

## La gestazione per altri, tra letture ‘neutralizzanti’ il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights

di

Elena Malfatti\*

SOMMARIO. - 1. Una premessa necessaria. Lo spessore del problema, e l’opportunità di affrontarlo nel contesto europeo. – 2. La tentazione (illusoria) di confinare il fenomeno sul piano giudiziario: dalle ‘fughe in avanti’ di alcuni giudici interni alla lettura più cauta della Corte di cassazione, ispirata dalla giurisprudenza ‘della prima ora’ della Corte europea dei diritti dell’uomo. - (segue): 2.1. I più recenti orientamenti della Corte di Strasburgo (e una lettura quasi ‘tecnocentrica’ del fenomeno della gpa, che ha fatto capolino anche in Lussemburgo). – (segue): 2.2. Il problema degli argomenti, e il suo manifestarsi ancor più evidente nella giurisprudenza costituzionale. - 3. Verso un nuovo paradigma: lo sforzo ermeneutico messo in campo dalla Corte di cassazione, il monito ‘rafforzato’ della Corte costituzionale e le aspettative riposte (ancora una volta) nel legislatore nazionale, per una sintesi più avanzata degli interessi in gioco.

### 1. *Una premessa necessaria. Lo spessore del problema, e l’opportunità di affrontarlo nel contesto europeo*

Allorché si è trattato di scegliere un profilo da esaminare, per onorare con una pur breve riflessione l’invito molto gradito a partecipare al *Liber Amicorum* per il Prof. Giovanni Cocco, e avendo avuto il privilegio di conoscerlo da vicino qualche anno fa nel contesto, per vero assai complicato, dei lavori di una commissione di concorso universitario, mi sono chiesta se la sensibilità di una studiosa come la sottoscritta, spesso incline alle tematiche portate all’attenzione della Corte di Strasburgo e degli organismi del COE, potesse collimare con le esigenze di questi *Studi*, volti opportunamente a valorizzare ‘l’altra Europa’; un’Europa, quella dell’Unione, oggetto di studi raffinati da parte del Festeggiato ed evidentemente capace di alimentare in Lui un’autentica passione intellettuale, se ben ricordo le

---

\* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico presso l’Università di Pisa. Il lavoro è destinato al volume *L’Europa dei tre disincanti. Liber Amicorum per Giovanni Cocco*, a cura di P. CARNEVALE, E. CASTORINA, G. GRASSO e R. MANFRELOTTO, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, ma viene anticipato per i tipi di questa *Rivista* previo accordo con il comitato promotore dell’Opera.

animate conversazioni che Egli sapeva suscitare nelle pause del nostro lavoro di commissari, e considerando altresì i pregevoli saggi dati alle stampe anche nel periodo più recente.

Sul timore che i miei interessi scientifici, specie di questi ultimi anni - rivolti in modo consistente al biodiritto anche nella prospettiva di Strasburgo - apparissero poco adatti al compito assegnato dagli Allievi del Professore, promotori del *Liber Amicorum* - ha fatto premio, tuttavia, l'auspicio che si potesse apprezzare la dimensione 'inevitabilmente europea' del tema più specificamente prescelto: nel senso che quelli connessi alla maternità surrogata (o 'gestazione per altri', come forse è preferibile esprimersi, gpa di qui in poi) sono problemi notevolissimi, rispetto ai quali gli organi rappresentativi che operano sul piano nazionale (senz'altro quelli italiani, ma incertezze emergono anche altrove<sup>1</sup>), non appaiono pronti ad affrontare le istanze che premono dal basso, per le vicende emergenti dinanzi gli ufficiali di stato civile come pure nelle aule giudiziarie, né l'opinione pubblica risulta certamente coesa; dunque un supporto decisivo potrebbe derivare dalle Corti sovranazionali, intese anzitutto come consessi capaci di elaborare autorevolmente, e in qualche modo dipanare, i nodi concettuali che affliggono questa materia 'sensibile', instrandolo o comunque promuovendo un percorso che dovrà, senza dubbio, essere poi portato a compimento dal legislatore nazionale<sup>2</sup>.

In questo piccolo lavoro, non si pretende affatto (né avrei probabilmente gli strumenti per farlo) di squademare i dilemmi anzitutto etici<sup>3</sup> che gravano sul tema

---

<sup>1</sup> Della difficoltà dei legislatori pare emblematica ad es. la vicenda francese, dipanatasi prima e dopo il parere consultivo della Corte Edu di cui si dirà *infra*, nel testo (par. 2.1), che ha visto protagonista non il decisore politico (l'Assemblea nazionale ha sì approvato nell'estate 2020 un controverso disegno di legge che apre alla pma per le donne *singles* o aventi una partner di sesso femminile, ma lasciando singolarmente da canto gli uomini, e per intero la gpa, ritenuta ancora materia troppo controversa) bensì la Corte di cassazione che ha dato seguito al suddetto parere consultivo. Per una panoramica sull'esperienza comparatistica cfr. E. FALLETTI, "Di chi sono figlio? Dipende da dove mi trovo". *Riflessioni comparate "su status", genitorialità e gpa [gestazione per altri]*, in *Fam. e diritto*, 2020, 743.

<sup>2</sup> Si moltiplicano i contributi scientifici sul variegato quadro che vede intrecciare la giurisprudenza nazionale e quella convenzionale, spesso in supplenza del dettato normativo; cfr. I. RIVERA, "Le dimensioni del mestolo". *La maternità surrogata tra divieto legislativo e attivismo giudiziario*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 1/2020, 204.

<sup>3</sup> Estremizzati dalle pratiche di ovodonazione/embriodonazione poste in essere dalla nota clinica ucraina di Kiev 'BioTexCom' la quale come ricordato da F. PERINA, *Linkiesta.it*, 13 maggio

in esame; il proposito di indagine riposa tuttavia essenzialmente sul piano metodologico, nel senso che i problemi manifestatisi nelle diverse sedi, appunto quelle delle istituzioni politiche, ma anche in seno agli apparati burocratici e poi nella giurisprudenza interna, evidenziano l'insufficienza delle scelte fin qui praticate: il legislatore, con lo stralcio delle previsioni relative alla *stepchild adoption*<sup>4</sup> dall'articolato di quella nota ai più come legge Cirinnà, si è mostrato incapace di segnare sul piano ordinamentale un punto di equilibrio tra posizioni contrapposte, rischiando di consegnare all'irrilevanza giuridica le aspirazioni di soggetti dalle variegate condizioni personali (*singles*, o facenti parte di coppie *same sex*, o ancora con legami eterosessuali stabili, financo di coniugio) e tuttavia aventi un denominatore comune<sup>5</sup>, quale l'impossibilità di portare a termine una gravidanza, per limiti biologici o per patologia congenita, pur solitamente presentando, in una casistica dalle sfumature molto diverse, un profilo di legame genetico con il minore nato dalla pratica di gpa.

D'altro canto, le vistose eterogeneità del quadro emergente nella prassi che, pur con intento talvolta proattivo superano evidentemente il perimetro di un

---

2020, propone 'pacchetti' e formule varie a pagamento per avere madri committenti l'utero, e dunque far nascere bambini in maternità surrogata; ma non è certamente entro la dicotomia tra contratti a titolo oneroso o gratuito che può circoscriversi il problema, come ricorda ad es. R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal*, fasc. n. 2/2016, 4, il quale evidenzia giustamente come la stessa adozione, che in genere è apprezzata come un gesto di generosità nei confronti di bambini sfortunati, confini talvolta con comportamenti così strettamente legati alla disegualianza e alla dipendenza economica da colorarsi delle tinte atroci della compravendita di minori. Tra le altre, si rinvia alla riflessione di L. SUGAMELE, *Il valore economico della procreazione al tempo del biomercato neoliberista*, in *Ragion pratica*, 2019, 357; C. CASELLA, "Gestazione per altri" e interessi in conflitto, 3 in *BioLaw Journal*, fasc. n. 1/2020, 21.

<sup>4</sup> La prima firmataria della legge n. 76/2016, intervistata di recente (*Huffingtonpost.it*, 21 maggio 2020, M. CIRINNÀ, *Maternità surrogata, proviamo a discuterne?*) sottolinea l'esigenza di porre rinnovata attenzione alle ragioni profonde di scelte che ad alcuni possono sembrare inaccettabili e lontane, ma che possono anche rappresentare espressioni dell'autodeterminazione e, dunque, della dignità delle donne. Cosa, per altro, riconosciuta anche da Corti costituzionali come quella portoghese; cfr. V. L. RAPOSO, *Rise and fall of surrogacy arrangements in Portugal (in the aftermath of decision n. 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court)*, in *BioLaw Journal*, fasc. n. 1/2020, 339.

