

La Corte costituzionale ammonisce sull'indifferibilità di una tutela effettiva delle e dei minori nei confronti dei genitori intenzionali

Barbara Pezzini¹

SOMMARIO: *1. Ripensare riproduzione e genitorialità: l'indifferibilità di una tutela effettiva delle e dei minori nei confronti dei genitori intenzionali. - 2. Genitori intenzionali. - 3. Un fermo monito al legislatore, anzi due. - 3.1. La sentenza 32: nascita da fecondazione eterologa entro un progetto riproduttivo e genitoriale condiviso da due donne - 3.2. La sentenza 33: nascita entro un progetto genitoriale condiviso (da due uomini) ricorrendo all'estero alla surrogazione di maternità - 4. Punti di contatto e differenze tra le questioni di costituzionalità - 4.1. A monte della nascita - 4.2. A valle della nascita. - 5. Qualche considerazione sull'evoluzione delle tipologie monitorie fra tutela dei diritti fondamentali, equilibrio dei poteri e accesso alla giustizia*

1. Ripensare riproduzione e genitorialità: l'indifferibilità di una tutela effettiva delle e dei minori nei confronti dei genitori intenzionali

Con due recenti pronunce consecutive (32 e 33 del 2021), nelle quali ammonisce sull'indifferibilità di una tutela effettiva delle e dei minori nei confronti dei genitori *intenzionali*², la Corte costituzionale ha segnato una nuova tappa nel complesso percorso attraverso il quale la società tutta, e l'ordinamento giuridico in particolare, stanno con fatica ripensando la riproduzione e la genitorialità, nonché nella dialettica tra formante giurisprudenziale e formante legislativo.

Entrambe le questioni affrontate dalle due sentenze, infatti, ponevano alla Corte questioni riconducibili alla necessità di garantire, a valle³ di

¹ Prof. Barbara Pezzini, *Ordinaria di Diritto costituzionale Università di Bergamo - Prorettrice con delega alle politiche di equità e diversità*.

² Si mantiene il riferimento all'espressione usata dalla giurisprudenza costituzionale, pur segnalando che si metterà in luce l'opportunità di valorizzare l'esercizio di fatto e *sociale* (nel senso di non biologico, ma relazionale) della genitorialità prima e, più che l'intenzionalità di per sé costitutiva, la dimensione, appunto, *sociale e relazionale* della maternità o paternità non biologica piuttosto che quella *intenzionale e volontaristica*.

³ La distinzione tra questioni a monte e a valle della nascita è introdotta da A. Lorenzetti, *Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, in *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, a cura di M. Azzalini, *Quaderni di biodiritto*, Ariccia, Aracne, 2015, p. 104.

modalità di concepimento e riproduzione non consentite dall'ordinamento italiano – fecondazione eterologa nell'ambito di un progetto di coppia femminile dello stesso sesso, da un lato, e surrogazione di maternità, dall'altro – una effettiva e concreta tutela dei *best interests* dei/delle figli/e anche nei confronti del *genitore intenzionale* (co-madre, nel primo caso, e co-padre, nel secondo).

Sollecitate ancora una volta dal *mestiere di vivere*⁴, vale a dire dalle multiformi esperienze delle vite concrete degli uomini e delle donne che, in un contesto sociale in costante evoluzione, si confrontano con i limiti posti dall'ordinamento vigente e ne vivono concretamente gli effetti, le due sentenze affrontano il problema del riconoscimento dei legami di genitorialità dei bambini e delle bambine con i *genitori intenzionali*, intese come le persone – padre o madre intenzionale – che hanno condiviso con un padre o una madre *biologici* il progetto riproduttivo e di genitorialità. Questi genitori agiscono sul piano sociale con i nati una relazione genitoriale a tutti gli effetti, una genitorialità *sociale* che si presta all'analogia – che, in effetti, anche la Corte costituzionale coglie e rilancia – con la genitorialità adottiva, ma che, diversamente da questa, implica anche, *a monte* della nascita, un progetto riproduttivo condiviso all'interno di una relazione affettiva e sessuale con il proprio o con la propria partner, che, delle creature future, saranno rispettivamente padre o madre biologici, con l'indispensabile apporto, in ogni caso, di una terza persona estranea alla coppia (donatore/donatrice anonimo/a di gameti nel caso di fecondazione eterologa o madre biologica nel più complesso caso di surrogazione di maternità⁵).

La complessità del quadro emerge subito nella necessità di una riflessione consapevole sulla complessa rete di relazioni che riguardano la riproduzione e la genitorialità, obbligandoci a riflettere sul nesso tra l'una e l'altra.

