



20 OTTOBRE 2021

Verso una teoria del diritto alla
procreazione. Analisi alla luce dei più
recenti interventi della Corte
costituzionale

di Stefania Flore

Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche
Università degli Studi di Cagliari



Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte costituzionale*

di Stefania Flore

Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche
Università degli Studi di Cagliari

Abstract [It]: Il saggio analizza la questione dell'esistenza di un diritto a procreare, inteso come diritto di accedere alle tecniche di procreazione artificiale implementate dal progresso scientifico. In particolare, la trattazione verte sull'esistenza, nell'ordinamento costituzionale italiano, di principi che impongono l'estensione dei limiti attualmente individuati dalla legge 40/2004 all'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, sulla base dell'esistenza di un fondamentale diritto alla procreazione.

Abstract [En]: The essay deals with the problem of the existence of a right to procreate, intended as the right to benefit from all the techniques made available by scientific progress to encourage procreation. Specifically, the question is about the existence, in the constitutional structure of the Italian legal system, of principles which impose the extension of the limits currently outlined by the Law 40/2004 to assisted reproductive technology, on the basis of the existence of a fundamental right to procreation.

Parole chiave: Procreazione assistita; Diritto di procreare; Omogenitorialità; Maternità surrogata; Diritti fondamentali

Keywords: Assisted reproductive technology; Right to procreate; Surrogacy; Same-sex parenting; Fundamental rights

Sommario: 1. Introduzione. La procreazione: libertà e diritto. 2. I diritti antagonisti alla libertà procreativa: in particolare, i diritti del nato. 3. Dal diritto alla procreazione cosciente e responsabile al diritto di procreare. 4. Procreazione artificiale: è un diritto? 5. Critiche alla recente giurisprudenza costituzionale. 6. La necessità di scindere la maternità surrogata dal diritto di procreare come diritto sociale. 7. Conclusioni.

1. Introduzione. La procreazione: libertà e diritto

Il problema dell'esistenza di un diritto alla procreazione è più che mai attuale. Sono sempre più pressanti le istanze di coloro che desiderano avere un figlio e che tuttavia non possono godere dell'aiuto dello Stato italiano, essendo soggetti esclusi dall'art. 5 della legge 40/2004.

Sul diritto a procreare vi sono molti dubbi, innanzitutto riguardo la stessa nozione: si tratta del diritto ad avere un figlio o del diritto ad accedere alle più moderne tecniche scientifiche che consentono di favorire la procreazione? Vi sono perplessità anche su chi sarebbe il titolare di questo diritto, se la coppia o il singolo. Attualmente, l'evoluzione giurisprudenziale in materia porta a concludere che vi sono dubbi sulla titolarità anche sotto il profilo dell'orientamento sessuale della coppia. La Corte costituzionale ha infatti

* Articolo sottoposto a referaggio.

più volte ribadito che non è irragionevole affermare che il miglior interesse del minore è quello di crescere in una famiglia *ad instar naturae*, così confermando la legittima esclusione dall'accesso alla PMA per coppie lesbiche in possesso di tutti i requisiti per accedere alla legge, compresa la sterilità o infertilità.

A parere di chi scrive, nell'indagare l'esistenza di un diritto alla procreazione e nel costruire una teoria del medesimo è necessario partire dal presupposto che si tratterebbe di un diritto dell'individuo e che ogni limitazione alla sua titolarità possa esser retta solo da ragioni legate alla tutela del maggior controinteressato: il nascituro prima, il nato poi. Si arriverà così a dimostrare che, sebbene la Corte costituzionale non abbia ancora trovato il coraggio di riconoscerlo, il diritto alla procreazione esiste nel nostro ordinamento.

Nel ricostruire la teoria del diritto alla procreazione si inizierà illustrando lo stato dell'arte, per poi procedere alla critica delle attuali posizioni assunte dalla giurisprudenza costituzionale, elencando gli argomenti volti a dimostrare l'erroneità delle stesse e la sussistenza di un vero e proprio diritto alla procreazione.

Attualmente, è pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza solo la libertà di procreare.

La libertà di procreare¹ si fonda sugli articoli 2, 13, 30 e 31 Cost. Trattandosi di un diritto di libertà, garantisce il diritto dell'individuo di autodeterminarsi liberamente sul se procreare, senza condizionamenti statali in un senso o nell'altro.

Si è spesso parlato di questa libertà differenziando un profilo positivo, ossia la libertà di avviare un processo procreativo, da un profilo negativo, che si concretizzerebbe nella scelta di non procreare o di interrompere una gravidanza in corso².

Questa impostazione rischia di confondere le idee sulla problematica dell'individuazione delle situazioni giuridiche soggettive relative alla procreazione³.

¹ Sulla distinzione tra libertà di procreare e diritto di procreare si veda G. CAPIZZI, *Procreare: diritto, interesse o mera aspirazione? Brevi osservazioni di teoria generale in margine*, su biodiritto.org, 2012; G. FAMIGLIETTI, *Filiazione e procreazione*, in F. GIUFFRÈ- I. NICOTRA (a cura di) *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, p. 131 ss; T. AULETTA, *Dai principi costituzionali al "diritto vivente". Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, *Ibid.*, p. 640; A. D'ALOIA – P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà, P. Zatti, IV, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 1341 ss.

² In quest'ultimo senso si veda F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in G. SCIANCALEPORE – P. STANZIONE, *Procreazione assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 87. Bisogna, però, puntualizzare che l'aborto non può fondarsi solamente sulla libertà di procreare. La libertà di procreazione può avere un ruolo nel riconoscimento, in capo alla donna, della possibilità di interrompere il processo procreativo solo nei primi 90 giorni, essendo l'aborto successivamente subordinato a una lesione del diritto alla salute.

³ Non è questa la sede per approfondire l'annoso dibattito relativo alle caratteristiche dei diritti di libertà. Si rimanda per tutti, in particolare relativamente alla critica della configurabilità dei profili di libertà positiva e negativa, ad A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in *Giornale di storia costituzionale*, 17, 2009, p. 11 ss.

Specificamente, la procreazione rilevrebbe, a parere di chi scrive, sotto due aspetti: in primo luogo come diritto di libertà, garantendo all'individuo la possibilità di autodeterminarsi sulla procreazione, con conseguente obbligo di astensione dello Stato da interferenze sull'*an* e sul *quando* procreare⁴.

In secondo luogo, come diritto sociale, strettamente legato alla tutela della salute⁵, che garantisce il diritto all'aborto e, soprattutto, per quanto concerne l'oggetto di questa trattazione, il diritto alla procreazione assistita. Per usare le parole di Bifulco, «le tecniche mediche non possono [...], almeno per ora, sottrarre il processo procreativo al corpo materno, che rimane, quindi, il punto di riferimento di ogni diritto alla procreazione»⁶. Il diritto alla procreazione artificiale (così come quello all'aborto) è di fatto il diritto a una prestazione sanitaria che coinvolge prima di tutto la donna: da ciò l'inscindibile legame con l'art. 32 Cost. In virtù di quanto esposto possiamo dunque affermare che la libertà di procreazione si manifesta in un momento preventivo rispetto alla procreazione stessa, come libertà di scegliere se e quando procreare naturalmente⁷. Successivamente, ossia dopo il concepimento, il tema della procreazione si impone come diritto (sociale) all'aborto; in caso di incapacità di procreare naturalmente rileva, invece, il problema del diritto (sociale) all'accesso alla procreazione assistita⁸.

Il diritto di procreare è un diritto recente: in passato la procreazione era pensabile solo come fatto naturale, per cui non avrebbe avuto senso discutere sulla necessità di una tutela statale volta a fornire i mezzi per attuare questo diritto. È per questo motivo che il discorso sul diritto di procreare ha senso e si innesta solamente sulla procreazione artificiale⁹; parlare di diritto alla procreazione, cioè, significa parlare

⁴ Pertanto, non si può imporre a un individuo, direttamente o indirettamente, di determinarsi alla procreazione, cosa che invece, indirettamente, avveniva nella legislazione fascista, con l'imposta sul celibato di cui al R.D.L. 19 dicembre 1926, n. 2132; né gli si può imporre di determinarsi in senso contrario.

⁵ Per approfondire il rapporto tra procreazione e diritti sociali si veda M. P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 1, 2018. L'A. riconduce la PMA e l'aborto all'ambito dell'art. 32 Cost.

⁶ R. BIFULCO, *Sovrappopolazione, qualità della democrazia e sviluppo sostenibile*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, IV, *I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista*, Editore Consulta OnLine Associazione giuridica scientifico-culturale, 2020, p. 51.

⁷ Così anche F. VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia familiare*, in *Rivista AIC*, 4, 2019, seppur senza la premessa che fa la scrivente.

⁸ In questo senso la procreazione naturale e la procreazione artificiale, pur afferendo allo stesso tema, originano due situazioni giuridiche diverse. La prima si concretizza come libertà di autodeterminarsi alla procreazione e trova tutela soprattutto con l'astensione statale, benché siano importanti anche i profili di informazione e prevenzione che, come si vedrà, hanno trovato attuazione col diritto alla procreazione cosciente e responsabile ex art. 1 l. 194/78. La seconda, sebbene legata pur sempre alla libertà procreativa come espressione di sviluppo della personalità ex art. 2 Cost., si estrinseca nelle forme del diritto sociale; della pretesa, cioè, a che lo Stato garantisca la PMA a tutti gli individui salvo limitazioni dettate dalla tutela degli interessi antagonisti. Non è certamente possibile dare atto in questa sede del conflitto, che sembra ormai superato, tra diritti di libertà e diritti sociali, un dibattito che si è sviluppato sia in ambito costituzionale sia nella filosofia del diritto. Si veda tra gli altri A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili* (voce), in *Enc. Giur.*, vol. XI, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Treccani, Roma, 1989, p. 10 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, (voce) in *Ibid.*, p. 30 ss.; E. DICIOTTI, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2004, p. 733 ss.

⁹ Per usare le parole di Chiara Tripodina, «La procreazione diviene oggetto di rivendicazione in termini di diritto nel momento in cui esce dalla sfera degli accadimenti naturali per divenire oggetto di artificio, e dunque di scelta: quando la

di diritto alla procreazione assistita. La procreazione naturale, senza l'ausilio delle tecnologie moderne, è ovviamente un atto libero.

Occorrerà quindi concentrarsi sulla possibilità di procreare artificialmente come diritto; specificamente, un diritto sociale, che legittima la pretesa a che lo Stato si attivi per mettere a disposizione mezzi e risorse per l'esercizio di una posizione giuridica¹⁰.

Fatta questa breve premessa, come anticipato la giurisprudenza riconosce solo la libertà procreativa. La prima sentenza della Corte costituzionale che menziona la libertà di procreazione è dell'anno 2000 e ha ad oggetto la declaratoria di incostituzionalità delle norme che imponevano di non avere figli per arruolarsi e fare carriera in certi corpi armati¹¹; la Consulta fonda la decisione sulla violazione degli articoli 2, 30, 31¹², riferendosi ad un "diritto di procreare", benché sia evidente, alla luce di quanto sopra, che la sentenza si riferisca a un diritto di libertà.

Occorre ora indagare la possibilità di apporre limiti alla libertà procreativa.

Come illustrato, la libertà garantisce, potrebbe dirsi, una base generalizzata di liceità: è una garanzia, cioè, di poter decidere liberamente se procreare o no, con obbligo dello Stato di astenersi dall'interferire nelle scelte del singolo, e una garanzia di poter fare, nel silenzio della legge, tutto ciò che non è esplicitamente vietato a livello costituzionale. È in virtù di questo che prima della pubblicazione della legge 40/2004 era possibile accedere ai centri di PMA, che operavano come qualsiasi clinica privata: non essendosi ancora affermato il diritto a procreare artificialmente come diritto sociale, la prestazione era fruibile su richiesta e dietro pagamento¹³.

Il legislatore potrà intervenire sulla libertà o sul diritto di procreare, comprimendoli e delineando dei limiti all'accesso alle prestazioni procreative: questo, però, solo in funzione della tutela di diversi interessi di

tecnica rende possibile il concepimento di un figlio laddove la natura non lo permetterebbe, lì nasce la rivendicazione del diritto a procreare artificialmente»; si veda C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *Biolaw journal*, 2, 2014, p. 67.

¹⁰ A. B. FARAONI, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, p. 133; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, p. 311

¹¹ Corte cost., 12 luglio 2000, n. 332, in *Giur. Cost.*, 2000, p. 2455 ss.: il caso del giudice *a quo* riguardava la Guardia di Finanza, ma la declaratoria di incostituzionalità si è estesa ad altre disposizioni dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica.

¹² La violazione dell'articolo 3 cost. non rileva ai presenti fini perché riguardante la discriminazione rispetto alla normativa regolatrice dei "sottufficiali, ai graduati ed ai militari di truppa appartenenti all'Arma dei carabinieri e al Corpo della Guardia di finanza già in servizio". È significativo che la Corte non invochi l'articolo 32 Cost.: trattandosi di autodeterminazione sull'avvio del processo procreativo naturale, la Consulta non reputa che la scelta incida sulla salute. Si potrebbe, però, obiettare che la scelta procreativa coinvolge sempre la salute, anche solo dal lato psichico. Ad avviso della scrivente, inoltre, sarebbe stato più consono citare l'art. 13 invece dell'art. 30 Cost., poiché l'autodeterminazione dell'individuo gioca un ruolo fondamentale nel riconoscimento di questa libertà. Ma la teoria della libertà di procreazione si evolve con l'evolvere della coscienza sociale e della scienza. Infatti, superata la tesi del 2000, ad oggi la giurisprudenza costituzionale fonda la libertà procreativa negli articoli 2, 13, 31 e 32 Cost.

