

CORTE COSTITUZIONALE

SERVIZIO STUDI

**La procreazione medicalmente assistita
e le tematiche connesse
nella giurisprudenza costituzionale**

a cura di *Aldo Carrato*

Marzo 2021

**La procreazione medicalmente assistita
e le tematiche connesse
nella giurisprudenza costituzionale**

A cura di Aldo Carrato

Composizione: Annarita Malaguti

INDICE

1. <i>Introduzione. La nuova frontiera del “biodiritto”. L’impianto originario della legge n. 40 del 2004</i>	5
2. <i>Gli iniziali approcci della giurisprudenza costituzionale alla materia della procreazione medicalmente assistita</i>	9
3. <i>La prima importante svolta rappresentata dalla sentenza n. 151 del 2009</i>	11
4. <i>La ritenuta legittimità costituzionale della fecondazione eterologa (sentenza n. 162 del 2014)</i>	13
5. <i>Il superamento del limite dell’impossibilità della diagnosi preimpianto per le coppie portatrici di patologie geneticamente trasmissibili (sentenze n. 96 del 2015 e n. 229 del 2015)</i>	15
6. <i>La conservazione del divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull’embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso (sentenza n. 84 del 2016)</i>	21
7. <i>Il riconoscimento del diritto del minore a conservare rapporti significativi con la genitrice intenzionale in caso di interruzione del rapporto affettivo di quest’ultima con la genitrice biologica (sentenza n. 225 del 2016)</i>	26
8. <i>La posizione della Corte sul divieto della c.d. maternità surrogata (sentenza n. 272 del 2017)</i>	30
9. <i>La posizione assunta sul divieto di accesso alle tecniche di PMA per le coppie composte da soggetti dello stesso sesso e l’ostatività al riconoscimento degli effetti civili della genitorialità di tali coppie nell’ordinamento interno (sentenze n. 221 del 2019, n. 237 del 2019, n. 230 del 2020 e ordinanza n. 271 del 2020)</i>	32
10. <i>Il panorama essenziale della giurisprudenza di legittimità in tema di PMA tra pronunce dipendenti e convergenti rispetto alla giurisprudenza costituzionale e decisioni innovative</i>	41
11. <i>Brevi riflessioni conclusive e gli ultimi moniti al legislatore della Corte costituzionale in tema di “status filiationis” (sentenze n. 32 e n. 33 del 2021)</i>	48

1. Introduzione. La nuova frontiera del “biodiritto”. L’impianto originario della legge n. 40 del 2004

È scontato rilevare come il mutamento progressivo ed in costante accelerazione che la scienza e la tecnologia hanno imposto alla società civile abbia già modificato e continui ad incidere sulla stessa concezione giuridica, tradizionale, dell’uomo ovvero della percezione che l’individuo ha di se stesso e di ciò che lo circonda, così avvertendosi l’esigenza di rinvenire nuovi criteri che diano ordine alle sottese relazioni intersoggettive.

Le vicende riferibili alla tutela della salute, da un lato, e ai fenomeni della nascita e della morte, dall’altra, rappresentano certamente l’ambito in cui maggiormente pervasive sono state le nuove possibilità offerte dalle scoperte della biomedicina. Tali possibilità sempre più ampie hanno rimesso in discussione il ruolo del diritto anche nei suoi rapporti con altri valori (in primo luogo quello dell’etica, da cui l’affermazione del nuovo campo di indagine della bioetica) e con esso la stessa identità giuridica dell’essere umano. Infatti, non può più essere considerato come soggetto “conformato a diritto” in varia misura dalla causalità naturalistica e biologica, ma come entità in grado di amministrare razionalmente e consapevolmente se stessa, e, quindi, i vari assetti valoriali che riguardano la propria salute, la propria discendenza, la fine della propria esistenza e con essa il proprio destino anche in senso biologico.

Pertanto, la centralità e l’ineludibilità della riflessione etica rispetto alle incessanti novità che ci prospetta via via la tecnologia in capo biomedico e soprattutto con riguardo alla salute e al momento dell’inizio della vita, hanno causato la necessità di rivedere il rapporto tra ambiti contermini quali quelli afferenti al campo etico-morale e al plesso propriamente normativo, producendo, perciò, una nuova relazione di ordine generale tra la bioetica e il biodiritto, e ciò, per l’appunto, per effetto dell’attuale situazione che si è venuta a determinare in cui il progresso scientifico e tecnologico ha operato la trasformazione e il superamento del paradigma di riferimento storico per la scienza giuridica, ovvero quello – come già anticipato – della naturalità, e che, quindi, ha comportato un profondo ripensamento del rapporto tra etica e diritto. La bioetica deve intendersi come disciplina autonoma che assolve il compito di condurre ad una riflessione etica sulle implicazioni teorico-pratiche dello sviluppo scientifico e tecnologico rispetto alle scienze della salute e della vita dell’uomo.

Per rispondere all’interrogativo se tutto ciò che è tecnicamente possibile è anche tecnicamente accettabile, socialmente ammissibile e giuridicamente lecito, è insorta l’esigenza di dare ingresso ad un nuovo ambito di cognizione del sapere umano che ha assunto la denominazione di biodiritto. Esso ha ad oggetto la sistematizzazione degli aspetti giuridico-normativi che tendono a disciplinare il complesso delle relazioni intersoggettive connesse alle problematiche biomediche, con conseguente attribuzione di giuridicità all’opzione bioetica e biopolitica prescelta.

Quindi, in sintesi, la nuova frontiera del biodiritto si occupa dello studio generale e sistematico dei seguenti oggetti: dei principi che orientano la condotta umana (individuale e collettiva) nell’area delle scienze della vita e della cura della salute, dei cc.dd. “diritti di IV generazione” connessi alla tutela della vita fisica ed in particolare agli effetti giuridici indotti dalle scienze biomediche; delle questioni inerenti ai fenomeni della vita organica del corpo, della generazione, dello sviluppo, della maturità, della vecchiaia, della salute, della malattia e della morte nonché della ricerca e della prassi biomedica (si pensi, per fare un esempio per tutti, alla

centrale questione dell’embrione “in vitro” con tutte le implicazioni sul piano teorico-pratico che tale “creazione tecnologica” determina).

Il biodiritto ha, quindi, assunto un nuovo e delicato ruolo nel campo della produzione giuridica perché, a fronte del superamento del paradigma naturalistico e della obiettiva difficoltà di controllare il costante ed imprevedibile sviluppo scientifico, è tenuto a salvaguardare i tre principi basilari di precauzione, dell’autodeterminazione e del consenso informato e, quindi, in sintesi, in una prospettiva del tutto innovativa, il sempre problematico rapporto fondamentale tra i principi di libertà e responsabilità¹.

In questo contesto e per soddisfare le nuove esigenze imposte dal progresso della biomedicina sul processo procreativo il legislatore nazionale è intervenuto con l’approvazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40 che, nel recare “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita” ha, all’esito di un percorso particolarmente tormentato che ha dato luogo ad un complesso dibattito sulla salute, sui diritti e sulla libertà individuale, dettato una disciplina con la quale si è inteso, per l’appunto in tema di PMA, intervenire oltre che sull’integrità psicofisica della donna, anche sulle scelte stesse di una coppia circa la decisione di creare una famiglia e una discendenza, e, quindi, sulla regolamentazione degli atti medici che si collocano in quella fase temporale e nell’ambito di azione capace di interferire con l’idoneità procreativa.

In altri termini, con la legge n. 40 del 2004 il legislatore ha voluto tutelare e regolare la c.d. “salute procreativa” (quale peculiare specificazione del più generale diritto alla salute), ossia quel particolare aspetto della salute che coniuga al suo interno l’integrità psicofisica della persona e la sua autonomia esistenziale, con l’assunzione, quindi, della consapevolezza che gli organi riproduttivi e sessuali sono biologicamente deputati non soltanto ad assicurare la sopravvivenza, ma anche a realizzare l’esistenza stessa della persona, così emergendo la indispensabilità della previsione di un’adeguata tutela sul piano giuridico di tutta l’attività medico-scientifica che potrebbe alterarne le funzioni, tale, perciò, da salvaguardare i connessi interessi esistenziali a cui è necessario attribuire autonomo valore. È, infatti, indubbio che la concezione del “valore salute” debba essere riferito al benessere complessivo della persona attribuendo ad essa significato identitario, ossia di manifestazione di identità e dignità della persona, cosicché nelle vicende procreative il valore salute, forse più che in altri ambiti, è capace di assurgere ad estrinsecazione della libertà e della personalità dell’individuo (sotto forma di tutela della salute della donna, dell’embrione e della capacità generativa delle coppie). Da un punto di vista generale occorre osservare che l’impianto di base caratterizzante la legge n. 40 del 2004 si fondava sul principio cardine che l’embrione dovesse essere considerato “persona” a cui veniva conferito una posizione di assoluta preminenza rispetto ai diritti ed alle aspettative degli altri soggetti del progetto parentale e biogenetico. Nondimeno, all’art. 1, comma 1, della stessa legge risultava (e risulta tuttora) esplicitato l’intento di voler assicurare a “tutti i soggetti coinvolti” parità di diritti. La volontà di riconoscere all’embrione una tutela piena (equiparabile a quella della persona già nata) si desumeva, in particolare, dagli artt. 13 e 14 del capo VI della stessa legge n. 40 del 2004, dedicato, infatti, alle “Misure di tutela dell’embrione”.

¹ Per un panorama generale sull’autonomia del nuovo settore del “biodiritto” e sulle relative problematiche implicate v., per tutti, G. Baldini, *Persona e famiglia nell’era del Biodiritto*, Firenze, 2015, 3-20.

In sintesi, nell'art. 13 risultavano previsti appositi divieti posti a garanzia anche della dignità umana e riferiti alla: - produzione di embrioni umani a fini non procreativi e, quindi, di ricerca e di sperimentazione (salvo che per il perseguimento di quelli diretti al soddisfacimento di finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso); - alla pratica di ogni forma di selezione a scopi eugenetici; - all'esecuzione di interventi finalizzati a qualsiasi possibile forma di clonazione; - alla produzione di ibridi o chimere.

Con l'art. 14, invece, erano stati introdotti specifici limiti alle metodologie di applicazione della PMA, al fine di evitare il compimento di molteplici attività precedentemente diffuse nella pratica sanitaria, ritenute contrarie alla dignità e alla tutela dell'embrione. A tale scopo erano stati contemplati i divieti di: - soppressione degli embrioni prodotti; - crioconservazione degli stessi; - produzione di un numero di embrioni non superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre.

Il principio della predilezione per l'assoluta prevalenza della tutela dei diritti dell'embrione era, inoltre, evincibile dalla previsione sia del divieto di revoca del consenso da parte della coppia all'impianto dell'embrione fecondato (previsto dall'art. 6, comma 3, ultimo cpv., della legge in questione) che dal correlato obbligo della donna di ricevere in utero tutti gli embrioni (art. 14, comma 2, legge citata).

Il nucleo centrale della nuova legge si incentrava, dunque, nel riconoscimento all'embrione dello *status* di soggetto di diritto, il che implicava l'osservanza di una serie di obblighi e di divieti particolarmente restrittivi.

In primo luogo, emergeva il divieto di congelamento degli embrioni, e, di conseguenza, della loro produzione in numero adeguato per garantire alla donna una gravidanza; inoltre, sempre per evitare che residuassero embrioni non impiantati, risultava impedita la produzione di più di tre embrioni e, allo stesso tempo, si obbligava il medico a impiantare contemporaneamente tutti gli embrioni prodotti.

Inoltre, la legge n. 40 del 2004, nella formulazione originale, prevedeva che sull'embrione non si potesse effettuare alcuno *screening* genetico, e ciò neanche nell'ipotesi in cui i genitori fossero portatori di mutazioni patogene note.

Il che – si era da più parti affermato - costituiva una contraddizione rispetto a quanto stabilito da un'altra legge precedente, la n. 194 del 1978 (recante “Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza”), che invece consente l'aborto terapeutico oltre il terzo mese nel caso in cui procedure di diagnosi prenatale come l'amniocentesi evidenzino la presenza di condizioni fetali che mettono gravemente a rischio la salute della donna.

I divieti sanciti dalla legge n. 40 del 2004 si estendono (o meglio, si estendevano, almeno in parte) anche alla fecondazione eterologa, ovvero a quella che sarebbe stata realizzabile mediante la donazione di gameti da parte di terzi (ledendo di fatto gli interessi delle coppie con sterilità grave), alla surrogazione di maternità e alla ricerca scientifica.

L'ultimo divieto, particolarmente stringente, ineriva l'impossibilità di utilizzare a fini di ricerca (come, ad esempio, per la coltura di staminali embrionali) – gli embrioni malati o sovrannumerari, ossia quelli non impiantabili, ma neanche distruggibili e, invece, destinati alla crioconservazione per un tempo indeterminato fino al raggiungimento dell'autoconsunzione.

È importante rilevare che la legge n. 40 del 2004 aveva, comunque, stabilito il riconoscimento dello stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia ai nati a seguito dell'adozione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Per altro verso, era stato anche stabilito che gli interventi di procreazione avrebbero potuto essere eseguiti solo in strutture pubbliche o private autorizzate dalle Regioni e iscritte in un apposito registro (con la correlata istituzione, per l'appunto, con decreto del Ministro della salute, presso l'Istituto superiore di sanità, di un registro nazionale delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita).

I profili sui quali i primi commentatori avevano avuto modo di rilevare ipotesi di possibile contrasto fra la legge n. 40 del 2004 e il consolidato formante normativo (costituzionale ed ordinario) e giurisprudenziale (costituzionale, di legittimità e di merito), dubbi confermati dal successivo impatto della giurisprudenza costituzionale (oggetto del presente studio), erano stati – in sintesi – ricondotti essenzialmente ai seguenti problematici interrogativi:

1) quale bilanciamento si sarebbe dovuto individuare tra la soggettività del concepito e la tutela della salute riproduttiva della donna?

2) quale possibile soluzione fosse prospettabile in tema di limiti di accesso alle tecniche di PMA e ai soggetti legittimati, con particolare riguardo al problema dei portatori di patologie trasmissibili?

3) poteva considerarsi del tutto giustificabile la previsione del divieto di esecuzione della PMA con donazione di gameti (ovvero ricorrendo alle cc.dd. tecniche eterologhe)?²

4) come avrebbe potuto essere valorizzato il consenso informato con riferimento al problema della diagnosi genetica preimpianto?

5) sarebbe stata da considerarsi ragionevole la condotta terapeutica inderogabile nell'esecuzione della metodica della PMA con la previsione di un numero massimo di embrioni producibili ed il relativo obbligo di contemporaneo trasferimento?

6) si sarebbero potuti ritenere legittimi il mantenimento dell'obbligo di crioconservazione degli embrioni soprannumerari e del divieto assoluto di ricerca scientifica sugli embrioni?

Evidentemente la risoluzione successiva, in senso positivo, di tutte od alcune delle indicate questioni avrebbe inevitabilmente inciso sull'impostazione di fondo della legge n. 40 del 2004 e ne avrebbe comportato una più o meno sensibile modificazione dell'assetto normativo.

² Solo per dar conto di quale fosse il “vuoto normativo” in materia (e, in particolare, sul punto specifico di cui nel testo) si ricorda che, in precedenza, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 374 del 1998, ebbe a dichiarare l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c. - laddove avrebbe consentito di esperire l'azione per il disconoscimento di paternità al marito che, affetto da impotenza nel periodo che va dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio concepito durante il matrimonio, avesse dato il proprio consenso all'inseminazione artificiale eterologa della moglie - sollevata con riferimento agli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., in quanto - posto che l'art. 235 c.c. riguarda esclusivamente la generazione che segue ad un rapporto adulterino, ammettendo il disconoscimento della paternità in tassative ipotesi, quando le circostanze indicate dal legislatore facciano presumere che la gravidanza sia riconducibile, in violazione del dovere di reciproca fedeltà, ad un rapporto sessuale con persona diversa dal coniuge; e che la possibilità che ipotesi nuove, non previste al tempo dell'approvazione di una norma, siano disciplinate dalla stessa non è da escludersi in generale, ma implica un'omogeneità di elementi essenziali e un'identità di “ratio”, nella cui carenza l'estensione della portata normativa della legge si risolverebbe in un arbitrio – avrebbe integrato un'estensione arbitraria l'equiparazione della fattispecie “de qua” a quelle, tanto dissimili, previste dalla disposizione impugnata.

2. Gli iniziali approcci della giurisprudenza costituzionale alla materia della procreazione medicalmente assistita

Come già anticipato l'*iter* formativo della legge n. 40 del 2004 fu particolarmente impegnativo e dibattuto e l'impianto di fondo che venne adottato in seguito alla sua approvazione involgeva scelte particolarmente incisive sulla nuova materia della PMA, basate, in parte, su opzioni particolarmente rigide e, in parte, su posizioni propositive di discipline costituenti oggetto di compromesso.

Non meraviglia, dunque, che già all'indomani della sua emanazione essa fu oggetto di cinque referendum abrogativi, dichiarati ammissibili dalla Corte costituzionale limitatamente a quesiti parziali (e, quindi, su singole disposizioni), con le **sentenze nn. 46, 47, 48 e 49 del 2005** relative (in via sintetica) alle richieste:

- della possibilità di garantire la fecondazione assistita non solo alle coppie sterili ma anche a quelle affette da patologie geneticamente trasmissibili;
- all'eliminazione del limite di poter ricorrere alla tecnica solo quando non vi fossero altri metodi terapeutici sostitutivi;
- di garantire la scelta delle opzioni terapeutiche più idonee ad ogni individuo;
- di dare la possibilità di rivedere il proprio consenso all'atto medico in ogni momento;
- di ristabilire il numero di embrioni da impiantare.

Le decisioni di ammissibilità furono giustificate sul presupposto che le singole proposte riguardavano aspetti specifici della disciplina della procreazione medicalmente assistita che rientravano nell'ambito della discrezionalità legislativa, cosicché la loro abrogazione non avrebbe comportato il venir meno di una tutela costituzionalmente necessaria. Si era aggiunto che analoghe considerazioni valevano ad escludere qualsiasi possibilità di contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, cui si era data esecuzione con la legge 28 marzo 2001, n. 145. Si evidenziava, altresì, che i quesiti, pur a contenuto plurimo, presentavano il necessario carattere di omogeneità e che le disposizioni di cui si proponeva l'abrogazione erano tra loro intimamente connesse, anche in conseguenza della sostanziale omogeneità dell'intero testo normativo, recante la completa ed esclusiva disciplina della procreazione medicalmente assistita; si poneva, inoltre, in risalto, che era individuabile la matrice razionalmente unitaria dei quesiti stessi, oggettivamente riconducibili - al di là dell'articolata titolazione e delle stesse intenzioni dei proponenti - alla rimozione di una serie di limiti all'accesso e allo svolgimento delle procedure di procreazione medicalmente assistita e che, infine, la normativa di risulta non avrebbe presentato elementi di contraddittorietà che non fossero risolvibili alla stregua dei normali canoni ermeneutici.

Come è risaputo, le consultazioni referendarie, tenutesi il 12 e 13 giugno 2005, non raggiunsero il *quorum* minimo prescritto per legge (essendosi assestato intorno al intorno al 25%).