La riproduzione è il processo che prende avvio dalla fecondazione e che implica una complementarietà⁶ tra i due sessi, anche se la componente essenziale che costruisce e realizza la vicenda riproduttiva resta *l'esperienza relazionale irriducibile della gravidanza* (che non può essere messa in ombra, né recisa neppure dalla eventuale alterità dei gameti al corpo della madre gestante): il corpo gravido per nove mesi è, innanzitutto, una *donna che intesse una relazione* di unità duale con il

⁴ L'espressione è ricavata dalla sentenza costituzionale 494/2002 sulla riconoscibilità dei figli nati da rapporti incestuosi cui, come si noterà infra, entrambe le pronunce contengono un richiamo espresso.

⁵ A rendere ulteriormente complesso il discorso è il fatto che per la surrogazione di maternità, laddove ammessa, si tende a dissociare la figura della madre biologica di gravidanza da quella della madre genetica, che fornisce l'ovulo da fecondare.

⁶ Complementarietà che comunque, anche nella fecondazione mostra l'asimmetria del contributo dei sessi.

nascituro, entro una esperienza che non può essere rimossa o sottovalutata (realizzando quella che potremmo definire la *complementarietà asimmetrica* dei sessi nella riproduzione).

La genitorialità si riferisce al progetto di chi accoglie un figlio/una figlia assumendo la responsabilità di accompagnarlo/a nel percorso di progressiva costruzione di una piena autonomia personale e assume la riproduzione come suo necessario presupposto (non può esserci assunzione di responsabilità di genitore/i se non per un essere umano venuto al mondo attraversando il processo di riproduzione); tuttavia se ne distingue, dal momento che le responsabilità genitoriali riguardano un nuovo essere umano che è nato al mondo separandosi dal corpo della madre e possono essere assunte anche da soggetti che non hanno alcun legame biologico con il figlio/la figlia (non hanno contribuito alla fecondazione, né alla gravidanza: così avviene nell'adozione), o che ne hanno uno solo parziale (fecondazione eterologa e gravidanza per altri).

Da un lato è lo sviluppo tecnologico a rendere evidente la distinzione e la possibilità di una scissione/discontinuità tra i due progetti, dall'altro sono le trasformazioni dei rapporti sociali, in particolare per quanto riguarda la normalizzazione delle relazioni omoaffettive, anche nella forma di un loro riconoscimento come formazioni sociali essenziali allo sviluppo della persona, se non compiutamente come famiglie⁷.

La realtà dell'esistenza di un nuovo essere umano partecipa di entrambi; è detta da tutte le relazioni che, intessendo il progetto riproduttivo e quello genitoriale, hanno reso possibile la sua nascita e ne assumono la responsabilità.

La complementarietà dei sessi non è attributo necessario della genitorialità: maternità e paternità hanno ormai trovato di fronte alla responsabilità genitoriale una reciprocità e simmetria di posizione giuridica (anche se sul piano sociale dei rapporti di genere permangono significative disparità). E se la genitorialità si apre, coerentemente con questa visione, alla esperienza di coppie dello stesso sesso, che non possono essere discriminate sulla base del loro orientamento sessuale, la riproduzione resta, invece, inscritta nella complementarietà – pur asimmetrica – dei corpi e dei sessi maschile e femminile.

2. Genitori intenzionali

⁷ Si richiama qui la distinzione introdotta dalla giurisprudenza costituzionale, accolta, pur non senza ambiguità e contraddizioni, dalla legge 76/2016 (si pensi in particolare all'esplicita esclusione delle unioni civili dall'accesso all'adozione, preclusa anche nella forma della *stepchild adoption* ex art. 44, co. 1, lett. b), e tuttavia accompagnata con la parziale apertura, direttamente affidata alla magistratura, nei confronti dell'istituto dell'adozione in casi particolari ex art. 44, co. 1, lett. d).

Nei confronti delle esperienze in cui la riproduzione si scinde dalla genitorialità, la legge ha introdotto *a monte* divieti e limitazioni; non riuscendo, tuttavia, a impedire il manifestarsi di situazioni che debbono essere necessariamente considerate dall'ordinamento anche in relazione agli effetti che producono *a valle*, per le conseguenze, cioè, che hanno sulle relazioni genitoriali che si sviluppano di fatto dopo la nascita tra genitori solo intenzionali e bambine e bambini chiamati al mondo attraverso fecondazioni eterologhe o surrogazioni di maternità – comunque praticate o variamente legittimate e rese possibili in altri ordinamenti.

In ciò emerge che le regole che poggiano sul presupposto naturalistico di indiscussa continuità tra progetto riproduttivo (sia nella componente genetica, sia nella gravidanza) e progetto genitoriale risultano di per sé poco coerenti a un contesto in cui il progetto riproduttivo è sorto ed è stato portato a termine in una discontinuità consapevolmente riconosciuta e intenzionalmente perseguita con il progetto genitoriale.