¹³ Un regime, in pratica, di libero mercato: era possibile rivolgersi privatamente ai centri di PMA per ottenere la prestazione a pagamento, senza alcun coinvolgimento dello Stato né possibilità di accesso per i meno abbienti (si ricordi che attualmente, invece, la PMA è nei LEA).

pari rango costituzionale. Occorre dunque individuare tali interessi, diversificando tra procreazione artificiale e procreazione naturale.

Nel caso della procreazione naturale non vi sono terzi che interferiscono nel processo avviato dalla coppia e l'atto della copula è ovviamente libero. L'unico interesse antagonista sarebbe, pertanto, legato al nascituro prima e al nato poi. In nome di tali interessi si potrebbero teoricamente porre delle limitazioni alla libertà di procreazione, impedendo di procreare, ad esempio, a soggetti in condizioni sociali, sanitarie ed economiche precarie. Tuttavia, la sacralità della libertà personale ex art. 13 Cost. impedisce ogni concreta configurabilità di detti limiti. La tutela del benessere e dell'equilibrato sviluppo del nato non potrà che attuarsi dopo la nascita, con i meccanismi della legge sull'adozione.

Nel caso della procreazione artificiale, invece, è necessaria una struttura, dei mezzi, nonché la cooperazione di terzi qualificati con determinate conoscenze medico-specialistiche. Gli interessi che vengono in considerazione, oltre a quelli del concepito e del nato, sono anche quello alla tutela della coscienza del medico, quello dello Stato alla destinazione delle proprie risorse, nonché, in caso di fecondazione eterologa, l'interesse del nato all'identità personale e alla conoscenza delle proprie origini. Si noti, infine, che l'interesse del nato a un equilibrato e sano sviluppo personale si può perseguire in questo caso preventivamente, impedendo l'accesso alla PMA a coloro che non possono garantire il benessere del figlio.

Chiaramente, in un ambito con molteplici implicazioni, anche etiche, il legislatore può intervenire, regolamentando in concreto il diritto alla PMA, con ampio margine di discrezionalità per contemperare tutti gli interessi; resta ferma, però, la necessità di giustificare i limiti alla libertà procreativa e al diritto di procreare con la tutela di altri valori costituzionali di pari rango e l'impossibilità di introdurre limiti arbitrari e discriminatori.

2. I diritti antagonisti alla libertà procreativa: in particolare, i diritti del nato

I diritti antagonisti alla libertà procreativa, come anticipato, sono legati alla coscienza del medico coinvolto nella PMA, alla tutela dell'embrione e alla tutela del nato.

Sui primi due ci si può soffermare brevemente.

L'obiezione di coscienza alla PMA è chiaramente lettera morta. Questo per due motivi. In primo luogo, la norma pone sicuramente un conflitto di coscienza minore rispetto all'aborto, in quanto si tratta di creare una nuova vita. Si potrebbe però sottolineare che, soprattutto dopo gli interventi della Corte costituzionale¹⁴ e l'introduzione della crioconservazione, la PMA comporta il rischio di perdita degli

¹⁴ Il riferimento è *in primis* a Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Fam. e Dir.*, 8-9, 2009, p. 761 ss., che ha rimosso l'obbligo di contemporaneo impianto dei 3 embrioni, consentendo al medico di impiantare gli embrioni necessari nel caso specifico e crioconservare gli altri. Prima di questa modifica l'unica ipotesi problematica per la coscienza che ricusi

embrioni al pari dell'aborto. È allora dirimente la seconda osservazione: la PMA si esegue in centri specializzati dove un obiettore non avrebbe altre mansioni da svolgere¹⁵. Sono pochissimi i centri all'interno di ospedali, nei quali l'obiettore potrebbe ricollocarsi in altri reparti. I professionisti coinvolti nella PMA sono inoltre figure altamente specializzate: è difficile pensare a un mutamento radicale della coscienza dopo anni di studi specifici. È per questo che l'obiezione è un grande assente nelle relazioni annuali sull'applicazione della PMA.

Riguardo alla tutela dell'embrione, la Corte costituzionale ha legittimato il *modus operandi* dell'eterologa¹⁶, pertanto ritenendo prevalenti le istanze di genitorialità delle coppie rispetto a eventuali pregiudizi derivanti al nato dall'incertezza sulla propria identità genetica e sulla conoscenza delle proprie origini, valorizzando altresì una genitorialità basata sul consenso e sulla volontaria assunzione delle responsabilità genitoriali.

È invece opportuno approfondire quali siano i diritti del figlio capaci di confliggere con la libertà di procreazione, giacché questi costituiscono il principale argomento addotto dalla recente giurisprudenza per limitare l'accesso alla PMA.

I diritti che il nato vanta nei confronti del genitore si evincono da diverse norme del nostro ordinamento¹⁷; possono riassumersi nel diritto al mantenimento, all'educazione, all'istruzione, all'assistenza morale, alla protezione e custodia e all'ascolto. I suddetti diritti vengono qualificati come veri e propri diritti della personalità del minore¹⁸.

Il diritto al mantenimento e il diritto all'istruzione si concretizzano in una pretesa prevalentemente economica¹⁹. Il diritto all'istruzione, in particolare, si concretizza nell'obbligo del genitore di sostenere le spese e formalizzare le scelte per conto del figlio, assecondando la sua volontà, in linea con la capacità raggiunta. È un obbligo che si estende, se così vuole il figlio, anche oltre l'istruzione obbligatoria e va coordinato con le capacità economiche della famiglia. Il diritto al mantenimento ha una portata ampia, che, come noto, è ben maggiore dell'obbligo alimentare. Nel mantenimento sono ricomprese le spese abitative, scolastiche, sanitarie, sociali e ogni altra spesa che si riveli in concreto rispondente all'interesse del minore e consona al tenore di vita familiare. È un obbligo che cessa solamente quando il figlio, anche

la violenza sull'embrione poteva identificarsi nel caso della donna che rifiuti l'impianto dell'embrione già creato; un comportamento che, sebbene contrario alla legge, è di fatto incoercibile. Altresì potrebbe ipotizzarsi una lesione della coscienza di coloro che reputano sacra la procreazione naturale; in tal senso ancora maggiore potrebbe essere il conflitto dopo la rimozione del divieto di fecondazione eterologa con Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Giur. It.*, 12, 2014, pp. 2827 ss.

¹⁵ Sono attualmente solo 328; elenco consultabile su iss.it.

¹⁶ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit.

¹⁷ Il riferimento è all'art. 30 Cost., agli artt. 147 e 315-bis del c.c. e dalla l. 62/1983 sull'adozione.

¹⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, II-1, Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 363.

¹⁹ Ciò sebbene detti diritti non abbiano carattere patrimoniale, secondo quanto rileva *Ibid.*, p. 364.

se già maggiorenne, raggiunge l'indipendenza economica²⁰. Trattandosi di un diritto a contenuto patrimoniale, il nostro ordinamento garantisce la sua esecuzione con metodi efficaci, quali la distrazione diretta dell'assegno dallo stipendio del genitore e le varie azioni esecutive.

I diritti legati all'assistenza morale e non patrimoniale sono invece difficilmente coercibili e tutelabili.

Il diritto all'assistenza morale è stato definito come diritto all'amore, ossia a ricevere un'amorevole cura²¹.

Vi rientra anche il diritto del minore ad essere assecondato nelle proprie inclinazioni e a sviluppare la propria personalità in un ambiente familiare idoneo. Ad esempio, è diritto del minore, una volta raggiunta una capacità adeguata, decidere quali convinzioni etiche, religiose e politiche coltivare.

Il diritto all'educazione e alla protezione e il diritto all'ascolto sono parimenti diritti a contenuto non patrimoniale e potrebbero considerarsi ricompresi nel diritto all'assistenza morale²². Il diritto all'ascolto, sebbene risulti formulato nel Codice sotto un profilo processuale, è stato inteso anche come diritto del minore ad essere ascoltato dal genitore, il quale deve tenere in conto il suo parere in tutte le questioni che lo riguardano²³. Il diritto all'educazione riguarda il dovere dei genitori di crescere il minore in modo da consentirgli di acquisire una piena maturità morale e sociale. Nel farlo, i genitori hanno la facoltà di trasmettere al figlio le proprie convinzioni etiche, morali, religiose e politiche, secondo un indirizzo affidato alla loro discrezionalità, ma il più possibile conforme alle inclinazioni del figlio²⁴.

Il dovere di protezione si deduce dall'impianto generale delle norme familiari, non essendo previsto testualmente. Si concretizza in una serie di comportamenti volti a preservare il minore da pericoli potenziali o attuali: a titolo esemplificativo, il genitore può controllare la corrispondenza del figlio, le sue

²⁰ Il concetto di autosufficienza economica è in concreto di difficile definizione, giacché spesso non rileva solo il *quantum* dello stipendio, quanto la natura della posizione lavorativa. A titolo esemplificativo, l'indipendenza si è considerata raggiunta per il medico specializzando, ma non per il dottorando di ricerca, oppure per l'avvocato che non abbia stabili guadagni. Indicativamente, la soglia minima di guadagno idoneo si aggira sugli € 700-800. A seguito del raggiungimento dell'indipendenza economica, stante l'appurata capacità lavorativa, l'obbligo di mantenimento cessa definitivamente e, anche se il figlio perde il lavoro in futuro, non rivive. Di recente la Cassazione (Cass., ord., 14 agosto 2020, n. 17183, in *cassazione.net*) ha effettuato un vero e proprio *revirement*, affermando che è il figlio maggiorenne a dover dimostrare l'assenza di colpa nel non aver raggiunto l'indipendenza economica. Si è detto, infatti, che il principio di autoresponsabilità, che trova sempre maggior spazio nelle aule giudiziarie in tema di diritto di famiglia, comporta che, oltre la maggiore età, il figlio debba assumersi la responsabilità di aver voluto intraprendere una carriera con poche probabilità di sbocchi lavorativi, piuttosto che pretendere che dette conseguenze ricadano sui genitori. Quanto esposto comporta che, raggiunta la maggiore età e decorso un apprezzabile lasso di tempo per la ricerca di un lavoro comunque idoneo al conseguimento dell'autosufficienza, il figlio perda il diritto all'assegno nonostante non reperisca un'occupazione idonea alla propria preparazione professionale.

²¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, cit., p. 367 ss. Per approfondire la tematica della rilevanza giuridica dei sentimenti e dell'amore come fatto produttivo di effetti giuridici si veda P. SPAZIANI, *Il diritto all'assistenza morale*, in C.M. BIANCA, (a cura di), *La riforma della filiazione*, Cedam, Padova, 2015, p. 73 ss.

²² Ritieni che educazione e istruzione, unitamente al mantenimento, siano parte di un generale dovere di cura A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 591 e 611.

²³ In tal senso D. ACHILLE, *Il diritto del figlio al mantenimento, all'istruzione e all'educazione*, in C.M. BIANCA, (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 62.

²⁴ In tal senso G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, I, Utet giuridica, Torino, 2007, p. 311.

frequenzazioni, le sue abitudini, vietandogli di fare determinate cose, sempre in rapporto al suo stato di capacità e autonomia²⁵.

Come anticipato, questi diritti non patrimoniali sono debolmente tutelati nel nostro ordinamento. La violazione del dovere di educazione può concretizzarsi nella responsabilità ex art. 2048 c.c.²⁶. Per quanto riguarda, più in generale, l'assistenza morale, la recente giurisprudenza ha chiarito che la sanzione di cui agli artt. 709-ter e 614-bis c.p.c. non può essere applicata al genitore che si rifiuta di vedere il figlio, essendo l'esercizio del diritto di visita rimesso all'autodeterminazione del genitore e del figlio stesso²⁷. Il risarcimento del danno non patrimoniale sarà invece possibile nel caso in cui la violazione del diritto all'assistenza morale sia così grave da tradursi nella violazione di un diritto costituzionalmente rilevante e produrre un danno ex art. 2059 c.c.²⁸.

Il disinteresse del genitore nei confronti del figlio potrà essere sanzionato anche ex artt. 330 e 333 c.c. nei casi più gravi²⁹. Ove detto disinteresse si concretizzi in un vero e proprio stato di abbandono, si ricorrerà alla dichiarazione di adottabilità; si tratta di casi estremi, in considerazione della preminenza del diritto del minore di crescere nella propria famiglia d'origine.

È fondamentale sottolineare come un riflesso dell'importanza del dovere di assistenza morale si ritrovi nel requisito dell'«idoneità e capacità affettiva» di educare, istruire e mantenere il minore richiesto dall'art. 6 della legge sull'adozione. Anche nei confronti di coloro che si sostituiscono ai genitori biologici il minore vanta il diritto a una cura amorevole.

²⁵ In tal senso M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Comm. Schlesinger, artt. 143-148*, Giuffrè Editore, Milano, 1990. Di recente, in giurisprudenza, Trib. Parma, 5 agosto 2020, in *studiocataldi.it*, ha confermato il potere-dovere dei genitori di controllare l'uso del cellulare da parte dei figli, in particolare dei social network e delle app di messaggistica, anche in età adolescenziale.

²⁶ Tra le altre, Cass., 20 marzo 2012, n. 4395, in *Danno e Resp.*, 12, 2012, p. 1218, con nota di DIMATTIA; per approfondimenti si veda G. DE CRISTOFARO, *La responsabilità dei genitori per i danni cagionati a terzi dal minore*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 1501 ss.