<sup>5</sup> Il problema è peculiare giacché affligge persone in condizioni diversissime, in uno spettro dunque ampio ed eterogeneo, non riconducibile alle tradizionali lenti con le quali, sin qui, si sono affrontate sul piano giuridico le richieste di tutela delle coppie infertili, oppure delle coppie dello stesso sesso (si pensi alla coppia regolarmente coniugata nella quale la donna è fertile con problemi però di endometriosi, e - all'estremo opposto - alla coppia di sesso maschile, o addirittura all'uomo *single*, tutti che desiderino fare l'esperienza genitoriale).

fisiologico esercizio della discrezionalità amministrativa<sup>6</sup>, ma conducono altrettanto sotto *stress* il principio cardine del pluralismo giudiziario, anche ai piani delle Alte Corti, non possono a loro volta venir taciute, sollecitando più di un interrogativo sull'idoneità, delle sedi sovranazionali, a dare sfogo alle incongruenze del quadro interno, e a porre perciò le premesse di una successiva ricomposizione degli interessi in gioco. Una varietà di approcci che conduce dritto al cuore del discorso che preme evidenziare nel lavoro, ovvero al problema della tessitura degli argomenti che il giudice può spendere su un terreno tanto nevralgico, e che nel bene o nel male finiscono per incidere - dalle aule giudiziarie - sugli aspetti più delicati e reconditi dell'esperienza di vita delle persone.

## ***2. La tentazione (illusoria) di confinare il fenomeno sul piano giudiziario: dalle 'fughe in avanti' di alcuni giudici interni alla lettura più cauta della Corte di cassazione, ispirata dalla giurisprudenza 'della prima ora' della Corte europea dei diritti dell'uomo***

Con riferimento specifico alle vicende di casa nostra riferibili alla gpa, che impongono oramai un severo impegno della dottrina sia pubblicistica che privatistica, fino a pochi anni addietro volta a presidiare altri fronti impervi dell'inizio vita, quali quello della procreazione medicalmente assistita (pma) per le stesse coppie eterosessuali, il fenomeno presenta davvero una straordinaria attualità e varietà di profili, in relazione ai provvedimenti richiesti all'autorità amministrativa e/o giudiziaria (trascrizione del certificato di nascita straniero, trascrizione del provvedimento giudiziario straniero che rettifica l'atto di nascita, formazione dell'atto di nascita in Italia, impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità<sup>7</sup>) in presenza di espresso divieto ordinamentale

---

<sup>6</sup> Basti pensare alle vistose difformità, tra le scelte dei Sindaci, nel rispondere alle richieste di formazione o trascrizioni degli atti di nascita, di cui danno conto le cronache giornalistiche, e di cui ad es. c'è già traccia in L. TAVANI, *Il punto di vista degli ufficiali di stato civile sulle iscrizioni e trascrizioni*, in *Articolo29.it*, 25 giugno 2018.

<sup>7</sup> I giudici si trovano a fronteggiare, con orientamenti tra loro variegati, una prassi amministrativa a sua volta molto oscillante; da ultimo, ad es., Trib. Roma, 11 febbraio 2020, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2020, 447, e Trib. Cagliari, 28 aprile 2020, in *Diritto&Giustizia.it*, 3 settembre 2020; ma già Trib. Pisa, 15 marzo 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 1778, su cui si pronuncerà

della pratica di maternità surrogata. Non potendosi né volendosi, ovviamente, dar conto qua di tutte le vicende che stanno animando il dibattito in questi anni, per via anche di una forte dissonanza fra le posizioni in materia, che rende complicato trovare un minimo comun denominatore dal quale muovere nel ragionamento, pare comunque di poter evidenziare alcuni dati salienti: prima che la Corte di cassazione venisse a incalzare da vicino la Corte costituzionale<sup>8</sup>, che sin qui era riuscita a sfiorare soltanto il problema<sup>9</sup>, si sono registrate alcune ‘fughe in avanti’ dei giudici del merito<sup>10</sup> rintuzzate nel 2019 dalla stessa Suprema Corte di legittimità a Sezioni Unite (*infra*, in questo par.)<sup>11</sup>. Gli stessi giudici del merito stanno peraltro facendo emergere un orientamento favorevole, ritenendola non contraria all'ordine pubblico, alla trascrizione nei registri di stato civile dell'atto di nascita straniero che indichi un bambino come figlio di due donne<sup>12</sup>; ciò sulla scorta della stessa Corte di cassazione, che nel 2016 era già giunta<sup>13</sup> a riconoscere lo *status* stabilito all'estero di una madre genetica-non gestante, *partner* affettiva della gestante, imponendo la trascrizione nei registri comunali dello stato civile di un atto di nascita in un Paese

---

poi la Corte costituzionale con la sent. n. 237/2019 (*infra*, par. 2.2). Tutto ciò al netto di quelle misure favorevoli, prese in prima battuta dagli ufficiali di stato civile, che non provocano nessun tipo di opposizione e finiscono dunque per consolidarsi.

<sup>8</sup> Il riferimento va alla ordinanza di Cass. civ., sez. I, ord. 29 aprile 2020, n. 8325, di rimessione della questione affrontata poi dalla Corte costituzionale il 27 gennaio 2021; v. *infra*, par. 3.

<sup>9</sup> *Infra*, par. 2.2.

<sup>10</sup> Una nota vicenda è quella avviatasi col provvedimento di Corte app. Trento, 23 febbraio 2017, in *Foro it.*, 2017, I, 1034, sulla quale torneranno le Sezioni Unite della Cassazione nel 2019, confermando un proprio indirizzo già emerso in Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, 427. Un'altra vicenda di rilievo è quella di Corte app. Milano ripresa da Cass. civ., sez. I, ord. 11 novembre 2019, n. 29071, di rimessione alle Sezioni Unite, in *Foro it.*, 2020, I, 31.

<sup>11</sup> Cass. civ., sez. un., sent. 8 maggio 2019, n. 12193, in *Famiglia e dir.*, 2019, 653 e in *Foro it.*, 2019, IV, 279 con nota di richiami di G. CASABURI; tra i numerosi commenti, cfr. R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o "best interest of the child"?*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 22/2020, 278; U. SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le sezioni unite: la prima sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*, in *Corr. giur.*, 2020, 910.

<sup>12</sup> Ad es. Corte app. Perugia, 22 agosto 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 3700, e ancora Corte app. Perugia, 18 novembre 2019, in *Foro it.* 2020, I, 54.

<sup>13</sup> Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, 813, molto commentata in dottrina (tra gli altri. G. CASABURI, *Genitorialità omosessuale, un passo indietro della Consulta e molti altri (avanti ed in giro) della Cassazione*, 3349; O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016*, 169), ampiamente ripresa e riconfermata nell'iter argomentativo dalle Sezioni Unite nel 2019.

straniero di un bambino indicato come figlio di due donne, passate attraverso una pratica di fecondazione assistita, escludendo che in questo caso il riconoscimento contrastasse con l'ordine pubblico e riconoscendo viceversa, in definitiva, un progetto di "bigenitorialità materna".

E allora, come è stato notato<sup>14</sup>, per un verso si può ormai affermare che i giudici (di merito, ordinari ma anche minorili, e di legittimità) hanno introdotto forme di tutela, già con riferimento allo *status*, inimmaginabili in epoche anche recentissime; per un altro verso, però, in esse si intravede in qualche modo anche una linea di fondo che io non credo possa venir condivisa, ovverosia si scorge una certa qual maggiore indulgenza<sup>15</sup> per i progetti genitoriali delle coppie di sesso femminile, in quanto (come si può intuire) esse transitano assai frequentemente attraverso il percorso di una pma, piuttosto che non per le coppie di sesso maschile, viceversa generalmente costrette, com'è ovvio, a ricorrere ad una gpa. Per meglio dire, è chiaro che il giudice che affronta il caso singolo spende un percorso argomentativo il quale non indulge, perché non c'è alcuna necessità di farlo, a sottolineature del genere, maschile o femminile, implicato nella vicenda fattuale; è tuttavia dal raffronto tra le diverse fattispecie portate progressivamente all'attenzione dei magistrati che emerge questa sorta di discriminazione implicita (se la stella polare che deve illuminare il percorso è quella della parità, tra i diritti delle coppie), alla quale bisognerebbe rimediare con l'intervento di un decisore politico lungimirante.

Anche la Corte di cassazione, che pure nel 2019 riesce a corroborare una più moderna (e tuttavia foriera di un grosso dibattito nella dottrina civilistica) concezione di 'ordine pubblico internazionale'<sup>16</sup>, già emersa nella propria

---

<sup>14</sup> G. CASABURI, *Nota di richiami*, 54.

<sup>15</sup> V. però di segno contrario Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, 925, con nota di I. BARONE, *Le vie della doppia maternità*, e ancora Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029, in *Diritto & Giustizia*, 23 aprile 2020.