Quando la condivisione del progetto genitoriale (l'intenzione genitoriale) di una coppia eterosessuale coinvolge nel progetto riproduttivo l'apporto di persona estranea alla coppia come donatrice di gameti (maschili o femminili), si configura l'ipotesi della fecondazione eterologa, che, allo stato attuale⁸, l'ordinamento consente facendo agire il riconoscimento della intenzione riproduttiva come elemento di saldatura tra riproduzione e genitorialità: chi abbia dato il consenso ai sensi degli articoli 8 e 9 della legge 40/2004 assume irrevocabilmente il ruolo di genitore del bambino o della bambina nati da fecondazione eterologa (genitore non in quanto biologico, ma in quanto intenzionale)⁹.

L'ordinamento giuridico, per contro, non riconosce in alcun modo rilievo all'intenzionalità degli aspiranti genitori qualora il progetto riproduttivo richieda il coinvolgimento di una madre biologica nella c.d. surrogazione di maternità (affidandole un ruolo indispensabile per il progetto riproduttivo – accogliere l'ovulo fecondato e sviluppare e portare a termine una gravidanza che la partner femminile non è in grado di sostenere – ma consapevolmente estraneo all'orizzonte del progetto genitoriale): lo esclude il divieto previsto dall'art. 12, comma 6 della legge 40/2004; ma lo impedisce anche l'impossibile riduzione dell'esperienza relazionale della gravidanza a prestazione di servizio inquadrabile in forme contrattuali¹⁰.

⁸ Non nell'impianto originario della l. 40/2004, ma in seguito alla sentenza costituzionale 162/2014.

⁹ E in applicazione dell'art. 9 ciò avveniva persino prima della legittimazione della fecondazione eterologa, quindi nonostante la violazione di un divieto di legge.

¹⁰ Per l'irriducibilità dell'esperienza relazionale complessa di una gravidanza per altri alle forme che inquadrano i rapporti proprietari o commerciali, anche al di là di come espressa nella sentenza cost. 272/2017 che ha definito la surrogazione una pratica «che offende in modo intollerabile la dignità della

Quanto al progetto riproduttivo/genitoriale di coppie dello stesso sesso, per le quali l'apporto di una terza persona estranea alla coppia è indispensabile per avere quella complementarietà dei sessi necessaria alla riproduzione, è necessario, innanzitutto, distinguere tra coppie di uomini e coppie di donne.

La genitorialità intenzionale (dell'intenzione riproduttiva presupposto per la genitorialità) da parte di una coppia maschile presuppone il coinvolgimento di una donna non solo come donatrice di gameti per una fecondazione eterologa, ma in quanto madre biologica che porti a termine una gravidanza *per altri*, accogliendo dentro di sé il prodotto del concepimento e accompagnandolo lungo l'arco dei nove mesi fisiologicamente necessari a una gravidanza (surrogazione di maternità)¹¹: a impedire il riconoscimento dell'intenzionalità genitoriale del padre non biologico sono la stessa regola e le medesime ragioni che ne impediscono il riconoscimento a favore della madre intenzionale di una coppia eterosessuale (ragioni radicali, attestate dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità¹²).

Per le coppie di donne, invece, il ricorso alla fecondazione eterologa garantisce l'apporto dei gameti maschili estranei alla coppia e necessari alla fecondazione di un embrione, destinato a essere accolto e portato alla nascita attraverso la gravidanza di una delle due partner, madre biologica: tuttavia, riservando l'accesso alla PMA alle sole coppie etero (art. 5), la legge nega a queste coppie ogni possibilità di riconoscimento della intenzionalità riproduttiva (che invece attribuisce all'intenzionalità delle coppie etero).

Le pronunce che stiamo considerando hanno portato davanti alla Corte costituzionale due esperienze di intenzionalità riproduttiva condivisa da coppie dello stesso sesso – nella questione sfociata nella sentenza 32 una coppia di donne, nella questione affrontata dalla sentenza 33 una coppia di uomini – ricorrendo, all'estero, l'una a fecondazione eterologa e l'altra a maternità surrogata. Al progetto riproduttivo è seguita, dopo la nascita, una genitorialità di fatto condivisa tra le/i partner della coppia e il consolidarsi di un legame genitoriale non solo con i genitori *biologici* (più precisamente la madre in senso genetico e di gravidanza nella coppia

donna e mina nel profondo le relazioni umane», v. B. Pezzini, *Interpretare attraverso il diritto le relazioni che permettono la riproduzione (conclusioni)*, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, Cirsde, 2019, p. 200; più radicalmente in senso negativo S. Niccolai, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017.

¹¹ Di norma, dove ciò avviene legittimamente si preferisce che le donne siano due: donatrice di ovuli e madre biologica.

¹² Corte cost. 272/2017, cit. in nota 9; SS.UU. Cassazione 12193/2019.

femminile e il padre genetico nella coppia maschile), ma anche con i genitori intenzionali (co-madre e co-padre nelle rispettive coppie)¹³.