²⁷ Cass., ord., 6 marzo 2020, n. 6471, in *Fam. e Dir.*, 8-9, 2020, p. 792, con nota di VULLO, la quale ha altresì rimarcato che l'applicabilità della sanzione pecuniaria con funzione di coercizione indiretta comporterebbe una criticabile monetizzazione del diritto di visita. Nel senso della sostanziale incoercibilità del dovere di assistenza morale S. PATTI, *Riflessioni conclusive*, in C.M. BIANCA, (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p.1211 ss. In senso contrario P. SPAZIANI, *Il diritto all'assistenza morale*, in *Ibid.*, p. 85 ss., il quale sottolinea che una lettura di tale diritto coordinata con le norme internazionali ne evidenzia anche una dimensione condivisa con gli stessi genitori, che si concretizza, cioè, in un diritto della famiglia a poter coltivare le proprie relazioni senza interferenze di terzi, pubblici o privati. In tal senso, ad esempio, sarebbero risarcibili i danni da morte del congiunto.

²⁸ È il caso del cosiddetto danno da privazione parentale, un tipo di danno endofamiliare che la Cassazione ha riconosciuto nel caso in cui un genitore si rifiuti di riconoscere il figlio e lo abbandoni completamente. Si veda Cass., 22 luglio 2014, n. 16657, in *Foro It.*, 6, 1, 2015, p. 2149. Si veda anche Trib. Milano, 13 marzo 2017, in *Fam. e Dir.*, 4, 2018, p. 397, con nota di SCALERA, che trattava un caso in cui il figlio, sebbene riconosciuto, fosse stato del tutto abbandonato dal padre e, da ultimo, Cass., ord., 10 giugno 2020, n. 11097, in *cassazione.net*, che approfondisce la natura permanente dell'illecito in oggetto e la decorrenza della prescrizione.

²⁹ È invece da escludere che possano emergere profili di responsabilità ex art. 572 c.p., considerato che la giurisprudenza (da ultimo, Cass. pen., 15 gennaio 2020, n. 8145, in *cassazione.net*) richiede, ai fini della configurabilità della fattispecie, la sussistenza di una convivenza tra reo e persona offesa, la quale è per definizione incompatibile con la situazione di abbandono genitore-figlio di cui si tratta.

Poiché l'adozione è volta a fornire una famiglia al minore, e dunque si incentra sul suo interesse e non sull'autodeterminazione procreativa dell'adulto, l'indicazione in esame assume una particolare importanza, indirizzando l'interprete verso l'individuazione del miglior interesse del minore sull'ambiente familiare; ossia, per riprendere l'espressione della Corte costituzionale, l'individuazione del «“luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato»³⁰.

Per concludere l'analisi sui diritti del nato è necessario sottolineare che non è un diritto del figlio sancito dal nostro ordinamento quello di nascere in una famiglia con due genitori, né, tantomeno, due genitori di sesso opposto.

Molto spesso, tale diritto viene confuso col diritto alla bigenitorialità³¹. Sebbene il nome possa evocare un diritto del minore di avere due genitori, lo stesso ha in realtà un contenuto ben diverso.

Già affermatosi con la riforma del 2006³², a seguito della consacrazione della prevalenza dell'affidamento condiviso su quello esclusivo, il cosiddetto diritto alla bigenitorialità viene formalmente inserito nel nostro Codice solo con la riforma del 2013³³ e trova espressione nel diritto del figlio “di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori”, ai sensi dell'art. 337-ter c.c. Quest'ultima disposizione è collocata nel Capo II del Titolo IX, relativo all'esercizio della responsabilità genitoriale a seguito della separazione della coppia.

È dunque un diritto strettamente collegato all'affidamento e al diritto di visita e che acquista senso e scopo a seguito della crisi della coppia. Il legislatore, cioè, nel disciplinare la sorte del dovere di assistenza morale a seguito dell'allontanamento di un genitore, fissa i principi della condivisione della responsabilità genitoriale e della garanzia di accesso del figlio anche al genitore non collocatario. In considerazione di quanto sopra, non stupisce che il diritto alla bigenitorialità trovi più pregnante tutela nei rapporti tra genitori. In altre parole, è possibile sanzionare il genitore che impedisce l'attuazione del diritto di bigenitorialità nei confronti dell'altro, impedendo al minore di intrattenere rapporti con l'altro genitore, ma non è sanzionabile, se non nei termini sopra analizzati, il genitore che si rifiuti di vedere il figlio o il minore che si rifiuti di vedere il genitore³⁴.

Né può dirsi che un diritto a nascere in una famiglia con due genitori si evinca dall'art. 6 della legge sull'adozione, in quanto l'adozione è invece consentita anche ai *singles*, nei casi dei minori disabili e nelle ipotesi di cui alla lettera *a* e *d* dell'articolo 44³⁵.

³⁰ Espressione ripresa dalla celebre sentenza Corte cost., 221/2019, di cui si dirà approfonditamente in seguito.

³¹ Sul diritto alla bigenitorialità A. MORACE PINELLI, *Provvedimenti concernenti i figli in caso di crisi del matrimonio o dell'unione di fatto*, in C.M. BIANCA, (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 693 ss. e A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 651 ss.

³² Il riferimento è alla legge 8 febbraio 2006, n. 54.

³³ Dlgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

³⁴ Vedi Cass., ord., 6 marzo 2020, n. 6471, cit.

³⁵ Si tratterebbe, viceversa, di un diritto discriminatorio, in quanto non spetterebbe a tutti i minori, ma solo a quelli non diversamente abili. Sebbene la *ratio* sia quella di incentivare le adozioni dei minori con anomalie, è innegabile che, tanto

3. Dal diritto alla procreazione cosciente e responsabile al diritto di procreare

La legge 194/1978 ha introdotto, all'articolo 1, il diritto alla procreazione cosciente e responsabile. Per individuare la portata di questo diritto è necessario analizzarlo nel proprio contesto temporale: siamo in un periodo in cui la procreazione assistita non è ancora diffusa in Italia ed è appena in fase sperimentale in Europa³⁶. La dottrina non si è ancora addentrata nella tematica del diritto alla procreazione³⁷; anche in giurisprudenza raramente emerge la problematica³⁸. Il diritto in esame, quindi, viene introdotto solo per legittimare l'aborto: non si lega né alla procreazione assistita, né al diritto di avere un figlio generalmente inteso, né tanto meno all'omogenitorialità, un tema che tarderà ancora parecchi anni ad emergere.

Pertanto, il suo ambito va circoscritto in forza di quanto sopra, sicché si può definire, sommariamente, come il diritto a che lo Stato si attivi per fornire gli strumenti informativi, farmaceutici e sanitari atti a garantire l'aborto e la libertà procreativa, ossia l'autodeterminazione sul se procreare, facendo in modo che il processo procreativo segua il suo corso nel senso quanto più possibile conforme alla volontà della coppia o del singolo.

Solo successivamente il diritto alla procreazione cosciente e responsabile si invocherà per fondare anche il diritto di accedere alla PMA, sebbene lo stesso verrà poi limitato con la legge 40/2004.

La giurisprudenza si è espressa sul fondamento del diritto alla procreazione cosciente e responsabile solo anni più tardi, rinvenendolo quando nella libertà di autodeterminazione, quando nella tutela della salute o della maternità³⁹. È ragionevole ritenere, considerata la varietà di situazioni che tutela⁴⁰, che tale diritto si fondi sulla somma della libertà di procreazione e della libertà di autodeterminazione terapeutica, poiché

più per questi ultimi, sussiste la necessità della massima attenzione nella cura e assistenza del minore: ciò fa desumere che il legislatore non fissa una presunzione di inidoneità genitoriale verso il single.

³⁶ Come noto, nel luglio 1978 nasce nel Regno Unito la prima bambina concepita da una pratica di fecondazione assistita. In Italia la prima nascita da PMA avverrà solo più tardi, nel 1983.

³⁷ Il diritto alla procreazione ha iniziato ad essere oggetto delle discussioni dottrinali dagli anni Novanta: tra i primi autori, si veda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Adozione e procreazione medicalmente assistita: spunti di riflessione per un diritto mite e dialogico*, in *Minori giustizia*, 2, 2005, p. 186 ss.; F. PASTORE, *Diritto a procreare: rilievo costituzionale e limiti. La procreazione medicalmente assistita tra bio-etica e regolamentazione giuridica*, in *Rivista Giuridica del Molise e del Sannio*, 2, 1996, pp. 83-110.

³⁸ Primo precedente di cui si ha notizia risulta Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. It.*, I, 2, 1992, p. 72, con nota di DOGLIOTTI: nel dichiarare la nullità di un contratto di maternità surrogata commerciale, il Tribunale afferma che non è riscontrabile in Costituzione un vero e proprio diritto alla procreazione.

³⁹ Si veda Trib. Genova, 7 aprile 2006, che fonda la tutela della maternità responsabile nell'art. 30, co. 2, Cost.; Trib. Firenze, ord., 17 dicembre 2010, che avalla l'impostazione del ricorrente secondo cui il diritto alla procreazione responsabile si basa sulla tutela della salute e dell'autodeterminazione, entrambe in *leggiditaliaprofessionale.it*, e Trib. Milano, 10 marzo 14, in *Danno e Resp.*, 6, 2015, p. 615, con nota di SARDELLA, che ne rinviene il fondamento negli artt. 2 e 13 Cost., quindi nella libertà di autodeterminazione.

⁴⁰ Varietà di situazioni che comporta l'impossibilità di dare delle indicazioni precise, anche perché il discorso andrebbe differenziato per la donna e per l'uomo; solo sulla libertà di procreazione si fonda, ad esempio, il diritto, di ottenere gli aiuti statali per la crescita dei figli; il diritto all'aborto si fonda, invece, nel primo trimestre, anche sulla tutela della salute e sull'autodeterminazione. Spesso il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è stato identificato con il diritto all'aborto; in tal senso Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Giur. It.*, 4, 2013, p. 796 con nota di CARUSI, CRICENTI.

tale autodeterminazione si risolverebbe nella decisione di favorire, prevenire o interrompere un processo naturale, quello della gravidanza, intrinsecamente legato alle condizioni di salute.

Di diritto alla procreazione cosciente e responsabile è stato impossibile parlare sino alla metà degli anni Settanta, stante l'impostazione del Codice penale Rocco, che, per tutelare l'interesse demografico dello Stato, favoriva la procreazione, prescindendo dal fatto che fosse voluta o meno. Il primo passo verso il suo riconoscimento avviene con la legge 29 luglio 1975, n. 405, istitutiva dei consultori familiari, che enuncia tra le sue finalità⁴¹ l'assistenza psicologica per la preparazione alla paternità e maternità responsabile e la divulgazione delle informazioni atte a promuovere o prevenire la gravidanza: l'aspetto informativo del diritto è già tutelato prima ancora che esso venga sancito. Inoltre, la legge sui consultori autorizza il personale a fornire i mezzi necessari per la realizzazione delle scelte di coppia o del singolo sulla procreazione responsabile, consigliando i farmaci appositi⁴².

Il dibattito sul diritto alla procreazione si amplifica esponenzialmente e si sposta su un altro piano solo all'indomani della legge 40/2004, che promuove, al passo con i progressi scientifici, l'inizio del processo procreativo, legittimando coloro che, sterili o infertili, non riescono ad avere figli, a rivolgersi a strutture, pubbliche o private, che forniscano loro l'assistenza necessaria per cercare di diventare genitore.

È evidente che la legge 40/2004 si pone su un piano completamente diverso rispetto alla legge 194/1978, tant'è che la prima non fa alcun cenno a un eventuale collegamento tra il diritto di accesso alle tecniche e il diritto ex art 1, l. 194/1978.

Allora perché quando si parla di diritto alla PMA si invoca il diritto alla procreazione cosciente e responsabile? La risposta risiede nel fatto che quest'ultimo diritto altro non fa che attuare, per la prima volta, la tutela del diritto alla procreazione come diritto sociale (lo stesso obiettivo, cioè, del diritto alla PMA, sebbene sotto un altro aspetto).

La procreazione come diritto di libertà, autodeterminazione del singolo sul se procreare e garanzia di astensione statale da interferenze, trova, pertanto, nel diritto in esame, il riflesso di tutela sociale: nascono, come diritti di prestazione, il diritto agli anticoncezionali, agli incentivi economici e lavoristici di maternità e paternità e il diritto all'aborto come prestazione sanitaria pubblica e garantita dal SSN.

Si può altrimenti dire che il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, proprio per la sua ampiezza, non includerebbe il bilanciamento necessario per legittimare, in sé, una specifica prestazione, tanto che si

⁴¹ Articolo 1, l. 405/1975.

⁴² Articolo 1, lettere b) e d) l. 405/1975. Tuttavia, bisognerà attendere il Decreto del Ministero della Salute dell'ottobre 1976 per abrogare le norme che impedivano la registrazione di farmaci ad indicazione contraccettiva, mentre per abrogare le norme sull'illiceità della procurata impotenza alla procreazione e dell'istigazione a pratiche contro la procreazione, bisognerà attendere la l. n. 194/1978. Si veda Cass., 18 giugno 1987, n. 7425, in *leggiditaliaprofessionale.it*, che fonda la liceità della vasectomia sull'abrogazione dell'art. 552 c.p. ad opera della legge 194/1978.

qualificherebbe come diritto di libertà⁴³ e coinciderebbe dunque con la libertà di procreazione. Secondo la scrivente, questa impostazione è condivisibile: si tratta di un diritto di libertà fondato sugli stessi valori della libertà procreativa e che, nel nostro ordinamento, legittima, solo o unitamente ad altri valori costituzionali, varie prestazioni, che si concretizzano in veri e propri diritti sociali riconosciuti da specifiche norme di legge.

