani (in quanto espressiva di principi generali pur nella diversità delle fattispecie¹⁰¹) ma, pure, prendendo rispettivamente le mosse dall'accertata assolutezza delle cause di

⁹⁸ Cfr. B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in *Maternità – filiazione – genitorialità*, cit., part. 118.

⁹⁹ Per una disamina aggiornata sul punto v., di recente, E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in *Maternità – filiazione – genitorialità*, cit., 15 ss. nonché sia consentito rinviare anche a S. AGOSTA, *In fuga dai divieti*, cit.

¹⁰⁰ Così sent. n. 162 cit. (punto 11.1 *cons. in dir.*).

¹⁰¹ In tal senso, A. RUGGERI-C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta OnLine* (27 marzo 2017), 143 (per indicazioni più risalenti v., *ex plurimis*, V. RIZZO, *Atti di «disposizione» del corpo e tecniche legislative*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 630 ss. e ID., *I trapianti tra l'attuale «complessità dell'ordinamento» e l'emergere delle «destinazioni solidaristiche»*, in AA.VV., *Diritto privato, Studi in onore di Antonio Palazzo*, II, *Persona, famiglia e successioni*, a cura di A. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI, Torino, 2009, 677).

sterilità o infertilità¹⁰², dal rispetto dei principi di gradualità e del consenso informato nonché dall'accesso limitato alle sole coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

Resta inteso che – pur essendo riservato il merito della decisione in prima battuta alla valutazione del legislatore – impregiudicata rimane, com'è ovvio, infine «la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle [contrapposte] esigenze e dei valori ai quali si ispirano»¹⁰³. Accertato ad esempio che una sopravvenuta revisione legislativa esibisca una non ragionevole nuova ponderazione tra i molteplici interessi in campo, difatti, il Tribunale costituzionale comunque non potrebbe «sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio», dovendone naturalmente dichiarare l'illegittimità¹⁰⁴.

Tenendo rispettivamente conto della proporzionalità dei mezzi prescelti rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare (o alle finalità che lo stesso Parlamento intende perseguire) e delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti¹⁰⁵, pure in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa come il presente il giudice delle leggi ben potrebbe perciò avvalersi dell'(ormai familiare) armamentario rispettivamente offerto dallo scrutinio di ragionevolezza¹⁰⁶ e da quello di proporzionalità¹⁰⁷.

Non poche – e nemmeno invero irrilevanti – vi è da dire che sono d'altro canto state, in tempi abbastanza recenti, le occasioni in cui la Corte non si è sottratta all'onere di scrutinare la ragionevolezza delle disposizioni in materia indubbiamente. Così ad esempio, con sent. n. 96/2015, la Consulta ha già rilevato

¹⁰² ... vale a dire sempre che non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuoverle (e tali circostanze siano comunque documentate da atto medico e da questo certificate).

¹⁰³ Sul punto, sent. n. 162 cit. (punto 5 *cons. in dir.*).

¹⁰⁴ In oggetto, sent. n. 162 cit. (punto 11 *cons. in dir.*).

¹⁰⁵ Cfr. sent. n. 1130/1988 (punto 2 *cons. in dir.*).

¹⁰⁶ In ossequio al primo, «la discrezionalità spettante al legislatore ordinario nell'individuare le misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra», in particolare, «il limite del 'rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati'» (specie se si tratti di patologie produttive di una disabilità intesa, per evidenti ragioni solidaristiche, in senso ampio): cfr. sentt. nn. 251/2008 e 80/2010 richiamate da sent. n. 162 cit. (punto 7 *cons. in dir.*). Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 6, l. n. 40 cit., la Corte ha ad esempio ribadito come – a proposito dell'individuazione delle condotte penalmente punibili – la discrezionalità legislativa possa «essere censurata in sede di giudizio di costituzionalità soltanto ove il suo esercizio ne rappresenti un uso distorto od arbitrario, così da confliggere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza»: così sent. n. 229/2015 (punto 3 *cons. in dir.*) *ex plurimis* richiamando decc. nn. 144/2001, 110/2003, 364/2004, 249/2007, 273/2010, 81/2014.

¹⁰⁷ In applicazione del secondo andrà valutato, invece, «se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi»: in tal senso, sent. n. 1/2014 (punto 3.1 *cons. in dir.*).

«un insuperabile aspetto di irragionevolezza» nell'indiscriminato divieto all'accesso alla PMA con diagnosi preimpianto a carico di «coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni»¹⁰⁸. Richiamando in particolare il principio di non contraddizione – per cui quanto era divenuto lecito con la precedente sent. n. 96 non poteva dunque essere più attratto nella sfera del penalmente rilevante – con successiva sent. n. 229 dello stesso anno essa aveva parimenti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lett. *b*), e 4, l. n. 40 cit. nella parte in cui vietavano (sanzionandola penalmente) «la condotta selettiva del sanitario volta esclusivamente ad evitare il trasferimento nell'utero della donna di embrioni che, dalla diagnosi preimpianto, [fossero] risultati affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. *b*), della legge n. 194 del 1978, accertate da apposite strutture pubbliche».

¹⁰⁸ In oggetto, spec. punto 2.2 *cons. in dir.*