I comitati promotori dei referendum avevano anche proposto un quesito implicante l'abrogazione totale dell'intera legge n. 40 del 2004.

Tale richiesta fu, invece, ritenuta dalla Corte - con la **sentenza n. 45 del 2005** - inammissibile, affermandosi che la citata legge era da considerarsi costituzionalmente necessaria, poiché

recava «una prima legislazione organica» preordinata a garantire «un livello minimo di tutela legislativa» ad «una pluralità di rilevanti interessi costituzionali».

In particolare, si rilevò che, con tale testo normativo, era intervenuta una disciplina che regolamentava analiticamente una molteplicità di differenziati profili connessi o collegati alla procreazione medicalmente assistita, materia in precedenza non disciplinata in via legislativa. Pertanto, si trattava della prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti aveva conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e che indubbiamente coinvolgeva una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulavano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicurasse un livello minimo di tutela legislativa.

Con la indicata sentenza n. 45 del 2005 si ebbe anche a rimarcare che analoghe finalità di bilanciamento e di tutela erano già state affermate a livello internazionale, in particolare con alcune disposizioni della richiamata Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 e del relativo Protocollo addizionale stipulato a Parigi il 12 gennaio 1998, testi sottoscritti anche dalla Comunità europea e di cui il legislatore nazionale aveva autorizzato la ratifica e determinato l'esecuzione tramite la legge 28 marzo 2001, n. 145, nonché con alcuni contenuti dell'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata nel 2000, in tema di consenso libero e informato della persona interessata, di divieto di pratiche eugenetiche e di divieto di clonazione riproduttiva degli esseri umani.

Pertanto, la richiesta di sottoporre a “referendum” abrogativo l'intera legge n. 40 del 2004 coinvolgeva una normativa che si sarebbe dovuta qualificare come “costituzionalmente necessaria”³ e che, perciò, come tale, non avrebbe potuto essere colpita da una dichiarazione di illegittimità costituzionale nel suo complessivo assetto normativo⁴.

Nel corso del successivo sviluppo dell'attività di intervento giurisprudenziale della Corte costituzionale in materia, la prima occasione in cui la stessa ebbe modo di cimentarsi con la legge n. 40 del 2004 fu quella originata dalla sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della stessa legge, censurato, in riferimento agli artt. 2, 3, 32 della Costituzione “nella parte in cui faceva divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che avevano avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie”.

³ Come esempi precedenti cfr. le sentenze nn. 16 del 1978 e 26 del 1981.

⁴ Nella dottrina maggioritaria si era, perciò, sostenuto che la diversa impostazione che distingueva la sentenza n. 45 del 2005 dalle altre sui quesiti parziali poteva essere spiegata solo ritenendo che l'obiettivo del giudice costituzionale fosse quello di proteggere il preminente interesse a garantire un *minimum* di tutela legislativa, che sarebbe continuato a sussistere in forza della normativa risultante dall'abrogazione parziale della legge vigente, mentre sarebbe cessata di esistere nell'ipotesi in cui, ammettendosi il referendum totale, la legge fosse venuta completamente meno. Per effetto di questa esigenza di fondo la Corte costituzionale si era mossa nell'ambito di una prospettiva incentrata sulla conclamata necessità di assicurare la permanenza nell'ordinamento di una normativa già esistente, capace di dare attuazione a situazioni giuridiche costituzionalmente protette, ancorché in uno dei tanti possibili modi affidati alla discrezionalità del legislatore ordinario. Non era mancato, peraltro, chi aveva ritenuto di sottolineare come il fatto che la legge n. 40 del 2004 fosse stata riconosciuta come “legge costituzionalmente necessaria”, non per questo si sarebbe dovuta considerare resa come “costituzionalmente legittima *in toto*” (cfr. F. Modugno, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. parlam.*, 2005, 379).

Tuttavia, la questione fu respinta con **l'ordinanza n. 369 del 2006** con cui si ritenne che, a prescindere dall'irreversibilità degli effetti del provvedimento richiesto in sede cautelare e dall'adeguatezza di quanto dedotto a conforto dell'asserita inconsistenza del "rischio di inutilizzabilità (dell'embrione) a causa della diagnosi preimpianto", il giudice *a quo* era incorso in un'evidente contraddizione nel sollevare una questione volta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una specifica disposizione nella parte relativa ad una norma (divieto di sottoporre l'embrione prima dell'impianto a diagnosi per l'accertamento di eventuali patologie dei generandi) che, secondo l'impostazione dell'ordinanza di rimessione, sarebbe stata desumibile anche da altri articoli della stessa legge non impugnati, nonché dall'interpretazione dell'intero testo legislativo "alla luce dei suoi criteri ispiratori".

3. La prima importante svolta rappresentata dalla sentenza n. 151 del 2009

La prima pronuncia maggiormente incidente – in ragione sia dei suoi contenuti che degli effetti propri discendenti dalla dichiarata illegittimità costituzionale – sull'impianto della legge n. 40 del 2004 è rappresentata dalla **sentenza n. 151 del 2009**⁵.

Con tale sentenza, la Corte costituzionale, investita da diverse autorità giurisdizionali⁶, ebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale, in primo luogo, dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 – secondo cui «Le tecniche di produzione degli embrioni [...] non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» – limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre». La Corte, partendo dalla premessa come dalla stessa legge n. 40 del 2004 fosse desumibile che la tutela dell'embrione non si configurava come assoluta ma limitata in relazione alla necessità di bilanciarla con le esigenze della procreazione, rilevava che il divieto di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario e comunque non superiore a tre (divieto che si faceva carico della questione degli embrioni cosiddetti soprannumerari) determinava, per un verso (sul presupposto che non sempre tre embrioni prodotti sono in grado di dare luogo a una gravidanza, variando le possibilità di successo in virtù delle caratteristiche degli stessi embrioni, delle condizioni soggettive delle donne sottoposte alla procedura di PMA e dell'età delle medesime), la necessità - nel caso in cui il primo impianto non desse esito positivo - di reiterare i cicli di stimolazione ovarica, con conseguente aumento del rischio di insorgenza delle patologie a questa collegate; per altro verso, il medesimo divieto determinava, nelle ipotesi in cui fossero maggiori le possibilità di attecchimento degli embrioni, un pregiudizio diverso alla salute della donna e del feto, nel caso di gravidanze plurime, avuto riguardo al divieto di riduzione embrionaria di dette

⁵ In, tra le tante, *Giur. cost.* 2009,1656 e segg., con note di M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistite; una political question disinnescata*, e di C. Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena di difendere"*.

⁶ Si trattava del TAR Lazio, 21 gennaio 2008 n. 398 (che aveva sollevato questione di legittimità con lo stesso provvedimento con il quale aveva annullato le Linee guida del 2004 là dove stabilivano che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro deve essere di tipo osservazionale) e del Tribunale ordinario di Firenze (con due distinte ordinanze del 12 luglio e del 26 agosto 2008).

gravidezze (salvo il ricorso all'aborto, previsto dal comma 4 dello stesso art. 14 della legge n. 40 del 2004).

Alla stregua di tali ragioni, l'imposizione di una sorta di protocollo unico, senza riconoscere al medico la possibilità di considerare, sulla base delle conoscenze tecnico-scientifiche, le caratteristiche del singolo caso sottoposto alla procedura di PMA – in particolare, le condizioni soggettive della donna – e di scegliere di volta in volta, in base a dette caratteristiche, il numero degli embrioni da produrre e di quelli da impiantare, veniva a porsi in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il duplice profilo del principio di uguaglianza e di quello di ragionevolezza, poiché il legislatore aveva riservato il medesimo trattamento a situazioni differenti, sia con l'art. 32 Cost., avuto riguardo al potenziale pregiudizio derivante alla salute della donna (ed, eventualmente, del feto). La Corte richiamava, in proposito, la propria precedente giurisprudenza (con particolare riferimento alle sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002) sui limiti posti alla discrezionalità del legislatore dalle acquisizioni scientifiche su cui si fonda la professione medica e sul principio secondo il quale, «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali».

La Corte dichiarava, pertanto, l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, limitatamente – come evidenziato - alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», precisando, peraltro, che, in conseguenza del disposto intervento ablativo, si sarebbe dovuto considerare fatto salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione degli embrioni non avrebbero dovuto crearne un numero superiore a quello strettamente necessario (secondo una valutazione demandata, tuttavia, al medico, in base alle circostanze della fattispecie concreta).

In sostanza, dunque, in dipendenza della portata della sentenza n. 151 del 2009 sono venuti meno sia il divieto di produrre embrioni in numero superiore a tre che impediva al medico di crearne un numero adeguato alle condizioni della donna (ferma restando l'impossibilità di creare un numero di embrioni superiore a quello considerato dal medico come strettamente necessario) sia l'obbligo, per lo stesso medico, di un unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni prodotti.

Inoltre, con la stessa sentenza si è osservato che, per effetto della caducazione dell'ultima parte del comma 2 dell'art. 14, veniva ad essere introdotta, da un lato, una deroga al divieto di crioconservazione (sancito, in via generale, dal precedente comma 1), comportando, dall'altro, «la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti, ma non impiantati per scelta medica».

Le conclusioni relative all'art. 14, comma 2, hanno, infine, implicato l'adozione di una pronuncia additiva da ricondursi alla declaratoria di incostituzionalità del successivo comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

In definitiva, la previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna, si poneva in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo sia della ragionevolezza che dell'eguaglianza, poiché il legislatore riservava lo stesso trattamento a situazioni dissimili, e con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna, ed eventualmente del feto, ad esso connesso.

Con la decisione in discorso, dunque, la Corte aveva inteso fortificare quella sua pregressa giurisprudenza diretta a tutelare, prima di altri tipi di interessi, la vita e la salute fisica e psichica della donna, dimostrando una particolare attenzione nei confronti delle aspettative della sua gravidanza (anche al prezzo del sacrificio delle entità embrionarie).

Con la successiva **ordinanza n. 97 del 2010**⁷, la Corte, nuovamente investita di questioni di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1, 2 e 3, le dichiarava inammissibili per effetto della già intervenuta sentenza n. 151 del 2009 sul medesimo oggetto.

4. La ritenuta legittimità costituzionale della fecondazione eterologa (sentenza n. 162 del 2014)

Con la successiva **sentenza n. 162 del 2014**, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa (contemplato dall'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004), sul presupposto che lo stesso si poneva in contrasto con la fondamentale libertà di autodeterminazione della persona (ricondata agli artt. 2, 3 e 31 Cost.), la quale, tra le sue espressioni, include la scelta di diventare genitori e formare una famiglia, il cui diritto sarebbe irragionevole non riconoscere anche alle coppie sterili (posto che il progresso scientifico consente, nell'attualità, di soddisfarlo). La caduta di tale divieto è stata giustificata anche dalla tutela del diritto alla salute psico-fisica (previsto dall'art. 32 Cost.) che non sarebbe stato garantito ove fosse stata procurata una sofferenza psicologica a quelle coppie che si sarebbero viste escluse dal ricorso ad una tecnica che, ammessa in altri Paesi, al pari della fecondazione omologa, è protesa, principalmente, a risolvere i problemi riproduttivi determinati da uno stato patologico irreversibile di sterilità. Tuttavia, anche sulla scorta di tali ragioni, la Corte – nella richiamata sentenza – ha escluso che la fecondazione eterologa possa essere utilizzata per “illegittimi fini eugenetici” e che possa essere assimilata ad altre metodiche come la c.d. “surrogazione di maternità”.

È importante rimarcare come la dichiarazione di illegittimità costituzionale sia stata emessa ravvisando la sola lesione dei citati parametri costituzionali interni, considerandosi, così, assorbite le censure sollevate in relazione alle pronunce della CEDU (con particolare riferimento alla sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo del 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria). Tale soluzione si è dimostrata coerente con la costruzione della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra norme interne e CEDU, poiché il c.d. garantismo competitivo tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di rivolgersi a quest'ultima esclusivamente quando sia accertato che la prima non offre – da un punto di vista anche interpretativo – ai diritti fondamentali il livello di tutela assicurato dalla seconda.

⁷ È importante segnalare che con la stessa ordinanza n. 97 del 2010 la Corte dichiarava manifestamente inammissibile, per difetto di motivazione sulla rilevanza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, ult. cpv., della legge n. 40 del 2004.

La sentenza in esame poggia il suo ragionamento di fondo sull'argomento che la scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce "espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi" e che, quindi, tende a soddisfare quella nuova forma di diritto che si è intesa correlare alla c.d. "salute procreativa". Il punto di partenza della sentenza in disamina coincideva, nella sostanza, con quello a cui si era ispirata la precedente sentenza n. 151 del 2009, ovvero che la tutela dell'embrione non deve essere intesa in termini assoluti, bensì limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione e con altri valori costituzionali.

La Corte, con la sentenza n. 162 del 2014, non attribuisce il diritto alla procreazione, ma colloca la scelta procreativa nell'alveo della libertà dell'individuo, e quindi nella sfera delle scelte non coercibili ed insopprimibili da parte dell'ordinamento, come dimostrato dall'esistenza della legge sull'interruzione della gravidanza. Per tale ragione, la Corte dichiara che un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, «non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore», ma deve tenere conto delle conoscenze scientifiche e tecniche anche in riferimento all'accertamento di una lesione del diritto alla salute. E per salute si intende anche la salute della coppia, perché l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, può incidere negativamente sul benessere psicofisico della coppia. I giudici *a quibus* avevano sostenuto (articolarlo in vario modo i dubbi di legittimità costituzionale) che il divieto di fecondazione eterologa violava il diritto alla vita privata e familiare, di identità e di autodeterminazione, di costruire liberamente la propria vita ed esistenza, nonché il diritto alla formazione di una famiglia ed il diritto alla salute, realizzando altresì un'irragionevole disparità di trattamento in danno della coppia affetta dalla patologia più grave (e, in relazione a queste ultime, quella ulteriore conseguente al fatto che quelle di esse le quali hanno la necessaria disponibilità economica possono praticarla all'estero), ponendosi, infine, in contrasto con la CEDU (i parametri evocati coincidevano con gli artt. 2, 3, 39, 31, 32, 117, primo comma, Cost., artt. 8 e 14 della CEDU).

Con la sentenza in questione la Corte si è premurata anche di chiarire le conseguenze della dichiarazione di illegittimità e di ovviare al relativo vuoto normativo che ne sarebbe derivato nell'immediato con la puntualizzazione di appositi principi conformanti, pur non mancando di rilevare come, sul piano sistematico-costituzionale, il dovere di riempire le lacune dipendenti dalle pronunce di incostituzionalità appartenga al legislatore, al quale spetta il compito di apportare interventi normativi "correttivi e/o integrativi".

Nella chiara prospettazione della sentenza n. 162 del 2014, la Corte, onde evitare la possibile configurazione di equivoci interpretativi e di applicazioni pratiche devianti, ha stabilito appositi "paletti" per l'accesso alla PMA eterologa (al fine, quindi, di impedire una *deregulation* imprevedibile ed incontrollabile).

Con l'adottata pronuncia, infatti, la Corte non ha inteso generalizzare la possibilità del ricorso alla PMA eterologa, poiché ha stabilito che ad essa possono avere accesso esclusivamente le coppie che vantano i requisiti di cui all'art. 5 della legge n. 40 del 2004, ragion per cui la fecondazione eterologa può essere praticata esclusivamente su richiesta di «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi», restando rigorosamente escluso che possano farvi ricorso singole persone, coppie dello stesso sesso, ovvero coppie di anziani in età non fertile.

Condizione, poi, per accedere a tale pratica è la mancanza di altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere la causa di sterilità e/o infertilità che deve avere carattere assoluto ed irreversibile, documentato da atto medico e da questo certificata, occorrendo poi osservare i principi di gradualità e del consenso informato. Inoltre, la donazione deve avvenire in forma anonima ed essere gratuita, restando vietata e sanzionata sia l'utilizzazione dei gameti estranei alla coppia al di fuori del ristretto caso in cui ora è ammesso (e, quindi, la sanzione dell'art. 12, comma 1, resta applicabile, qualora l'utilizzazione riguardi soggetti privi dei requisiti contemplati dall'art. 5, sia la commercializzazione di gameti ed embrioni e il ricorso alla tecnica della c.d. la surrogazione di maternità).

Anche ai nascituri frutto della fecondazione eterologa (risultando, comunque, utilizzata una forma di PMA) è, ovviamente, attribuito lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle medesime tecniche di PMA.

5. Il superamento del limite dell'impossibilità della diagnosi preimpianto per le coppie portatrici di patologie geneticamente trasmissibili (sentenze n. 96 del 2015 e n. 229 del 2015)

Un primo problema che si pose in sede applicativa della legge n. 40 del 2004 fu costituito dalla possibilità o meno, per le coppie alle quali la stessa legge consentiva di accedere alle tecniche di PMA, di chiedere la cosiddetta diagnosi preimpianto sugli embrioni, intendendosi, a questo riguardo, un accertamento – possibile nell'ambito di un programma riproduttivo di fecondazione *in vitro*, cioè operato su embrioni prodotti *in vitro* – che, tramite il prelevamento di una o più cellule dell'embrione stesso prima del suo impianto nell'utero (il che comporta un certo margine di rischio di suo danneggiamento e di pregiudizio per il suo ulteriore sviluppo) permetteva di accertare, mediante l'analisi genetica dei materiali del nucleo delle cellule prelevate, se lo stesso embrione fosse portatore di (gravi) malattie genetiche. Tale problema venne a prospettarsi soprattutto al fine di soddisfare lo scopo – perseguito, generalmente, da parte di soggetti richiedenti portatori sani di dette malattie – di selezionare gli embrioni sani e non impiantare nell'utero (e crioconservare o sopprimere) quelli malati.

Tale diagnosi era ritenuta lecita, e comunemente praticata, sino all'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004. La questione della sua liceità divenne invece controversa, anche in dottrina, proprio in séguito all'approvazione della legge n. 40 del 2004, ritenendosi che proprio la lettera di detta legge consentisse – in difetto di un'esplicita disposizione che facesse espresso riferimento alla diagnosi preimpianto – entrambe le soluzioni interpretative.

Sulla questione intervennero le *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, adottate dal Ministro della salute con decreto del 21 luglio 2004, ai sensi dell'art. 7, comma 1, della legge n. 40 del 2004, le quali, proprio con riguardo alla sezione intitolata «Misure di tutela dell'embrione» – e con specifico riferimento alla «Sperimentazione sugli embrioni umani (articolo 13, Legge n. 40 del 2004)» – , dopo avere dopo avere proibito «ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica», stabiliva che «Ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 14, comma 5, [della legge n. 40 del 2004] dovrà essere di tipo osservazionale». Siffatta limitazione delle indagini preimpianto consentite a quelle «di tipo osservazionale», sembrava, quindi, porre un divieto di effettuare sull'embrione quelle analisi, di tipo invece

invasivo, necessarie al fine di diagnosticare le malattie genetiche di cui esso poteva essere portatore.