<sup>16</sup> Una concezione cioè non più *difensiva* ma *promozionale* dell'ordine pubblico: cfr. l'importante passaggio del punto 12.1 del *Diritto*. Il tema non sarebbe di poco conto, ma qui si rinvia, tra gli altri, a D. GIUNCHEDI, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, "favor veritatis" e dignità della maternità*, 1212; U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 737; S. SERRAVALLE, *Divieto di maternità surrogata e*

giurisprudenza di legittimità), affermando però in generale che per i genitori c.d. d'intenzione (siano essi aventi sesso diverso, sia facenti parte di una coppia *same sex*) non ci sarà alcuno strumento e spazio legittimo che non sia quello – e per via dell'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami nel frattempo sviluppatisi – dell'adozione in casi particolari (per salvaguardare la continuità della relazione sociale e affettiva con il minore), paga tuttavia un «prezzo», sull'altare della coerenza, che mi pare duplice: nel merito, di fatto depotenziando il proprio approccio aperturista nei confronti delle coppie di uomini, giacché, riprendendo il precedente del 2016<sup>17</sup>, implicitamente distingue tra queste coppie<sup>18</sup> (nelle quali, per forza di cose, uno dei *partners* sarà solo genitore d'intenzione) e coppie di donne che possano vantare un legame rispettivamente genetico e biologico col nascituro (e tra quelle ultime, eventualmente, e quelle che in virtù del proprio stato di salute non possano viceversa contribuire alla procreazione e/o alla gestazione); nel metodo, inoltre, incentivando paradossalmente (per le coppie composte da donne) quel turismo procreativo che la Corte costituzionale ha ritenuto viceversa di dover arginare, facendo cadere il divieto di fecondazione eterologa per le sole coppie eterosessuali (con un accenno al problema del diritto all'identità genetica del minore non sviluppato però in modo perspicuo).

E' una Corte di cassazione che pare fin qui sensibile agli stessi parametri convenzionali (e internazionali che convergono sui diritti e la protezione del minore), tenendo conto degli orientamenti emersi fino a un certo punto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che fino al 2019 (sul noto parere reso dalla *Grande Chambre*, in cui sembra affermarsi qualcosa in più, rinvio al par. successivo) aveva distinto nettamente tra i casi in cui almeno uno dei genitori possa vantare un legame genetico o biologico, e per il quale il rapporto di filiazione

---

contrarietà all'ordine pubblico del giudicato straniero attestante la duplice paternità, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1378.

<sup>17</sup> Al fine di dimostrare la differenza tra le fattispecie che venivano in considerazione, ed enfatizzando il fatto che nel caso affrontato nel 2016 si fosse passati attraverso una pratica di fecondazione assistita (per certi versi assimilata all'eterologa, per altri all'omologa), le Sezioni Unite rischiano di scavare un solco con la giurisprudenza costituzionale (*infra*, par. 2.2).

<sup>18</sup> Cfr. anche A. VALONGO, *La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle sezioni unite della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2020, 544.

non può essere messo in discussione (*Labassee c. Francia e Mennesson c. Francia*, del giugno 2014<sup>19</sup>), da quelli in cui invece entrambi siano soltanto genitori di intenzione (*Paradiso e Campanelli c. Italia* del gennaio 2017<sup>20</sup>): anche a Strasburgo erano dunque i genitori d'intenzione a non vedere tradotte le proprie aspirazioni nel riconoscimento di un rapporto di filiazione, perché avrebbero potuto trovare soltanto una tutela "indiretta" (ovvero ed eventualmente, dipendente dalla ritenuta lesione dell'identità personale del minore) di fronte al giudice. Dunque si può dire che fino a un passato molto recente non si apprezzava un significativo "scarto di tutele" (riprendo qui un'espressione emersa talvolta nella giurisprudenza costituzionale) tra quelle offerte ai nuclei familiari di più recente formazione rispettivamente dai giudici nazionali e da quelli sovranazionali; e che le problematiche della filiazione ingenerate da un ricorso non certo massivo, ma nemmeno del tutto sporadico alla gpa, sembravano destinate a rimanere intonse, in un quadro di perdurante inerzia legislativa.

**(segue): 2.1. I più recenti orientamenti della Corte di Strasburgo (e una lettura quasi 'tecnocentrica' del fenomeno della gpa, che aveva fatto capolino anche in Lussemburgo)**

Ad innovare il quadro è intervenuta una diversa linea di ragionamento della Corte europea, che alla prima occasione utile di intervento non in sede giudiziale ma consultiva, ai sensi del Protocollo 16 addizionale alla Cedu ratificato da Paesi diversi dall'Italia, e precisando che il nuovo meccanismo procedurale mira comunque a fornire all'autorità richiedente indicazioni sulle questioni di rilevanza convenzionale ai fini della definizione della fattispecie<sup>21</sup>, ha privilegiato altri profili

---

<sup>19</sup> Pubblicate in *Articolo29.it*, con nota di C. DANISI, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo*, in *Articolo29.it*, 15 luglio 2014.

<sup>20</sup> Pubblicata in *Guida al diritto*, 2017, 11, 96, e in *Penalecontemporaneo.it*.

<sup>21</sup> Cfr. il parere reso dalla Grande Camera il 10 aprile 2019, spec. parr. 25 e 43-46, in *Federalismi.it*, focus *Human rights*, 4 ottobre 2019; per alcuni primi commenti, E. CRIVELLI, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quad. cost.*, 2019, 709; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 2/2019.

estremamente significativi tra quelli in gioco, nelle fattispecie di gpa, ovvero l'identità del minore, come pure la necessità di dare effettività al legame tra quest'ultimo e la madre (perché nel caso si trattava di una donna, ma si potrebbe dire il genitore che sia solo) intenzionale, come anche l'esigenza di far valere la responsabilità genitoriale, ed ancora quella di risolvere nel più breve tempo possibile lo stato di incertezza in cui si trova il minore; e proprio per l'importanza della posta in gioco, la Corte finisce per ridurre il margine di apprezzamento fruibile dall'ordinamento nazionale. Ciò che in effetti ha condotto il giudice nazionale richiedente il parere, rilevata l'impossibilità di ricorrere alla definizione di un rapporto di filiazione attraverso l'istituto dell'adozione, in ragione dei tempi eccessivamente lunghi della procedura, a ordinare la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelle formato all'estero: l'unica via che, a suo avviso, non dia luogo a lesioni dell'art. 8 Cedu<sup>22</sup>. Il passo compiuto, in questo caso dalla Cassazione francese sulla spinta della Corte Edu, è stato dunque evidentemente diretto, più di quanto non abbia fatto l'omonima Corte italiana, a tutelare il superiore interesse del minore, non potendosi affermare certo che l'adozione in casi particolari protegga a trecentosessanta gradi il minore (o comunque non quanto il riconoscimento diretto, ad es. non creando legami familiari con la famiglia dell'adottante ed escludendo il diritto a succedere nei confronti di costoro, come evidenzierà peraltro l'ordinanza di rimessione della Cassazione decisa dalla Corte costituzionale nel 2021)<sup>23</sup>.

Alla apparente linearità di questo nuovo approccio, che un po' come un fiume carsico emerge dopo segnali che si annidavano, per vero, nella stessa linea di tendenza più prudente delle pronunce contenziose (già la Grande Camera, infatti, nell'*arrêt* del 2017 sul caso *Paradiso e Campanelli*, spostava il fulcro del ragionamento attorno alla violazione della vita *privata* del minore, escludendo che fossero

---

<sup>22</sup> Cfr. Cour de Cassation, sent. 4 ottobre 2019, Assemblée plénière, 10-19.053, in questa *Rivista*, 9 ottobre 2019.

<sup>23</sup> Cfr. E.A. EMILIOZZI, *L'adozione da parte di "partners" di unioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 799, anche per i diversi effetti dell'adozione realizzata in Italia oppure all'estero laddove sia possibile per gli omosessuali compiere un'adozione piena.

soddisfatte le condizioni per potersi riferire a una vera e propria vita *familiare*<sup>24</sup>, ma infine negando altresì la violazione anche del primo dei due beni tutelati<sup>25</sup>, pur centrale nel prisma dell'art. 8 Cedu), si oppone ancora una volta (o quantomeno deve venire ad esso affiancata per una valutazione più complessiva del parere della Corte) la considerazione che le esigenze di tutela dei soggetti implicati in queste delicate vicende *non si fondano* tanto su una chiara affermazione degli *human rights*, ma *discendono* in qualche modo da una presa d'atto del fattore tecnico, intimamente connesso dapprima alla pma, poi anche alla surrogazione di maternità, quali strumenti fatalmente messi a disposizione nella società contemporanea, potrei dire ancor prima e in qualche modo a prescindere da una precisa opzione sui diritti, che pure dovrebbero rappresentare il campo elettivo del ragionamento della Corte.

Detto in altri termini, l'importanza del dato biologico e/o genetico che si riconnette alla disponibilità di tecniche di fecondazione artificiale via via sempre più sofisticate, talora abbinata alla disponibilità di un ventre materno, e che forniscono alle coppie *chances* evidentemente sempre più forti di conseguire l'esito di una nuova nascita, è un aspetto centrale, necessario ma direi anche sufficiente per il risultato di una tutela – nel senso del riconoscimento della filiazione – nella giurisprudenza di Strasburgo<sup>26</sup>; e questo è evidente non solo nel caso *Mennesson*, ma già affiorava in tutto il filone relativo alla pma, trovando un suggello proprio

---

<sup>24</sup> Per l'assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori, la breve durata della relazione con il minore e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico e malgrado l'esistenza di un progetto genitoriale e la qualità dei legami affettivi. Cfr. *Paradiso e Campanelli*, cit., spec. par. 157, su cui C. HONORATI, *La Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente*, in *Forumcostituzionale.it*, 2 marzo 2017.