Isolato, quindi, il diritto alla procreazione cosciente e responsabile nel contesto della legge che lo contiene, il dibattito, ad oggi, incalza sul diritto a procreare, inteso, come sopra accennato, come pretesa a che lo Stato si attivi per mettere a disposizione tutte le tecniche implementate dal progresso scientifico per favorire la procreazione. Specificamente, ci si interroga sull'esistenza, nell'impianto costituzionale del nostro ordinamento, di principi fondamentali che impongano l'estensione dei limiti attualmente delineati dalla legge 40/2004 alla procreazione assistita, sulla base dell'esistenza di un fondamentale diritto alla procreazione costituzionalmente sussistente ma non ancora riconosciuto dal legislatore.

Poiché attualmente l'accesso alla PMA è consentito alle coppie eterosessuali anche nella forma dell'eterologa, il problema si incentra, in particolare, sull'accessibilità della prestazione alle coppie omosessuali, ai *singles* e alle coppie nelle quali, per anzianità o anomalie, la donna non può portare avanti la gravidanza⁴⁴. Occorre allora fare un'importante precisazione.

Come evidenziato da autorevole dottrina, il discorso della procreazione assistita non può prescindere dall'abbandono della retorica antidiscriminatoria tra generi e del riduzionismo terminologico⁴⁵, riconoscendo che la natura, prima ancora che la legge, ha creato le donne in maniera diversa dagli uomini, specificamente con un *quid pluris*, ossia la capacità di "trasformare" l'embrione in persona.

Per usare le parole di Silvia Niccolai «una argomentazione più ordinata [...] dei temi che ruotano intorno al desiderio di donne e uomini omosessuali di diventare madri e padri, non potrebbe non partire [...] dal riconoscimento di questo di più, che mette le madri lesbiche in una posizione più agevole di quella degli aspiranti padri gay, e che colloca il materno [...] nella posizione di un bene indispensabile per tutti»⁴⁶.

⁴³ Nel senso dell'assenza di bilanciamento, pur senza parlare di diritto di libertà, si veda F. CARINGELLA – R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto civile, vol. I, Famiglia e successioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 483; Si spinge fino a considerarlo un diritto di libertà -se pur in commento ad alcune sentenze- A. FERRARIO, *Danno da nascita indesiderata*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 169 ss. In giurisprudenza, Trib. Milano, 20 ottobre 1997, in *Danno e Resp.*, 1, 1999, p. 82, con nota di BONA.

⁴⁴ Il problema dell'esclusione delle coppie composte da uno o entrambi i soggetti minorenni non è, nei fatti, oggetto di particolari rivendicazioni. Se ne tratterà comunque nelle conclusioni.

⁴⁵ Si veda sul tema E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Rivista AIC*, 2, 2021, p. 137 ss.; F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 1 ss.; S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa?*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015, p. 1 ss.; B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, p. 183 ss.

⁴⁶ S. NICCOLAI, *Ibid.*, p. 42.

Il tema della genitorialità della coppia lesbica e della donna single, devono allora necessariamente scindersi dalla trattazione della genitorialità della coppia omosessuale, dell'uomo single e della coppia etero con donna incapace di portare avanti la gravidanza. Ossia, di coloro che devono avvalersi della maternità surrogata.

Gli interrogativi sul diritto sociale alla procreazione sono tanti: chi è titolare di questo diritto, la coppia o il singolo? È un diritto del paziente, giacché presuppone l'infertilità o sterilità, o è un diritto che spetta a ogni individuo?

Come anticipato, detto quesito è attualmente risolto in senso negativo dalla Corte costituzionale, la quale ha affermato⁴⁷ che non esiste un diritto alla procreazione inteso come diritto al figlio e che la legge 40/2004 in maniera non irragionevole, non arbitraria né discriminatoria riserva l'accesso alla PMA alla coppia composta da persone maggiorenni, in età fertile e di sesso opposto, affette da sterilità o infertilità, secondo i due pilastri della famiglia *ad instar naturae* e della PMA come cura e diritto del paziente⁴⁸. Su una posizione negativa si attesta anche la maggior parte della dottrina⁴⁹.

4. Procreazione artificiale: è un diritto?

La legge 40/2004 viene pubblicata quando vi è un dibattito già vivo sul diritto di procreare.

Alla fine degli anni Novanta, la Consulta afferma che il diritto alla procreazione cosciente e responsabile assume rilievo costituzionale⁵⁰. In quel periodo, nell'assenza di una normativa organica, sono la dottrina e i Tribunali a interrogarsi sulla sussistenza di un diritto a procreare artificialmente, sulla liceità ed i limiti della procreazione assistita e della maternità surrogata⁵¹.

⁴⁷ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corriere Giur.*, 12, 2019, p. 1460, la quale, nel rispondere alla domanda relativa all'esistenza di un diritto a diventare genitori, afferma che questo non è rinvenibile né nell'art. 31 Cost., che «tutela la maternità e non l'aspirazione a diventare genitore», né nell'art. 32 Cost., giacché «la tutela costituzionale della "salute" non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale».

⁴⁸ Detti principi son stati ribaditi, da ultimo, da Corte cost., 20 ottobre 2020, n. 230, in giuricost.org.

⁴⁹ Vedasi nota 51.

⁵⁰ Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. It.*, 1, 1997, p. 348, con nota di RUOTOLO. In tale arresto la Corte, nel dichiarare l'inammissibilità del referendum sulla legge 194/1978 che avrebbe comportato l'abrogazione dell'art. 1, afferma che la stessa è una legge a contenuto costituzionalmente vincolato.

⁵¹ Ritiene che il diritto di procreare si configuri solo come diritto del paziente alla cura della sterilità e infertilità M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2, 2000, p. 211. Tale posizione è condivisa più di recente da A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 99-100. L'A. sostiene che il diritto alla procreazione si concretizzi nel diritto di utilizzare le più aggiornate tecniche mediche quando la via naturale per procreare è preclusa per problemi di salute. In senso analogo, all'indomani della pubblicazione della legge 40, da F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlamentare: rivista mensile di studi costituzionali e di documentazione legislativa*, 2, 2005, p. 412 ss., laddove sostiene che il diritto di procreare possa assumere solo una dimensione di coppia, non invece del singolo. Tra le posizioni più recenti si veda anche B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, pp. 712 e 739; l'A. ritiene che il diritto alla procreazione sia riconosciuto solo come cura e solo alla coppia come formazione ex art. 2 Cost., ma solo se eterosessuale. Non viene riconosciuto ai singoli e alle coppie omosessuali.

In particolare, in giurisprudenza spiccano due pronunce. Nella prima, il Tribunale di Roma⁵², nell'affermare la liceità del contratto di maternità surrogata solidale, costruisce una vera e propria teoria del diritto alla procreazione, inteso come diritto della persona, fondato sull'art. 1 della l. 194/78 e che si concretizza nel diritto di ricorrere a tutti i mezzi che il progresso scientifico offre per soddisfare il desiderio di genitorialità. Il fondamento giusnaturalistico del diritto a procreare sembra risiedere nell'”autorealizzazione individuale”; pertanto, il fondamento costituzionale si colloca negli artt. 2 e 13 Cost.

Di avviso completamente diverso l'altra sentenza, che anticiperà il pensiero successivamente sposato dalla legge 40/2004. Il Tribunale di Bologna⁵³, sebbene premetta che il diritto di procreare si configuri come diritto fondamentale dell'individuo (e non della coppia), conclude affermando che lo stesso dev'essere bilanciato coi diritti del nascituro, in particolare quello alla bigenitorialità⁵⁴ e che pertanto l'accesso alla fecondazione assistita dev'essere riservato alle coppie eterosessuali coniugate o stabilmente conviventi. La legge 40/2004 riconosce un diritto a usufruire delle tecniche di procreazione assistita, sia pubblicamente e gratuitamente, sia privatamente⁵⁵. La *ratio* di tale legge, secondo quanto professato dall'articolo 1, è risolvere i problemi di sterilità o infertilità; una finalità secondaria si ravvisa nella tutela di tutti i soggetti coinvolti, soprattutto il concepito⁵⁶.

Differentemente dall'interruzione di gravidanza, non si registrano rilevanti dibattiti dottrinali sulla qualificazione della fattispecie come diritto soggettivo. Non si può accogliere la posizione di chi nega che si sia di fronte a un diritto poiché la prestazione si qualificerebbe come *extrema ratio*, accessibile solo da coloro che non possono procreare naturalmente⁵⁷. Infatti, non può dubitarsi che anche quelli del paziente siano dei veri e propri diritti.

Per quanto riguarda il suo fondamento, secondo la maggior parte della dottrina esso costituisce esercizio della libertà o autodeterminazione in materia di procreazione, oppure del diritto alla salute⁵⁸.

⁵² Trib. Roma, 17 febbraio 2000, in *Fam. e Dir.*, 3, 2000, p. 151, con nota di DOGLIOTTI, CASSANO.

⁵³ Trib. Bologna, 9 maggio 2000, in *Fam. e Dir.*, 5, 2000, p. 487, con nota di CASSANO.

⁵⁴ Con ciò facendo un utilizzo improprio del diritto alla bigenitorialità come analizzato *supra*, nel paragrafo 2.

⁵⁵ La PMA è stata inserita tra i LEA nel gennaio 2017, con la pubblicazione del DPCM che ha aggiornato l'elenco in oggetto. Già nel 2014 la conferenza dei presidenti delle Regioni approvò un atto di indirizzo che prevedeva l'inserimento della PMA nei LEA, il quale ha tuttavia avuto attuazione differente nelle varie Regioni. Per approfondimenti si veda F. PASTORE, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, 1, 2017, p. 18 ss.

⁵⁶ Sulle diverse *rationes* attribuibili alla PMA nei vari ordinamenti giuridici, si veda S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 98 ss. L'A. sottolinea altresì, quanto alla tutela del nato da PMA, che al diritto spetta «il non facile compito di regolamentare la condizione giuridica del nato, in primo luogo proprio in relazione a coloro i quali hanno scelto di metterlo al mondo: a seconda della diversa impostazione prospettica [...] – della genitorialità ovvero della filiazione- il rapporto in esame assumerà quindi connotazioni decisamente diversificate» (p. 90).

⁵⁷ E. FALLETTI, *La filiazione. Questioni sostanziali, processuali, internazionali nell'analisi della giurisprudenza*, Halley Editrice, Macerata, 2007, p. 75; A. BUCCELLI, *Procreazione assistita e famiglia*, in *Produrre uomini. Procreazione assistita: un'indagine multidisciplinare*, diretto da A. Buccelli, Firenze University Press, Firenze, 2005, p. 142

⁵⁸ F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in G. SCIANCALEPORE – P. STANZIONE, *Procreazione assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004*, n. 40, cit. p. 95; il fondamento risiederebbe nello specifico l'art. 2 Cost., poiché il diritto di procreare

È però opportuno interrogarsi, stante la limitata titolarità del diritto, riservata solo a chi è affetto da sterilità o infertilità, se questo si fondi soprattutto o solo sulla tutela del diritto alla salute.

Contro questa tesi, si può rilevare come la PMA spesso consista in un processo esso stesso rischioso per la salute, in particolare per la donna⁵⁹, ma che questa volontariamente avvia nella speranza di dare alla luce un figlio. Altresì è dubbia la possibilità di qualificare le tecniche di procreazione artificiale come “cura”, stante la permanenza dell'incapacità di procreare⁶⁰; con la PMA non si ristabilisce la funzionalità del corpo umano, ma si genera una nuova vita, ciò che sarebbe atipico rispetto a ogni nozione di cura, anche latamente intesa. Se la salute fosse il solo bene sul quale si fonda la legge 40/2004, inoltre, l'impianto della legge, ancora attuale, escludendo l'accesso alle tecniche a donne single o lesbiche, sebbene sterili o infertili, sarebbe di dubbia costituzionalità⁶¹.

Quanto alla giurisprudenza, all'indomani della pubblicazione della legge la Corte costituzionale ha sancito il suo carattere di legge costituzionalmente necessaria, diretta a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona⁶². Pochi anni dopo, a livello internazionale, la Corte EDU riconoscerà la violazione dell'art. 8 della Convenzione nel divieto assoluto, previsto dalla legge inglese, di accesso alla PMA per un ergastolano e la moglie⁶³.

rappresenterebbe una modalità di sviluppo della persona umana; in senso analogo, riconosce il fondamento nell'autodeterminazione dell'individuo A. D'ALOIA – P. TORRETTA, *Procreazione come diritto della persona*, cit., p. 1350 ss., che aggiunge che tale interesse va bilanciato, tra gli altri, con quello, di non chiara identificazione, al “concetto di famiglia”. Singolare la posizione di chi individua il valore che legittimava la praticabilità della PMA prima della l. n. 40, nel principio di libertà e di autonomia contrattuale, come C. CASINI – M. CASINI – M. L. DI PIETRO, *La Legge 19 febbraio 2004, n. 40: norme in materia di procreazione medicalmente assistita: commentario*, Giappichelli Editore, Torino, 2004, p. 14. Individua il fondamento nel diritto alla salute, nella dimensione psichica e sociale e nel diritto allo sviluppo della propria personalità A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., p. 40. Merita menzione anche F. CASSONE, *Diritto a procreare e diritto alla bigenitorialità. Uno sguardo alle norme*, in *Minorigiustizia*, n. 2, 2008, p. 60 ss., la quale nega la configurabilità di un diritto a procreare nel nostro ordinamento e sostiene che gli innumerevoli limiti all'accesso alla PMA inseriti nella legge 40 ne siano la prova.