Il primo caso ha origine da un'ordinanza di rimessione del Tribunale di Padova, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge 40/2004 e 250 del codice civile osservando che, interpretate sistematicamente (in particolare dovendo tenere conto dell'esclusione di coppie dello stesso sesso disposta dall'art. 5¹⁴), tali norme non consentirebbero 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 da parte della madre intenzionale che ha prestato il consenso alla pratica fecondativa, se non sia possibile procedere all'adozione nei casi particolari, qualora sia accertato giudizialmente l'interesse del minore (RIF 1.2). Il contrasto ravvisato è con gli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo*, e agli artt. 8 e 14 CEDU).

Il giudice *a quo* indirizza, quindi, il dubbio di costituzionalità sui limiti della legislazione *a monte* della nascita, poiché da essa desume l'impossibilità di riconoscere lo *status* di figli ai nati da PMA eterologa praticata da una coppia di donne, da cui il vuoto di tutela, quando, come nel caso di specie, il dissenso espresso dalla madre biologica renda impossibile l'accesso della madre intenzionale all'adozione in casi particolari; di conseguenza ipotizza una pronuncia che, superando detti limiti, consenta alla madre intenzionale di ottenere il riconoscimento del legame genitoriale sulla base dell'art. 8 della legge, in quanto componente di una coppia che «*ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche*» in questione¹⁵.

¹³ Scelgo consapevolmente di declinare il più possibile il genere delle persone coinvolte, pur scontando un certo appesantimento del discorso, per la necessità avvertita di un uso del linguaggio consapevole della differenza di genere e capace di darle rilevanza.

¹⁴ RIF 1.2 e CID 2.2: per escludere l'eccezione di *aberratio ictus* sollevata dall'Avvocatura di Stato la sentenza osserva:

«*Poiché "ricorre l'inammissibilità delle questioni per aberratio ictus solo ove sia erroneamente individuata la norma in riferimento alla quale sono formulate le censure di illegittimità costituzionale" (sentenza n. 224 del 2020), si deve ritenere che questo non accada nel caso qui esaminato. Il Collegio rimettente correttamente censura gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, poiché da essi si desume l'impossibilità di riconoscere lo status di figli ai nati da PMA eterologa, praticata da una coppia di donne, e da essi si fa discendere il vuoto di tutela, quando si manifesta il dissenso della madre biologica all'accesso della madre intenzionale all'adozione in casi particolari, con conseguente pretesa lesione degli indicati parametri costituzionali.*»

¹⁵ Nel motivare in ordine alla rilevanza il giudice *a quo* sottolinea come «*solo l'accoglimento delle questioni consentirebbe di accogliere le domande*» proposte dalla ricorrente nel giudizio principale, rivolte al riconoscimento della genitorialità ex art. 8 (RIF 1.2 ultima frase); a sua volta, la ricorrente, costituitasi nel giudizio di costituzionalità, argomenta a favore di una sentenza di accoglimento additiva, che ritiene a rime obbligate, in quanto il vuoto di tutela potrebbe essere colmato solo «*estendendo anche ai nati nell'ambito di un progetto di PMA, praticata da una coppia di donne, quel che già le disposizioni censurate garantiscono agli altri nati da fecondazione assistita, ossia l'attribuzione dello status di figlio*»

Il secondo caso si deve alla prima sezione civile della Corte di cassazione che dubita della legittimità costituzionale dell'art. 12, co. 6, l. 40/2004 per come interpretato in combinato disposto con l'art. 64, co. 1, lett. g) della l. 281/1995 e con l'art. 18 del d.p.r. 3962000, n. 396 «*nella parte in cui non consentono, 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 gestione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico*».

I parametri costituzionali che si assumono violati sono gli artt. 2, 3, 30, 31, 117, primo comma, della Costituzione (in relazione all'art. 8 CEDU, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo*, e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - CDFUE).

Anche in questo caso, in sostanza, ad essere messa in discussione è, *a monte* della nascita, la portata del divieto di maternità surrogata, più precisamente l'interpretazione del divieto ex art. 12 come principio di ordine pubblico ostativo al riconoscimento e trascrizione dei provvedimenti che, all'estero, attribuiscono al genitore intenzionale la qualità genitoriale (interpretazione che il giudice *a quo* ritiene consolidata come diritto vivente nella pronuncia delle SS.UU. Cassazione n.12193/2019 e tale da impedire una diversa interpretazione adeguatrice). Nel caso di specie si tratta del riconoscimento di una paternità intenzionale che affiancherebbe quella riconosciuta in quanto paternità biologica, ma la questione riguarderebbe in modo analogo il riconoscimento della maternità intenzionale a fianco della paternità biologica.