Le prime applicazioni giurisprudenziali⁸ si orientarono nella direzione di negare la possibilità della diagnosi preimpianto. Della questione la Corte costituzionale venne investita da un altro giudice ordinario di merito (il Tribunale di Cagliari) che, con l'ordinanza di rimessione⁹, ritenne rilevanti e non manifestamente infondate, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., le questioni di legittimità dell'art. 13 della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui faceva divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che avevano avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sull'embrione ai fini dell'accertamento di eventuali patologie. Le questioni – come già riferito in precedenza - furono, però, dichiarate manifestamente inammissibili dalla Corte costituzionale con l'**ordinanza n. 369 del 2006** (in dipendenza di una rilevata contraddizione presente nell'ordinanza di rimessione con riguardo all'incompletezza nell'individuazione delle norme censurabili contenenti il contestato divieto).

Successivamente lo stesso Tribunale di Cagliari, in data 24 settembre 2007¹⁰, anziché risollevarne la questione in via incidentale, ebbe a ritenere ammissibile la diagnosi preimpianto sulla base di un'interpretazione considerata conforme alla Costituzione e disapplicando le Linee Guida ministeriali del 2004 (peraltro contrastanti con l'art. 12 della Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina – c.d. Convenzione di Oviedo –, del 4 aprile 1997, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 145 del 2001) in quanto da qualificarsi norma di rango inferiore rispetto alla legge n. 40 del 2004, nella parte in cui introducevano il divieto di diagnosi preimpianto prevedendo la sola indagine osservazionale. A conclusioni analoghe a quelle di quest'ultima decisione del Tribunale sardo pervenne, poco tempo dopo, anche il Tribunale di Firenze con l'ordinanza del 19 dicembre 2007¹¹, con cui venne ammessa (per la prima volta) anche la crioconservazione degli embrioni soprannumerari. L'epilogo della vicenda interpretativa in questione fu rappresentato dall'ordinanza del TAR per il Lazio del 21 gennaio 2008, n. 398¹², con cui si pervenne all'annullamento delle predette *Linee guida 2004* nella parte in cui stabilivano che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati

⁸ Cfr. ord. Trib. Catania, 3 maggio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 3498, nonché TAR Lazio, sez. III, 9 maggio 2005, n. 3452, e TAR Lazio, sez. III, 23 maggio 2005, n. 4047.

⁹ Cfr. ordinanza 16 luglio 2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 613. Nel procedimento principale, una coppia di coniugi, entrambi portatori sani di beta-talassemia, che era stata ammessa alla procedura di PMA, aveva chiesto al primario dell'Ospedale regionale per le microcitemie la diagnosi preimpianto sull'embrione già formato, rifiutandone l'impianto sino a che tale diagnosi non fosse stata effettuata (l'embrione era stato, perciò, sottoposto a crioconservazione). A fronte del rifiuto del medico – opposto sulla base dell'art. 13 della legge n. 40 del 2004 – i coniugi aveva chiesto, in via cautelare, che fosse dichiarato il loro diritto a ottenere la diagnosi e adottato un decreto che ordinasse al medico di procedervi. Ad avviso del rimettente, la disposizione censurata avrebbe violato il diritto alla salute sia della donna sia dello stesso embrione – in quanto «probabilmente condannato a subire, nel tempo, danni biologici (...) [laddove] il rischio di inutilizzabilità a causa della diagnosi preimpianto si aggirerebbe statisticamente attorno all'uno per cento» – nonché l'art. 3 Cost., in ragione dell'ingiustificato diverso trattamento riservato ai genitori nel corso della gravidanza e nel corso del procedimento di PMA, atteso che ai primi è consentita la diagnosi prenatale.

¹⁰ In *Corr. giur.*, 2008, 3, 383, con nota di G. Ferrando, *Il Tribunale di Cagliari dice sì alle diagnosi preimpianto*.

¹¹ In *Fam. e dir.*, 2008, 7, 723, con nota di F. Astiggiano, *Evoluzione delle problematiche relative all'analisi preimpianto dell'embrione e nuove Linee guida ministeriali*.

¹² In *Fam. e dir.*, 2008, 5, 499, con nota di A. Figone, *Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione?*

in vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5, della legge n. 40 del 2004 avrebbe dovuto essere di tipo osservazionale, sul presupposto che tale previsione si sarebbe dovuta considerare illegittima perché, mentre l'art. 13 della stessa legge consentiva interventi diagnostici sull'embrione volti alla tutela della salute e allo sviluppo dello stesso, il regolamento ministeriale li aveva inammissibilmente limitati alla sola osservazione.

Successivamente, con le nuove Linee Guida approvate con D.M. Sanità dell'11 aprile 2008 (con il quale fu sostituito il precedente decreto del 21 luglio 2004), si era provveduto ad eliminare la previsione relativa alla necessità che le indagini sulla salute degli embrioni creati *in vitro* dovesse essere di tipo osservazionale.

In seguito, con altre numerose pronunce di giudici di merito¹³ venne ravvisata la legittimità della diagnosi preimpianto (anche finalizzata ad evitare la trasmissione di gravi malattie ereditarie) nell'ottica della sua piena compatibilità con i principi costituzionali posti a tutela della dignità e della salute della persona, avvalorate anche dalla importante sentenza della CEDU 28 agosto 2012 (sul caso Costa e Pavan c. Italia), con la quale era stata accertata la violazione, da parte dello Stato italiano, dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) – ma non dell'art. 14 (sul divieto di discriminazione) – della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con riferimento alla legge n. 40 del 2004 nella parte in cui consente l'accesso alla tecniche di PMA unicamente alle coppie fertili e sterili. Il Tribunale di Roma, con ordinanza del 26 settembre 2013, sul presupposto che potesse darsi immediata e diretta esecuzione alla suddetta decisione della CEDU del 28 agosto 2012 e che non fosse, perciò, necessario sollevare la questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 4 della legge n. 40 del 2004, pronunciandosi proprio sul ricorso d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* formulato dai coniugi Costa-Pavan, lo aveva accolto riconoscendo il diritto dei ricorrenti di sottoporsi al procedimento di PMA con trasferimento in utero della signora Costa, previo esame clinico e diagnostico degli embrioni creati tramite fecondazione *in vitro*, solo degli embrioni sani o portatori sani rispetto alla patologia da cui erano affette le parti mediante le metodologie previste dalla scienza medica e con crioconservazione degli embrioni malati sino all'esito della tutela di merito, ordinando, per l'effetto, alla competente ASL o direttamente o avvalendosi di altre strutture specializzate di eseguire i disposti trattamenti.

Di seguito, il Ministero della salute ebbe ad adottare – con decreto del 1° luglio 2015 – le linee guida aggiornate in tema di PMA, resesi necessarie soprattutto per l'individuazione dei limiti

¹³ Cfr. ord. Tribunale Bologna 29 giugno 2009 (con la quale, dando applicazione alla sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale, venne disposta l'applicazione della diagnosi preimpianto di un numero minimo di sei embrioni ed il trasferimento in utero dei soli embrioni sani, oltre alla crioconservazione degli embrioni soprannumerari); ord. Trib. Salerno 9 gennaio 2010 (con cui venne ordinata l'esecuzione dell'indagine preimpianto ed il trasferimento dell'utero degli embrioni che non presentavano mutazioni genetiche, riconoscendosi per la prima volta alla coppia non sterile in senso tecnico la possibilità di accedere alla PMA in deroga a quanto previsto dalla legge, riconoscimento reiterato con ordinanza dello stesso Tribunale del luglio 2010); ord. Trib. Cagliari 9 novembre 2012 (con la quale, in accoglimento del ricorso, si accertava il diritto della coppia ricorrente ad ottenere, nell'ambito dell'intervento di PMA, l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni ed il trasferimento in utero della donna solo degli embrioni sani o portatori sani delle patologie da cui erano risultati affetti i medesimi ricorrenti; si disponeva, altresì, che la competente ASL eseguisse, nell'ambito del suddetto intervento, l'esame clinico e diagnostico sugli embrioni e trasferisse nell'utero della donna, qualora da lei richiesto, solo gli embrioni sani ovvero portatori sani delle patologie da cui erano risultati affetti gli stessi ricorrenti, mediante le metodologie previste in base alla scienza medica e con crioconservazione degli ulteriori embrioni).

all'applicazione delle relative tecniche sugli embrioni a seguito della citata sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009 nonché per l'adeguamento indotto dalle modifiche relative alla fecondazione eterologa introdotte dalla successiva sentenza della stessa Corte n. 162 del 2014. Con due ordinanze di rimessione del 15 gennaio 2014 e del 28 febbraio 2014, il Tribunale di Roma – ritenendo, invece, di non poter fare diretta applicazione di quanto statuito dalla CEDU con la menzionata decisione del 28 agosto 2012 (invero indirizzata allo Stato italiano) - sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, dell'art. 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, per assunto contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, nonché per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU nella parte in cui non consentivano il ricorso alle tecniche di PMA alle coppie fertili portatrici di patologie geneticamente trasmissibili.

Con la **sentenza 5 giugno 2015, n. 96**, la Corte costituzionale – in accoglimento (per quanto necessario) delle sollevate questioni – ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost. (ritenendo assorbite le denunce riferite agli altri parametri pure indicati), gli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche.

In particolare, la questione è stata ritenuta fondata, in relazione al profilo – assorbente di ogni altra censura – attinente al *vulnus* effettivamente arrecato, dalle norme denunciate, agli artt. 3 e 32 Cost. Si è, al riguardo, evidenziato che sussiste, in primo luogo, un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto previsto dalle censurate disposizioni, all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni. Infatti, in tal caso, si assiste ad una palese antinomia normativa (sottolineata anche dalla Corte di Strasburgo nella citata sentenza Costa e Pavan c. Italia del 28 agosto 2012) nella parte in cui il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali – quale consentita dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 – quando, dalle ormai normali indagini prenatali, siano, appunto «accertati processi patologici [...] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna». In altri termini, il sistema normativo, cui davano luogo le disposizioni censurate, non consentiva (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le avrebbe permesso di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute. Da questa argomentazione logico-sistematica deriva anche la violazione dell'art. 32 Cost. per il mancato rispetto del diritto alla salute della donna, senza peraltro che il *vulnus*, così arrecato a tale diritto, possa trovare un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'eventualità dell'aborto.

In sintesi, la normativa denunciata costituiva il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento – risultando lesiva del diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria – nella parte in cui non consentiva, e dunque escludeva, che, nel quadro di disciplina della legge in esame, potessero ricorrere alla PMA le coppie affette da patologie siffatte, adeguatamente accertate, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata.

La portata della pronuncia di incostituzionalità è stata, comunque, circoscritta al fine esclusivo della preventiva individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro, alla stregua del medesimo “criterio normativo di gravità” già stabilito dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978.

Nella sentenza n. 96 del 2015 si è, perciò, statuito che, in ragione dell'assolutezza della riferita esclusione, le censurate disposizioni si venivano a porre in contrasto con gli indicati parametri costituzionali, senza che la Corte potesse sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio, dichiarandone l'illegittimità (come era già accaduto con la sentenza n. 162 del 2014), pur risultando compito del legislatore introdurre apposite disposizioni al fine della mirata individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di un'opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture pubbliche autorizzate ed abilitate ad effettuarle.

In definitiva, la Corte – con la sentenza n. 96 del 2015 – ha fatto una scelta con la quale ha ricondotto a piena coerenza e unitarietà il sistema raccordando la legge n. 40 del 2004 con la legge n. 194 del 1978.

In sostanza, la questione del diritto delle coppie fertili ma portatrici di patologia genetica trasmissibile cui era precluso l'accesso alla PMA e alla diagnosi genetica di preimpianto è stata risolta uniformando i diritti di queste coppie con quelli delle coppie che ricorrono all'interruzione volontaria della gravidanza dopo il terzo mese. Ne è risultata, dunque, confermata la gerarchia dei diritti fondamentali della persona che vede al vertice la tutela del diritto alla salute della donna (e della coppia), il diritto di procreare e costituire una famiglia come scelta privata che non ammette ingerenze del legislatore, risultandone censurata l'irragionevolezza e l'illogicità della previsione che non consentiva a queste coppie di accedere alla PMA e alla PGD salvo poi riconoscere il diritto, alle medesime condizioni, di ricorrere alle comuni diagnosi prenatali (amniocentesi) e all'aborto.

E' importante, in ogni caso, porre in risalto che la Corte costituzionale – con la sentenza n. 96 del 2015 - non ha propriamente “liberalizzato” il ricorso alla diagnosi genetica preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, ma ha individuato due specifici necessari requisiti per la liceità dell'accesso di tali coppie alla PMA, ovvero: a) la gravità del danno o del pericolo che potrebbe derivare alla madre dalla prosecuzione della gestazione; b) la necessità di un accertamento da parte di apposita struttura pubblica specializzata.

Proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto riferito alla individuazione dell'onere specifico di garantire la prestazione correlata alla sottoposizione della donna richiedente – nella

sussistenza delle relative condizioni – alla diagnosi preimpianto si è venuto a sviluppare un conseguente contenzioso nell’ambito della giurisprudenza di merito, soprattutto avuto riguardo ai ricorsi cautelari introdotti dalle coppie che avevano manifestato di voler esercitare con urgenza il diritto alla diagnosi preimpianto. In particolare¹⁴, è stato osservato – con riferimento alla necessità della sottoposizione della donna alla diagnosi preimpianto in una struttura pubblica – come lo stesso art. 10 della legge n. 40 del 2004 impone che le strutture autorizzate a svolgere la PMA devono rispondere a requisiti tecnico-scientifici, controllabili dall’esterno, nell’ottica della valorizzazione del principio di cautela a cui si è ispirata la sentenza n. 96 del 2015.

Di conseguenza, è stato ritenuto legittimo l’ordine nei confronti di una struttura ospedaliera pubblica di eseguire, nell’ambito dell’intervento di procreazione medicalmente assistita, l’esame clinico e diagnostico sugli embrioni ed il trasferimento in utero della donna ricorrente, qualora da lei richiesto, solo degli embrioni sani o portatori sani delle patologie da cui il compagno (o il coniuge) risulti affetto, mediante le metodologie previste in base alla scienza medica. È, inoltre, rilevante ricordare l’affermazione della correlata specificazione secondo cui, qualora la struttura sanitaria pubblica si fosse venuta a trovare nell’impossibilità di erogare la prestazione sanitaria tempestivamente in forma diretta, tale prestazione avrebbe potuto essere erogata in forma indiretta, mediante il ricorso ad altre strutture sanitarie (anche, eventualmente, estranee al territorio della Regione di residenza, previa adozione di ogni comportamento a ciò necessario, con iniziale onere a carico della stessa Regione di provenienza).

Proprio in applicazione di questa impostazione altra giurisprudenza di merito¹⁵ ha ravvisato l’illegittimità dell’atto discrezionale con il quale l’Amministrazione sanitaria regionale neghi il diritto fondamentale alla procreazione cosciente e responsabile, quale conseguenza del principio costituzionale della tutela della salute della donna e tale diritto si concretizza nell’accesso alla prestazione della diagnosi preimpianto. Infatti, la richiesta dell’assistenza sanitaria obbligatoria costituisce il diretto corollario di quanto statuito dalla giurisprudenza costituzionale sulla prevalenza del diritto assoluto alla salute, come garantito dall’art. 32 Cost., e salvaguardato dall’art. 8 della CEDU nonché dall’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, diritto al cospetto dei quali altri interessi costituzionalmente tutelati sono da considerarsi recessivi.

Il percorso intrapreso con la sentenza n. 96 del 2015 in tema di diagnosi preimpianto si è ulteriormente evoluto con la di poco successiva e consequenziale **sentenza n. 229 del 2015**, con la quale la Corte ha esaminato gli effetti dipendenti dalla precedente decisione in ambito penale.

Con la pronuncia n. 229 del 2015 la Corte ha, per l’appunto, dichiarato illegittimo l’art. 13, commi 3, lett. b), e 4 della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente

¹⁴ Cfr. Trib. (monocratico) di Milano, 18 aprile 2017, confermata da Trib. (collegiale) Milano 12 luglio 2017, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, n. 1, 224 e segg., con nota di F. Scarlino, *La selezione preimpianto tra autodeterminazione procreativa e tutela del diritto alla salute della donna*, nonché in *Corr. giur.*, 2018, n. 1, 44 e segg., con nota di M.A. Iannicelli, *Diagnosi genetica preimpianto e coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili: il giudice di merito applica la sentenza della Corte cost. n. 96/2015*.

¹⁵ V. Trib. Vercelli, Sez. lavoro, 15 ottobre 2018, in *Giur. it.* 2019, 2390 e segg., con nota di E. Falletti, *Costi dell’accesso alla diagnosi preimpianto: alcune riflessioni giuridiche*.

finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), della legge n. 194 del 1978 e accertate da apposite strutture pubbliche. E ciò perché – essendo stata, infatti, con la citata sentenza n. 96 del 2015, pronunciata l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della stessa legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili, accertate da apposite strutture pubbliche – ciò che era divenuto lecito per effetto della stessa sentenza n. 96 del 2015, non avrebbe potuto più, per il principio di non contraddizione, essere attratto nella sfera del penalmente rilevante.

In sintesi, in virtù della menzionata sentenza n. 229 del 2015, non si sarebbe potuto più considerare reato la condotta del sanitario consistente nel trasferire nell'utero della donna i soli embrioni sani.

Peraltro, con la medesima sentenza n. 229 del 2015, la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata, dallo stesso giudice rimettente, in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU – dell'art. 14, commi 1 e 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, il quale vieta e sanziona penalmente la condotta di «soppressione degli embrioni», ove pur riferita agli embrioni che, in esito a diagnosi preimpianto, risultino affetti da grave malattia genetica.

Si è spiegato al riguardo che anche con riferimento a tali embrioni, la cui malformazione non ne giustifica, in ogni caso, un trattamento deteriore rispetto agli embrioni sani creati nel rispetto delle condizioni di legge, si prospetta l'esigenza di tutelarne la dignità, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione. Si è aggiunto in proposito che l'embrione, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riconducibile a mero materiale biologico. Pertanto, il *vulnus* alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non potrebbe trovare giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di un altro interesse antagonista. Quindi, ciò – secondo la Corte - conferma la non manifesta irragionevolezza della norma incriminatrice denunciata, che non contrasta neppure con l'asserito «diritto di autodeterminazione» o, con il richiamato parametro europeo, per l'assorbente ragione che il divieto di soppressione dell'embrione malformato non ne comporta l'impianto coattivo nell'utero della gestante.

6. La conservazione del divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso (sentenza n. 84 del 2016)

Proprio collocandosi sulla scia del percorso argomentativo addotto a sostegno della ritenuta infondatezza dell'ulteriore questione sfociata nell'emanazione della sentenza n. 229 del 2015, la Corte – con la successiva **sentenza n. 84 del 2016**¹⁶ – ha dichiarato l'inammissibilità della

¹⁶ Tra i principali commenti sulla stessa v. P. Sanfilippo, *L'esitazione della Consulta salva il divieto di ricerca sull'embrione*, in *Dir. Pen. e processo*, 2016, n. 9, 1197 e segg.; M. D'Amico, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *Rivista di biodiritto*, n. 2/2016 e C. Piciocchi, *La*

duplice questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 6 della legge n. 40 del 2004 in tema di irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo e all'art. 13 della stessa legge in ordine al divieto di ricerca scientifica sugli embrioni affetti da anomalie e, perciò, non impiantabili (ovvero non destinabili al perseguimento della finalità riconducibile allo scopo procreativo).