⁵⁹ Ci si riferisce ai casi di PMA dove la donna deve affrontare dei cicli di stimolazione ovarica, ossia veri e propri bombardamenti ormonali, per favorire l'annidamento dell'embrione in utero; non sono dannosi invece alcuni casi che riguardano la sterilità dell'uomo, dove il processo consiste nel semplice prelievo di liquido seminale e nella sua successiva “fertilizzazione”.

⁶⁰ Vedasi la Relazione parlamentare del 26 marzo 2002 della Commissione affari sociali: «È comunque falsa la autorappresentazione delle tecniche di PMA come “cura della sterilità”: in realtà, esse non mirano a risanare il corpo sterile, che rimane tale». Secondo P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 156, tale impostazione non può essere accolta, stante la presenza di cure, come quelle al diabetico, che debbono perdurare nel tempo e non eliminano *in nuce* il problema alla base del diabete.

⁶¹ Sulla critica all'impianto originario della legge, che escludeva anche l'eterologa, si veda S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2009, p. 240. Si ricordi che la costituzionalità della legge, come pure dell'esclusione dell'accesso alle tecniche per le donne sterili o infertili non eterosessuali, è stata confermata più volte dalla Corte costituzionale nel 2019, con le sentenze che si analizzeranno in seguito.

⁶² C. cost., 28 gennaio 2005, n. 45, in *Giur. It.*, 2005, p. 2017, con nota di SCIATTA

⁶³ Corte europea diritti dell'uomo, 4 dicembre 2007, n. 44362, in *Fam. Pers. Succ.*, 2, 2008, p. 188. La Corte afferma, infatti, che il divieto assoluto va oltre ogni ragionevole equilibrio tra gli interessi pubblici (in particolare quello di deterrente e serietà della pena) e privati, in una materia definita “di vitale importanza” per i ricorrenti, così esorbitando dal margine di apprezzamento statale. Si noti che entrambi i coniugi erano fertili, e l'ostacolo era costituito dalla condizione di ergastolano del marito.

Fondamentale per comprendere la *ratio* della legge e per indagare l'esistenza di un generale diritto di procreare è l'analisi della sentenza della Corte costituzionale che elimina l'obbligo di impianto contemporaneo di tre embrioni per ciclo di PMA⁶⁴. La Corte afferma che la «finalità della legge è quella di individuare un giusto bilanciamento tra la tutela dell'embrione e quella dell'esigenza di procreazione», quest'ultima da intendersi come «diritto alla buona riuscita delle tecniche di PMA e in definitiva nel diritto alla genitorialità, che, nei limiti consentiti dalla l.40, prevale sulla tutela dell'embrione». La Corte sembra quindi propendere verso una nozione di diritto alla procreazione come diritto della persona; non una semplice cura, ma un diritto fondamentale che può essere limitato solo da diritti di pari rango. Tesi, quest'ultima, che verrà invece contraddetta fin da subito dalla giurisprudenza di merito⁶⁵.

Altro fondamentale tassello è costituito dalla successiva declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa⁶⁶. La sentenza, seppur mossa da un intento meritevole, è in realtà poco chiara: sembra prima negare l'esistenza di un diritto a procreare, laddove afferma che la volontà di formare una famiglia con figli è semplicemente «favorevolmente considerata dall'ordinamento».

Tuttavia, vi si legge anche che la scelta della coppia di diventare genitori costituisce espressione della fondamentale libertà di autodeterminarsi nella sfera privata e familiare e che le limitazioni di detta libertà devono essere giustificate dalla tutela di interessi di pari rango⁶⁷. Con ciò la Corte sembra oscillare sulla qualifica del diritto alla procreazione assistita: da un lato una semplice scelta favorita, dall'altro un vero e proprio diritto, fondato sulla libertà di autodeterminazione⁶⁸ e che sovrasta, in sede di bilanciamento, altri diritti parimenti importanti, come il diritto alle origini e all'identità del nato⁶⁹. Ciò sebbene la Corte non parli mai di diritto alla genitorialità, ma di libertà di autodeterminazione. Ancora, la Corte afferma che la tecnica di PMA incide anche sul diritto alla salute psicofisica e che, come sancito dall'atto costitutivo

⁶⁴ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in Fam. Pers. Succ., 8-9, 2009, p. 684, con nota di FANTETTI.

⁶⁵ Si veda Trib. Milano, 23 novembre 2009, in *Nuova Giur. Civ.* n. 7-8, 2010, p. 774, con nota di LIBERALI, secondo cui il divieto di eterologa nel nostro ordinamento sarebbe giustificabile dall'insussistenza di una norma che affermi l'esistenza di un diritto insopprimibile a procreare. Detta sentenza è stata invero superata dal successivo arresto del medesimo Trib. Milano, 3 aprile 2013, in *Nuova Giur. Civ.*, 10, 2013, p. 912 ss., con nota di RAPISARDA, che, nel rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità sul divieto di eterologa, ha affermato che la scelta della coppia di avere figli costituisce un diritto fondamentale.

⁶⁶ Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit. La sentenza è stata preceduta da Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Grande Camera, 3 novembre 2011, S.H.e altri c. Austria, in *Nuova Giur. Civ.*, 3, I, 2012, p. 224, la quale aveva invece negato che le restrizioni poste dall'Austria all'accesso alla PMA eterologa contrastassero con l'art. 8, con ciò affermando l'ampio margine di discrezionalità degli Stati sul tema.

⁶⁷ Con la sentenza 221/2019, della quale si dirà in seguito, la Corte costituzionale specificherà che nel riferirsi a "tale coppia", si rivolgeva solo alle coppie eterosessuali individuate dall'art. 5 della l. 40/2004.

⁶⁸ Lettura che ha dato anche l'ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità del divieto di diagnosi preimpianto Trib. Milano, 4 marzo 2015, in *leggiditaliaprofessionale.it*, che sostiene l'esistenza di un diritto alla procreazione e afferma che tra i diritti coinvolti nella legge 40/2004 «vi è il diritto, fondamentale, costituzionalmente garantito e personalissimo, della coppia all'autodeterminazione nelle scelte procreative».

⁶⁹ La questione della compressione di questo diritto viene invero risolta con un mero rinvio alla legislazione in tema di adozione e alla sopravvenuta possibilità che il segreto della madre ceda a fronte della richiesta del figlio maggiorenne.

dell'OMS, il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano. Tuttavia, il bene maggiormente tutelato dalla legge 40 secondo la Corte sembra essere l'autodeterminazione procreativa; quest'ultima, almeno nell'ambito di cui si tratta, secondo la posizione assunta dalla Consulta si riferisce solo alla coppia.

La sentenza, in conclusione, depone sostanzialmente a favore dell'esistenza di un diritto alla genitorialità, seppur limitato alla coppia, basato principalmente sull'autodeterminazione procreativa ed in secondo luogo sulla tutela della salute psicofisica. Detto provvedimento ha avviato un ampio dibattito⁷⁰ e sembrava prodromico ad un ampliamento della titolarità del diritto alla PMA.

5. Critiche alla recente giurisprudenza costituzionale

Tali aspettative sono state tradite da una recente sentenza della Corte costituzionale⁷¹, chiamata a decidere sull'opportunità del divieto di accesso alla PMA per coppie lesbiche per mezzo di due ordinanze di rimessione, una delle quali relativa alla vicenda di una coppia di donne sterili⁷². La Corte, premesso che non esiste un generale diritto costituzionalmente garantito a procreare, si domanda se il diritto di procreare con metodi artificiali debba essere garantito a chiunque, oppure se debba limitarsene la titolarità in nome della tutela dei diritti del concepito e del nato. La conclusione alla quale perviene è quella di ritenere ragionevoli i limiti alla titolarità del diritto, in quanto fondati su due capisaldi: la finalità terapeutica della PMA e la concezione della famiglia *ad instar naturae* come ambiente «più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato».

Tale conclusione, a parere della scrivente, non può condividersi.

Premesso che la ragionevolezza è l'unico limite alla discrezionalità del legislatore, la ragionevolezza del divieto che limita l'autodeterminazione procreativa -la quale, essendo un diritto fondamentale, non può

⁷⁰ Si è sostenuto che la Corte abbia modificato il fondamento della filiazione, dapprima collocato nella verità biologica e successivamente nell'autodeterminazione della coppia, e che il diritto alla genitorialità non può atteggiarsi nel nostro ordinamento come diritto soggettivo. In tal senso G. GAMBINO, *Desiderare un figlio: linee per una riflessione biogiuridica sul "diritto al figlio" a partire dalla sentenza della Corte costituzionale sulla fecondazione eterologa*, in *Archivio Giuridico*, CCXXXIV, 3, 2014, pp. 375-400. L'A. rileva altresì l'inopportunità, da parte della Corte, di citare, tra i fondamenti della fecondazione eterologa, il diritto alla salute accanto a quello all'autodeterminazione procreativa, qualificandolo come "un passaggio improprio dal diritto alla salute del soggetto, al diritto alla salute della coppia". In senso opposto, la declaratoria di incostituzionalità è stata letta come fondata sul diritto inviolabile della persona a procreare e che questo rientri nel nucleo essenziale del diritto alla salute. Così F. PASTORE, *Il diritto di procreare: orientamenti di giurisprudenza costituzionale*, cit., il quale definisce il diritto a procreare come un vero e proprio diritto soggettivo, che trova fondamento, a livello legislativo, nella legge 40; per di più assumerebbe i caratteri del diritto sociale, fondato anche sul diritto all'uguaglianza e non discriminazione. Le limitazioni alla titolarità si giustificerebbero sulla base della tutela dei diritti del nato.

⁷¹ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corriere Giur.*, 12, 2019, p. 1460, con nota favorevole di RECINTO. Sulla situazione dei limiti soggettivi all'accesso alla PMA a seguito della recente giurisprudenza si veda S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne Editrice, Roma, 2020, p. 77 ss.

⁷² Essendo l'una impossibilitata a sopportare la gravidanza e l'altra a fornire ovuli per la formazione dell'embrione.

che concepirsi come un diritto del singolo e non della coppia⁷³ - comporta che il divieto si fondi sulla tutela di un diritto di pari rango.

Nella ricerca della *ratio* che muove la Corte a corroborare i limiti all'accesso alla PMA, occorre preliminarmente scartare l'argomento del diritto alla PMA come diritto del paziente, giacché, come anticipato, tra le ricorrenti vi è anche una coppia di donne sterili. Occorre pertanto focalizzarsi sul secondo argomento addotto dalla Corte⁷⁴.

Perché la famiglia *ad instar naturae* dovrebbe essere il luogo più idoneo alla crescita del nato?

La Corte non lo dice. Anzi, nell'espone come è pervenuta ad avallare tale valutazione, la Corte afferma chiaramente di «prescindere dalla capacità [...] della coppia omosessuale [...] di svolgere validamente [...] le funzioni genitoriali». Su quale altro dato, estraneo alla suddetta capacità, possa fondarsi la valutazione del pregiudizio del nato dall'essere accolto da una coppia di donne non è dato comprendere. Ed è appunto per tale ragione che il divieto sembra allora basarsi su una valutazione negativa dell'orientamento sessuale, dunque essere discriminatorio e arbitrario e infine irragionevole⁷⁵.

Detto divieto, per essere ragionevole, dovrebbe fondarsi su dati oggettivi che dimostrino che i diritti del nato all'assistenza morale, all'educazione e a un equilibrato sviluppo siano lesi dall'inserimento in una famiglia omosessuale. Di tali dati, invece, non v'è traccia. È anzi la stessa Corte a sottolineare che «non esistono [...] certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore».

In altre parole, la Corte conferma la ragionevolezza del divieto di accesso alla PMA per coppie lesbiche sterili in quanto ragionevolmente la legge 40 sostiene che il luogo migliore per la crescita del minore sia

⁷³ Sebbene in linea di principio di tratti di un diritto del singolo essere umano, considerando le differenze naturalistiche che, come si approfondirà in seguito, comportano che l'uomo debba rimettersi alla disponibilità di una donna che porti avanti la gravidanza, è più corretto parlare di diritto della singola donna. L'uomo, anche a voler ammettere la possibilità di una maternità surrogata relazionale (ad esempio quella della sorella cui venga impiantato l'embrione formato coi gameti del fratello e di altra donna), non potrebbe mai vantare un vero e proprio diritto, non essendo configurabile in capo allo Stato l'obbligo di fornire una gestante. Del resto, in maniera speculare, anche il diritto a procreare come diritto sociale, nella sua dimensione negativa (aborto) si riferisce solo alla donna.

⁷⁴ La vera ragione della decisione della Corte sembra infatti risiedere sulla predilezione della famiglia "naturale". Tale divieto, scartata la tesi del diritto del paziente, neppure può giustificarsi da ragioni di tutela del diritto del nato all'identità genetica o alle origini, trattandosi di questione già risolta dalla precedente sentenza del 2014. Inoltre, come riafferma la stessa sentenza n. 221/2019 «le esigenze di tutela del nuovo nato apparivano adeguatamente soddisfatte dalla disciplina vigente, in rapporto tanto al "rischio psicologico" correlato al difetto di legame biologico con i genitori (conseguente alla fecondazione eterologa), quanto alla possibile "violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica"».