Nelle due pronunce si conferma che la Corte continua a manifestare estrema prudenza, se non ritrosia, rispetto alla possibilità di intervenire sul quadro normativo *a monte* (profilo che attiene alla regolamentazione della riproduzione e genitorialità dal lato dei genitori), concentrandosi di conseguenza sul riconoscimento dell'indispensabilità e dell'urgenza di un intervento *a valle*, che rimuova gli effetti di tale quadro normativo in pregiudizio dei diritti dei minori (osservando riproduzione e genitorialità

e il riconoscimento della responsabilità genitoriale di ambedue i genitori, che siano tali per aver preso parte e aver consentito in condivisione al progetto di procreazione, quando sia accertato l'interesse del minore» (RIF 2); analogamente si esprime Avvocatura per i diritti LGBTI intervenuta come amicus curiae: «Il consenso alla PMA – espresso all'estero da due donne in forme equivalenti a quelle previste dall'art. 6 della medesima legge n. 40 del 2004 – sarebbe idoneo e sufficiente all'assunzione della responsabilità genitoriale rispetto al nato in Italia, dal momento che l'art. 8 della citata legge tutela il nato a prescindere dalle concrete condotte di chi lo ha voluto» (RIF. 5).

dal lato dei figli), pur con qualche diversità di accenti tra la sentenza 32 e la 33, che corrisponde al permanere di una netta chiusura nei confronti della surrogazione, in continuità con i precedenti, e qualche cauta apertura alla fecondazione eterologa¹⁶.

3. Un fermo monito al legislatore, anzi due

In entrambe le pronunce in questione la Corte, pur concludendo con un dispositivo di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, ha contemporaneamente rivolto al legislatore forti sollecitazioni a intervenire nella materia per colmare un vuoto normativo riconosciuto come intollerabile e ha fornito indicazioni che orientano l'attività legislativa, suggerendo in particolare – come soluzione alternativa, nella sentenza 32, o preferenziale, nella 33 – la via di un'ideale estensione delle forme di adozione legittimante.

Articolando e ampiamente argomentando le proprie sollecitazioni, nella forma di veri e propri *moniti*, la giurisprudenza costituzionale non si rivolge solo al legislatore, ma intesse un dialogo che coinvolge anche i giudici.

La complessa articolazione delle due sentenze appare, infatti, riconducibile alle più recenti evoluzioni della tipologia monitoria, che delineano i binari degli sviluppi successivi delle questioni, rimettendo in via prioritaria al formante normativo la responsabilità di attuazione della costituzione tramite l'adozione di una soluzione normativa adeguata, ma contemporaneamente prefigurando, in alternativa alla non remota possibilità di un protrarsi dell'inerzia legislativa, forme e modi per un successivo intervento del giudice delle leggi in grado di rimediare alle accertate lacune¹⁷.

Un profilo – sul quale tornerà la parte conclusiva di questo contributo – rimarcato anche dall'insistenza con cui la stessa Corte costituzionale ha sollecitato l'attenzione sulle due sentenze in questione attraverso ben due comunicati per ciascuna pronuncia (il primo per annunciare l'esito della camera di consiglio, il secondo per informare del deposito della sentenza), che indubbiamente interpellano in via primaria, in prospettiva *de iure condendo*, opinione pubblica e legislatore, ma insieme pretendono l'attenzione di tutti gli operatori e in particolare dei giudici, indirizzandone

¹⁶ M. Acierno, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità*, in www.questionegiustizia.it, 07/04/2021, par. 3, non esclude che possa non ritenersi più del tutto interna alla discrezionalità legislativa la scelta limitativa del legislatore del 2004, peraltro contraddetta dalla assoluta certezza del consenso prestato anche alla fecondazione eterologa.

¹⁷ Con la consueta tempestività lo osserva criticamente A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in Consulta online, 1/2021, 11 marzo 2021, <https://www.giurcost.org/studi/ruggeri119.pdf>.

le strategie di riproposizione delle questioni in caso di perdurante inerzia del legislatore.

La sentenza 32 viene preannunciata il giorno stesso della camera di consiglio (28 gennaio 2021) da un comunicato¹⁸ che individua la condizione bisognevole di adeguata – nel senso di «piena» – tutela dei «nati in una coppia di donne mediante fecondazione eterologa» e sottolinea sin dal titolo il monito rivolto al legislatore; monito qualificato poi nel testo come «forte», affinché vengano individuate «urgentemente le forme più idonee di tutela dei minori, anche alla luce delle fonti internazionali ed europee». Nel secondo comunicato, che il 9 marzo dà notizia del deposito della sentenza¹⁹, l'esigenza di una legge che garantisca pieni diritti alla cura, all'educazione all'istruzione, alla stabilità dei rapporti affettivi diventa «indifferibile» e il vuoto di tutela dell'interesse del minore nato da fecondazione eterologa praticata all'estero da due donne il cui rapporto sia poi divenuto conflittuale si rivela «grave», tale da non essere «più tollerabile se si protrarrà l'inerzia del legislatore». La dichiarazione di inammissibilità, giustificata dal richiamo della priorità del legislatore nell'individuare il punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti evitando di generare disarmonie del sistema, è dunque chiaramente proposta come tappa intermedia, essendo stati anche indicati, in via esemplificativa, gli ambiti entro cui potrebbe svolgersi l'intervento del legislatore – dalla riscrittura delle previsioni sullo *status filiationis*, a una nuova tipologia di adozione che garantisca tempestivamente la pienezza dei diritti dei nati.