<sup>25</sup> Tenuto conto della tenera età del minore e del breve periodo che aveva trascorso con i ricorrenti, il Tribunale non ha aderito alla perizia di una psicologa presentata dai ricorrenti, secondo la quale la separazione avrebbe avuto conseguenze devastanti per il minore; cfr. *Paradiso e Campanelli*, cit., par. 206 ed E. FALLETTI, *Vita privata e vita familiare nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*, in *Fam. e diritto*, 2017, 729. Specularmente, potremmo dire, in *Mennesson* 2019 la Corte valorizza gli aspetti della vita privata del minore attinenti all'esigenza di fruire di una crescita sana ed equilibrata in un adeguato ambiente domestico (cfr. i parr. 43-46).

<sup>26</sup> Esemplare il caso *Costa e Pavan c. Italia* dell'agosto 2012, su cui mi permetto di rinviare a E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in tema di procreazione assistita e di interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in *RivistaAIC.it*, fasc. n. 3/2012; più recentemente *Nedescu c. Romania* del gennaio 2018, in *BioLaw Journal*, 16 aprile 2018.

nella decisione della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli*: nel quale potremmo dire che la rilevanza del medesimo dato è emersa, *a contrario*, ovvero la completa estraneità genetica e biologica del bambino alla coppia di *intended parents* è risultata determinante per escludere la sussistenza della violazione lamentata dai ricorrenti, ed ha condotto la Corte a prendere posizione contro la gpa doppiamente eterologa<sup>27</sup>.

Il parere del 2019, tra l'altro, non ha rappresentato, e non rappresenterà verosimilmente, l'ultima occasione per i giudici di Strasburgo di prendere posizione sul tema<sup>28</sup>, come dimostrano le successive decisioni *C. c. Francia* ed *E. c. Francia* del dicembre 2019, nelle quali sono richiamati espressamente alcuni passaggi del medesimo<sup>29</sup>, e più recentemente ancora *Honner c. Francia* del novembre 2020<sup>30</sup>; ad oggi mi pare che comunque il parere si confermi come 'avamposto' dell'elaborazione di Strasburgo in materia, suggerendo l'opportunità di riflettere a fondo sul significato della maternità e della paternità in un momento storico in cui scienza e tecnica sostengono progetti di genitorialità, con il contributo di soggetti terzi, di impossibile realizzazione sino a qualche anno addietro, ma in cui parimenti si è sempre più consapevole che essere madri e padri significa molto di più del (e forse spesso qualcosa di molto diverso dal) mero conferimento di materiale genetico per il concepimento, come anche della esclusiva capacità della persona di sesso femminile di portare a termine una gravidanza; non è detto dunque, che la verità biologica (che di primo acchito sembra proteggere la donna gestante) meriterà ancora un vantaggio nel riconoscimento giuridico, potendo a un

---

<sup>27</sup> Cfr. F. POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, 418.

<sup>28</sup> Anzi, è la Corte stessa a riconoscere che «it may be called upon in the future to further develop its case-law in this field, in particular in view of the evolution of the issue of surrogacy»: cfr. il par. 36 del parere più volte menzionato.

<sup>29</sup> Le decisioni sono reperibili dal portale *echr.coe.int*; cfr. E. CRIVELLI, *La Corte Edu richiama in sede giurisprudenziale la prima "advisory opinion": un incentivo per l'Italia a ratificare il Protocollo 16?*, in *Quad. cost.*, 2020, 450; M. PICCHI, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 29/2020, 114.

<sup>30</sup> Pubblicata in *Osservatoriofamiglia.it*; qui il tema specifico era il diritto di visita della madre intenzionale al figlio della *ex partner*, avuto a seguito di una fecondazione eterologa; cfr. A. MARGARIA, *Honner v France: Damage Prevention and/or Damage Control?*, in *Strasbourgobservers.com*, 12 gennaio 2021.

certo punto cedere, forse gradualmente, non solo come è accaduto in *Menesson* a fronte del caso in cui il materiale genetico appartenga almeno parzialmente alla coppia eterosessuale pur impossibilitata a portare avanti la gravidanza, ma anche a vantaggio della coppia *same sex* che non possa contribuire in alcun modo al frutto della fecondazione artificiale<sup>31</sup>.

Comunque si svilupperà ulteriormente, la lettura della Corte di Strasburgo - almeno ad oggi - potrebbe essere definita quasi 'tecnocentrica', ricordando per certi versi quella che in qualche modo era affiorata anche in Lussemburgo, già nel 2008: allorché la Corte di giustizia si era pronunciata su una questione un po' diversa, relativa al licenziamento di una lavoratrice che si era sottoposta ad una tecnica di pma<sup>32</sup>, facendone dipendere la valutazione nel senso della legittimità o illegittimità dalla fase, più o meno avanzata del trattamento di fecondazione *in vitro*, vale a dire, ritenendo vietato il licenziamento in un momento vicino, temporalmente, al trasferimento degli ovuli fecondati in utero (purché naturalmente venisse dimostrato che il licenziamento si fondava essenzialmente sul fatto che l'interessata si fosse sottoposta a tale trattamento); e viceversa, ritenendo l'estraneità delle direttive in materia di sicurezza e salute delle lavoratrici gestanti, e dunque possibile il licenziamento, nel momento in cui la fecondazione degli ovuli con gli spermatozoi del partner avesse già avuto luogo, ma gli ovuli fecondati non fossero a loro volta prossimi al trasferimento in utero.

Un criterio piuttosto opinabile, che lasciava fuori evidentemente la considerazione di tutti i delicati aspetti psicologici che si connettevano, oltretutto, (nel caso di specie) alla sorte dei *propri* gameti, offerti alla fecondazione *in vitro*, e

---

<sup>31</sup> Nota A. MARGARIA, *Padri ai tempi della PMA e GPA: uno sguardo sulla giurisprudenza CEDU*, in *GenIUS.it*, fasc. n. 1/2020, che nei casi *Menesson* e *Paradiso e Campanelli*, pur raggiungendo conclusioni opposte, il ragionamento impiegato dai giudici delinea una figura paterna dai contorni piuttosto convenzionali: in particolare, il dato biologico riveste un ruolo centrale nella risoluzione di entrambi i casi (presente lo sperma del padre intenzionale nel primo caso, assente nel secondo), mentre ad es. concepire e concettualizzare la *care* come caratteristica paterna e maschile avrebbe un potenziale trasformativo non indifferente, contrastando stereotipi di genere che la hanno per lungo tempo declinata come attività materna e femminile.

<sup>32</sup> Corte di giustizia, 26 febbraio 2008, C-506/06, in *Consulta on line*, con nota di L. TRUCCO, *Le tutele comunitarie nei confronti delle lavoratrici alla prova della fecondazione in vitro*, in *Consulta on line*, 2008.

che si tramuta addirittura in una sorta di agnosticismo, che la stessa Corte del Lussemburgo ha mostrato in un'occasione più recente, implicante la gpa in senso proprio; nel 2014, infatti, in due sentenze gemelle relative a rinvii pregiudiziali, provenienti l'uno dal Regno Unito, l'altro dall'Irlanda, essa è giunta ad affermare, per un verso, che la situazione di una lavoratrice la quale, in qualità di madre committente, avesse avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, non ricade nell'ambito di applicazione del diritto UE, anche quando, dopo la nascita, essa effettivamente allatti, o comunque possa allattare, al seno il bambino; e ciò pur avendo ammesso in prima battuta che il congedo di maternità – il quale era al centro del rinvio pregiudiziale – è volto anche ad assicurare la protezione delle particolari relazioni tra la donna e il (suo) bambino, nel periodo successivo alla gravidanza e al parto: rilievo assolutamente centrale e dirimente, nell'argomentazione, ha assunto evidentemente un aspetto 'tecnico', ripreso senza aggettivazione o declinazione alcuna, ovvero il fatto che la lavoratrice non sia mai stata incinta del bambino<sup>33</sup>. Per un altro verso, la Corte non ha escluso in alcun modo la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute delle madri committenti, consentendo loro di beneficiare di un congedo di maternità a seguito della nascita di detto figlio<sup>34</sup>, pur non essendovi tenuti in virtù della normativa UE, non ricadendo la fattispecie nel relativo ambito di applicazione; la Corte non si è

---

<sup>33</sup> Ciò che impedirebbe di far riferimento allo scopo, parimenti espresso dalla normativa UE, di proteggere la salute della madre del bambino nella peculiare situazione di vulnerabilità derivante dalla gravidanza; cfr. Corte di giustizia, 18 marzo 2014, cause C-167/12 e C-363/12, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 750, con nota di C. CAMPIGLIO, *Il diritto dell'Unione europea si confronta con la maternità su commissione*, 763; la sentenza è stata commentata anche da A. MATTEI, *Corte di giustizia UE e maternità surrogata: congedo lavorativo retribuito fra margine di apprezzamento, coerenza e non discriminazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 1409.