⁷⁵ Irragionevolezza che si coglie ancor più se si pensi che cinque anni prima la Corte affermava che nel diritto alla PMA è coinvolto il diritto alla salute e che, ribadendo le parole dell'atto costitutivo dell'OMS, "il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano". La stessa Corte non pare molto convinta della sua scelta, che sembra piuttosto dettata dalla ritrosia a introdurre una modifica così grande, che si preferisce lasciare al legislatore. Si legge infatti che non sussiste alcun divieto costituzionale al riconoscimento del diritto degli omosessuali ad accogliere e generare figli.

la famiglia “naturale”. Riallacciandoci ai diritti del figlio e all’idoneità genitoriale richiesta dalla legge sull’adozione, sembra invece che nessun diritto del minore sia pregiudicato e che il divieto sia in realtà discriminatorio ed arbitrario.

Neppure può invocarsi la sacralità della discrezionalità del legislatore, sebbene detto principio venga ripreso anche da un’altra recentissima sentenza della Corte, la numero 230 del 2020⁷⁶. Invero, stupisce che il relatore della sentenza 221/2019 sia proprio Modugno, ossia uno dei principali sostenitori del superamento della teoria delle rime obbligate⁷⁷. La stessa Corte costituzionale ha infatti chiaramente superato questa teoria, da ultimo con l’importantissimo intervento creativo in materia di suicidio assistito⁷⁸, affermando che è compito ineludibile della Corte evitare che l’inerzia del legislatore istituisca delle zone franche, delle materie nelle quali, non intervenendo, possa di fatto perpetuare una violazione dei diritti costituzionali.

Tanto più che, a parere di chi scrive, nei casi all’esame della Corte⁷⁹ vi era una vera e propria scelta obbligata del legislatore: nel caso dell’esclusione dell’accesso alla PMA per le lesbiche infertili, in quanto tale divieto violava il loro diritto alla salute e all’autodeterminazione procreativa e non era giustificato dalla tutela di alcun diritto fondamentale del minore; nel caso del divieto di formazione di un atto di nascita con due madri, in quanto lo stesso violava il diritto fondamentale del minore allo *status* genitoriale e all’identità personale, nient’affatto tutelati dalla possibilità di un’adozione speciale necessariamente posteriore nel tempo e subordinata all’assenso del genitore biologico⁸⁰.

⁷⁶ Corte cost., 20 ottobre 2020, n. 230, cit., che ha confermato la legittimità del divieto di formare in Italia un atto di nascita con doppia maternità. La sentenza ha innanzitutto ripreso le considerazioni della precedente sentenza 221/2019; in secondo luogo ha affermato che non sussiste una violazione dei diritti fondamentali del minore, i quali possono anzi essere tutelati in vari modi, tra i quali quello, attualmente riconosciuto dalla giurisprudenza, dell’adozione speciale. È quindi rimessa al legislatore, conclude la Corte, la scelta sulla posizione da assumere a riguardo.

⁷⁷ Si ricordi che già nel celebre convegno di Firenze del 1982 la posizione di Modugno si contrapponeva a quella di chi, come Zagrebelsky, affermava che la Corte dovesse limitarsi, quale giudice, a dichiarare l’incostituzionalità delle norme e così dare impulso alla nuova attività del legislatore, senza poterle riscrivere e utilizzando con particolare cautela la tecnica manipolativa. Per approfondimenti si veda R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in associazionedeicostituzionalisti.it.

⁷⁸ Il riferimento è al caso Cappato e alla sentenza Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, in *Fam. e Dir.*, 3, 2020, p. 242 ss., con nota di DOGLIOTTI, MORRONE, PITTARO. La sentenza delle rime obbligate, costruita da Crisafulli, viene completamente scardinata giacché la Corte dichiara l’incostituzionalità dell’art. 580 c.p. consapevole che i principi affermati nel proprio dispositivo non siano l’unica possibilità di scelta del legislatore, essendovi altre soluzioni costituzionalmente compatibili. Parla di “de profundis” della teoria delle rime obbligate P. VERONESI, *La Corte costituzionale “affina, frena e rilancia”: dubbi e conferme nella sentenza sul “caso Cappato”*, in *Biolaw journal*, 1, 2020, p. 17.

⁷⁹ Ci si riferisce al caso di cui alla questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Bolzano sfociato nella sent. 221/2019 e al caso oggetto della sentenza 230/2020.

⁸⁰ L’adozione ex art. 44 d, si ricordi, richiede un legame già consolidato tra ricorrente e minore. Inoltre, richiedendo l’assenso del genitore legale, lascia del tutto sprovvista di tutela la situazione del genitore intenzionale che si sia ormai separato dal genitore biologico. La drammaticità della situazione è emersa nel caso sfociato in Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, in cortecostituzionale.it. Ancora, l’adozione in esame instaurerebbe un rapporto solamente tra adottato e adottante, mentre rimarrebbero estranei i parenti di quest’ultimo. Per approfondire sul punto si veda B. DE FILIPPIS, *Genitorialità e coppie same-sex*, in R. BAIOTTO – A. BUSACCA – B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2018, pp. 46-52. L’A. evidenzia che a seguito della novella (legge 219/2012) dell’art. 74 c.c., che

Sembra, peraltro, che con le recenti sentenze 32 e 33 del 2021⁸¹ la Corte costituzionale voglia ripercorrere le tappe del cammino che ha portato alla depenalizzazione del suicidio assistito, indirizzando al legislatore un forte monito, quasi un *ultimatum*. A fronte della gravissima violazione dei diritti delle gemelle nate da una coppia lesbica ormai separata, le quali si trovano, dopo cinque anni, a dover dire addio alla madre intenzionale che non ha alcuno strumento legale per riprendere i rapporti con loro e superare l'ostruzionismo della madre biologica, la Corte dispone che «il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela [...] non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa»⁸².

La tesi ora delineata, che comporterebbe una necessaria apertura della PMA eterologa alla coppia lesbica, non può estendersi fino a tutelare le istanze di genitorialità della coppia omosessuale maschile o della coppia anziana, ove non vi sia, cioè, un componente della coppia capace di portare avanti la gravidanza. Tuttavia, a un certo punto la Corte sembra fare confusione sull'argomento, affermando che l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale avrebbe potuto avere «potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse [...], con interrogativi particolarmente delicati quanto alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologazione alle femminili [...] richiederebbe [...] che venga meno [...] il divieto di maternità surrogata»⁸³. Questo inciso

riconosce l'idoneità dell'adozione a costruire rapporti di parentela salvo nel caso di adozione di maggiorenne, l'adottato ex art. 44 d costituirebbe un legame anche coi parenti dell'adottante. Questo perché, secondo l'A., il rinvio dell'art. 55 l. 183/1983 all'art. 300 c.c. (che estende all'adozione speciale la disciplina codicistica dell'adozione di maggiorenne) deve ritenersi tacitamente abrogato. La costituzione dei rapporti tra adottato e parenti dell'adottante è invero ancora discussa; ne dà atto anche Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, in [cortecostituzionale.it](https://www.cortecostituzionale.it).

⁸¹ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e 33, entrambe in [cortecostituzionale.it](https://www.cortecostituzionale.it). I casi all'esame della Corte riflettono pienamente la drammaticità delle conseguenze degli attuali vuoti di tutela. Nel primo caso, si è evidenziato come il nostro ordinamento manchi di strumenti che consentano alla madre intenzionale, in caso di volontà contraria della madre biologica ed ex compagna, di poter far valere i propri diritti genitoriali nei confronti dei figli, anche a fronte di un rapporto già consolidato, sicché le gemelline figlie di una coppia lesbica ormai separata si trovano costrette a rinunciare a un genitore dopo cinque anni (si ricordi che l'adozione ex art. 44 d richiede l'assenso del genitore legale). Nel secondo caso, al minore nato da surrogazione di maternità eseguita in Canada da cittadini italiani sposati in Canada, ormai convivente coi genitori da sei anni, è precluso il riconoscimento di un legame genitoriale "pieno" e immediato nei confronti del padre intenzionale. Entrambe le questioni di legittimità vengono dichiarate inammissibili, invocando l'intervento del legislatore e sottolineando la varietà di soluzioni adottabili dal medesimo per tutelare i diritti dei minori, soluzioni che la Corte, a suo dire, non potrebbe delineare in accoglimento ai ricorsi senza creare discrasie nell'accesso alla PMA.

⁸² Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, cit. Si tratta del primo vero monito della Corte, benché la sentenza in esame si riferisca anche a un monito contenuto nella precedente 230/2020, che in realtà era una mera constatazione della necessaria ricerca di soluzioni più idonee alla tutela dei minori rispetto all'adozione speciale. Più blando il monito nella sentenza 33/2021, relativamente al riconoscimento del legame tra il minore nato da maternità surrogata e il genitore intenzionale. La Consulta afferma che «di fronte al ventaglio delle opzioni possibili [...] questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni». È interessante notare, in entrambe le sentenze in esame, il parallelo tra la violazione dei diritti del figlio nato da una pratica procreativa vietata e i diritti del figlio incestuoso: la pur lecita volontà di sanzionare un comportamento finisce per danneggiare irrimediabilmente i minori, in contrasto col principio di uguaglianza nella filiazione.

⁸³ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit., punto 12 delle Motivazioni.

è emblema del cattivo uso delle argomentazioni antidiscriminatorie⁸⁴, che erroneamente assimilano la maternità lesbica a quella omosessuale maschile, laddove una corretta impostazione impone di tenere i due piani ben distinti.

La legalizzazione della maternità surrogata richiederebbe senza dubbio una valutazione ben più delicata e discrezionale⁸⁵; la Consulta potrebbe forse dichiarare l'incostituzionalità del divieto ex art. 12, co. 6, legge 40/2004, limitatamente alla cosiddetta “maternità relazionale”⁸⁶, nella quale una parente o amica dell'aspirante genitore porterà in grembo il figlio generato con uno o entrambi i gameti della coppia con una scelta volontaria e consapevole, senza un contratto, senza una rinuncia preventiva all'esercizio dei propri diritti genitoriali e senza un totale distacco del minore dalla madre biologica.

6. La necessità di scindere la maternità surrogata dal diritto alla procreazione come diritto sociale

La maternità surrogata⁸⁷, benché si inquadri, *latu sensu*, tra le pratiche di procreazione assistita, coinvolge in realtà diversi valori e interessi, attentando al rapporto tra madre e figlio e causando un distacco che neppure nel minore adottato sussiste, essendovi in quest'ultimo caso la garanzia di poter conoscere almeno l'identità della stessa⁸⁸.

⁸⁴ In questo senso F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale*, cit., pp. 22-25.

⁸⁵ È una questione che la presente trattazione non può esaurire. Parte della dottrina, ad esempio, in una prospettiva *de iure condendo* non ha escluso del tutto la possibilità di legalizzare e regolamentare la maternità surrogata. Questo, però, a una condizione: riconoscere e garantire l'importanza del ruolo materno e del “nome della madre”, preservando così anche il principio sotteso al principio ex art. 269, comma 3, c.c. In tal senso B. PEZZINI, *La riproduzione al centro della questione di genere*, in *About gender*, 8, 2019, p. 213, la quale evidenzia che il riconoscimento del ruolo materno rappresenta una condizione di adeguatezza del progetto genitoriale. Si veda anche S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa?*, cit., pp. 43-50, la quale ipotizza che condizione per la riconoscibilità dei provvedimenti esteri di attribuzione della genitorialità da maternità surrogata potrebbe essere la conoscibilità dell'identità della madre, analogamente a quanto avviene per l'adottato a seguito di parto anonimo, ciò che sottintenderebbe che preservare la possibilità del nato di conoscere l'identità materna sia un elemento indispensabile per valutare l'idoneità genitoriale dei committenti.

⁸⁶ Parla di maternità surrogata relazionale A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., p. 97 ss. La figura è simile a quella della surrogazione di prossimità sotto il profilo soggettivo, poiché presuppongono entrambe l'esistenza di relazioni interpersonali tra le parti. Tuttavia, la surrogazione di prossimità prevede la possibilità di accordi a titolo oneroso o gratuito. La maternità relazionale è invece intrinsecamente gratuita e senza accordi coercibili.

⁸⁷ Sul tema di veda, da ultimo, A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., p. 97 ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., pp. 25 e 136 ss.

⁸⁸ Il riferimento è alle modifiche della legge sull'adozione introdotte con l. 149/2001 e ai principi introdotti nel nostro ordinamento a seguito della sentenza della Corte EDU nel caso *Godelli c. Italia*, con la pronuncia della Corte costituzionale 278/2013. Attualmente, l'adottato può conoscere (a determinate condizioni dopo i 18 anni -salvo genitore deceduto o irreperibile- e liberamente dopo i 25 anni), l'identità del genitore, oppure, nel caso in cui la madre abbia ricorso al parto anonimo, può rivolgersi al Tribunale affinché un giudice interpelli la donna sull'eventualità di rimuovere l'anonimato. A seguito del decesso della madre, in figlio potrà conoscerne l'identità a prescindere da una volontà della stessa di rimuovere l'anonimato (Cass., ord., 07 febbraio 2018, n. 3004, in *Quotidiano giuridico*, 2018).

Specificamente, la maternità surrogata non è assimilabile a una pratica di procreazione assistita⁸⁹ perché coinvolge problematiche legate alla tutela della dignità della gestante, alla necessità di scongiurare il rischio di favorire un traffico di minori, alla tutela del minore da un doloroso distacco dalla madre biologica e alla dignità stessa della procreazione, che non può essere commercializzata.