Ecco in sintesi lo svolgimento del giudizio nel corso del quale venne sollevata in via incidentale la questione di legittimità costituzionale e l'esito cui ha ritenuto di pervenire la Corte costituzionale con la citata sentenza.

Il Tribunale civile di Firenze – nell'ambito di un procedimento cautelare incidentale intentato da una coppia di coniugi che si era sottoposta ad un trattamento di procreazione mediamente assistita presso un apposito Centro all'esito del quale erano stati prodotti nove embrioni risultati "non impiantabili" (che i due coniugi volevano destinare ad attività mediche diagnostiche e di ricerca scientifica connesse alla patologia genetica da cui erano affetti) ed uno solo trasferibile in utero (ancorché di media qualità, tanto è vero che la gravidanza conseguente al suo impianto non era andata a buon fine) – aveva sollevato duplice questione di legittimità costituzionale, riferendo l'una all'art. 6, comma 3, ult. cpv., della legge n. 40 del 2004 (per assunta violazione degli artt. 2, 3, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost.), nella parte in cui non prevedeva la possibilità della revoca del consenso al suddetto trattamento in seguito alla fecondazione dell'ovocita, e l'altra all'art. 13 (commi 1-3) della stessa legge (per ritenuto contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 31 e 32 Cost.), nella parte in cui non consentiva che i c.d. embrioni soprannumerari potessero, per volontà degli stessi donanti, essere destinati alla ricerca scientifica in funzione (anche) della tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività.

Con riferimento alla prima questione relativa all'art. 6, comma 3 (ult. cpv.), il giudice rimettente osservava che la previsione in base alla quale il consenso al trattamento di PMA non potesse essere revocato dopo la fecondazione dell'ovocita, contenuta in detta norma, rappresentava una palese violazione del principio regolativo del rapporto medico/paziente, poiché il paziente sarebbe risultato espropriato della possibilità di revocare l'assenso al medico di eseguire atti sicuramente invasivi della propria integrità psico-fisica, avuto riguardo anche al momento particolarmente delicato dell'attività medica atteso che il trattamento, tutt'altro che concluso, verrebbe a trovarsi in una fase intermedia a cui necessariamente seguirebbe quello essenziale culminante del trasferimento in utero del materiale prodotto.

Ad avviso del Tribunale fiorentino la questione era rilevante nel giudizio *a quo* alla stregua della manifestazione della volontà, da parte dei ricorrenti, di ripetere il ciclo di PMA, onde si sarebbe profilata come «impellente la risoluzione di ogni questione relativa alla manifestazione della volontà di non procedere all'impianto degli embrioni malati o non biopsabili». La questione stessa – secondo il giudice *a quo* – era, altresì, non manifestamente infondata, poiché, anche per il trattamento medico di PMA, si sarebbe dovuta ritenere incontrovertibile l'applicazione dei principi validi per qualsiasi trattamento sanitario, in virtù dei quali il consenso libero ed informato del paziente, proprio in quanto qualificabile come presupposto legittimante l'intervento del medico, dovrebbe sussistere sia prima che durante tutta la durata

procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale, in Studium iuris, n. 12/1016, 1437 e segg.

dell'intervento, non vertendosi in tema di trattamento sanitario obbligatorio (c.d. T.S.O.). Inoltre, in senso contrario, non sarebbe stata sostenibile l'argomentazione secondo cui il legislatore, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, abbia ritenuto legittimamente di attribuire rilevanza preminente alla vita e allo sviluppo dell'embrione, posto che, come ribadito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009, la tutela dello stesso non poteva essere assoluta e l'autonomia del legislatore trovava un limite inderogabile oltre che nel rispetto dei diritti fondamentali, peraltro espressamente richiamati dallo stesso art. 32, secondo comma, Cost., anche nei principi di autonomia e responsabilità del medico debitamente autorizzato dal paziente.

Con riguardo alla seconda – ben più importante – questione relativa all'art. 13 (commi 1-3) della stessa legge n. 40 del 2004, il giudice rimettente esponeva che la censura investiva, in particolare, la previsione del «divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale che non sia finalizzata alla tutela dell'embrione stesso» e con la stessa sollecitava una pronuncia additiva tale da comportare un temperamento all'assolutezza di quel divieto, nel senso che ove fosse rimasto, in concreto, accertato che l'embrione non era più impiegabile a fini procreativi (e, quindi, risultasse destinato a rapida “estinzione”), esso avrebbe potuto essere utilizzato, previa acquisizione del consenso dei generanti, per altri scopi “costituzionalmente rilevanti”, quale quello della ricerca scientifica biomedica.

Sotto il profilo della rilevanza, il Tribunale di Firenze riteneva che la questione era strumentale al soddisfacimento degli interessi azionati nel caso di specie dal momento che, avendo gli attori crioconservato (presso un apposito Centro) nove embrioni (di cui alcuni risultati malati e gli altri non sottoponibili a biopsia), che per loro espressa decisione non sarebbero stati mai utilizzati nel processo procreativo, tali embrioni cc.dd. “sopranumerari” sarebbero stati inevitabilmente destinati all'autodistruzione nel mentre essi avrebbero voluto che fossero utilizzati per attività mediche diagnostiche e di ricerca scientifica connesse alla propria patologia genetica. Quanto all'aspetto della non manifesta infondatezza, il menzionato Tribunale rilevava che la normativa denunciata – contemplando il divieto assoluto dell'utilizzabilità anche dei suddetti “embrioni sopranumerari” non idonei per scopi procreativi in quanto irreversibilmente insani o “non biopsabili”, per impieghi alternativi e sicuramente meritevoli di tutela alla luce della Carta costituzionale quale, ad esempio, l'impiego per la ricerca scientifica in ambito medico e terapeutico - si presentava «del tutto irragionevole e per ciò sicuramente in contrasto non solo con i richiamati principi sanciti dalla Carta costituzionale (art. 9 e 32 Cost.), ma anche dalle Convenzioni internazionali (artt. 1, 5, 18 della Convenzione di Oviedo sulle Biotecnologie)», ragion per cui la norma censurata si risolveva nella completa negazione delle esigenze individuali e collettive sottese all'attività di ricerca scientifica, proprio in quei settori quali la terapia genica e l'impiego delle cellule staminali embrionali, che la comunità medico-scientifica riteneva fra i più promettenti per la cura di numerose o gravi patologie.

Con la sentenza in rassegna, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità di entrambe le questioni di illegittimità costituzionale sollevate dal Tribunale civile di Firenze relative – rispettivamente – all'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, e all'art. 13, commi da 1 a 3, della legge n. 40 del 2004, con riferimento a vari parametri costituzionali (segnatamente, la prima in ordine agli artt. 2, 3, 13, 31 e 32 Cost., e la seconda con riguardo agli artt. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost.), ancorché per ragioni loro diverse.

Con riferimento, in particolare, a quella rivolta nei confronti dell'art. 6, comma 3, ult. cpv., la Corte ha ritenuto che difettava il requisito della rilevanza, siccome prospettato in via meramente ipotetica, dal momento che la genitrice aveva già accettato di farsi impiantare l'unico embrione sano e di procedere, quindi, nel trattamento di PMA (ancorché, poi, conclusosi con esito negativo), mentre la sola manifestazione di volontà di volersi sottoporre ad un nuovo trattamento non avrebbe potuto determinare l'attualità della questione della revoca del consenso nell'ambito del giudizio principale (oltretutto, in via generale, non presidiata da alcuna espressa sanzione nel corpo della stessa legge n. 40 del 2004).

Con riguardo, invece, alla questione – di maggiore pregnanza valoriale – riferita all'art. 13 (commi 1-3), la Corte ha individuato un percorso argomentativo più ampio e problematico, in quanto attinente al delicato conflitto – intriso di implicazioni oltre che giuridiche anche etiche – tra il diritto della scienza (ed i possibili vantaggi ritraibili dalla ricerca ad essa connessi) e il diritto dell'embrione, in considerazione del profilo della tutela ad esso attribuibile, anche in relazione al (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica allo stesso riconoscibile.

Le soluzioni potenzialmente adottabili avrebbero potuto avere tre contenuti diversi.

Sarebbe stata ipotizzabile una pronuncia di accoglimento, sul presupposto della sussistenza della denunciata irragionevolezza di un divieto che, per la sua assolutezza, impediva persino la sperimentazione sugli embrioni non più utilizzabili nel processo di PMA in quanto affetti da patologie irreversibili (secondo l'impostazione e nei ristretti limiti ricollegabili al criterio di gravità individuato nella sentenza n. 96 del 2015) o perché non più sottoponibili a biopsia, così emergendo una sproporzione nel bilanciamento legislativo tra mezzi e scopi di tutela. In questa ipotesi, posto il dovere del medico di non trasferire gli embrioni quando il loro impianto poteva pregiudicare la salute dell'aspirante madre (art. 14, comma 3), gli embrioni ormai crioconservati non avrebbero potuto che essere qualificati come “esistenze *in nuce* destinate all'ibernazione indefinita”, prive di una reale possibilità di venire al mondo. Pertanto, ove si fosse ritenuta, per quanto di ragione, fondata la questione in esame, l'eventuale pronuncia dichiarativa di illegittimità costituzionale avrebbe dovuto necessariamente essere limitata ad incidere sul denunciato art. 13, comma 1, nella circoscritta e limitata parte in cui non specifica(va) che il divieto doveva essere riferito soltanto alla sperimentazione sugli embrioni umani ancora efficacemente impiegabili a fini procreativi, senza pregiudizio per la salute per la futura madre.

Ove, invece, fosse stata recepita la scelta di fondo compiuta dalla *Grande Camera* della Corte EDU – nella sentenza del 27 agosto 2015 (resa nel caso Parrillo c. Italia - ric. n. 46470/2011, con la quale era stato rigettato il ricorso stabilendosi che il diritto di donazione di embrioni per la ricerca scientifica, previsto dal citato art. 13 della legge n. 40 del 2004, non è contrario all'art. 8 della CEDU) – secondo cui, alla stregua dell'impianto e della complessiva disciplina normativa di cui alla stessa legge n. 40 del 2004 dello Stato italiano (e del riconoscimento, a quest'ultimo, di un ampio margine di apprezzamento – così come da parte degli altri degli Stati dell'Unione europea – negli ambiti normativi relativi a questioni morali ed etiche sensibili), l'embrione umano avrebbe potuto essere considerato nel nostro sistema giuridico come “**soggetto giuridico avente diritto al rispetto dovuto alla dignità umana**”, da qualificare come valore assoluto ed intangibile (in ordine al quale, perciò, sarebbe in ogni caso recessivo qualsiasi contrapposto interesse diretto all'impiego dell'embrione, ancorché non idoneo

all'impianto per la PMA, in funzione dello sviluppo della ricerca scientifica, pur se mirata al miglioramento delle condizioni di salute del genere umano), la questione avrebbe dovuto essere dichiarata infondata.

Sarebbe stato, inoltre, possibile anche un esito di inammissibilità della questione ove si fosse ritenuto che la materia – involgente plurimi e delicati aspetti attinenti al campo della bioetica e della medicina (nel quale il dibattito sull'argomento non si è ancora sopito), alla varietà delle politiche adottabili in tema di tutela della famiglia e del diritto alla salute – sfuggisse al sindacato della Corte costituzionale e rientrasse nell'esclusiva discrezionalità del legislatore, al quale, nell'esercizio dei suoi poteri di apprezzamento della qualità e della entità delle misure necessarie a tutelare i contrapposti valori costituzionalmente rilevanti involti dalla sollevata questione medesima, spetterebbe assumere la relativa determinazione in ordine alla scelta ritenuta più congrua allo scopo in funzione, per l'appunto, della tutela dei complessi valori e principi coinvolti. E ciò eventualmente anche in ragione del contenuto non obbligato della pronuncia richiesta per il profilo delle plurime opzioni possibili, in tema di individuazione degli embrioni suscettibili di destinazione alla ricerca, di determinazione delle modalità di svolgimento delle diagnosi, di regolamentazione dell'eventuale dissenso tra i genitori, di predisposizione delle cautele necessarie ad evitare la commercializzazione degli embrioni destinati alla ricerca.

Ciò premesso, prima di pervenire all'esplicazione delle ragioni della decisione conducente all'inammissibilità della questione (in senso essenzialmente conforme alla terza ipotesi di soluzione appena poc'anzi evidenziata), la Corte ha ricordato l'evoluzione della sua giurisprudenza sviluppatasi intorno alla legge n. 40 del 2004, sottolineando, in particolare, l'importanza delle precedenti **sentenze n. 151 del 2009** (sull'eliminazione del limite di produzione del numero degli embrioni e della necessità di un solo unico impianto, oltre che con riguardo all'inderogabilità assoluta del divieto di crioconservazione), **n. 96 del 2015** (sul superamento del divieto di diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili) e **n. 229 del 2015** (che, per un verso, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lett. b), e 4, sulla rilevanza penale della condotta sanitaria realizzatrice dell'indicata diagnosi preimpianto, ancorché nei soli limiti conseguenti agli effetti prodotti dalla citata sentenza n. 96/2015, e, per altro verso, aveva dichiarato infondata la questione rivolta nei confronti dell'art. 14, commi 1 e 6, contenente la previsione come reato della condotta di soppressione degli embrioni, indipendentemente dalla loro condizione e, quindi, anche nella eventualità della presenza di malattie genetiche).

Sulla base di questa introduzione, la Corte ha posto in risalto che, alla stregua della giurisprudenza passata in rassegna, era emerso come la dignità dell'embrione (quale entità contenente in sé il principio della vita) costituisse – ai sensi dell'art. 2 Cost. – un valore di rilievo costituzionale e come la sua tutela non fosse suscettibile di affievolimento per la sola circostanza di risultare affetto da malformazioni genetiche, pur essendo assoggettabile a bilanciamento con altri valori costituzionali, specie al fine di garantire il soddisfacimento delle esigenze della procreazione e di quelle della salute della donna.

Risulta, poi, sottolineato come la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo – nella già ricordata sentenza della *Grande Chambre* del 27 agosto 2015 (Parrillo c. Italia) – avesse confermato tale principio, chiarendo, peraltro, che l'Italia non era l'unico Stato membro del Consiglio d'Europa a vietare la donazione di embrioni umani per destinarli alla ricerca scientifica, così ritenendo

che il nostro Governo non avesse ecceduto l'ampio margine di discrezionalità di cui godeva nel caso di specie.

Quindi, dopo aver sinteticamente esposto le ragioni delle molteplici (contrapposte) tesi dottrinarie e scientifiche favorevoli o contrarie all'utilizzazione degli embrioni umani "non impiantabili" per fini di ricerca scientifica, la Corte – proprio in virtù della diversa ponderabilità dei valori in conflitto – ha rilevato che la natura "additiva" della pronuncia di cui era stata richiesta non implicava il carattere "a rima obbligata" dell'intervento giurisdizionale e che, dunque, il diverso bilanciamento di siffatti valori doveva ritenersi inevitabilmente riservato al legislatore.

Pertanto, in definitiva, la Corte ha inteso rimarcare che compete solo al legislatore la valutazione di opportunità (e, perciò, discrezionale) – anche in base alle "evidenze scientifiche" e al loro raggiunto livello di condivisione sul piano sovranazionale – sulla utilizzabilità, a fini di ricerca, degli embrioni malati non impiantabili (previa individuazione delle specifiche patologie legittimanti siffatta scelta), sulla selezione degli obiettivi della ricerca stessa tali da giustificare la soppressione degli embrioni anche in relazione alle modalità di manifestazione della volontà dei donanti nonché sulla individuazione delle cautele necessarie ad evitare la "commercializzazione" degli embrioni residui.

7. Il riconoscimento del diritto del minore a conservare rapporti significativi con la genitrice intenzionale in caso di interruzione del rapporto affettivo di quest'ultima con la genitrice biologica (sentenza n. 225 del 2016)

Nel corso della successiva produzione giurisprudenziale della Corte sono venute ad emergere anche le prime, più pregnanti, questioni problematiche relative ai rapporti tra coppie omoaffettive nella relazione con i figli biologici di uno solo dei componenti della stessa (con la correlata distinzione tra le figure della genitrice biologica e della c.d. genitrice intenzionale, sprovvista, cioè, di qualsiasi legame genetico con il nato), nonché quelle concernenti la riconoscibilità o meno della possibilità dell'accesso alla PMA da parte di tali coppie (formate da due donne o da due uomini) nell'ambito dell'ordinamento nazionale e sotto il profilo della legittimità o meno della trascrivibilità nei registri anagrafici dello Stato italiano dei figli nati all'estero con pratiche di PMA non ammesse dalla legislazione nazionale.

Una prima occasione per esaminare queste problematiche conseguenti alle nuove istanze sociali e relazionali poggianti sulla emergenza e relativa valorizzazione di nuovi modelli di rapporti intersoggettivi diversi da quello tradizionale eterosessuale è stata determinata dall'insorgenza di un conflitto all'interno di una coppia omoaffettiva di donne, provocato dalla rottura della loro relazione, in seguito alla quale la c.d. "genitrice intenzionale" (definita, in alternativa, anche genitrice sociale) aveva inteso sostenere il riconoscimento del suo diritto alla conservazione di un rapporto con la figlia biologica della sua ex compagna (che, invece, glielo aveva impedito).

La vicenda era stata determinata dalla proposizione di un ricorso, ai sensi dell'art. 737 c.p.c., con il quale una donna chiedeva al Tribunale di Palermo che fosse emanato, nell'interesse superiore dei minori, un provvedimento volto a statuire tempi e modalità di frequentazione tra lei e i due bambini, figli dell'ex compagna (avuti dalla stessa a seguito di fecondazione

eterologa praticata all'estero in relazione al soddisfacimento di un progetto di genitorialità comunemente condiviso), con la quale aveva intrattenuto una relazione sentimentale per vari anni. Il Tribunale adito, pur negando la legittimazione attiva della c.d. madre sociale, in adesione alle richieste del P.M. (che era intervenuto in giudizio assumendo in proprio e nell'interesse pubblico le richieste formulate dalla ricorrente), accoglieva il ricorso con apposito decreto, riconoscendo il diritto della richiedente di mantenere rapporti con i minori e individuando, perciò, specificamente le modalità attuative per il suo esercizio in concreto.

A sostegno della decisione adottata, il Tribunale adito – nel ravvisare la fondatezza della domanda della ricorrente – aveva optato per un'interpretazione, costituzionalmente e convenzionalmente orientata, della norma di cui al citato art. 337-ter c.c., volta ad estendere l'ambito applicativo della stessa sino a delineare un concetto allargato di bigenitorialità e di famiglia, ricomprendendo per tale via anche la figura del genitore sociale, ossia di quel soggetto che ha instaurato con il minore un legame familiare *de facto* significativo e duraturo.

Senonché, a seguito della formulazione di reclamo da parte della resistente, la Corte di appello di Palermo rilevava che la questione preliminare e fondamentale da risolvere – per effetto del reclamo incidentale proposto dal Procuratore generale – era quella di stabilire se alla genitrice intenzionale potesse essere riconosciuta, alla stregua della legislazione vigente, la legittimazione ad agire nell'incardinato procedimento, in quanto ex partner della genitrice biologica dei minori, sottolineando sul punto la contraddittorietà del percorso logico seguito dal primo giudice che, pur ritenendo il difetto della legittimazione attiva della stessa Procura generale, aveva poi proseguito nell'esame del merito della domanda della ricorrente, fatta propria dal P.M., intervenuto nel giudizio ai sensi dell'art. 70 c.p.c., che, tuttavia, non sarebbe stato qualificabile come soggetto autonomamente legittimato ad instaurare quel tipo di giudizio (non essendo espressamente previsto dalla legge).