<sup>34</sup> In questo passaggio si coglie una posizione più avanzata dell'Avvocato Generale, almeno in una delle due cause, secondo la quale non vi sarebbe stato motivo di riservare alla madre affidataria un trattamento diverso tanto più che questa, in considerazione della divisione di compiti con la madre surrogata, può usufruire del congedo di maternità solo dopo la nascita; si è letta in queste conclusioni la presa d'atto del fatto che la medicina riproduttiva abbia superato, nel tempo, la struttura logico-sistematica della direttiva; cfr. M. BALBONI, *Gli Avvocati generali della Corte di giustizia dell'Unione europea e la surrogazione di maternità*, in *Articolo29.it*, 1 dicembre 2013.

sbilanciata dunque in alcun modo in una valutazione negativa o positiva del fenomeno, che pure forse in astratto sarebbe anche potuto accadere, alla luce dei principi generali del diritto europeo letti anche alla luce della Carta di Nizza-Strasburgo, utilizzando tuttavia un linguaggio («madri» committenti e soprattutto «figlio»), di per sé potenzialmente gravido di significati e implicazioni future.

**(segue): 2.2. Il problema degli argomenti, e il suo manifestarsi ancor più evidente nella giurisprudenza costituzionale**

Eccoci al cuore del discorso, ovvero all'«orditura», all'intreccio degli argomenti del giudice. Quello della Corte europea dei diritti dell'uomo, che in definitiva è il più articolato, sembra il contributo da manuale dei piccoli passi giurisprudenziali, che pur con qualche a mio avviso eccessiva indulgenza verso il fattore tecnico, tutto sommato privilegia l'idea di una centratura e coerenza complessiva che l'ordinamento di volta in volta investito del giudizio deve mantenere attorno ad alcuni caposaldi (nella fattispecie, l'identità personale del minore), laddove lo spartito delle norme di diritto positivo vada rarefacendosi<sup>35</sup>, e della sua doverosa capacità di fornire, ai soggetti più deboli implicati nella vicenda, quali senza dubbio i minori, una qualche forma di tutela che li sottragga a una situazione di precarietà il cui termine non è preventivabile, con risvolti di sofferenza inaccettabili; al contempo smussando gli estremismi ideologici di coloro che pretendono tutela dell'aspirazione a divenire genitore, al di fuori dei recinti segnati dal diritto positivo, e di coloro che, al contrario, escludono aprioristicamente che un legame familiare possa scaturire da un percorso indubbiamente accidentato quale quello della gpa, e tuttavia al giorno d'oggi fruibile, in alcune aree del Pianeta. E' uno scenario a mio parere preferibile rispetto a quello, emerso nell'orientamento della Corte di cassazione italiana, di un riferimento aprioristico, ed anche forse un

---

<sup>35</sup> Di un divieto penale sostanzialmente inefficace, che finisce per creare una sorta di vuoto normativo che i giudici sono chiamati a colmare, ragiona G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 77.

po' ipocrita, al percorso adottivo, che pure ha certamente pari dignità ed esige il medesimo rispetto della filiazione naturale, ma scaturisce da consapevolezza e progetti tutt'affatto differenti degli aspiranti genitori; un orientamento che finisce in qualche modo per neutralizzare la scelta della gpa, fagocitata com'è in uno schema concettuale spurio, e che suona oltretutto vagamente punitivo per coloro che dovrebbero in qualche modo accontentarsi dell'adozione (proprio perché incamminatisi su un sentiero incommensurabile), per giunta senza veder tutelare appieno il minore, come invece accade laddove sia consentito il riconoscimento diretto (in quanto l'adozione in casi particolari, come noto, non crea legami familiari con la famiglia dell'adottante).

Ma i pre-giudizi di valore, ovvero di disvalore, serpeggiano (o meglio, serpeggiavano) nell'orientamento della nostra Corte costituzionale la quale, prima di affrontare di petto la gpa nel gennaio 2021, aveva lanciato segnali piuttosto chiari di un orientamento restrittivo. Rimaste fuori campo le proprie considerazioni nella sent. n. 162/2014, che pure ha fatto cadere il divieto di fecondazione eterologa previsto nella medesima legge n. 40/2004<sup>36</sup>, nella successiva sent. n. 272/2017 con un *obiter dictum*<sup>37</sup> la Corte coglie l'occasione di un fugace accenno alla maternità surrogata; dopo aver affermato che l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento (*Cons. dir.* 4.1), aggiunge che spetta al giudice verificare (tra l'altro) se l'interesse alla verità (biologica) abbia anche natura pubblica, ad es. perché relativa a pratiche vietate dalla legge, qual è la maternità surrogata, che (l'enfasi è aggiunta) *offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*, ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti di tale verità (*Cons. dir.* 4.2). Si tratta di un inciso molto impegnativo, e anche assai opinabile, nella misura in cui il *petitum* era evidentemente un altro, e tende

---

<sup>36</sup> Nella sent. n. 162/2014 la Corte afferma al *Cons. dir.* 9 che «la cosiddetta «surrogazione di maternità», espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata (...) in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia».

<sup>37</sup> Oggetto della questione di legittimità costituzionale era esclusivamente l'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso.

pertanto a liquidare il problema dell'offesa alla dignità femminile con un aggettivo ("intollerabile") che rimanda a un sentimento morale e sociale della giustizia, affrancato però da un ragionamento impeccabile in punto di diritto, in grado di legittimare a fondo l'affermazione della Corte<sup>38</sup>; ad esso si aggiunge proprio in chiusura della sentenza l'ulteriore considerazione (che secondo la Corte entra necessariamente nella valutazione comparativa del giudice) dell'*elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale*, la quale a sua volta desta qualche perplessità, essendo per un verso pleonastica (tutte le pratiche vietate da legge penale riflettono un giudizio fortemente negativo del decisore politico), per l'altro non decisiva, potendosi da parte del giudice in ipotesi indubbiare la stessa legittimità costituzionale delle previsioni penali, e dunque eventualmente superare lo stesso giudizio di disvalore trasfuso nella legge ma non certo in essa pietrificato.

Ancora, nella sent. n. 221/2019<sup>39</sup> la Corte dichiara non illegittimo il perdurante divieto di fecondazione eterologa le coppie *same sex*, chiaramente contenuto nella legge n. 40/2004, di accedere alle tecniche di procreazione *in vitro*; incentivando paradossalmente – questa è una conseguenza a cascata - quel turismo procreativo (che per le coppie composte da uomini si collega necessariamente anche a una gpa) che la stessa Corte con la sent. n. 162/2014 aveva ritenuto viceversa di dover arginare, facendo cadere il divieto per le sole coppie eterosessuali; si trattava peraltro di un argomento pragmatico, che opportunamente non torna nella successiva decisione, e capace a sua volta di destare incertezze nella misura in cui finiva per collocarsi al cuore della decisione e non nell'ambito delle riflessioni di contorno. E tuttavia bisogna riconoscere che accettando di muoversi, come sembra

---

<sup>38</sup> Favorevoli i commenti di F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020, 212, S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, 2017, 385, ed E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti introno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *RivistaAIC.it*, fasc. n. 2/2018; più problematico A. SCHILLACI, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 2990.

<sup>39</sup> Chiamata da due diversi giudici *a quibus* a valutare il rifiuto che due coppie di sesso femminile si erano viste opporre da due differenti ASL alla richiesta di accesso alla fecondazione eterologa in Italia.

fare la Corte, sul crinale dei pre-giudizi di valore, alcune perplessità devono effettivamente investire anche le coppie di donne che nella prassi di questi ultimi anni, pur evitando la gpa tradizionale, utilizzano opinabilmente l'eterologa impedendo alla madre biologica di coincidere con quella genetica (pur potendolo, in astratto), ma mettono a disposizione della fecondazione *in vitro* i gameti femminili di una di esse, per far sì che sia poi la partner a portare avanti la gestazione, realizzando dunque una dissociazione anch'essa discutibile, dal punto di vista del nascituro e del delicato equilibrio psicologico-esistenziale che si troverà a dover gestire, il quale è spesso assunto come punto di riferimento imprescindibile nel ragionamento di chi guarda con sfavore alla gpa.