È allora chiaro che un diritto alla procreazione come diritto sociale, di prestazione, non può certamente spingersi fino a legittimare la pretesa che lo Stato garantisca la disponibilità di una donna che porti avanti la gravidanza per conto di altri⁹⁰.

Anzi, la maternità surrogata è una pratica che neppure può fondarsi principalmente o solo sulla libertà procreativa, richiedendo l'imprescindibile coinvolgimento di un altro essere umano, ossia la madre surrogata, la cui libertà procreativa viene necessariamente lesa, avendo ella il compito di portare a termine la gravidanza e, dopo il parto, consegnare il bambino ai genitori committenti. Specificamente, la lesione dell'autodeterminazione procreativa della madre surrogata risiederebbe nella stessa struttura della surrogazione, che implica la rinuncia della stessa ai diritti sul nato. In secondo luogo, per la realizzazione del diritto a procreare della coppia committente è necessario un *prius*, ossia la legalità dell'accordo di surroga; ciò significa che la figura in oggetto solo in un secondo momento può dirsi fondata sull'autodeterminazione procreativa, mentre principalmente si fonda nella libertà di disposizione del proprio corpo e quindi nell'autodeterminazione "pura" del singolo, nonché nella libertà negoziale.

La tutela delle istanze di genitorialità dell'uomo singolo, della coppia omosessuale, o della coppia nella quale la donna è incapace di portare avanti la gravidanza, potrebbe trovare spazio solo nella misura in cui fossero scongiurati tutti i rischi sopra elencati⁹¹.

⁸⁹ Scrisse Santosuosso che «la maternità surrogata si pone all'interno del fenomeno della procreazione artificiale pur non costituendo di per sé alcuna tecnica procreativa; l'utilizzo di tali tecniche è "mezzo" per realizzare le diverse ipotesi di surrogazione»; vedasi F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 75.

⁹⁰ Si potrebbe obiettare che anche la procreazione eterologa richiede che lo Stato si attivi per fornire dei gameti, un elemento che non è scontato trovare, soprattutto quelli femminili. In Italia le donne che devono ricorrere alla PMA eterologa devono scontrarsi con grandissime difficoltà nel reperimento di ovuli. Poiché nel nostro ordinamento l'ovodonazione è del tutto gratuita, detti gameti scarseggiano e vengono in gran parte importati dalla Spagna, dove la donatrice riceve una sorta di indennizzo. Sulla difficoltà nel reperimento di ovuli e la procedura di donazione si veda M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Giappichelli Editore, Torino, 2020, p. 216 ss. Tuttavia, si tratta di materiale biologico, per cui la problematica si pone in maniera del tutto differente rispetto al coinvolgimento di un essere umano.

⁹¹ Si è sottolineato in particolare che il rischio del carattere commerciale della maternità surrogata non verrebbe escluso in caso di maternità surrogata solidale, né ove sia prevista un'equa compensazione delle spese, né in caso di assenza di ogni rimborso. Questo perché ogni costrizione della surrogazione di maternità in schemi contrattuali eluderebbe intrinsecamente la "logica del dono". In questo senso E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, pp. 23-24.

Si ricordi che ove le parti siano profondamente legate da un sentimento di affetto e fiducia reciproca, una forma maternità surrogata potrebbe essere ammissibile anche nell'attuale ordinamento: la partoriente chiede di non essere nominata e il padre biologico riconosce ed accoglie il nato nella sua famiglia. La fiducia tra le parti renderebbe superflua la necessità di ogni preventiva regolamentazione contrattuale, e l'affetto reciproco porterebbe il/i committente/i a non esigere a tutti i costi la garanzia contrattuale dell'esecuzione della prestazione (la consegna del minore), potendo

Anche prima dell'entrata in vigore della legge 40/2004 la maternità surrogata non era vista di buon occhio dai Tribunali, che si trovavano a sindacare casi nei quali la coppia richiedente era sempre eterosessuale, con la donna completamente sterile⁹². A seguito dell'entrata in vigore della legge 40/2004 e del divieto di cui all'art. 12 l'attenzione si è spostata sulla sorte degli effetti della pratica effettuata all'estero, in Paesi nei quali è legale⁹³.

La principale posizione della Cassazione si è da subito attestata sulla non riconoscibilità della genitorialità dei committenti ove questi non avessero alcun legame biologico col nato⁹⁴. La ragione risiede nel precetto dell'articolo 269 c.c. e nel divieto di cui alla legge 40/2004, il quale ultimo è stato considerato espressione di un principio di ordine pubblico internazionale.

D'altronde, anche a livello internazionale, con le sentenze dei casi *Mennesson e Labbassee contro Francia*⁹⁵, relative a dei casi di surrogazione di maternità con committenti eterosessuali, la Corte EDU aveva escluso che potesse configurarsi una violazione dell'articolo 8 della Convenzione ove, sebbene il provvedimento straniero non fosse riconosciuto, fosse assicurato al minore il legame col genitore biologico e fosse assicurata alla famiglia la possibilità, in concreto, di vivere in maniera analoga alle altre famiglie, senza pericolo di venir separati dalle autorità o essere allontanati dal territorio statale.

La posizione della Cassazione entrava, però, in conflitto con quella inizialmente assunta dalla medesima Corte EDU⁹⁶ nel celebre caso *Paradiso e Campanelli contro Italia*, concernente una vicenda analoga a quella all'esame della Suprema Corte nel 2014⁹⁷, nella quale il minore, privo di legami biologici coi genitori committenti, era stato sottratto a questi ultimi e dato in adozione. La Corte EDU ha dapprima affermato che la dichiarazione di adottabilità è una misura estrema che non può essere adottata mediante automatismi, dovendo, viceversa, necessariamente valutarsi se nel caso concreto questa risponda

comprendere ed accettare un eventuale pentimento della madre. Ove detto accordo fosse scoperto, rischierebbe però di cadere sotto la scure della sanzione penale ex art. 12 l. 40/2004.

⁹² In caso di surrogazione commerciale, la giurisprudenza dichiarò la nullità del contratto, avendo questo ad oggetto lo scambio di denaro contro l'obbligo di portare avanti la gravidanza, consegnare il figlio ai genitori e rinunciare ai propri diritti di madre partoriente. Specificamente, la nullità era dovuta all'impossibilità dell'oggetto e illiceità del medesimo, per contrasto con gli articoli 2, 3 e 30 Cost. e col diritto del minore di crescere nella propria famiglia (Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. It.*, 2, I, 1992, p. 72 ss.). Viene invece considerato lecito il contratto di surrogazione solidale, autorizzando l'impianto dell'embrione nella madre surrogata, laddove la stessa non si impegni preventivamente a recidere ogni rapporto col minore (Trib. Roma, ord., 17 febbraio 2000, in *Fam. e Dir.*, 3, 2000, p. 151 ss.).

⁹³ Per un'analisi puntuale della giurisprudenza, anche riguardo i profili penalistici concernenti i reati di alterazione di stato e conseguenti alla violazione dei divieti posti dalla legge 40 e dalla legge sull'adozione, si veda A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., p. 133 ss.

⁹⁴ Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Nuova Giur. Civ.*, 3, 2015, p. 235, con nota di BENANTI.

⁹⁵ Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson e Labassee c. Francia*, reperibili nella banca dati ufficiale ecbr.coe.int, la prima delle quali è annotata in *Nuova Giur. Civ.*, 12, 2014, p. 11122. L'indirizzo è stato confermato anche dalla sentenza resa per i casi *Foulon c. France*, relativo a un caso di monogenitorialità, e *Bouvet c. France*, relativo a un caso di omogenitorialità; si veda Corte EDU, 21 luglio 2016, in ecbr.coe.int.

⁹⁶ Corte EDU, 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, consultabile sul sito del [Ministero della Giustizia](http://www.ministero.gov.it).

⁹⁷ Nota 94.

all'interesse del minore, nel quale è ricompreso anche quello a mantenere una relazione genitoriale, sia essa biologica o meno. Tuttavia, due anni dopo, la *Grand Chambre*⁹⁸ ha ribaltato la prima decisione, affermando che sussiste un margine di apprezzamento degli Stati che consente agli stessi di adottare le politiche più idonee a tutelare i minori e a prevenire i rischi della pratica della surrogazione di maternità, legati anche al traffico di persone.

In conclusione, il quadro delineato dalla CEDU fino al 2017 prevedeva l'obbligo degli Stati di riconoscere solamente il legame di filiazione biologico: ove questo fosse presente, il minore aveva diritto di vivere nella famiglia del genitore biologico in condizioni analoghe alle famiglie normali, pertanto anche insieme al genitore d'intenzione che facesse parte del nucleo familiare. Tuttavia, nei confronti di quest'ultimo, privo di un legame biologico col minore, lo Stato non aveva alcun obbligo di riconoscere un legame giuridico.

Alla luce di quanto sopra, la giurisprudenza di merito e di legittimità si è interrogata sullo *status* da conferire al figlio rispetto al genitore intenzionale, che di fatto esplica le funzioni genitoriali; nel farlo è pervenuta a diverse conclusioni⁹⁹.

Il punto sulla questione sembra esser stato posto dalle Sezioni Unite, che, con una recente sentenza¹⁰⁰, hanno confermato che la trascrizione dell'atto estero che riconosce la genitorialità al genitore d'intenzione è contraria all'ordine pubblico internazionale. Indice di questo è la natura penale del divieto di cui all'articolo 12 della legge 40/2004; inoltre, proseguono le Sezioni Unite, la maternità surrogata non può assimilarsi alla fecondazione eterologa, in considerazione del necessario coinvolgimento della gestante surrogata, tanto che solo il divieto di maternità surrogata è presidiato da sanzione penale. Ancora, la sentenza afferma che oggetto di tutela principale del divieto di maternità surrogata sono l'istituto dell'adozione, unico a consentire una genitorialità del tutto slegata dal dato biologico, e la dignità della gestante, in quanto la pratica, riprendendo le parole della Corte costituzionale, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»¹⁰¹.

⁹⁸ Corte Edu, Grande Chambre, 24 gennaio 2017, ric. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Fam. e Dir.*, 8-9, 2017, p. 729, con nota di FALLETTI.

⁹⁹ Per un approfondimento dettagliato della giurisprudenza in materia, si veda A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., pp. 148 ss. A titolo esemplificativo si cita App. Trento, ord., 23 febbraio 2017, in *Corriere Giur.*, 7, 2017, p. 935, con nota di FERRANDO, che ha riconosciuto la trascrivibilità del provvedimento straniero che riconosceva la genitorialità del padre d'intenzione di un figlio nato a seguito di surrogazione commissionata da una coppia di omosessuali. Detta ordinanza sarà impugnata in Cassazione e successivamente verrà posta all'attenzione delle Sezioni Unite, sfociando nel caso di cui si dirà appresso.

¹⁰⁰ Cass., Sez. Unite, 8 maggio 2019, n. 12193, in *Nuova Giur. Civ.*, 4, 2019, p. 737, con nota di SALANITRO.

¹⁰¹ Il riferimento è a Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corriere Giur.*, 4, 2018, p. 446 ss., con nota di FERRANDO. È appena il caso di confermare le critiche riportate mosse da U. Salanito in commento alla sentenza delle Ss. Uu. (citato in nota 100); la sentenza, infatti, non approfondisce il perché dette considerazioni, già rese relativamente alla surrogazione commerciale, possano automaticamente estendersi alla surrogazione solidale. Entrambi i punti si pongono infatti sotto una luce differente: la lesione della dignità della gestante che si presta alla surrogazione per denaro non può essere affrontata allo stesso modo del caso in cui la donna si presta alla pratica perché vuole dare un figlio alla sorella,

Questa impostazione sembra vacillare a seguito del parere preventivo reso dalla Grande Camera¹⁰², chiamata a esprimersi sull'istanza dei coniugi francesi Mennesson, i quali, a seguito della conclusione della vicenda davanti alla stessa corte EDU nel 2014¹⁰³, chiedevano alle autorità francesi il riconoscimento del legame di filiazione tra minore e madre intenzionale. La Grande Camera, premettendo che il parere non varrà per situazioni che, seppur analoghe, presentino elementi di diversità, come il caso della surroga con embrione formato da gameti di entrambi i genitori committenti, ha concluso che gli Stati devono assicurare il riconoscimento del legame genitoriale di fatto sussistente col genitore d'intenzione. In questo, però, sono liberi riguardo la scelta del metodo, tanto che, afferma la Grande Camera, non è necessario procedere al riconoscimento dell'atto di nascita estero, ma è altresì possibile ricorrere all'adozione¹⁰⁴.

Dette indicazioni sembrano da ultimo aver ispirato la prima sezione della Cassazione, la quale ha recentemente rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità sull'art. 12, comma 6, l. 40/2004, nella parte in cui prevede l'impossibilità di riconoscere l'atto di nascita estero che costituisce il legame di filiazione tra minore nato da surroga e genitore intenzionale privo di legame biologico¹⁰⁵. Il caso all'esame della Suprema Corte, a differenza dell'ipotesi della Grande Camera, ma analogamente al caso deciso dalle Sezioni Unite, riguarda la surrogazione di maternità effettuata da una coppia omosessuale a titolo gratuito, ossia la cosiddetta surrogazione solidale. Specificamente, il minore era nato da surrogazione di maternità eseguita in Canada da cittadini italiani sposati in Canada e aveva già convissuto con entrambi per sei anni prima che il nucleo familiare si trasferisse in Italia, dove questi si trovò, invece, ad avere giuridicamente un solo genitore. La Corte costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile, invocando, però, l'intervento del legislatore per porre fine a questi vuoti di tutela, sottolineando la varietà di soluzioni adottabili per tutelare il minore e la loro «ormai indifferibile individuazione»¹⁰⁶.

all'amica, o è comunque mossa da spirito di solidarietà. Né può paragonarsi il meccanismo dell'adozione, che presuppone uno stato di abbandono, alla genitorialità del genitore intenzionale, relativa a un minore già inserito nel nucleo familiare con il genitore biologico.