Pertanto, la Corte di appello – pur condividendo pienamente l'individuazione dei parametri costituzionali e convenzionali, operata dal primo giudice, che sanciscono il principio del c.d. *best interest* del minore (quali la Dichiarazione Universale dei diritti del fanciullo del 1959, gli artt. 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea o c.d. Carta di Nizza, l'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione loro attribuita dalla Corte EDU, quali “norme interposte” ai fini della verifica del rispetto dell'art. 117, comma 1, Cost.) – riteneva, contrariamente a quanto stabilito dal Tribunale, che per sostenere il diritto dei minori a mantenere il rapporto instauratosi con l'ex partner della loro genitrice biologica e quindi, di conseguenza, anche per affermare la sussistenza della legittimazione attiva del Procuratore generale, seppure funzionale all'interesse dei minori, non fosse possibile compiere l'operazione ermeneutica effettuata dal primo giudice in relazione all'art. 337-ter c.c., stante il carattere “rigido” di tale disposizione che non si prestava, dunque, ad una differente opzione interpretativa, in considerazione del suo significato non equivoco e non suscettibile di diversa valutazione.

In sostanza, la Corte palermitana non riteneva possibile interpretare la norma prevista dall'art. 337-ter c.c., applicabile nel caso di specie, in senso conforme alla CEDU, a causa dell'univocità del dato testuale, a fronte del quale, fra i soggetti con i quali il minore ha diritto a mantenere un rapporto stabile e significativo, non rientra anche l'ex partner del genitore biologico.

Di conseguenza, ravvisando un contrasto non componibile in via interpretativa, considerava necessario sottoporre la suddetta norma interna a scrutinio di legittimità costituzionale.

A tal proposito la Corte del capoluogo siculo rilevava che la disposizione di cui all'art. 337-ter c.c. (come introdotta dall'art. 55 d.lgs. n. 154 del 2013), in materia di regolamentazione dei rapporti tra genitori e figli, sembrava presentare diversi profili di illegittimità sul piano costituzionale.

In primo luogo, la citata norma violava l'art. 2 Cost. – che ricomprende tra le “formazioni sociali” anche le famiglie di fatto, incluse quelle riguardanti coppie formate da persone dello stesso sesso - sotto il profilo della mancata tutela del rapporto tra il minore e l'ex partner del genitore biologico del minore.

In secondo luogo, la mancata inclusione di quest'ultimo fra i soggetti con i quali il minore ha diritto a mantenere un rapporto stabile e significativo, anche dopo la disgregazione della coppia, appariva in conflitto con l'interesse del minore violando, di conseguenza, gli artt. 2, 30 e 31 Cost., e il parametro interposto di cui all'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Ed invero, la struttura “rigida” della denunciata disposizione normativa, caratterizzata da un automatismo che precludeva al giudice di vagliare l'effettivo preminente interesse del minore (richiamandosi, sul punto, la sentenza della Corte costituzionale n. 31/2012), vanificava i principi di origine internazionale ed europea, ponendosi, altresì, in contrasto con il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e con il diritto del minore ad una famiglia (artt. 2, 30 e 31 Cost.), ed in particolare a mantenere rapporti significativi con l'ex partner del genitore biologico, compresi i casi di famiglie omogenitoriali.

Infine, l'art. 337-ter c.c. si poneva in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., che obbliga il legislatore italiano a rispettare i vincoli giuridici impostigli dal diritto dell'Unione Europea e dagli obblighi internazionali (quali la Convenzione sui diritti del fanciullo adottata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con legge n. 176 del 1991, la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata con Legge n. 77 del 2003, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo o c.d. Carta di Nizza), nonché con l'art. 8 CEDU, quale norma interposta, come viene interpretata in modo costante dalla Corte EDU in materia di riconoscimento del diritto dei genitori e dei figli, nonché di altri soggetti uniti da vincoli familiari di fatto, a mantenere stabili relazioni, anche nell'ipotesi di crisi della coppia, avuto riguardo sempre al preminente interesse del minore.

Per tutti i profili complessivamente esposti, la Corte di Appello di Palermo riteneva necessario – non essendo possibile esperire un'interpretazione adeguatrice della norma in oggetto, stante il significato univoco della stessa – sollevare questione di legittimità costituzionale del citato art. 337-ter c.c., ravvisando la non manifesta infondatezza della stessa – in relazione agli evocati parametri di cui agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, comma primo, Cost. (sub specie in violazione dell'art. 8 CEDU, quale norma interposta), – nella parte in cui la denunciata norma non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore mantenere rapporti significativi con l'ex partner del genitore biologico.

La Corte costituzionale ha esaminato e risolto la complessa questione incidentale di legittimità costituzionale con la **sentenza n. 225 del 2016**¹⁷.

¹⁷ Edita, tra le tante, in *Corr. giur.*, 2017, n. 2, 175 e segg., con nota di G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli “status filiationis”*, e in *Foro it.*, 2017, n. 2, 175 e segg., con nota di G. De Marzo, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'ex compagna della genitrice biologica*.

Con essa venivano ricostruiti, *in primis*, i termini della questione sottoposta al suo scrutinio, sottolineando come l'intervento additivo richiestole dal giudice rimettente al fine di tutelare l'interesse del minore a non vedere interrotto un rapporto affettivo instaurato con l'ex partner del genitore biologico passasse per la via dell'attrazione di tale partner nell'area dei soggetti di cui all'ultima parte del comma 1° del denunciato art. 337-ter c.c. (ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale) che avessero intessuto con lo stesso minore rapporti significativi e non attraverso la parificazione dell'ex partner alla figura del genitore (biologico od adottivo) con il quale il minore – ai sensi della prima parte del medesimo 1° comma dell'art. 337-ter c.c. – aveva diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo, di ricevere cura, educazione, istruzione ed assistenza morale.

Senonché – a fronte della complessa questione prospettata – la Corte ha rilevato che, in effetti, il giudice rimettente aveva trascurato, sul piano ermeneutico-sistematico, di considerare che l'interruzione ingiustificata, da parte di uno o di entrambi i genitori, in contrasto con l'interesse del minore, di un rapporto significativo, da quest'ultimo instaurato e intrattenuto con soggetti che non siano parenti, è riconducibile alla ipotesi di condotta del genitore “comunque pregiudizievole al figlio”, in relazione alla quale l'art. 333 dello stesso codice già consente al giudice di adottare “i provvedimenti convenienti” nel caso concreto. E tanto su ricorso del pubblico ministero (a ciò legittimato dall'art. 336 c.c.), anche su (eventuale) sollecitazione dell'adulto (non parente) coinvolto nel rapporto in questione.

A tal proposito, la Corte ha posto in risalto come si fosse orientato sostanzialmente in questo senso, nella fase di primo grado del giudizio *a quo*, già il Tribunale di Palermo che – nel disporre la frequentazione delle due minori con l'ex compagna della madre biologica – aveva ritenuto a tal fine necessaria una richiesta del pubblico ministero. Pertanto, alla stregua di tanto, non poteva dirsi sussistente il vuoto di tutela dell'interesse del minore presupposto dal giudice rimettente, da cui non avrebbe potuto che derivare la declaratoria di non fondatezza della questione su tal presupposto sollevata.

In sostanza, secondo la Corte, l'interruzione ingiustificata, da parte di uno o di entrambi i genitori, in contrasto con l'interesse del minore, di un rapporto significativo da quest'ultimo instaurato e intrattenuto con soggetti che non siano parenti è, in termini sintetici, ricollegabile alla ipotesi di condotta del genitore “comunque pregiudizievole al figlio”, in relazione alla quale già l'art. 333 c.c. permette al giudice di adottare “i provvedimenti convenienti” nel caso concreto.

In definitiva, la Corte ha dichiarato infondata la questione sottoposta al suo giudizio, giustificando la sua decisione sul presupposto che, nell'ordinamento positivo, non emergerebbe il vuoto di tutela presupposto dal giudice rimettente, esistendo (e potendo, perciò, applicarsi, nella sussistenza dei relativi presupposti) già la norma di cui all'art. 333 c.c., la quale consente al giudice di adottare i “provvedimenti convenienti” nell'interesse dei figli minori del genitore qualora egli incorra nella consumazione di una condotta per loro pregiudizievole, quale potrebbe configurarsi quella di non permettere – ove, in concreto, risulti contraria al preminente interesse dei minori stessi – la prosecuzione della relazione affettiva (precedentemente consolidatasi) con l'ex partner omosessuale del medesimo genitore biologico, individuandone le concrete modalità di esercizio.

8. La posizione della Corte sul divieto della c.d. maternità surrogata (sentenza n. 272 del 2017)

Nel prosieguo del successivo sviluppo della sua giurisprudenza la Corte è poi ritornata ad occuparsi di tematiche più strettamente attinenti al profilo biologico dipendente dalla sottoposizione ai trattamenti di PMA, con particolare riferimento alla problematica emergente relativa alla messa in discussione del divieto di maternità surrogata.

La legittimità della previsione di tale divieto ha trovato conferma nella **sentenza n. 272 del 2017**¹⁸.

La concreta vicenda che poi aveva determinato l'emanazione della citata sentenza costituzionale aveva avuto origine in un procedimento di impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità nel corso del quale la Corte di appello di Milano, con ordinanza del 25 luglio 2016, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della CEDU.

Nello specifico, la predetta disposizione normativa veniva censurata nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita. In sostanza, mediante il sollecitato intervento, il giudice *a quo* aveva inteso denunciare l'irragionevolezza di un automatismo decisorio basato sulla sola esigenza di verità dello *status*, che avrebbe impedito di tenere conto degli altri interessi in gioco, pur considerandosi che il giudizio in corso dinanzi al rimettente aveva per oggetto l'accertamento dell'inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità realizzata all'estero. Tuttavia, con la sollevata questione incidentale, non si voleva porre in discussione la legittimità del divieto di tale pratica, previsto dall'art. 12, sesto comma, della legge n. 40 del 2004, e nemmeno la sua assolutezza, così come doveva ritenersi estraneo alla questione di legittimità costituzionale l'aspetto relativo ai limiti alla trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati all'estero.

Con la sentenza in esame la Corte ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata rispetto a tutti i parametri indicati, con riferimento alla norma che regola l'impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità, ritenendo che in detta fattispecie non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, con la conseguenza che i due valori (verità ed interesse del minore) devono essere bilanciati mediante un adeguato giudizio comparativo.

Da ciò la Corte ne ha fatto discendere che la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi deve tenere conto di variabili come la durata del rapporto instauratosi col minore e quindi la condizione identitaria già da esso acquisita, le modalità del concepimento e della gestazione, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame

¹⁸ Per un commento ragionato sulla sentenza v., *ex multis*, E. Olivito, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 2.

giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, qual è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore un'adeguata tutela.

In senso decisivo la Corte ha, poi, sottolineato come debba considerarsi ricadente in tale valutazione comparativa anche la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata dalla richiamata apposita disposizione penale.

In altri termini, la Corte ha voluto puntualizzare che, pur essendo indubbio il riconoscimento di un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione, rimane comunque da escludere che l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento.

Con riferimento alla sua stessa giurisprudenza la Corte costituzionale ha dato atto come già in passato sia stata affermata l'immanenza dell'interesse del minore nell'ambito delle azioni volte alla rimozione del suo *status filiationis*, essendo stato riconosciuto che la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'identità personale del minore, la quale concorre, insieme ad altre componenti, a definirne il contenuto, e non avendo affatto negato la possibilità di valutare l'interesse del minore nell'ambito delle azioni demolitorie del rapporto di filiazione. Ed infatti, nell'evoluzione normativa e ordinamentale del concetto di famiglia, a conferma del rilievo giuridico della genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica, è stato sancito dalla Corte anche che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa.

La Corte costituzionale non ha mancato, inoltre, di evidenziare come l'esigenza di operare un'adeguata comparazione degli interessi in gioco, alla luce della concreta situazione dei soggetti coinvolti e, in particolare, del minore, fosse stata recentemente recepita anche dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (soprattutto con le pronunce n. 13638 del 2013, n. 26767 del 2016 e 8617 del 2017), con riferimento all'azione di disconoscimento della paternità, essendo stato escluso che il *favor veritatis* costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi comunque, atteso che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale. Del resto, lo stesso art. 30, nel disporre, al quarto comma, che la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità, ha inteso demandare al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, così affidandogli anche la valutazione in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del figlio.

In definitiva, con la sentenza n. 272 del 2017, la Corte ha dichiarato non fondata la questione precedentemente riportata, sostenendo che, alla stregua dell'ordinamento sia interno che internazionale, della giurisprudenza costituzionale e di quella di legittimità, va riconosciuta l'immanenza dell'interesse del minore nell'ambito delle azioni volte alla rimozione del suo *status filiationis*, dovendo quindi escludersi che in esse l'esigenza di verità della filiazione prevalga in modo automatico e impedisca di valutare l'interesse concreto del minore (incluso quello alla stabilità dello status acquisito). A ciò aggiungasi che, anche quando (come era accaduto proprio nel caso oggetto del *giudizio a quo*), la procreazione sia avvenuta mediante surrogazione di maternità realizzata all'estero, non sussiste ragione perché il giudice chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione del riconoscimento del figlio - fatta salva quella proposta da

quest'ultimo – non debba valutare se l'interesse a far valere la verità biologica prevalga sull'interesse del minore; se detta azione sia davvero idonea a realizzarlo; e se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica e imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità.

Pertanto, al cospetto dell'emergenza di tutti questi valori, il bilanciamento dell'esigenza di verità della filiazione con l'interesse del minore, non comportando la cancellazione automatica né dell'una né dell'altro, richiede un giudizio comparativo tra variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso, dovendo il giudice considerare – oltre alla durata del rapporto con il minore e alla condizione identitaria già da lui acquisita – da un lato, le modalità del concepimento e della gestazione e, d'altro lato, la possibilità, mediante l'adozione in casi particolari, di costituire con il genitore contestato un legame giuridico che garantisca al minore un'adeguata tutela. Naturalmente, nell'ambito di tale valutazione comparativa, non prevedendo la legge un'apposita disciplina, rientra necessariamente l'elevato disvalore che l'ordinamento italiano riconnette a pratiche vietate dalla legge penale, quale è la surrogazione di maternità, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane. In sintesi e sul piano più generale, la Corte ha, con tale pronuncia, inteso evidenziare che, pur dovendosi riconoscere un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione, l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento, né l'attuale quadro normativo e ordinamentale, sia interno che internazionale, impone, nelle azioni volte alla rimozione dello *status filiationis*, l'assoluta prevalenza di detto accertamento su tutti gli altri interessi coinvolti, risultando invece trasparente la necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento della verità e interesse concreto del minore (incluso quello alla stabilità dello *status* acquisito) in tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale. A tal proposito esistono casi nei quali la valutazione comparativa tra l'esigenza di verità della filiazione e l'interesse del minore è fatta direttamente dal legislatore, talvolta privilegiando l'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis* già acquisito (come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa), talaltra imponendo, all'opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata, precisandosi che, comunque, l'interesse del minore non è per questo cancellato.

9. La posizione assunta sul divieto di accesso alle tecniche di PMA per le coppie composte da soggetti dello stesso sesso e l'ostatività al riconoscimento degli effetti civili della genitorialità di tali coppie nell'ordinamento interno (sentenze n. 221 del 2019, n. 237 del 2019, n. 230 del 2020 e ordinanza n. 271 del 2020)

Il biennio 2019-2020 è stato il più denso dell'attività giurisprudenziale della Corte con riferimento all'esame e alla correlata risoluzione delle questioni riguardanti il prospettato accesso delle coppie omosessuali alla PMA e il connesso problema della riconoscibilità nell'ordinamento nazionale dell'efficacia dello *status* di figli nati all'estero mediante il ricorso a pratiche surrogatorie.

9.1. Procedendo in ordine cronologico progressivo la Corte ha emanato una prima sentenza – la n. **221 del 2019** – con la quale ha avuto modo di cimentarsi con la delicata questione attinente alla verifica della legittimità del divieto delle coppie omosessuali di potersi avvalere delle tecniche di PMA¹⁹.

Con la citata sentenza la Corte ha risposto in senso negativo, dichiarando, in riferimento agli artt. 2, 3, 31, 32, 11 e 117, primo comma, Cost., questi ultimi in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, del Patto internazionale sui diritti civili e politici e 5, 6, 22, 23 e 25 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12 della legge n. 40 del 2004 (sollevate da due diversi giudici di merito), nella parte in cui escludono l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) per le coppie formate da due donne e sanzionano, di riflesso, chiunque applichi tali tecniche a coppie composte da soggetti dello stesso sesso, poiché l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive.

Pertanto, l'esclusione della PMA per le coppie formate da due donne non è idonea a determinare alcuna discriminazione contraria ai richiamati principi costituzionali evocati nelle ordinanze di rimessione.

Per pervenire a questa soluzione la Corte ha compiuto preventivamente una premessa di ordine generale sull'assetto normativo relativo alla PMA (anche per effetto dei suoi precedenti interventi), ha, poi, evidenziato i profili distintivi rispetto all'istituto dell'adozione e ha, quindi, spiegato la "non irragionevolezza" della scelta del legislatore di riservare alle sole coppie eterosessuali il diritto a far ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Si è, perciò, in primo luogo sottolineato che la possibilità, consentita dai sopravvenuti progressi scientifici e tecnologici, di una scissione tra atto sessuale e procreazione, mediata dall'intervento del medico, ha posto il tema di fondo se sia configurabile - e in quali limiti - un "diritto a procreare" (ovvero "alla genitorialità"), includente non solo l'*an* e il quando, ma anche il *quomodo*, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale, e se il desiderio o la legittima aspettativa di avere un figlio mediante l'utilizzo delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre o se, invece, sia giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate e ciò risulta in particolar modo rilevante in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato.

La Corte chiarisce subito che la disciplina contemplata, in proposito, dalla legge n. 40 del 2004, è ispirata a criteri indubbiamente di carattere restrittivo, riflettendo, essenzialmente, due idee di fondo.

La prima che viene in rilievo è – secondo la Corte – quella che afferisce alla funzione delle tecniche considerate, la cui utilizzazione è univocamente presupposta dalla legge in discorso come rimedio alla sterilità o infertilità umana riconducibile ad una causa patologica, non rimuovibile, così dovendosi intendere chiaramente da escludere che la procreazione medicalmente assistita possa rappresentare una modalità di realizzazione del "desiderio di

¹⁹ Per un commento alla sentenza v., ad es., tra i tanti, M. Picchi, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali (Rassegna)*, 2020, n. 2,143 e segg.

genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati.

La seconda direttrice di fondo attiene – ad avviso della Corte – alla struttura del nucleo familiare scaturente dalle tecniche in questione, prevedendosi, a tal proposito, nella legge in discorso una serie di limitazioni di ordine soggettivo all’accesso alla PMA, alla cui radice si colloca l’evidente intento del legislatore di garantire che il suddetto nucleo riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre.