Contestuale alla camera di consiglio (pure del 28 gennaio) è anche il primo comunicato relativo alla sentenza 33²⁰, che sollecita nel titolo «forme più adeguate di tutela del bambino nato all'estero con la tecnica della maternità surrogata» e richiama nel testo l'esistenza di un provvedimento giudiziario straniero che attribuisce lo stato di genitori a due uomini italiani uniti civilmente che hanno fatto ricorso alla surrogazione; pur constatando la carenza di tutela degli interessi del bambino, il comunicato ribadisce il divieto penalmente sanzionato, preannunciando la decisione di inammissibilità «nel doveroso rispetto della discrezionalità» – sia pure solo «allo stato» e con contestuale richiamo della «necessità di un intervento del legislatore». L'intervento

¹⁸ «Monito al legislatore: urgente garantire piena tutela ai nati in una coppia di donne mediante fecondazione eterologa», in

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20210128192038.pdf.

¹⁹ «Fecondazione eterologa praticata da due donne all'estero: indifferibile una legge per garantire ai nati pieni diritti alla cura, all'educazione, all'istruzione, alla stabilità dei rapporti affettivi», in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20210309112033.pdf.

²⁰ «Il legislatore dovrà trovare forme più adeguate di tutela del bambino nato all'estero con la tecnica della maternità surrogata» in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20210128193553.pdf.

del legislatore diventa «*indifferibile*» nel comunicato di deposito della sentenza (la scansione dei tempi delle due pronunce, che hanno un diverso giudice relatore/redattore²¹, procede in parallelo e anche la sentenza 33 è depositata il 9 marzo)²²; ribadite le ragioni del divieto a monte, e ammesso il bilanciamento dell'interesse del minore a ottenere il riconoscimento anche giuridico dei legami che nella realtà fattuale già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia con la finalità di disincentivare il ricorso alla pratica vietata della surrogazione di maternità, una soluzione idonea viene individuata nel riconoscimento del rapporto anche giuridico con il genitore intenzionale nelle forme di «*un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione*» una volta accertata la corrispondenza in concreto agli interessi del bambino.

Si è trattato dunque, in entrambi i casi, di moniti espressi con particolare incisività e indirizzati a un aggiornamento e ripensamento della normativa in materia di adozioni, tale da renderla accessibile a coppie genitoriali dello stesso sesso (ai/alle singole componenti di coppie genitoriali dello stesso sesso), in quanto strumento ritenuto idoneo a garantire che sia possibile raggiungere «*la soluzione ottimale "in concreto" per l'interesse del minore*», nella prospettiva indicata come la declinazione nazionale, fondata sugli articoli 30 e 31 Cost., dei *best interests* / dell'*intérêt supérieur* del minore di cui alla Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959²³.

3.1. La sentenza 32: nascita da fecondazione eterologa entro un progetto riproduttivo e genitoriale condiviso da due donne

La sentenza 32 prende le mosse da una questione relativa alla condizione di due gemelle nate a seguito di PMA eterologa praticata in un altro paese, in conformità alla legge dello stesso, da una donna, madre biologica, che aveva intenzionalmente condiviso con un'altra donna, partner di unione omoaffettiva, il progetto genitoriale, comprensivo delle modalità di realizzazione del progetto riproduttivo tramite accesso alla fecondazione eterologa con donatore anonimo di gameti maschili; le due donne avevano anche esercitato le funzioni genitoriali congiuntamente per circa cinque anni, dando vita con le figlie minori a una comunità di affetti e di cure; sopraggiunta la crisi della coppia omosessuale femminile e cessata, dopo

²¹ Rispettivamente la giudice Sciarra per la sentenza 32 e il giudice Viganò per la sentenza 33.

²² «Per tutelare i nati da maternità surrogata occorre un riconoscimento giuridico del legame tra il bambino e la coppia che se ne prende cura» in

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20210309112909.pdf.

²³ Ne parla in questi termini come principio così felicemente riformulato dalla giurisprudenza costituzionale la sent. 33, CID 5.3, richiamando la pronuncia capostipite n. 11/1981, e le più recenti 272/2017, 76/2017, 17/2017 e 239/2014.

quasi cinque anni la convivenza, l'opposizione della madre biologica aveva impedito che il legame di fatto tra la madre intenzionale e le bambine potesse ottenere anche un riconoscimento giuridico, nella sola forma attualmente possibile, vale a dire utilizzando l'adozione in casi particolari (ex art. 44, comma 1, lettera d), della legge 184/1983), che, come noto, presuppone necessariamente il consenso del genitore biologico.