¹⁰² Parere preventivo del 10 aprile 2019 in hudoc.echr.coe.int e commentato dal consigliere della Cassazione Conti in questionegiustizia.it.

¹⁰³ Nota 95. In tale occasione la Corte EDU concluse per il necessario riconoscimento del legame di filiazione tra minore nato dalla surroga e padre biologico, affermando, solo per il legame biologico, che lo stesso dovesse essere assicurato, pena la violazione dell'art. 8. Non estese tali considerazioni al legame col genitore d'intenzione, pur riconoscendo che la privazione del legame con un genitore pregiudicasse i diritti personali del minore, come quelli ereditari, creando una «grave questione di compatibilità» con gli stessi.

¹⁰⁴ I gravi pregiudizi del minore legati all'impossibilità del riconoscimento dell'atto nascita sono esposti in M. DE ANGELIS, *Mater semper certa erat*, in Rivistafamilia.it, 2019.

¹⁰⁵ Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Corriere Giur.*, 7, 2020, p. 902 ss., con nota di SALANITRO.

¹⁰⁶ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.

7. Conclusioni

Occorre allora domandarsi se nel nostro ordinamento esista, ad oggi, un diritto costituzionalmente protetto a procreare.

La giurisprudenza attuale, unita all'immutato impianto della legge 40, fanno propendere inequivocabilmente per la soluzione negativa. È corretta questa interpretazione?

Si è già detto che la recente giurisprudenza della Corte costituzionale sul tema non va esente da critiche; la Corte avrebbe dovuto adottare una soluzione diversa.

Per verificare se un diritto di procreare trovi cittadinanza nel nostro ordinamento, occorre passare attraverso un quesito. Appurato che esiste una tecnica, frutto del più recente progresso scientifico, che consente alla donna di avere un figlio tramite l'inseminazione artificiale e che è diritto fondamentale della persona (non della coppia) quello all'autodeterminazione procreativa, è ragionevole limitare l'accesso a tali trattamenti a una parte della popolazione? Inoltre, è ragionevole delimitare il diritto alla PMA ai soggetti sterili e infertili e qualificarlo come un diritto del paziente, sebbene una parte molto più ampia della popolazione abbia interesse ad accedervi?

Affinché tale limitazione sia ragionevole, occorre che la stessa non sia arbitraria né discriminatoria, ma sia giustificata da ragioni di tutela di un diritto di fondamentale importanza pari all'autodeterminazione procreativa. I soggetti esclusi dall'art. 5 della legge 40 sono: minorenni, coppie omosessuali maschili e lesbiche, singoli (uomo o donna), persone in età non più potenzialmente fertile; vi è poi l'ipotesi della fecondazione *post mortem*. Considerato che il principale interesse antagonista è la tutela del nato, la ragionevolezza del divieto, come sopra rilevato, dev'essere giustificata da ragioni di obiettiva tutela del medesimo¹⁰⁷.

Per quanto riguarda le persone in età non fertile, di qualsiasi sesso e orientamento sessuale, che siano singole o in coppia, è evidente la *ratio* del divieto, giacché (a prescindere dal fatto che molto probabilmente si dovrebbe ricorrere alla maternità surrogata) il minore sarebbe esposto, con grande probabilità, a trovarsi presto nella condizione di orfano. Se la morte di un genitore è infatti evento che ben può accadere naturalmente, non si vede come possa dirsi irragionevole il rifiuto del legislatore di far sì che lo Stato agevoli pratiche di fecondazione che già condannano il minore a questo triste destino; si ricordi, infatti, che la PMA è prestazione inserita nei LEA dal 2017.

¹⁰⁷ Ci si limiterà in questa sede ad analizzare l'idoneità del bilanciamento relativamente all'accesso alla PMA da parte dei soggetti esclusi. Discorso parzialmente diverso è quello sulla liceità della PMA con impianto di embrione già formato (cosiddetta adozione per nascita), che riguarda una vita già in essere. Deve pertanto ritenersi che, nell'interesse di quest'ultima, qualsiasi soluzione che consenta lo sviluppo embrionale sia preferibile, consentendo l'impianto anche per donne *singles*, come peraltro auspicato anche dal CNB. Per approfondimenti sul punto si veda M. P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. 185 ss.

Lo stesso discorso non può, invece, valere per le coppie lesbiche e per le donne singole. Per quanto riguarda le prime, l'unica circostanza che le differenzia dalla coppia descritta dall'art. 5 è l'orientamento sessuale. Poiché la stessa Corte costituzionale ha affermato che non vi sono prove dell'asserito pregiudizio che patirebbe il minore nello sviluppo della propria personalità dal crescere con una coppia omosessuale¹⁰⁸, il divieto di accesso alla PMA è evidentemente discriminatorio e conseguentemente irragionevole.

Per quanto riguarda le donne singole, si è detto in precedenza che il nostro ordinamento non sancisce un diritto del minore di crescere in una famiglia con due genitori, e che il legislatore non fissa una presunzione di inidoneità genitoriale del single, consentendogli invece di adottare, ad esempio, minori disabili.

Si riscontra, invece, un divieto di accesso alla PMA nella legge 40. Il divieto trova giustificazione nella volontà di assicurare al minore una famiglia *ad instar naturae*, con due genitori. Ci si domanda pertanto se tale divieto sia ragionevole, non arbitrario né discriminatorio.

Il minore, pur privato della doppia figura genitoriale, avrebbe una ragionevole speranza di essere accudito dal genitore, senza essere esposto all'alto rischio di un lutto o di rimanere orfano come nella prima figura analizzata. Né può dirsi, in maniera assoluta, che una persona sola avrà meno tempo da dedicare al figlio, in quanto son sempre più frequenti oggi i casi di genitori *single* che crescono il proprio figlio senza che emergano per quest'ultimo pregiudizi rilevanti.

Il giudizio di idoneità genitoriale atterrebbe allora, più specificamente, alla concreta situazione della donna richiedente l'accesso alla PMA. In particolare, se è vero che nella legge sull'adozione, finalizzata a massimizzare la tutela del nato, troviamo come principale requisito dell'adottante quello dell'idoneità e capacità affettiva nell'assolvere alla cura del minore e se è altresì vero che tale legge non pone una presunzione assoluta di inidoneità genitoriale del *single*, sarebbe allora auspicabile introdurre per le donne sole un meccanismo selettivo di accesso alla PMA analogo a quello vigente per l'adozione, volto a verificare se, in concreto, sussista un pregiudizio per il nato. In tal modo si perseguirebbe realmente la tutela degli interessi del nato, considerato altresì che la doppia figura genitoriale, in sé, non offre alcuna garanzia nemmeno del fatto che la seconda figura permanga nello sviluppo della personalità del minore, non essendo neppure sanzionabile la violazione del diritto di visita, come sopra rilevato.

¹⁰⁸ Tant'è che la stessa Corte, come si è rilevato, cade in una contraddizione quasi ridicola laddove afferma sostanzialmente che il divieto di accesso alla PMA per gli omosessuali è legittimo perché non è il luogo ideale dove far crescere il minore, e ciò "a prescindere" da quanto bene può esser cresciuto.

Una simile procedura potrebbe invero adottarsi anche per le coppie eterosessuali di minori emancipati¹⁰⁹, tanto più che lo stesso art. 84 c.c. prevede, come presupposto dell'emancipazione, un giudizio di maturità psicofisica alla base dell'autorizzazione del Tribunale a contrarre matrimonio.

Questa procedura sembrerebbe doversi necessariamente estendere anche alla donna che esegua una fecondazione *post-mortem*¹¹⁰, nella quale, giova ricordare, il seme dell'*ex partner* viene utilizzato dopo la sua morte per formare l'embrione¹¹¹. È vero che anche in questo caso troviamo, come nella prima ipotesi, la figura del lutto, essendo anzi in questo tipo di PMA addirittura certo che il minore nascerà orfano di un genitore. E tuttavia, ferma l'indispensabilità del precedente consenso dell'uomo all'utilizzazione del seme per la nascita di un figlio postumo, questa figura presenta anzi dei profili vantaggiosi rispetto alla procreazione del *single*. Infatti, a differenza che in quest'ultima, nella fecondazione *post-mortem* il minore saprebbe con certezza chi era il proprio padre; nel caso della fecondazione eterologa, invece, sebbene ciò sia oggetto di discussione, è attualmente preclusa ogni possibilità di conoscere l'identità del donatore.

Occorre, infine, precisare che queste considerazioni non possono estendersi *de plano* agli uomini *single* o alle coppie omosessuali maschili o alla donna (*single* o in coppia eterosessuale) che non possa portare avanti la gravidanza.

Una teoria del diritto alla procreazione non può mai spingersi fino a sostenere che lo Stato debba assicurare la presenza di una donna che funga da incubatrice del figlio desiderato. Esclusa la legittimità di ogni tipo di surrogazione commerciale, non è dunque configurabile un diritto alla procreazione per i suindicati soggetti. A parere della scrivente, le coppie omosessuali maschili, l'uomo *single* e la donna con partner eterosessuale che sia incapace di portare avanti la gravidanza, potranno realizzare i loro desideri solo qualora una donna, mediante la cosiddetta surrogazione relazionale (effettuata gratuitamente da una parente o amica), decida volontariamente e consapevolmente -senza alcun compenso di nessun tipo né vincoli contrattuali- di partorire un figlio e darlo alla coppia o al *single*.

¹⁰⁹ Si ricordi che, essendo l'emancipazione legata al matrimonio, non è possibile discutere di minori emancipati non eterosessuali. Critica il limite dei diciotto anni anche F. NADDEO, *Accesso alle tecniche*, in G. SCIANCALEPORE – P. STANZIONE, *Procreazione assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., p. 89; P. STANZIONE – G. SCIANCALEPORE, *Tutela della vita e fecondazione assistita: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Corriere Giur.*, 11, 2004, p. 1528 ss. Per approfondire sulla genitorialità del minore, si veda A. DI FLORIO, *La genitorialità dei minori*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto delle relazioni affettive. Nuove responsabilità e nuovi danni*, Cedam, Padova, 2005, p. 187 ss.

¹¹⁰ È favorevole alla fecondazione *post mortem* A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, cit., p. 65, la quale afferma che il partner defunto potrebbe dare il consenso all'impianto dell'embrione a mezzo DAT o testamento. Ciò, nonostante la stessa autrice affermi (p. 60) che il divieto della pratica in oggetto tuteli la necessità per il minore di essere inserito in un nucleo familiare con due genitori, cosicché, in caso di prematura scomparsa di uno di loro, possa ricevere le cure dall'altro. Riconosce la possibilità di formare, in Italia, un atto di nascita del figlio nato all'estero da fecondazione *post mortem* Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Fam. e dir.*, 1, 2020, p. 17 ss.

¹¹¹ Se l'embrione è già formato, infatti, giacché la legge 40 impone allora l'irrevocabilità del consenso all'impianto, anche la morte sopravvenuta non farebbe venire meno quest'obbligo, essendo tra l'altro la situazione assimilabile alla donna che rimane vedova dopo il concepimento.

La donna *single* totalmente sterile sarebbe esclusa da questa soluzione in quanto la stessa implicherebbe, nell'ordinamento attuale, il legame biologico con il padre committente: infatti, a seguito del parto anonimo della madre surrogata, solo il padre biologico potrà riconoscere il figlio ed inserirlo nella propria famiglia¹¹². La pratica della maternità solidale, come già visto, ha il pregio di neutralizzare i danni degli altri tipi di surrogata: il rapporto affettivo e di fiducia reciproca tra le parti scongiura la necessità di vincoli contrattuali, l'impossibilità del pentimento (che verrebbe anzi accettato e compreso dal committente) e farebbe in modo che il nato conosca l'identità della madre surrogata ed abbia verosimilmente anche dei rapporti con lei¹¹³.

¹¹² Si potrebbe invero discutere dell'opportunità di consentire la maternità surrogata relazionale anche a donne single o in coppia eterosessuale dove lui sia sterile. In questo caso il legame biologico sarebbe dato dal fatto che la donna committente fornirebbe l'uovo che formerà, una volta fecondato, l'embrione. Non si vede infatti come possa essere contrario ai diritti del nato -rispetto al discorso fatto per la PMA delle donne singole- il fatto che, ad esempio, la sorella di una donna che ha subito un'isterectomia (che dunque produce ovuli ma non può portare avanti la gravidanza), decida di "regalarle" un figlio che le somigli, portando avanti lo sviluppo dell'embrione formato dall'uovo della sorella e dal seme di donatore. L'ordinamento italiano dovrebbe però allora consentire il riconoscimento della madre genetica a seguito del parto anonimo della madre gestante, cosicché la prima possa accogliere il figlio nella propria famiglia.

¹¹³ Non si può fare a meno di notare come rarissime siano le donne che scelgono di abbracciare la "logica del dono" relativamente a un trattamento molto meno invasivo della gravidanza: la donazione di ovuli. Denunciano la connessione tra assenza di ovodonatrici e scarsità delle donne disponibili ad aiutare altre donne in assenza di incentivi economici A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Mimesis Edizioni, Milano, 2020, p. 146 ss.; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 250 ss.