Pertanto, osserva la Corte nella sentenza in esame, le tecniche di procreazione medicalmente assistita, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, hanno dato ingresso a scenari del tutto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali era stata inequivocamente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, di conseguenza, delicati interrogativi di ordine etico.

La Corte, quindi, incentra la sua attenzione sul rapporto e sulla differenza essenziale intercorrenti tra l’adozione e la procreazione medicalmente assistita. La prima presuppone l’esistenza in vita dell’adottando: quindi essa non è, in linea principale, funzionale a dare un figlio a una coppia, ma persegue, in modo certamente preponderante, lo scopo di dare una famiglia al minore che ne è privo. Nel caso dell’adozione, dunque, il minore è già nato ed emerge come specialmente meritevole di tutela – così nella circoscritta ipotesi di adozione non legittimante ritenuta applicabile alla coppia omosessuale – l’interesse del minore stesso a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate: interesse che – in base al corrente indirizzo giurisprudenziale – va verificato in concreto (così come, del resto, per l’affidamento del minore nato da una precedente relazione eterosessuale).

Alla PMA, invece, si ricorre per avere un figlio non ancora venuto ad esistenza voluto da una coppia (o da un singolo), realizzandone le aspirazioni genitoriali. E, quindi, poiché si tratta di proteggere un soggetto che ancora deve nascere, la Corte ritiene ragionevole che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni “di partenza”. La Corte, poi, riafferma il principio (ormai consolidato nella sua giurisprudenza) secondo cui la nozione di formazione sociale, nel cui ambito l’art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, deve intendersi riferita a ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. Pur rientrando in essa anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone del medesimo sesso, tuttavia una famiglia formata da due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile, deve ancora considerarsi, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato, con la conseguenza che tale scelta non può essere ritenuta di per sé arbitraria o irrazionale e, dunque, lesiva del diritto alla procreazione costituzionalmente garantito.

L’adesione alla opposta soluzione implicante l’ammissione alla PMA delle coppie omosessuali esigerebbe la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le richiamate idee guida sottese al sistema delineato dalla legge n. 40 del 2004, con potenziali effetti di ricaduta sull’intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive, oltre che con interrogativi particolarmente delicati quanto alla sorte delle

coppie omosessuali maschili, la cui omologazione alle femminili, in punto di diritto alla genitorialità, richiederebbe, che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata.

L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne – ad avviso della Corte – non è fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale – come rilevato anche dalla Corte EDU, in correlazione con le disposizioni convenzionali evocate dai rimettenti – dal momento che l'infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive, così come non lo è l'infertilità “fisiologica” della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata, trattandosi di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti.

Inoltre, è da escludersi la violazione dell'art. 31, secondo comma, Cost., il quale riguarda la maternità e non l'aspirazione a diventare genitore. Le disposizioni censurate nemmeno producono un'ingiustificata disparità di trattamento in base alle capacità economiche: in assenza di altre lesioni di valori o principi costituzionali, il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero – in Stati ove le pratiche di PMA sono consentite alle coppie omosessuali – non può assurgere al rango di una valida ragione per ritenere sussistente un'ingiustificata disparità di trattamento.

Altrettanto insussistente deve considerarsi la supposta violazione del diritto alla salute, in quanto la sua tutela costituzionale non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale, sull'assunto che l'impossibilità di formare una famiglia con figli assieme al partner possa incidere negativamente sulla salute psicofisica della coppia.

Con la sentenza n. 221 del 2019 la Corte ha, infine, escluso anche la dedotta violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione a tutte le disposizioni sovranazionali evocate. In particolare, con riferimento al prospettato contrasto con gli artt. 8 e 14 CEDU (in tema di diritto al rispetto della vita privata e familiare e di divieto di discriminazione), si è osservato come non sia discutibile che, a partire dalla sentenza 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria, la giurisprudenza della CEDU è divenuta costante nell'affermare che alla coppia omosessuale compete il diritto al rispetto della vita, non solo privata, ma anche familiare, al pari della coppia di sesso opposto che si trovi nella stessa situazione, con la conseguenza che essa costituisce una “famiglia”, anche agli effetti del divieto di discriminazione, pur rimanendo affidate all'apprezzamento dei singoli Stati le modalità della sua tutela, che non deve necessariamente aver luogo tramite l'estensione dell'istituto del matrimonio (sent. 14 dicembre 2017, Orlandi e altri c. Italia; 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia).

Nella sentenza in esame non viene nemmeno messo in discussione come la Corte di Strasburgo abbia pure affermato, per altro verso, che il concetto di “vita privata”, di cui all'art. 8 CEDU, comprende il diritto all'autodeterminazione e, dunque, anche il diritto al rispetto della decisione di diventare genitore e su come diventarlo (in modo naturale, tramite fecondazione assistita, mediante procedura di adozione o in altri modi), donde la scelta di ricorrere alla PMA ricade nel relativo ambito di tutela, con la conseguenza che le ingerenze in essa da parte della pubblica autorità debbono rispondere alle finalità indicate dal paragrafo 2 dello stesso art. 8 e risultare proporzionate allo scopo (sent. 16 gennaio 2018, Nedescu c. Romania; Grande Camera, 27

agosto 2015, Parrillo c. Italia; 2 ottobre 2012, Knecht c. Romania; 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia; Grande Camera, 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria).

Tuttavia, si rileva infine nella sentenza n. 221 del 2019, è stata la stessa Corte di Strasburgo ad escludere che una legge nazionale che riservi la PMA a coppie eterosessuali sterili, assegnandole una finalità terapeutica, possa dar luogo a una disparità di trattamento, rilevante agli effetti degli artt. 8 e 14 CEDU, nei confronti delle coppie omosessuali, stante la non equiparabilità delle rispettive situazioni (sent. 15 marzo 2012, Gas e Dubois c. Francia).

9.2. Con la successiva sentenza n. **237 del 2019** la Corte ha affrontato una problematica, collegata a quella di cui alla decisione appena esaminata ma sul piano del profilo attinente alla prospettata riconoscibilità degli effetti civili (nel senso dell'ottenimento della trascrizione anagrafica del relativo *status*) di una filiazione riferibile ad una coppia omosessuale femminile. Con questa pronuncia²⁰ la Corte non è entrata nel merito della problematica rimessale ma ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale – sollevata dal Tribunale di Pisa in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 3 e 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo – della «norma che si desume» dagli artt. 250 e 449 c.c.; 29, comma 2, e 44, comma 1, del d.P.R. n. 396 del 2000; 5 e 8 della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consente di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile in base all'art. 33 della legge n. 218 del 1995.

A sostegno della ritenuta inammissibilità della questione la Corte ha posto in evidenza che il giudice *a quo* non aveva chiarito se la “norma desunta”, della quale auspicava la caducazione, fosse: a) la stessa norma interna sulla eterogenitorialità, di cui egli presupponeva la necessaria applicabilità in sede di formazione (ma non anche, peraltro, di trascrizione) dell'atto di nascita di un minore cittadino straniero; ovvero (b) una norma sulla “azione amministrativa”, regolatrice dell'attività dell'ufficiale di stato civile, che gli impedirebbe di formare l'atto di nascita di un minore straniero in cui si riconosca al medesimo uno *status* previsto dalla sua legge nazionale, ma non da quella italiana. Né – aggiunge la Corte – il giudice rimettente aveva preso in esame le disposizioni, maggiormente attinenti al tema dell'incidente di costituzionalità, con le quali il legislatore ha individuato le norme di applicazione necessaria nella specifica materia della filiazione.

Malgrado l'esito di inammissibilità della questione, la sentenza contiene alcuni passaggi, di carattere incidentale, meritevoli di essere valorizzati.

In particolare, la Corte ha preso una chiara posizione nel ritenere che, pur essendo vero che la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA è legata anche al “consenso” prestato, e alla “responsabilità” conseguentemente assunta, da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa (come si desume sia dall'art. 8 della legge n. 40 del 2004 – per cui, appunto, i nati a seguito di un percorso di fecondazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che questo percorso ha avviato – sia dal successivo art. 9 della stessa legge che, con riguardo alla

²⁰ Edita, tra le tante, in *Famiglia e diritto*, 2020, n. 4, 325 e segg., con nota di M. Sesta, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri*.

fecondazione di tipo eterologo, coerentemente stabilisce che il coniuge o il convivente della madre naturale, pur in assenza di un suo apporto biologico, non possa, comunque, poi esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità), nondimeno, è comunque necessario che quelle coinvolte nel progetto di genitorialità così condiviso siano coppie di sesso diverso. Per quanto espressamente disposto dall'art. 5 della predetta legge n. 40 del 2004, le coppie dello stesso sesso non possono accedere alle tecniche di PMA, norma ritenuta costituzionalmente legittima.

Inoltre – sottolinea incisivamente la Corte – ad opposte conclusioni neppure può condurre la successiva legge 20 maggio 2016, n. 76 (recante “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”), che – pur riconoscendo la dignità sociale e giuridica delle coppie formate da persone dello stesso sesso – non consente, comunque, la filiazione, sia adottiva che per fecondazione assistita, in loro favore. Dal rinvio che il comma 20 dell'art. 1 di detta legge opera alle disposizioni sul matrimonio (cosiddetta clausola di salvaguardia) restano, infatti, escluse, perché non richiamate, quelle, appunto, che regolano la paternità, la maternità e l'adozione legittimante.

Ne discende, ad avviso della Corte, la conclusione secondo cui, allo stato, nel nostro ordinamento interno, è escluso che genitori di un figlio possano essere due persone dello stesso sesso.

9.3. Con la più recente sentenza n. **127 del 2020** la Corte ha dichiarato la non fondatezza, in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., della questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., nella parte in cui – secondo il giudice rimettente – non esclude la legittimazione ad impugnare il riconoscimento del figlio da parte di chi lo abbia effettuato nella consapevolezza della sua non veridicità, poiché, per un verso, non è possibile fondare la valutazione di irragionevolezza sulla disparità di trattamento con la disciplina eterogenea del divieto di disconoscimento nel caso di consenso prestato alla fecondazione assistita eterologa e, per altro verso, è comunque rimessa ad una valutazione del caso concreto se all'esperimento di tale azione sia sotteso uno specifico interesse alla prevalenza del *favor veritatis* sul *favor filiationis*.

Secondo il ragionamento operato dal giudice *a quo*, la disposizione censurata violava, in primo luogo, l'art. 3 Cost., per l'assunta irragionevole disparità di trattamento tra chi abbia consapevolmente effettuato il riconoscimento non veridico e chi abbia prestato il consenso alla fecondazione assistita eterologa: mentre, nella prima ipotesi, l'art. 263 c.c. consente all'autore del riconoscimento di proporre l'impugnazione per difetto di veridicità, l'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004 preclude tale impugnazione a chi abbia prestato consenso al concepimento mediante fecondazione medicalmente assistita.

L'irragionevolezza della disposizione censurata sarebbe, altresì, consistita nel permettere a chi abbia consapevolmente scelto di instaurare un rapporto di filiazione, di sacrificare l'interesse del soggetto riconosciuto come figlio, sulla base di una personale riconsiderazione dei propri interessi, adducendo quale causa quella di cui fin dal principio egli era perfettamente consapevole, ossia la non veridicità del riconoscimento medesimo.

La citata disposizione denunciata avrebbe – secondo il rimettente – prodotto anche la lesione dell'art. 2 Cost., per l'asserita violazione dei principi di responsabilità individuale, di solidarietà sociale e di tutela dell'identità personale del figlio.

Nel rispondere alla questione sollevata, la Corte, a supporto dell'adottata decisione, ha, in particolare, osservato che, nel caso del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, il divieto di impugnare il riconoscimento è riferito a particolari situazioni, specificamente qualificate dal legislatore, e riveste carattere eccezionale. Esso è, infatti, diretto a sottrarre il destino giuridico del figlio ai mutamenti di una volontà che, in alcuni casi particolari e a certe condizioni, tassativamente previste, rileva ai fini del suo concepimento. Ed è per questa stessa ragione che la legge speciale nega – sempre a titolo di eccezione – il diritto di anonimato della madre ai sensi dell'art. 9, comma 2, della legge n. 40 del 2004.

Trattasi, dunque, evidenzia la Corte, di deroghe rispetto al regime generale della filiazione e il carattere eccezionale si accentua nell'ambito di una disciplina che connette effetti giuridicamente rilevanti a tecniche altrimenti espressamente vietate.

Inoltre, la Corte ha rilevato che, nello stesso tempo, non possono essere equiparate la volontà di generare con materiale biologico altrui e la volontà di riconoscere un figlio altrui: nel primo caso, infatti, la volontà porta alla nascita una persona che altrimenti non sarebbe nata; nel secondo caso, la volontà del dichiarante si esprime, invero, rispetto a una persona già nata. Pertanto, anche la condizione giuridica del soggetto riconosciuto risulta diversa: mentre per la persona nata attraverso procreazione medicalmente assistita eterologa un eventuale accertamento negativo della paternità non potrebbe rappresentare la premessa di un successivo accertamento positivo della paternità biologica, stante l'anonimato del donatore di gameti e l'esclusione di qualsiasi relazione giuridica parentale con quest'ultimo in virtù dell'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004; al contrario, nel caso del falso riconoscimento esiste un genitore "biologico", la cui responsabilità viene in rilievo. D'altra parte, ha aggiunto la Corte, il divieto di impugnazione del riconoscimento, previsto dall'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004, si rivolge a un contesto in cui operano alcune garanzie associate alla figura e all'intervento del medico. Viceversa, la fattispecie del riconoscimento per compiacenza è destinata a realizzarsi in situazioni "opache" (ovvero non del tutto trasparenti), al di fuori del circuito e controllo medico-sanitario previsto dalla legge speciale, a cui potrebbe farsi ricorso, in ipotesi, anche per evitare di applicare la disciplina dell'adozione, come risultante dalla previsione di cui all'art. 74 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), che contempla, infatti, l'attivazione di poteri ufficiosi di segnalazione, accertamento e di impugnazione, ove ricorrano indici del carattere fraudolento del riconoscimento.

In conclusione, ad avviso della Corte, dal divieto di disconoscimento della paternità per il coniuge o il convivente che abbia prestato il proprio consenso non può evincersi un principio generale in base al quale, ai fini dell'instaurazione del rapporto di filiazione, è sufficiente il solo elemento volontaristico o intenzionale, rappresentato dal consenso prestato alla procreazione, ovvero dall'adesione a un comune progetto genitoriale. Si aggiunge, infine, che, se è pur vero che lo sviluppo scientifico ha reso possibili forme di procreazione svincolate dal legame genetico e che l'ordinamento vi si è adattato, in ogni caso, la disciplina del rapporto di filiazione rimane tuttora strettamente connessa all'esistenza di un rapporto biologico tra il nato ed i genitori.

9.4. Nella prosecuzione del tragitto della giurisprudenziale costituzionale in materia **nell'arco del 2020** viene in rilievo la **sentenza n. 230**, con la quale la Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016,

n. 76 e dell'art. 29, comma 2, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, nella parte in cui escludono che la madre intenzionale possa essere riconosciuta come genitrice del bambino – nato in Italia – a seguito di un progetto di fecondazione assistita perfezionato all'estero, nell'ambito di una coppia omogenitoriale femminile unita civilmente, poiché una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la madre intenzionale, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attengono al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore.

Con questa importante pronuncia la Corte ha affermato chiaramente che il riconoscimento della filiazione verso due madri spetta al legislatore.

Secondo il giudice rimettente, il combinato disposto delle due denunciate norme si sarebbe posto in contrasto con: 1) l'art. 2 Cost., poiché l'inapplicabilità delle regole sulla genitorialità intenzionale alle coppie di donne unite civilmente non avrebbe realizzato il diritto fondamentale alla genitorialità dell'individuo, sia come soggetto singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità; 2) l'art. 3, commi 1 e 2, Cost., per la disparità di trattamento, che ne sarebbe conseguita, basata sull'orientamento sessuale e sul reddito, in quanto sarebbe stato privilegiato colui che dispone dei mezzi economici non solo per concepire, ma anche per far nascere il figlio all'estero e richiedere, con ormai sicuro successo, la trascrizione in Italia dell'atto di nascita straniero e, per altro verso, sarebbe stato discriminato il nato, sul piano della sua tutela sia morale che materiale, in considerazione delle caratteristiche della relazione tra i genitori ed in particolare ove questa fosse stata omosessuale; 3) l'art. 30 Cost., poiché sia per gli adulti, sia per il nato l'attuale impossibilità di indicare due madri unite civilmente nell'atto di nascita formato in Italia non avrebbe rispettato il principio di tutela della filiazione, mentre una concezione progressista di tale principio avrebbe dovuto indurre ad affrancarne la realizzazione dalla tradizionale dimensione naturalistico-fattuale, tutelando detta filiazione come diritto pretensivo che, ove il progresso scientifico la consenta, non avrebbe potuto essere escluso o limitato, se non in funzione di interessi considerati dal legislatore pari-ordinati; 4) l'art. 117 primo comma, Cost., in relazione all'art. 24, paragrafo 3, della Carta di Nizza, agli artt. 8 e 14 CEDU e, in particolare, all'art. 2 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, da cui sarebbe stato possibile desumere un principio internazionale definitivamente acquisito, quello per cui il matrimonio non costituisce più il *discrimen* nei rapporti tra genitori e figli, né per gli uni che avrebbero visto riconosciuto il diritto non solo a formarsi una famiglia, ma altresì a diventare genitori, anche oltre i limiti imposti dalla natura (sterilità, identità di sesso dei partner) e comunque per effetto di una manifestazione di volontà svincolata dal dato biologico; né per gli altri, che avrebbero dovuto godere della medesima tutela indipendentemente dalla forma del legame tra coloro che ne assumono la genitorialità.

Ribadendo l'indirizzo giurisprudenziale delineato dalla precedente pronunce, la Corte ha, ancora una volta, statuito che, pur essendo innegabile che la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita è legata anche al consenso prestato, e alla responsabilità conseguentemente assunta, da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa, è necessario che quelle coinvolte nel progetto di genitorialità così condiviso siano coppie di sesso diverso, atteso che le coppie dello stesso sesso non possono accedere, in Italia, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. E in questa prospettiva, ha aggiunto la Corte, l'esclusione dalla fecondazione assistita delle coppie formate

da due donne non è fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Infatti, una legge nazionale che riservi il ricorso all'inseminazione artificiale a coppie eterosessuali sterili, attribuendole una finalità terapeutica, non può essere considerata fonte di una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, proprio perché la situazione delle seconde non è paragonabile a quella delle prime. In altri termini, la Corte ha stabilito che il riconoscimento del diritto ad essere genitori di entrambe le donne unite civilmente non costituisce un obiettivo raggiungibile attraverso il sindacato di costituzionalità della disposizione di segno opposto, recata dalla legge n. 76 del 2016 e dal collegato d.P.R. n. 396 del 2000. Esso è, viceversa, perseguibile per via normativa, implicando una scelta di notevole impatto che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non può considerarsi costituzionalmente imposta. Essa, quindi, attiene propriamente all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale.