Da qui la decisione della madre sociale di agire in giudizio per ottenere il riconoscimento della genitorialità di intenzione e la rimessione da parte del Tribunale di Padova della questione di costituzionalità.

La Corte costituzionale ricostruisce come, in una tale situazione, il rapporto di filiazione *«effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana»* delle bambine con la madre intenzionale non abbia potuto attingere la sfera della rilevanza giuridica e come, di conseguenza, siano rimasti affatto privi di tutela i connessi *diritti delle minori al mantenimento, alla cura, all'educazione, all'istruzione, alla successione e, più semplicemente, alla continuità e al conforto di abitudini condivise*²⁴. Viene così accertata una lacuna *«preoccupante»*: che discrimina i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne, dal momento che li colloca in una condizione *«deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo»*, compromettendo la tutela dei loro interessi, ed è lesiva del diritto al riconoscimento dello *status filiationis*, elemento costitutivo dell'identità personale protetta dall'art. 2 Cost. oltre che dalla Convenzione sui diritti del fanciullo²⁵.

All'accertamento dell'incostituzionalità, tuttavia, la Corte costituzionale non ritiene di poter far seguire *tout-court* e con immediatezza una dichiarazione di incostituzionalità capace di porre rimedio al riscontrato vuoto di tutela, perché il necessario contenuto *positivo* che la decisione dovrebbe integrare non ha una configurazione univoca, ma ammette una pluralità di opzioni ugualmente rispondenti a *«un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti»*.

Concludendo il giudizio nel senso dell'inammissibilità della questione sollevata, la Corte ha così riassunto il proprio invito al legislatore:

«Nel dichiarare l'inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di

²⁴ Così testualmente la sentenza CID 2.4.1.3

²⁵ Con richiamo sul punto alla sent. 494/2002.

tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia.»

3.2. La sentenza 33: nascita entro un progetto genitoriale condiviso (da due uomini) ricorrendo all'estero alla surrogazione di maternità

La sentenza 33 affronta una diversa questione, che riguarda lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica all'estero della maternità surrogata, vietata nell'ordinamento italiano dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004; la vicenda interessata dal giudizio *a quo*, in particolare, fa riferimento alla possibilità di dare effetto nell'ordinamento italiano a provvedimenti giudiziari stranieri che riconoscano come genitore del bambino non solo il genitore cosiddetto "biologico", ma anche la persona che abbia condiviso il progetto genitoriale pur senza fornire il proprio apporto genetico (genitore d'intenzione). Il caso che ha dato origine al giudizio riguarda un bambino nato nel 2015 in Canada da una donna nella quale era stato impiantato un embrione formato con i gameti di una donatrice anonima e di un uomo di cittadinanza italiana (P. F.), unito in matrimonio in Canada – con atto poi trascritto in Italia nel registro delle unioni civili – con altro uomo, pure di cittadinanza italiana (F. B.), con il quale aveva condiviso il progetto genitoriale.

Anche in questo caso, dunque, la genitorialità intenzionale rileva nella specie di una co-paternità condivisa nell'ambito di una coppia dello stesso sesso, maschile.

Tuttavia, il ricorso allo speciale contributo al progetto riproduttivo fornito da una madre biologica estranea alla coppia conferisce alla questione una dimensione che in qualche misura trascende la problematica della omogenitorialità, dal momento che, come già rilevato, non diversa sarebbe stata la questione nel caso di una maternità intenzionale condivisa con un padre biologico ricorrendo all'estero alla maternità surrogata.

Come nel precedente, anche in questo caso la Corte costituzionale riscontra l'esistenza di un interesse del minore non adeguatamente tutelato, perché « *laddove il minore viva e cresca nell'ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il progetto del suo concepimento, ma lo abbiano poi continuativamente accudito, esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe, e non solo con il genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata*» (CID 5.4).

La necessità di bilanciare tale interesse con la «*legittima finalità di disincentivare*» la pratica della surrogazione – che di per sé giustifica il mantenimento della non trascrivibilità di provvedimenti giudiziari o atti stranieri che indichino quale genitore il padre d'intenzione (CID 5.7: i principi costituzionali non ostano alla soluzione cui sono pervenute le SS.UU. Cassazione) – porta a individuare un punto di equilibrio assicurando «*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*», indirizzando la soluzione al difetto di tutela del minore non già agendo *a monte* della nascita – ridimensionando la portata del divieto ex art. 12 – bensì *a valle*, affidando al legislatore, cui «*non può che spettare in prima battuta*», il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela dei bambini nati da maternità surrogata.

«*Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore*».

4. Punti di contatto e differenze tra le questioni di costituzionalità

Volendo ora, pur sinteticamente, meglio precisare i contenuti delle due sentenze, in generale e con riguardo alla componente monitoria, può risultare utile distinguere le considerazioni che si riferiscono alla dimensione normativa *a monte* della nascita da quelle *a valle*.