Di più, e la Corte di ciò si avvede allorché accenna ai potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive<sup>40</sup>, se i Giudici della Consulta decidessero diversamente, tornerebbe quel rischio di potenziale discriminazione nei confronti delle coppie di sesso maschile, o comunque di disallineamento di prospettive, aperto dalla Corte di cassazione nel 2016 allorché (come accennato *supra*, par. 2) aveva sdoganato il concetto di bigenitorialità materna. A me pare, tra parentesi, che il nucleo del problema di fondo che anche la sempre più frequente esperienza delle coppie di sesso femminile mette in evidenza non sia poi troppo dissimile da quello della gpa in genere giacché, come è stato osservato in modo impeccabile, la poligenitorialità, resa possibile dalle tecniche riproduttive esogame che coinvolgono biologicamente terzi soggetti — siano esse la fecondazione c.d. eterologa o la maternità surrogata — anziché suggerire un ripensamento della genitorialità che assegni un ruolo alle diverse figure coinvolte, viene interpretata come motivo per un cambio di paradigma in materia di filiazione senza uscire tuttavia dal binario dell'*imitatio naturae*: al paradigma oggettivo, che fonda tradizionalmente lo *status* e la responsabilità genitoriale sul fatto generativo — come prevede l'art. 30 Cost. —

---

<sup>40</sup> La Corte infatti ammette al *Cons. dir.* 12 che l'ammissione delle coppie omosessuali alla pma aprirebbe interrogativi delicati quanto alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologazione alle femminili — in punto di diritto alla genitorialità — richiederebbe che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata.

viene contrapposto un paradigma volontaristico che rimette gli *status* alla volontà delle parti adulte del rapporto plurilaterale di filiazione<sup>41</sup>. Occorrerebbe pertanto, credo, un ripensamento complessivo dello statuto giuridico della famiglia, compreso lo stesso istituto dell'adozione, capace di illuminare egualmente una scelta, che riposa però ancora diversamente, non sul legame biologico/genetico ma sulla volontà di cura e presa in carico del minore sul presupposto, tuttavia, di fondare o allargare una comunità familiare. Ecco, la gpa ne uscirebbe chiarificata, come pratica che incrocia o pretende di incrociare, per così dire, caratteristiche della filiazione naturale e atto volontaristico, l'una e l'altro mediati dalle risorse della scienza dal corpo di una donna 'fattrice'; e come tale si presterebbe all'elaborazione di un giudizio di costituzionalità.

E' questa, però, una prospettiva lontana anni luce dall'*iter* retorico della nostra Corte, che si rifugia (*rectius*: si rifugiava, prima della sent. n. 33/2021, sulla quale *infra*, par. 3) spesso e volentieri dietro lo schermo apparentemente insormontabile della materia la quale, toccando delicate questioni di ordine etico e morale, vedrebbe necessariamente rimessa la linea di composizione tra gli interessi in gioco all'intervento legislativo: lo si afferma nella suddetta sent. n. 221/2019, lo si accenna nella quasi coeva<sup>42</sup> sent. n. 237/2019, che si occupa nuovamente di una coppia di donne passata attraverso una fecondazione eterologa con donazione di gameti femminili dall'una all'altra<sup>43</sup>, riuscendo tuttavia la Corte a trincerarsi nell'inammissibilità per motivi che attengono alla corretta individuazione dell'oggetto della questione; lo si ribadisce infine con nettezza nella più recente

---

<sup>41</sup> A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa e Diritto privato*, 2019, 713.

<sup>42</sup> Si può notare che la motivazione della sent. n. 221/2019 ha seguito di diversi mesi la decisione, diversamente da quanto generalmente è invalso nella giurisprudenza costituzionale, quasi a riallinearsi perfettamente sul piano temporale con la decisione (e la motivazione) della sent. n. 237/2019, che tocca la medesima materia.

<sup>43</sup> L'oggetto non è qui direttamente la legge n. 40/2004, col divieto di eterologa per le coppie omosessuali che era stato opposto a due richieste di accesso alla pma, ma la base legittimante il rifiuto dell'ufficiale di stato civile in ordine al riconoscimento congiunto di un nuovo nato, e la conseguente formazione dell'atto di nascita del minore cittadino straniero.

sent. n. 230/2020, che affronta il problema da un punto di vista ancora differente<sup>44</sup>, richiamando l'esigenza che il decisore politico tenga conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale. Anche qui, un doppio livello di argomentazione che – almeno fintantoché posto in questi termini assai generici - non convince sia perché, per un verso, una disciplina di legge connotata sul piano assiologico incontra pur sempre il limite dei principi fondamentali che consentono di svelarne eventuali carenze (anche per l'eventuale contrasto con la pietra angolare della dignità della persona, che per molto tempo è stata intesa dalla Corte quale limite invalicabile per il legislatore, e che dunque non dovrebbe essere consegnata alla sua discrezionalità); sia in quanto, per un altro verso, non sembra fare fino in fondo i conti con il fatto che un orientamento radicato, su questo terreno... non si può dire proprio che vi sia, essendo la materia magmatica, fortemente 'divisiva', come si usa dire, dilacerante lo stesso tessuto sociale, un elemento fattuale che non dovrebbe tuttavia impedire di rintracciare eventuali *vulnera* a diritti fondamentali che ne siano implicati.

Salutare potrebbe dunque essere, ancora una volta, riprendere sul piano del metodo la maggiore duttilità mostrata, in quello che appare ormai come un vero e proprio campo minato, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: pur generalmente cauta di fronte alle situazioni c.d. sensibili, tant'è vero che è invalso ormai il canone di un più ampio margine di apprezzamento a vantaggio degli ordinamenti nazionali, questa Corte in fin dei conti non arretra nel presidio degli interessi in gioco che ai primi siano indissolubilmente legati e che rappresentino comunque a loro volta posizioni al cuore della costruzione sovranazionale, come dimostrato esemplarmente nella stessa vicenda *Menesson* con riferimento all'identità del minore (*supra*, par. 2 e 2.1), nella quale ha finito per assottigliare il margine di errore dello Stato francese. In altri termini, le implicazioni etiche non possono indebolire, sino a paralizzarle, le ragioni della tutela giurisdizionale nei confronti di

---

<sup>44</sup> Il mancato riconoscimento dell'indicazione come genitori di entrambe le donne unite civilmente, *ex lege* n. 76/2016, e non della sola partorientente il figlio nato da pratica di eterologa avviata all'estero.

un diritto, come in questo caso, chiaramente tutelato dalla Convenzione, diritto il cui valore -anzi- diminuisce da sempre lo spazio di discrezionalità riconosciuto agli Stati nazionali; inoltre non si deve dimenticare come la Corte di Strasburgo, nell'evocare il margine di apprezzamento, riconosca una *better position*, rispetto a quelle che possono essere le proprie valutazioni, alle autorità interne, *in primis* ai legislatori nazionali, per la maggiore vicinanza (per essere questi *mieux placées*, rispetto al Giudice sovranazionale) ai casi concreti e alle esigenze che questi esprimono (un riconoscimento che poi non è altro che un risvolto del carattere di sussidiarietà proprio del rimedio giurisdizionale offerto a Strasburgo). Dunque la Corte europea non solo non esclude, ma anzi presuppone un livello di intervento più prossimo alle posizioni dei soggetti che vengono in gioco.

Men che meno, tali implicazioni etiche dovrebbero spingere un giudice ad abdicare all'onere di una motivazione tecnico-giuridica, a vantaggio di un approccio che, se non rigorosamente ancorato alla logica argomentativa, potrebbe anche appalesarsi come paternalistico, come credo sia ad es. avvenuto, in casa della nostra Corte costituzionale, nella vicenda della legge Merlin, ossia su un tema apparentemente lontano quale quello della prostituzione volontaria, ma in realtà contiguo perché riferibile anch'esso al corpo di una donna, e rispetto al quale essa si è limitata a riconoscere (e prima ancora, a supporre) nella interpretazione del legislatore, l'idea di una necessaria degradazione e svilimento della persona, ridotta a merce a disposizione del cliente. E' una Corte, quella della sent. n. 141/2019, che sembra calare dall'alto il principio in base al quale la donna che si prostituisce non è libera, non decide, ma è pur sempre condizionata dall'esterno, per di più con un riferimento al comune sentimento sociale in un dato momento storico, a sua volta interpretato dal legislatore, capace di riempire a mo' di contenuto la 'scatola magica' della dignità, intesa, afferma la Corte, «in senso oggettivo»<sup>45</sup>. Un tipo di lettura a mio avviso assai discutibile, che rinuncia a chiarire

---

<sup>45</sup> Che il richiamo alla dignità possa talvolta servire alla Corte a chiudere in maniera apodittica il dibattito su temi controversi, emerge con preoccupazione in C. SALAZAR, *Il corpo delle donne e la Costituzione. Alcune domande intorno alla questione di costituzionalità proposta dalla Corte di Appello di Bari sulla "legge Merlin" e qualche riflessione sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di GPA*,

significati e limiti della contaminazione tra piano del diritto e piano della morale, ma che potrebbe divenire pervasiva e riaffacciarsi nella lettura della gpa da parte del decisore politico, per ipotesi 'sdoganando' la gpa condotta per spirito altruistico, o di prossimità, come si usa dire<sup>46</sup>, a scapito di quella commerciale pur regolamentata e sottoposta a precise condizioni in altri ordinamenti<sup>47</sup>.

### **3. Verso un nuovo paradigma: lo sforzo ermeneutico messo in campo dalla Corte di cassazione, il monito 'rafforzato' della Corte costituzionale e le aspettative riposte (ancora una volta) nel legislatore nazionale, per una sintesi più avanzata degli interessi in gioco**

A disinnescare, tuttavia, il rischio di un approccio ulteriormente e scarsamente impegnato, da parte della Corte costituzionale, ha contribuito di recente lo sforzo messo in campo dalla Corte di cassazione per sottoporre una nuova questione di legittimità costituzionale più direttamente mirata al divieto di gpa che campeggia nella legge n. 40/2004. Che la nostra Corte di cassazione sia animata, e su più fronti, da uno spirito riconducibile al *favor filiationis* pare assai evidente se si mettono insieme alcune pronunce recenti su plurimi e delicati aspetti che investono i rapporti familiari (la ricerca delle origini da parte dell'adottato, la pma *post portem*,

---

in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo. Tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, 2019, 178.