La Corte non ha, poi, mancato di rilevare, avuto riguardo al connesso e parallelo profilo concernente il *vulnus* asseritamente arrecabile all'interesse del minore, che la giurisprudenza della Corte di cassazione (quale espressione di "diritto vivente") ha già preso in considerazione l'interesse in questione, ammettendo l'adozione c.d. non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), della legge 4 maggio 1983, n. 184. In quest'ottica, quindi, rimane escluso che una valutazione negativa circa la sussistenza del requisito dell'interesse del minore possa fondarsi esclusivamente sull'orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner, non incidendo l'orientamento sessuale della coppia sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale. Pertanto, conclude la Corte, una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la madre intenzionale, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, pur essendo possibile, è da ritenere che le forme per attuarla attengono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore.

9.5. Con la recente **ordinanza n. 271 del 2020** la Corte ha dichiarato l'inammissibilità, per carenza di un interesse qualificato e diretto, dell'intervento della madre gestazionale nel giudizio costituzionale in via incidentale vertente sulla questione relativa all'illegittimità del combinato disposto delle norme che, secondo il diritto vivente, impediscono l'inserimento, nell'atto di stato civile italiano di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata"), del genitore d'intenzione non biologico.

La citata ordinanza – di natura interlocutoria, siccome riguardante la decisione preventiva sull'ammissibilità o meno di un terzo a partecipare al giudizio di legittimità costituzionale – è stata adottata dalla Corte con riferimento alla questione incidentale sollevata dalla Corte di cassazione (con **ordinanza del 29 aprile 2020, n. 8325**), degli artt. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, 64, comma 1, lett. g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 e 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 - in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - nella

parte in cui le disposizioni censurate non consentirebbero, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti denominata "maternità surrogata") del genitore d'intenzione non biologico.

La Corte, riservandosi di decidere successivamente sul merito della questione (v. *infra* paragrafo 11), ha ritenuto inammissibile l'intervento nel conseguente giudizio costituzionale della madre gestazionale per carenza di un suo interesse qualificato e diretto, rilevando l'insussistenza della titolarità di un suo interesse qualificato ai sensi dell'art. 4, comma 7, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

Ha osservato la Corte che, nel caso di specie, non risultava che la madre gestazionale fosse stata mai designata come genitore del minore, né nell'atto di nascita formato dall'autorità estera (quella canadese, nello specifico) né nei registri di stato civile italiani.

La declaratoria di inammissibilità, infine, è stata rafforzata dalla Corte sulla base dell'ulteriore argomento che l'interveniente si era limitata a prospettare il mero rischio di essere in futuro considerata titolare di diritti e doveri nei confronti del minore in termini di alimenti, mantenimento e successioni, non trascurandosi anche la decisiva circostanza che nel giudizio *a quo*, pendente innanzi alla Corte di cassazione e relativo al riconoscimento, in Italia, dell'efficacia del provvedimento straniero, concerneva unicamente la posizione giuridica del padre biologico e del padre d'intenzione, nei confronti del minore, cosicché l'esito del giudizio costituzionale non sarebbe stato idoneo a produrre effetti giuridici diretti e immediati nella sfera della madre gestazionale.

Per la risoluzione della questione incidentale nel merito la Corte differiva la trattazione ad un'udienza successiva, celebrata in data 28 gennaio 2021 e decisa con la **sentenza n. 33 del 9 marzo 2021** (v. *infra* paragrafo 11).

10. Il panorama essenziale della giurisprudenza di legittimità in tema di PMA tra pronunce dipendenti e convergenti rispetto alla giurisprudenza costituzionale e decisioni innovative

Naturalmente anche la giurisprudenza della Corte di cassazione ha svolto un importante ruolo propulsivo, orientativo e determinante (in alcuni casi) nell'applicazione e nell'interpretazione della legislazione in tema di procreazione medicalmente assistita, che è stata tenuta presente e valorizzata dalla stessa giurisprudenza costituzionale nel suo percorso evolutivo, siccome costituente "diritto vivente" destinato all'assolvimento della funzione nomofilattica che è propria del giudice di legittimità.

Volendo limitare la rassegna della giurisprudenza della Cassazione agli interventi maggiormente rilevanti e più recenti sulla tematica qui in esame, si può cominciare a prendere in considerazione la **sentenza n. 24001 del 2014**, con la quale la Corte di legittimità ha affrontato in modo frontale la questione sull'inammissibilità del riconoscimento delle pratiche di "maternità surrogata" nell'ordinamento nazionale.

In particolare, con questa pronuncia, la Corte di cassazione ebbe nettamente a stabilire che l'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, nel sancire l'esplicito divieto, rafforzato da sanzione penale, della surrogazione di maternità, ha inteso fissare il principio per cui tale attività va

ritenuta contraria all'ordine pubblico interno, in ragione della tutela costituzionalmente garantita alla dignità umana della gestante, e tenuto conto che, nel superiore interesse del minore, l'ordinamento giuridico affida la realizzazione di un progetto di genitorialità privo di legame biologico con il nato solo all'istituto dell'adozione – che gode delle garanzie del procedimento giurisdizionale – e non al mero accordo fra le parti (nel caso specifico, pertanto, fu confermata la decisione di merito, con la quale era stato dichiarato lo stato di adottabilità di un minore, generato da una donna ucraina su commissione di una coppia italiana, tanto più che il contratto di surrogazione di maternità era nullo anche secondo la legge ucraina per l'assenza di un legame biologico del nato anche con il padre).

L'impianto motivazionale fu fondato sull'argomentazione di fondo, alla stregua della quale il minore si trova in stato di abbandono ed è, pertanto, adottabile in quanto mancano genitori che si prendano cura di lui; tali, tuttavia, non potevano essere considerati i ricorrenti, che non vantavano nei confronti del bambino alcun titolo dello stato, non potendo soccorrere allo scopo il “certificato” di nascita estero (ucraino nella fattispecie), siccome inefficace per l'ordinamento italiano perché al riconoscimento dei suoi effetti *ex art. 65 della legge n. 218 del 1995* ostava la contrarietà del medesimo all'ordine pubblico, essendo la surrogazione di maternità a seguito della quale lo stesso era stato formato contraria all'ordine pubblico.

In sintesi, con detta sentenza si ebbero ad affermare i seguenti principi: la surrogazione di maternità è contraria all'ordine pubblico; quindi, il “certificato” di nascita che accerta una genitorialità dei committenti all'esito di tale pratica è privo di effetti; di conseguenza, i sedicenti genitori non sono tali per l'ordinamento italiano; pertanto, il minore è da ritenersi in stato di abbandono e deve essere dichiarato adottabile.

Con la rilevante sentenza **n. 12962 del 2016** la Corte di cassazione, sempre sul piano della problematicità della disciplina in tema di adozione in correlazione però all'orientamento sessuale degli aspiranti ad ottenerla (e alla possibilità o meno che la richieda un “single”), ha poi statuito che, con riferimento in particolare al tema dell'adozione in casi particolari, l'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 183 del 1994, integra una clausola di chiusura del sistema, intesa a consentire l'adozione tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando, come elemento caratterizzante del concreto interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendono cura, con l'unica previsione della “*condicio legis*” della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», che va intesa, in coerenza con lo stato dell'evoluzione del sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica ed adottiva, come impossibilità “di diritto” di procedere all'affidamento preadottivo e non di impossibilità “di fatto”, derivante da una situazione di abbandono (o di semi-abbandono) del minore in senso tecnico-giuridico. Aggiunge il giudice di legittimità che, inoltre, la mancata specificazione di requisiti soggettivi di adottante ed adottando implica che l'accesso a tale forma di adozione non legittimante è consentito alle persone singole ed alle coppie di fatto, senza che l'esame delle condizioni e dei requisiti imposti dalla legge, sia in astratto (l'impossibilità dell'affidamento preadottivo) che in concreto (l'indagine sull'interesse del minore), possa svolgersi dando rilievo, anche indirettamente, all'orientamento sessuale del richiedente ed alla conseguente relazione da questo stabilita con il proprio “partner”.

Lo scopo, pertanto, dell'istituto di cui al citato art. 44, 1° comma, lett. d), della legge n. 184 del 1983 andrebbe inquadrato in quello di assicurare la tutela ai vincoli affettivi e familiari formatisi

nei casi in cui non sia possibile procedere all'adozione legittimante, ragion per cui l'adozione in casi particolari sarebbe strumentale, nell'intenzione del legislatore, ad assicurare il superiore interesse del minore, non solo nel caso in cui questi versi in stato di abbandono, ma anche nell'ipotesi in cui si trovi già inserito in un nucleo familiare. Pertanto, il perseguimento di un simile obiettivo non dovrebbe, in linea di principio, essere pregiudicato dall'orientamento sessuale dei soggetti adottanti, non incidendo direttamente sullo sviluppo psico-fisico del minorenne, dovendosi valorizzare l'elemento fattuale, nel quale non rileverebbero in modo significativo i rapporti giuridici sottostanti e nel quale, al contrario, dovrebbe verificarsi la maturazione del minore nel contesto sociale.

La sentenza della giurisprudenza di legittimità che ha, forse, determinato un maggiore impatto sul piano valoriale socio-giuridico è stata la **n. 19599 del 2016**, che si è interessata della delicata tematica sulla tutelabilità dei rapporti di filiazione sorti all'estero nell'ambito di una coppia omogenitoriale (giungendo a soluzioni poi prese in considerazione dalla successiva giurisprudenza costituzionale, peraltro inizialmente dissonante).

Secondo questa pronuncia il diritto alla conservazione e continuità dello *status* familiare, acquisito in forza di un atto validamente formato all'estero, è espressione dell'interesse superiore del minore, principio cardine nella normativa interna e sovranazionale in materia di infanzia e filiazione, e costituisce un profilo complementare dei diritti all'identità e alla libera circolazione delle persone (come, del resto, affermato dalla giurisprudenza della CEDU).

Inoltre, si aggiunge che nel nostro ordinamento non è nemmeno configurabile un divieto per le coppie omosessuali di accogliere e di generare figli, poiché la diversità di sesso dei genitori, tratto caratterizzante l'istituto del matrimonio, non può incidere negativamente sullo *status* del nato o dare vita a una sua condizione deteriore.

Dunque, secondo questa decisione, non si può invocare il principio dell'ordine pubblico per giustificare discriminazioni e differenziazioni legislative sulla base di condizioni personali e sociali, né, comunque, possono riversarsi sul nato le conseguenze di eventuali violazioni di prescrizioni e divieti, imputabili agli adulti che pure abbiano fatto ricorso a pratiche fecondative giudicate illegali in Italia; pertanto, deve ritenersi che il bambino vanta il diritto fondamentale alla conservazione dello *status* di figlio legittimamente acquisito all'estero e quello alla continuità dei rapporti affettivi; diritti che devono essergli garantiti.

La famiglia, nel contesto sociale attuale, va intesa come comunità di affetti, "*incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti*" ed è all'ordinamento che spetta il compito di tutelare questi rapporti, cercando un punto di equilibrio che consenta di contemperare le posizioni eventualmente in conflitto, alla luce del prevalente interesse del minore.

Sulla base di questa impostazione argomentativa, con la sentenza in esame sono stati enunciati i seguenti principi di diritto:

- a) la regola secondo cui è madre colei che ha partorito, giusta l'art. 269, comma 3, c.c., non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale, sicché è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero, validamente formato, dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia, è figlio di due madri (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), non essendo opponibile un principio di ordine pubblico desumibile dalla suddetta regola;

- b) è riconoscibile in Italia un atto di nascita straniero, validamente formato, dal quale risulti che il nato è figlio di due donne (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), atteso che non esiste, a livello di principi costituzionali primari, come tali di ordine pubblico ed immodificabili dal legislatore ordinario, alcun divieto, per le coppie omosessuali, di accogliere e generare figli, venendo in rilievo la fondamentale e generale libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge alle coppie eterosessuali;
- c) la procedura di maternità assistita tra due donne legate da un rapporto di coppia, con donazione dell'ovocita da parte della prima e conduzione a termine della gravidanza ad opera della seconda con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto, non costituisce una fattispecie di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma integra un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne;
- d) l'atto di nascita straniero, validamente formato, da cui risulti la nascita di un figlio da due madri, per avere l'una donato l'ovulo e l'altra partorito, non contrasta, di per sé, con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla legge n. 40 del 2004, rappresentando quest'ultima una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate;
- e) il giudice nazionale, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, deve verificare non già se quell'atto applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto a più norme interne (benché imperative o inderogabili), ma se contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo desumibili dalla Costituzione, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In sintesi, con questa importante e complessa sentenza, la Corte di cassazione, nel rimeditare l'impostazione tradizionale sulla portata dell'art. 269 c.c., ha voluto sottolineare come, una volta venuta meno l'inscindibile coincidenza tra colei che partorisce e colei che trasmette il patrimonio genetico, debba essere riconosciuta una peculiare importanza al legame genetico nello sviluppo e nella vita del nato, anche sotto il profilo della sua identità personale.

La questione di fondo da risolvere consisteva, dunque, nello stabilire se il citato art. 269 c.c. esprima (ancora) *“un principio che trovi un diretto fondamento nella nostra Costituzione, al punto di non consentire al legislatore ordinario di modificarla per adeguarla ai tempi e al mutato contesto sociale: perché solo in tal caso (...) essa potrebbe assurgere al rango di principio di ordine pubblico, idoneo quindi ad impedire, nella specie, il riconoscimento in Italia di un atto di nascita estero (spagnolo, nello specifico) difforme, che riconosca la qualità di madre anche alla donna che ha donato l'ovulo alla propria partner, in attuazione di un progetto genitoriale comune”*.

A questa domanda la sentenza ha fornito una risposta negativa alla luce del complessivo assetto dell'ordinamento e dell'importanza che la discendenza biologica assume rispetto all'identità personale, la cui protezione si inserisce a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali.

Con la successiva **sentenza n. 14878 del 2017** si è, poi, puntualizzato che va accolta la domanda di “rettificazione” dell’atto di nascita del minore nato all’estero e figlio di due madri coniugate all’estero, già trascritto in Italia nei registri dello stato civile con riferimento alla sola madre biologica, non sussistendo contrasto con l’ordine pubblico internazionale italiano. Questa pronuncia si colloca, dunque, in linea di continuità con il percorso già tracciato dalla stessa giurisprudenza di legittimità diretto a riconoscere stabilità agli *status* familiari tutte le volte in cui sia preminente l’interesse del minore nel mantenimento della relazione di filiazione instaurata con le figure che quotidianamente assumono nei suoi confronti la responsabilità genitoriale, assolvendo ai compiti di cura e di assistenza funzionali allo sviluppo armonico della sua persona.

Lungo questa direttrice si è poi precisato – con la successiva **sentenza n. 14007 del 2018** – che non può considerarsi contraria all’ordine pubblico, ed è quindi trascrivibile nei registri dello stato civile italiano, la sentenza straniera che abbia pronunciato l’adozione piena dei rispettivi figli biologici, da parte di due donne di cittadinanza estera (nella specie francese), coniugate in un Paese straniero (nel caso esaminato, in Francia) e residenti in Italia, poiché, ai sensi dell’art. 24 della Convenzione dell’Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 1993, il riconoscimento dell’adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se, tenuto conto dell’interesse superiore del minore, essa sia manifestamente contraria all’ordine pubblico. Tale interesse, ove sia stato già vagliato dal giudice straniero, coincide con il diritto del minore al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatasi con entrambe le figure genitoriali, senza che abbia rilievo la circostanza che le stesse siano rappresentate da una coppia dello stesso sesso, non incidendo l’orientamento sessuale sull’idoneità dell’individuo all’assunzione della responsabilità genitoriale.

La giurisprudenza della Corte di cassazione ha, poi, avuto modo di cimentarsi – con la **sentenza n. 13000 del 2019** – anche di un raro (se non unico) caso relativo all’attribuzione dello *status* di figlia (con relativa legittimità dell’iscrizione come tale nei registri anagrafici) di un marito deceduto e nata a seguito di inseminazione medicalmente assistita *post mortem*.

La richiamata sentenza ha dato risposta affermativa al riguardo, sostenendo che l’art. 8 della legge n. 40 del 2004, recante lo *status* giuridico del nato a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è riferibile anche all’ipotesi di fecondazione omologa *post mortem* avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo aver prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell’art. 6 della medesima legge e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell’embrione avendo altresì autorizzato, pur dopo la propria morte, la moglie o la convivente all’utilizzo suddetto e ciò anche quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre.

Ritornando alle tematiche più strettamente attinenti alle già affrontate questioni sui limiti di riconoscibilità delle filiazioni frutto delle pratiche di maternità surrogata all’estero e, di conseguenza, della legittimità o meno della trascrivibilità dei relativi atti nell’ordinamento italiano, la giurisprudenza di legittimità più recente sembra essere ritornata su posizioni più rigoristiche, anche nel rideterminare il concetto di ordine pubblico internazionale.

Con **ordinanza interlocutoria n. 4382 del 2018** la prima sezione civile della Corte di cassazione – proprio sul presupposto della persistente problematicità dei suddetti profili – ha

rimesso alle Sezioni unite due questioni ritenute di massima di particolare importanza, ovvero sul:

a) se l'ordinanza resa all'esito del giudizio di riconoscimento *ex art. 67*, della legge n. 218 del 1995, con cui la corte d'appello riconosce in Italia gli effetti di una sentenza straniera in materia di stato delle persone (figli nati da maternità surrogata realizzata da una coppia omosessuale italiana di sesso maschile all'estero e attribuzione di paternità anche al componente della coppia non legato loro geneticamente) sia impugnabile con ricorso per cassazione dal Procuratore generale presso la Corte d'appello, in quanto titolare di azione diretta per fare eseguire e osservare le leggi d'ordine pubblico *ex art. 73 ord. giud.* e dal Ministero dell'interno, quale titolare della funzione di vigilanza sulla tenuta dei registri dello stato civile a livello nazionale;

b) se la nozione di ordine pubblico che, ai sensi dell'art. 64, comma 1, lett. g), della legge n. 218 del 1995, osta al riconoscimento in Italia di sentenze straniere che producano effetti ad esso contrari, sia comprensiva dei soli principi supremi o fondamentali e vincolanti della Carta costituzionale o si estenda anche ai principi contenuti in leggi ordinarie costituenti esercizio della discrezionalità legislativa, con particolare riferimento alla sentenza straniera che, nell'ipotesi di maternità surrogata realizzata all'estero da una coppia omosessuale italiana di sesso maschile, riconosca la paternità dei figli nati da tale pratica anche al componente della coppia non legato loro geneticamente.

Le Sezioni unite, con la **sentenza n. 12193 del 2019**, hanno risposto enunciando i seguenti principi:

- 1) nel giudizio promosso *ex art. 67* della legge n. 218 del 1995, avente per oggetto il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero e un cittadino italiano, il Pubblico ministero riveste la qualità di litisconsorte necessario, in applicazione dell'art. 70, comma 1, n. 3, c.p.c., ma è privo della legittimazione a impugnare, non essendo titolare del potere di azione, neppure ai fini dell'osservanza delle leggi di ordine pubblico;
- 2) in tema di riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 64, comma 1, lett. g), della legge n. 218 del 1995, deve essere valutata non solo alla stregua dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui detti principi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente, dal quale non può prescindersi nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico;
- 3) il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria

valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983.

Preme qui mettere in rilievo che le Sezioni unite, dopo aver sottolineato le differenze esistenti tra il caso esaminato e quello deciso da due precedenti recenti della stessa Corte (la n. 19599 del 2016 e la n. 14878 del 2017, già prima esaminate), dato che in quei precedenti vi era sempre un apporto genetico della madre ed era pertanto improprio parlare di maternità surrogata, hanno dato atto che l'ipotesi sottoposta al loro esame era accostabile a quella decisa con la sentenza n. 24001 del 2014 (pure già in precedenza considerata), in cui analogamente la madre biologico-genetica era estranea alla coppia (eterosessuale in quel caso, omosessuale nell'attuale).

Sulla base di questa premessa, le Sezioni Unite si sono confrontate direttamente con il divieto, sanzionato penalmente, dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, il cui testo normativo deve qualificarsi come "costituzionalmente necessario". Tale divieto – ad avviso delle Sezioni unite - mostra con chiarezza che, anche dopo gli interventi della Corte costituzionale, la legge n. 40 del 2004 continua a distinguere tra fecondazione eterologa e maternità surrogata. Da ciò discende l'impossibilità di non considerare il divieto penale contenuto in una legge siffatta come espressivo di un superiore principio di ordine pubblico che, come chiarito anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 272 del 2017, mira a sanzionare una pratica che offende in modo intollerabile la dignità umana e fa dunque riferimento a valori superiori e fondanti.

Ne consegue, secondo le Sezioni unite, l'impossibilità di trascrivere un provvedimento straniero che di fatto riconosca la pratica di maternità surrogata, attribuendo la paternità di un nato da tale pratica anche al genitore intenzionale. Puntualizzano, infine, le Sezioni unite come questa conclusione non si pone in contrasto con il superiore interesse del minore e ciò per due ordini di ragioni: – sia perché tale interesse non ha valore assoluto e può affievolirsi rispetto ad altri valori, rientrando tale valutazione bilanciata anche nel margine di apprezzamento che la Corte EDU comunque riconosce agli Stati ai fini della decisione di autorizzare o meno la pratica di maternità surrogata e gli effetti giuridici ad essa collegati; - sia perché l'interesse del minore a restare nella coppia di cui fa parte il genitore d'intenzione (anche omosessuale) è pur sempre tutelabile attraverso l'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lett. d) della l. n. 184 del 1983, secondo l'orientamento inaugurato dalla sentenza n. 12962 del 2016.

È interessante rimarcare, *per incidens*, che la Corte di legittimità ha avuto modo recentemente di chiarire, in ambito penale, che la consumazione all'estero, non solo della gravidanza, ma anche delle attività preparatorie per realizzare una maternità surrogata comporta l'improcedibilità in Italia della persecuzione del reato. Con la **sentenza penale n. 5198 del 2021** è stato, infatti, affermato che la previsione del divieto di maternità surrogata stabilito dal comma 6 dell'articolo 12 della legge n. 40 del 2004 che punisce "*chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità*", non presenta dubbi di legittimità costituzionale poiché non viola il principio di tassatività delle condotte di rilevanza penale. Con detta pronuncia è stato, poi, confermato che i giudici di merito avevano ben individuato le attività sanzionate penalmente in Italia e da queste avevano legittimamente escluso quella della decisione, cioè della formazione del proposito di procedere a tale forma assistita di riproduzione, anche nella sua versione più forte della surroga dell'utero, con la conseguenza che non scatta la giurisdizione italiana se nel territorio nazionale non si realizzano attività specifiche e necessarie alla realizzazione del reato.

In altri termini, la legge italiana è applicabile solo se la condotta commessa in Italia “sia comunque significativa e collegabile in modo chiaro e univoco alla parte restante realizzata in territorio estero”, non risultando sufficiente “un generico proposito, privo di concretezza e specificità, di commettere all’estero fatti delittuosi”, e questo anche se detti reati vengano poi realizzati.

Occupandosi, poi, nuovamente dei possibili effetti (nel nostro ordinamento) riconducibili ai nati da fecondazione eterologa praticata all’estero da coppie omosessuali, la Corte di cassazione ha avuto modo di precisare ulteriormente che:

a) non può essere accolta la domanda di rettificazione dell’atto di nascita di un minore nato in Italia, mediante l’inserimento del nome della madre intenzionale accanto a quello della madre biologica, sebbene la prima avesse in precedenza prestato il proprio consenso alla pratica della procreazione medicalmente assistita eseguita all’estero, poiché nell’ordinamento italiano vige, per le persone dello stesso sesso, il divieto di ricorso a tale tecnica riproduttiva (**sentenza Cass. n. 7668 del 2020**);

b) nel caso di minore concepito mediante l’impiego di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e nato all’estero, non è accoglibile la domanda di rettificazione dell’atto di nascita volta ad ottenere l’indicazione in qualità di madre del bambino, accanto a quella che l’ha partorito, anche della donna a costei legata in unione civile, poiché in contrasto con l’art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, che esclude il ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentite, al di fuori dei casi previsti dalla legge (come già ritenuto con la sentenza della Corte costituzionale n. 221 del 2019), forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico mediante i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto (**sentenza Cass. n. 8029 del 2020**).

Secondo queste due ultime pronunce, quindi, la possibilità di riconoscere efficacia all’atto di nascita straniero che accerti il rapporto di filiazione con due donne andrebbe tenuta distinta dalla possibilità di formare in Italia un atto di nascita con l’indicazione di due genitori dello stesso sesso, dal momento che la nozione di ordine pubblico rilevante al fine di consentire la trascrizione di atti o provvedimenti stranieri sarebbe più ristretta di quella operante nell’ordinamento interno: “non può quindi ravvisarsi alcuna contraddizione tra il riconoscimento del rapporto di filiazione risultante dall’atto di nascita formato all’estero e l’esclusione di quello derivante dal riconoscimento effettuato in Italia, la cui efficacia deve essere valutata alla stregua della disciplina vigente nel nostro ordinamento”.

11. Brevi riflessioni conclusive e gli ultimi moniti al legislatore della Corte costituzionale in tema di “status filiationis” (sentenze n. 32 e n. 33 del 2021)

Al termine dell’illustrato percorso ragionato sulla giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente avuto modo di occuparsi della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita, nonché della esposta rassegna della giurisprudenza della Corte di cassazione in materia, che hanno spesso interagito e che si sono parallelamente confrontate nell’approdare alle conseguenti soluzioni da adottare, si può affermare che sia stata raggiunta un’indubbia consapevolezza su due aspetti:

– il primo è che la struttura e le ragioni giustificatrici di fondo che connotavano l’impianto originario della legge n. 40 del 2004 sono state, in gran parte, sfaldate, avendo la Corte costituzionale assunto delle decisioni di accoglimento (due per tutte, quelle sul riconoscimento della legittimità della fecondazione assistita eterologa e sulla diagnosi preimpianto) che hanno determinato il superamento di alcuni – ma significativi – principi basilari che avevano caratterizzato anche l’impostazione ideologica della legislazione sulla PMA;

– il secondo aspetto è che il percorso di sgretolamento parziale dell’assetto normativo di base della citata legge n. 40 del 2004 non può dirsi ancora concluso e che i successivi interventi delle due suddette Corti dovrà necessariamente confrontarsi con le sempre più pressanti istanze familiari e delle nuove formazioni sociali, che hanno già ricevuto, per altri versi, riconoscimento giuridico (basti pensare alla legge n. 76 del 2016 sulle cc.dd. “unioni civili”) e legittimazione giurisprudenziale anche a livello sovranazionale, il che non esclude che qualcuna delle altre “barriere” fraposte dalla versione iniziale della legge n. 40 del 2004 potrà essere sormontata, rilevandosi, sopra di tutto, l’emergenza dell’esigenza di un nuovo intervento del legislatore che “riassetti” la materia della PMA sulla scorta della rilevanza delle indicate istanze, anche valorizzando i plurimi approdi raggiunti dalla Corte costituzionale, per un verso, e dalla Corte di cassazione, per altro verso, senza, peraltro, obliterare alcuni innovativi orientamenti riconducibili anche alla giurisprudenza ordinaria di merito e alla giurisprudenza amministrativa. E a quest’ultimo proposito, ancora recentissimamente, sono intervenute ulteriori sollecitazioni alla Corte costituzionale, inerenti, specificamente, la questione sull’invocato superamento della regola di diritto vivente per cui non può essere trascritto l’atto di nascita (o riconosciuto il provvedimento giurisdizionale straniero) dichiarativo del rapporto di filiazione tra il genitore intenzionale ed il nato a seguito di surrogazione di maternità, e la questione concernente la riconoscibilità dello “status” di figli ai nati mediante tecnica di procreazione medicalmente assistita, praticata all’estero da due donne.

In particolare, con riferimento alla prima, **la Corte di cassazione, con ordinanza interlocutoria n. 8325 del 2020** ha espresso la non piena condivisibilità della soluzione adottata dalle Sezioni unite con la già esaminata precedente sentenza n. 12193 del 2019, ritenendone necessario rivedere l’orientamento alla stregua del parere della *Grand Chambre* della Corte EDU del 10 aprile 2019, così ravvisando una situazione di conflitto con il diritto vivente in Italia e sollevando, perciò, «*questione di legittimità costituzionale degli art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, 64, comma 1, della legge n.218 del 1995, nonché dell’art. 18 del d.p.r. n.396/2000 se interpretati, come attualmente nel diritto vivente, come impeditivi, in via generale e senza valutazione concreta dell’interesse superiore del minore, della trascrizione dell’atto di nascita legalmente costituito all’estero di un bambino nato mediante gestazione per altri nella parte in cui esso attesta la filiazione del genitore intenzionale non biologico, specie se coniugato con il genitore intenzionale biologico*».

Con l’indicata ordinanza interlocutoria si osserva che il citato diritto vivente in Italia, formatosi in seguito alla decisione delle Sezioni unite del 2019, attribuendo al divieto di maternità surrogata «*lo statuto di principio di ordine pubblico internazionale prevalente a priori sull’interesse del minore*», confligge(rebbe) con l’art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione ai parametri interposti costituiti dall’art. 8 CEDU, dagli articoli 2, 3, 7, 9, 10 e 18 della Convenzione di New York del 1989 e dall’art. 24 della Carta di Nizza, evidenziando l’impossibilità di un’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme delle

norme sospettate di incostituzionalità, senza contraddire il precedente autorevole arresto delle Sezioni unite. La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata anche in relazione ai principi di eguaglianza e di non discriminazione, in relazione alla nascita e al rapporto di filiazione, consacrati dalla Costituzione agli articoli 2, 3, 30, 31, ritenendo l'interpretazione delle Sezioni unite offerta con la richiamata sentenza n. 12193 del 2019 in contrasto con il diritto del minore alla propria identità, alla formazione e al consolidamento del rapporto di filiazione.

La seconda segnalata questione è stata, invece, sollevata in via incidentale **dal Tribunale di Padova con ordinanza del 9 dicembre 2019**, con riferimento alla legittimità costituzionale degli art. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, sulla procreazione mediamente assistita, e dell'art. 250 del codice civile, ritenendosi tali disposizioni in contrasto con gli art. 2, 3, commi primo e secondo, e 30 Cost., con gli art. 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 29 novembre 1989, ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991 n. 176, e infine con l'art. 8 della Convenzione EDU. Secondo il citato Tribunale la prospettata incostituzionalità andava ravvisata poiché le norme impugnate non consentono al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa praticata da una coppia di donne l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche della donna che insieme alla madre biologica abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, e ciò sempre che non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari ai sensi dell'art. 44 co. 1 lett. d) della legge n. 184 del 1983, e sia accertato l'interesse del minore, secondo l'interpretazione prevalsa negli ultimi anni.

La risposta della Corte costituzionale è stata sollecita su ambedue le questioni, con la dichiarazione di inammissibilità di entrambe, ma con la manifestazione di un apposito monito al legislatore in materia con riferimento alle due problematiche sollevate.

In particolare, **quanto alla prima questione**, dopo l'adozione della ricordata ordinanza n. 271 del 2020, la Corte – **con la sentenza n. 33 del 9 marzo 2021** – ha ritenuto che, fermo restando il divieto penalmente sanzionato di maternità surrogata, l'attuale quadro giuridico non assicura piena tutela agli interessi del bambino nato con questa tecnica e, poiché, a questo fine, sono prospettabili differenti soluzioni, essa ha rilevato, allo stato, di non poter intervenire, nel doveroso rispetto della discrezionalità legislativa, ma ha anche affermato la necessità di un intervento del legislatore.

La Corte ha, anzitutto, ribadito che il divieto, penalmente sanzionato, di ricorrere alla pratica della maternità surrogata risponde a una logica di tutela della dignità della donna e mira anche ad evitare i rischi di sfruttamento di chi è particolarmente vulnerabile perché vive in situazioni sociali ed economiche disagiate. Tuttavia, si è osservato che la questione incidentale era focalizzata sui “migliori interessi” del bambino nei suoi rapporti con la coppia (omosessuale o eterosessuale) che aveva condiviso il percorso dal momento del suo concepimento, in un Paese in cui la maternità surrogata è lecita, fino al suo trasferimento in Italia, dove la coppia si era presa quotidianamente cura del bambino. In questa situazione – ha osservato la Corte – l'interesse del minore è quello di “ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che nella realtà fattuale già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata”. Questi legami sono, infatti, parte integrante della stessa identità del minore, che vive e cresce nell'ambito di una determinata comunità di affetti; il che vale anche se questa comunità

sia strutturata attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, poiché l'orientamento sessuale non incide di per sé sull'idoneità ad assumere la responsabilità genitoriale. Inoltre, si è aggiunto, il bambino ha un evidente interesse a vedere affermata in capo a costoro i doveri inscindibilmente legati all'esercizio della responsabilità genitoriale e ai quali non è pensabile sottrarsi *ad libitum*. D'altra parte, la Corte ha riconosciuto che gli interessi del bambino possono essere bilanciati con la finalità legittima di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata, vietata dalla legislazione statale, sottolineando, al riguardo, come la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo non imponga l'automatico riconoscimento di eventuali provvedimenti giudiziari stranieri di riconoscimento della doppia genitorialità ai componenti della coppia (eterosessuale od omosessuale) che abbia fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata. In tal caso, tuttavia, si profila necessario assicurare la tutela degli interessi del bambino al riconoscimento del suo rapporto giuridico anche con il genitore "intenzionale" "attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino". A tal proposito, la Corte ha evidenziato che il ricorso all'adozione in casi particolari, previsto dall'articolo 44, comma 1, lettera d) della legge n 184 del 1983 e già considerato praticabile dalla Corte di cassazione, "costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali". Si è osservato, infatti, che l'adozione di casi particolari (la cosiddetta "adozione non legittimante") non attribuisce la genitorialità all'adottante, rimanendo, oltretutto, poco chiaro se essa istituisca rapporti di parentela tra l'adottato e coloro che quest'ultimo percepisce socialmente come i propri nonni, zii, o addirittura fratelli e sorelle. Infine, si aggiunge che questa forma di adozione resta comunque subordinata all'assenso del genitore "biologico", che potrebbe anche mancare in caso di crisi della coppia.

In conclusione, la Corte ha lanciato un preciso monito al legislatore affinché si faccia carico di adottare una disciplina normativa che risulti idonea ad assicurare una piena tutela degli interessi del minore, in modo più aderente alle peculiarità della situazione esaminata, invero piuttosto diverse da quelle dell'adozione "non legittimante".

Con riferimento alla seconda riportata questione (sollevata dal Tribunale di Padova) la Corte – **con la sentenza n. 32 del 9 marzo 2021** – ha ritenuto, in assenza di una disciplina applicabile al caso concreto, di non intervenire allo stato ed ha rivolto – pure in questo caso – un forte monito al legislatore affinché individui urgentemente le forme più idonee di tutela dei minori, anche alla luce delle fonti internazionali ed europee, sostenendo, vigorosamente, che il grave vuoto di tutela dell'interesse del minore, nato da fecondazione eterologa praticata all'estero da due donne il cui rapporto, dopo anni, è diventato conflittuale, non sarebbe più tollerabile se si protrarrà l'inerzia del legislatore.

La Corte ha, per l'appunto, affermato che spetta prioritariamente al legislatore individuare il "ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana", per fornire, in maniera organica, adeguata tutela ai diritti del minore "alla cura, all'educazione, all'istruzione, al mantenimento, alla successione e, più in generale, alla continuità e al conforto di abitudini condivise", evitando di generare disarmonie nel sistema.

Si evidenzia come il giudice rimettente aveva denunciato il vuoto di tutela, poiché l'attuale disciplina normativa non consente ai nati da un progetto condiviso di PMA, praticata all'estero

da due donne, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale, quando non vi siano le condizioni per procedere all'"adozione in casi particolari" e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore.

Pone in risalto la Corte come, nella vicenda sottoposta all'esame del giudice *a quo*, era stato constatato come, a seguito di una situazione conflittuale creatasi in una coppia dopo anni di convivenza e di cura congiunta di due bambine nate in Italia, alla madre intenzionale fosse stato precluso l'esercizio della responsabilità genitoriale, nonostante i tentativi di ristabilire un normale rapporto affettivo con le stesse.

Nella motivazione della sentenza la Corte fa riferimento a sue precedenti decisioni da cui emerge, con riferimento agli articoli 2, 30 e 31 della Costituzione, la costante attenzione al miglior interesse del minore, anche nato da PMA prima ancora che la pratica della fecondazione eterologa fosse disciplinata, e la valorizzazione della genitorialità sociale, se non coincidente con quella biologica, poiché il dato genetico non è requisito imprescindibile della famiglia. Nella sentenza, poi, si evocano gli strumenti internazionali dei diritti umani e la giurisprudenza delle due Corti europee, per far emergere un quadro ampio e sinergico di riferimenti alla tutela degli interessi "preminenti" e "migliori" dei minori nello stabilire legami con entrambi i genitori. Si rimarca, in particolare, che l'identità dei figli, centrale nelle decisioni della Corte di Strasburgo, finisce con l'essere "incisa quale componente della sua vita privata", se non si stabilisce un legame affettivo stabile, rafforzato dalla filiazione.

La Corte ha, quindi, indicato, in via esemplificativa, gli ambiti entro cui potrebbe svolgersi la successiva attività del legislatore per assicurare adeguata tutela ai minori, ovvero attraverso una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, o mediante l'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione.

Come può, dunque, desumersi da questi ultimi approdi, appare evidente che – ad avviso della Corte – i tempi sono ormai maturi per una revisione tendenzialmente complessiva della materia della PMA (che tenga conto di tutti i fattori prima ricordati) e che, in difetto, essa si troverà a dover intervenire su ulteriori delicate tematiche che potranno attenere, in tempi non molto lontani, tra le possibili ulteriori questioni, proprio alla tutela dei nati mediante fecondazione eterologa all'estero nell'ambito di un progetto di una coppia genitoriale omoaffettiva e a quella dei nati con la pratica della maternità surrogata all'estero su iniziativa di una coppia omosessuale già unita civilmente e che si sia vista riconosciuta da un ordinamento estero la loro condizione genitoriale.

È facilmente pronosticabile, in conclusione, che la materia della PMA conoscerà altri plurimi sviluppi successivi allo stato non prevedibili, nell'ambito dei quali la Corte costituzionale potrebbe ritrovarsi a svolgere necessariamente una (ulteriore e non nuova) funzione di supplenza, anche innovando rispetto al suo più recente corso giurisprudenziale.