<sup>46</sup> Si rinvia alle consapevoli osservazioni di A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano-Udine, 2020, 147; da ultimo E. CAPULLI, *Gestazione per altri: corpi riproduttivi tra biocapitale e biodiritto*, in *BioLaw Journal*, fasc. n. 1/2021, 119.

<sup>47</sup> La gpa a scopo commerciale ha il pregio di tenere di conto di elementi che solo l'ipocrisia potrebbe tacere (le spese in senso ampio che la gestante deve comunque sostenere, tra esami, controlli, limitazioni fisiche, eventuali astensioni dal lavoro) e che non sono necessariamente dirimenti. D'altronde, nel campo dei rapporti familiari, la distinzione tra onerosità/liberalità delle prestazioni è illusoria, perché non riuscirebbe per es. a giustificare la legittimità del fenomeno dell'adozione internazionale, che è unicamente a pagamento, e oltretutto non consente verifiche certe sulle prassi che conducono allo stato di adottabilità di minori, in molti Paesi stranieri, essendo tali verifiche demandate in misura preponderante (da parte delle istituzioni italiane come di quelle estere) all'intermediazione di soggetti privati. Per un esame complessivo del fenomeno cfr. S. MATTEINI CHIARI, *Adozione: nazionale, internazionale e affidamento a terzi*, Milano, 2019.

la stessa alterazione di stato<sup>48</sup>); in quest'ottica, non sorprende la sottolineatura, emergente all'interno della commentatissima ordinanza di rinvio della sez. I civile, 29 aprile 2020, n. 8325<sup>49</sup>, del peso da riconoscere al parere pur non formalmente vincolante della *Grande Chambre* della Corte Edu, proprio per gli argomenti spesi, parrebbe di capire, e che indurrebbe non tanto a discostarsi *in toto*, quanto a ricalibrare il percorso ermeneutico avallato dalle Sezioni Unite, l'anno prima (*supra*, par. 2), per l'esigenza di centrare una interpretazione conforme, e alla Costituzione e alla Cedu.

Della giurisprudenza costituzionale che ho sin qui sommariamente ripreso, l'ordinanza in questione smaschera il falso bersaglio della tutela della dignità femminile<sup>50</sup>, che non si correla certo al mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale, e che lede invece gravemente i diritti fondamentali del minore; del complessivo percorso legislativo e giurisprudenziale italiano, a rovescio, l'ordinanza enfatizza dati incontrovertibili, la unificazione e l'unicità dello stato di figlio a prescindere dalle condizioni di nascita, e il suo progressivo affrancamento dal contributo biologico del genitore. La stessa mancanza di un principio assoluto, nell'ordinamento italiano, nel senso di un *favor*

---

<sup>48</sup> Il riferimento va, ad es., alle sentenze della sez. I civ., 22 settembre 2020 n. 19824, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Filiazione*, n. 40, che ammette la proposizione dell'azione volta all'accertamento dello *status* di figlio naturale, una volta morta la madre biologica, e ancora sez. I civ., 15 maggio 2019, n. 13000, in questa *Rivista*, che ammette l'attribuibilità dello *status filiationis* al nato con pma anche nell'ipotesi di fecondazione omologa *post mortem* avvenuta utilizzando il seme crioconservato del padre, deceduto prima della formazione dell'embrione; o ancora alla sez. VI pen., 13 ottobre 2020, n. 31409, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Stato di famiglia*, n. 1, che esclude l'ipotesi delittuosa di alterazione di stato nel caso di dichiarazioni di nascita effettuate in ordine a soggetti nati all'estero da gpa e rese all'autorità consolare da cittadini italiani sulla base di certificato redatto da autorità straniere che li indichi come genitori.

<sup>49</sup> Cfr., tra gli altri, G. FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale*, in *Fam. e diritto*, 2020, 685; M. PICCHI, *Maternità surrogata: rinviata alla Corte costituzionale la questione sul riconoscimento dello status filiationis del minore nato all'estero*, in *Rivistafamilia.it*, 3 settembre 2020.

<sup>50</sup> Come confermerà poi indirettamente la stessa ord. n. 271/2020 della Corte costituzionale la quale – a fronte della richiesta di intervento in giudizio presentata dalla madre gestazionale - si limita in modo piuttosto asettico a ricordare la propria costante giurisprudenza in merito all'ammissibilità dell'intervento nei giudizi in via incidentale di soggetti diversi dalle parti del giudizio *a quo*: sottolineando, in pratica, il *non essere costei titolare di alcun interesse qualificato*, inerente in modo diretto immediato al rapporto in giudizio, che solo consentirebbe, pur a seguito della novella (come noto) apportata nel gennaio 2020 all'art. 4 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte, di dichiarare ammissibile la suddetta richiesta.

*adoptionis* (l'adozione è difatti esclusa per le coppie dello stesso sesso) rende problematico opporre il limite dell'ordine pubblico alla surrogazione di maternità, come avevano fatto le Sezioni Unite, potendosi comunque pregiudicare il diritto all'identità del minore; non risultando comunque adeguato l'istituto dell'adozione non legittimante ad assicurare il diritto ad una relazione equilibrata col genitore biologico e con l'adottante, perché esso viceversa determina un'artificiale situazione di disparità e di potenziale conflittualità tra i medesimi, e inoltre protrae, per le sue tempistiche, una situazione di vulnerabilità del minore, esposto a un lungo periodo di incertezza giuridica. Per converso, il percorso che porti eventualmente alla trascrizione dell'atto di nascita del minore, oppure al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero, a seguito di gpa, non escluderebbe un giudizio preventivo, caso per caso, sull'idoneità genitoriale, come indicato dalla stessa Corte europea nel suo parere del 2019.

Colpisce tuttavia che il remittente la questione alla Corte costituzionale non ritenga infine esistenti, nel sistema normativo italiano attuale, istituti che consentano *ex se* una forma di riconoscimento del legame che si instaura tra genitore intenzionale non biologico e minore, e che dunque – anche se non lo si ammette espressamente - gli strumenti menzionati finiscano per funzionare come valvole di chiusura del sistema, quando indubbiamente sono stati ambientati dal legislatore in altri contesti e a presidio di esigenze differenti. Abbinata questa constatazione alla lettura del provvedimento di inammissibilità della Corte costituzionale (sent. n. 33/2021), le cui motivazioni sono state depositate nei giorni in cui questo scritto viene licenziato – peraltro annunciato tramite un comunicato stampa<sup>51</sup> che già sottolinea, e fortemente in negativo, come l'attuale quadro giuridico non assicuri piena tutela agli interessi del bambino nato da gpa, e come a questo fine siano prospettabili differenti soluzioni che conducono, allo stato, la

---

<sup>51</sup> Discutibile, a mio modo di vedere, anche la combinazione dei comunicati stampa del 28 gennaio 2021, che sono in realtà due, e diversamente graduati – rispettivamente - sulla questione qui in esame e sull'altra questione dell'eterologa praticata da una coppia di donne, quest'ultima decisa con la coeva sent. n. 32/2021: il secondo stigmatizza il vuoto di tutela ed è caratterizzato da un (più) forte monito al legislatore affinché individui urgentemente le forme più idonee di tutela dei minori, come se le esigenze di tutela dei minori dipendessero (e potessero graduarsi) dalla tecnica utilizzata per farli nascere.

Corte a non intervenire, nel rispetto (una volta di più) di una discrezionalità che tuttavia è indicata in questa circostanza anche come *necessità*, dell'intervento del legislatore – mi sovviene una considerazione finale: risalta in tutta la sua drammaticità, oserei dire, l'incapacità del decisore politico di rispondere a un'istanza evidentemente pressante, attraverso scelte coraggiose che passino eventualmente, e mi parrebbe di poter dire preferibilmente, per procedure congregate *ad hoc* per fronteggiare la specificità del problema. Un problema da affrontare con lucidità, sgombrando il campo da indebite commistioni con istituti come l'adozione la cui *ratio* e la cui logica è indiscutibilmente diversa (pur facendo emergere elementi per un possibile parallelismo<sup>52</sup>); ma contemporaneamente un problema rispetto al quale il ruolo del legislatore potrebbe perfino rivalutarsi, presidiato com'è, ormai, da una nitida individuazione nelle sedi giurisdizionali, interna e sovranazionale, del diritto fondamentale sin qui sacrificato, e apprezzarsi - se dunque l'*an* diventa imprescindibile<sup>53</sup>, anche tenendo l'*Europa* come un punto di partenza<sup>54</sup> - proprio riguardo al *quomodo* degli interventi attesi<sup>55</sup>.

Dal canto suo la Corte mostra, nel ragionamento ultimo, di tenere adeguatamente in considerazione gli sviluppi più recenti della giurisprudenza

---

<sup>52</sup> Il legislatore potrebbe valorizzare il fatto che la stessa Corte costituzionale, pur con un'affermazione *tranchant* che non condivido per la sua nettezza (l'adozione non servirebbe infatti, secondo la Corte, per dare un figlio a una coppia, ma precipuamente per dare una famiglia al minore che ne è privo; in tal modo eclissandosi il profilo dell'incontro tra due esigenze speculari, della coppia e del minore), nella sent. n. 221/2019 ha sottolineato al *Cons. dir.* 13.2. che l'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando, a differenza della pma che sia ancora da praticare. Come nel caso dell'adozione e dell'affidamento del minore nato da una precedente relazione eterosessuale, allora, anche a seguito di gpa il legislatore dovrebbe poter evidenziare, come ha già fatto la Corte, che «il minore è già nato ed emerge come specialmente meritevole di tutela (...) l'interesse (...) a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate: interesse che (...) va verificato in concreto».

<sup>53</sup> Ragionava, mi sembra, già in questo senso, A. LORENZETTI, *Le nuove sfide della genitorialità: il caso dell'omogenitorialità e il ruolo della Costituzione*, in *BioLaw Journal, Special Issue* n. 2/2019.

<sup>54</sup> Parafrasando, qui, G. COCCO, *L'Europa dei tre disincanti*, in *Pol. diritto*, 2000, 113.

<sup>55</sup> Lo spunto mi viene dalla lettura di G. PUCCINI, *Legislatore e giudici nella recente evoluzione del diritto di famiglia*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. n. 3/2019, ma rimanda altresì all'eterno dilemma dei rapporti tra eteronormazione e autoregolazione sociale, e all'esigenza di mantenere allo Stato e alla politica un potere di regolazione e una facoltà di progettazione di un assetto non spontaneo dei rapporti sociali, come ricorda M. LUCIANI, da ultimo in *Diritto giurisprudenziale versus diritto politico*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, Pisa, 2020, 67.

della Corte europea dei diritti dell'uomo, pur omettendo accuratamente di valorizzare sul piano formale il parere consultivo del 2019<sup>56</sup> che, come si ricordava in precedenza, ha segnato un passaggio decisivo nell'approccio di Strasburgo; ma, nella sostanza, addivenendo a evidenziare un percorso, quello della Corte europea, consolidatosi nelle successive pronunce rese in sede contenziosa, che consente finalmente di valorizzare una convergenza, tra i parametri convenzionali e quelli costituzionali (*Cons. dir.* 5.3), una corrispondenza tra gli uni e altri (*Cons. dir.* 5.7), da cui scaturisce nitidamente, per lo stesso legislatore, l'esigenza di soddisfare un equilibrio, alla luce di un criterio di proporzionalità (e qui l'andamento del discorso si fa tutto 'europeo'): tra il rispetto del preminente interesse del minore a veder riconosciuti i legami fattuali che già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia genitoriale, e lo scopo – pure legittimo – perseguito dal legislatore, di disincentivare il ricorso alla surrogazione della maternità. La ricerca di una soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore<sup>57</sup>, dunque, non potrà significare un'automatica prevalenza sulla suddetta finalità ordinamentale, ma nemmeno, all'opposto, si potrà finire per strumentalizzare la persona del minore in nome di quest'altro interesse oggettivo<sup>58</sup>; di qui a segnare un crinale stretto, per

---

<sup>56</sup> Curiosamente invece emergente dalla sentenza parallela sull'eterologa, la n. 32/2021; con ciò manifestandosi, con ogni probabilità, una diversa scelta stilistica dell'estensore.

<sup>57</sup> Secondo un'espressione ottimamente recuperata dalla Corte dal proprio 'arsenale' giurisprudenziale: il *Cons. dir.* 5.3 rimanda infatti alla sent. n. 11/1981, che aveva a sua volta fatto riferimento, in materia di adozione, alla soluzione che più garantisse, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior 'cura della persona', sottolineando efficacemente il dovere dello Stato di predisporre le condizioni in cui possa meglio realizzarsi il diritto del minore all'educazione e all'educazione in famiglia, da cui il carattere funzionale del diritto dei genitori del sangue, che sta e viene meno in relazione alla capacità di assolvere i compiti previsti nell'art. 30, comma 1, Cost., il carattere di effettività che deve rivestire l'assolvimento dei compiti stessi, e infine il carattere di adeguatezza (già sent. n. 145/1969) che deve presiedere alla individuazione della famiglia sostitutiva.

<sup>58</sup> Qui la Corte sfodera un altro importante *topos* della propria giurisprudenza in materia di filiazione, e su questioni delicatissime, di frontiera potrei dire – ma affrontate infine in modo molto incisivo – quali sono state quella del mancato riconoscimento dello *status filiationis* dei nati da incesto (sent. n. 494/2002, nella quale la Corte aveva sottolineato come l'adozione di misure sanzionatorie che coinvolgesse soggetti totalmente privi di responsabilità non sarebbe giustificabile se non in base a una concezione "totalitaria" della famiglia, e come lo stesso codice civile prendesse in considerazione ipotesi di involontarietà, riferite ai genitori, di fronte alle quali la difesa della famiglia come istituzione si dove arrestare per far posto alle posizioni individuali), e più di recente l'altra della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale in capo al genitore autore di un grave delitto commesso a danno del figlio (sent. n.

l'intervento del legislatore, il passo è breve, e la Corte non usa troppi giri di parole per reclamare una disciplina (più) adeguata alle peculiarità della gpa e al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati, rispetto a quella già presente dell'adozione in casi particolari, che presenta limiti elencati esplicitamente (*Cons. dir.* 5.8), essendo il nuovo fenomeno assai distante – sottolinea la Corte - da quello che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lett. d), legge n. 184/1983.

Occorrerà, pertanto, una sintesi più avanzata degli interessi in gioco, non essendo in discussione un preteso “diritto alla genitorialità” in capo a coloro che si prendono cura del bambino (la Corte qui vuol essere probabilmente rassicurante, circa un aspetto lasciato fino in fondo alla ponderazione del legislatore, ma vuole anche far comprendere che la questione è un'altra), bensì unicamente (*Cons. dir.* 5.4) l'affermazione della titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore, e che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali; doveri, prosegue la Corte, ai quali non è pensabile che i soggetti adulti possano *ad libitum* sottrarsi. E' solo il riconoscimento dell'impatto su materie di grande complessità sistemica, pare conclusivamente di capire, a frenare la Corte da un intervento immediatamente manipolativo; e tuttavia, dalla sent. n. 272/2017 sembrano trascorse non poche stagioni ma veri e propri anni luce, i (pre)giudizi di valore avendo ceduto il passo ad un soddisfacente esercizio di metodo sul terreno dei principi irrinunciabili, e ad argomenti tra loro collimanti, aventi un proprio indiscutibile spessore tecnico giuridico. Da una rimessione di giudizio comparativo degli interessi in gioco in capo al giudice (e a un giudice al quale si lasciava per di più sottintendere, nel 2017, che l'adozione in casi particolari fosse uno strumento legale che poteva garantire al minore, se non un'adeguata, perlomeno una sufficiente tutela), potremmo dire che

---

102/2020, nella quale la Corte ha parlato senza mezzi termini di *cecità* di questa conseguenza – concepita in chiave sanzionatoria dal legislatore – rispetto all'evoluzione, successiva al reato, delle relazioni tra il figlio minore e il genitore autore del reato medesimo).

si è passati<sup>59</sup> ad una delega di valutazione piuttosto minuta a carico del legislatore<sup>60</sup>: a quest'ultimo sembra cioè permanere un tratto assai breve della strada da compiere, 'un lavoro di cesello', per così dire, sui dettagli delle nuove previsioni, ma su un terreno che pare ormai solido, e la cui direzione è nitidamente segnata dai punti cardinali indicati dalla (dalle) Corti.

---

<sup>59</sup> Anche se il giudice *a quo* potrà pur sempre valutare la situazione rimasta in attesa di una definizione, evitandosi il paradosso che si apriva frequentemente in passato con le stesse sentenze additive di principio, di fatto talvolta inservibili (sul problema, sia consentito rinviare a E. MALFATTI, *Decisioni di accoglimento nel "seguito" giurisprudenziale, in ordine ad alcune questioni (rimaste) controverse*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 533); difatti la sent. n. 33/2021 non manca di riferirsi a soluzioni che possano offrire al bambino *chances* di riconoscimento della pienezza del legame di filiazione, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere.

<sup>60</sup> Come ha scritto A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del nell'unico commento fin qui pubblicato alle sentt. nn. 32 e 33/2012)*, in *Consulta on line*, 11 marzo 2021, la Consulta non tace qui di considerarsi *domina* del limite costituito dal rispetto della discrezionalità del legislatore e, perciò, di poterne in buona sostanza fare l'uso che vuole, a fisarmonica, ora arretrando ed ora invece spingendosi in avanti fino ad occupare del tutto il campo in un tempo ormai lontano ritenuto essere in modo esclusivo riservato al legislatore.