4.1. A monte della nascita

A monte le due questioni mostrano significative differenze.

Innanzitutto, il limite posto dall'art. 5 della legge 40 nei confronti delle coppie eterosessuali risponde a semplici scelte discrezionali del legislatore; la sentenza 32 conferma che, come già era stato riconosciuto nella sent. 221/2019²⁶, la scelta normativa non è, di per sé, contraria a costituzione, ma non è neppure costituzionalmente dovuta o preferibile, tanto che si può osservare che la sua elusione «*non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali*» (CID 2.4.1.3).

²⁶ Già nella sent. 221/2019 era stato detto che la scelta espressa dalla legge 40 «si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce in subiecta materia, pur rimanendo quest'ultima aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata».

L'argomentazione procede valorizzando ampiamente l'intenzionalità genitoriale nei termini della responsabilità che assume «*chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo [il nuovo nato] assumendone le relative responsabilità*». Si recupera la ricostruzione della posizione costituzionale del minore nato da PMA emersa nella giurisprudenza costituzionale prima della legge 40/2004 e direttamente fondata sugli artt. 2, 30 e 31 Cost. (nella sentenza 347/1988), sganciando l'intenzionalità da un troppo stretto e univoco legame con gli artt. 8 e 9 della legge 40/2004 che, semmai, rappresenterebbero uno svolgimento dei principi costituzionali. Il riconoscimento di un fondamento autonomo dalla legge 40 consente di allargare l'orizzonte della intenzionalità oltre i confini definiti dalle scelte di fondo che definiscono la *ratio* e l'impianto della legge del 2004 (che avevano, invece, profondamente marcato l'approccio della sent. 221/2019), aprendo alle evoluzioni dell'ordinamento che «*muovendo dalla nozione tradizionale di famiglia, ha[nno] progressivamente riconosciuto – e questa Corte lo ha evidenziato – rilievo giuridico alla genitorialità sociale*»²⁷.

Si deve, comunque, avvertire che la valorizzazione dell'intenzionalità in quanto assunzione di responsabilità viene guardata nella prospettiva dell'interesse del minore; pur agendo, per così dire, *a monte* della nascita – in quanto si riferisce a, e si innesta su, decisioni e comportamenti dei soggetti che danno vita a un progetto genitoriale – resta, infatti, tutta orientata dalla prospettiva di produrre effetti *a valle*, senza affermare, né costruire pretese alla genitorialità: in questa prospettiva, infatti, la sentenza 347/1988 viene richiamata anche nella sentenza 33, a dire di un fascio di doveri, funzionali agli interessi del minore e inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali, «*ai quali non è pensabile che possano ad libitum sottrarsi*» coloro che si prendono cura del bambino, coloro che l'hanno accudito sin dalla nascita e condiviso la decisione di farlo venire al mondo (e nel complesso dell'argomentazione l'intenzionalità del progetto genitoriale è soprattutto un argomento che rafforza il riconoscimento della realtà fattuale di una stabile comunità di affetti).

Questo anche perché, nella sentenza 33, a monte della nascita continua a pesare il più radicale divieto espresso dall'art. 12, comma 6, nei confronti della surrogazione di maternità.

La sentenza tiene ferma la condanna della surrogazione di maternità riproponendo le argomentazioni delle Sezioni unite della Cassazione e della sentenza costituzionale 272/2017, cui aggiunge un argomento

²⁷ Guardando alla giurisprudenza costituzionale (si richiamano le sent. 272/2017 e 162/2014), alla riforma della filiazione (l. 219/2012), alla giurisprudenza europea che applica la preminente considerazione dell'interesse del minore ex art. 24 CDFUE.

significativo, sottolineando come gli accordi di maternità surrogata comportino il rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in condizioni disagiate, condizionandone le decisioni (CID 5.). Argomento che rafforza la tenuta del limite come espressivo di principi costituzionali, aggiungendo – nel riferimento alla libertà come condizione e non come astratta possibilità di scelta²⁸ – una opportuna dimensione di concretezza alla declinazione della dignità della donna per come era stata richiamata nella sentenza 272/2017.

Condanna e disvalore della surrogazione permangono come controinteresse rispetto all'interesse del minore; la sentenza riconosce che lo scopo di disincentivare il ricorso alla maternità surrogata è uno scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento e coerentemente interpretato dalla giurisprudenza della Cassazione allorché nega la trascrizione del provvedimento straniero che attribuisce la genitorialità al genitore intenzionale (CID 5.5).

In questo quadro, il fatto che la coppia che ha fatto ricorso alla surrogazione sia dello stesso sesso è questione che attiene solo alla fenomenologia del caso *a quo*, e non viene specificamente considerata nell'argomentazione, se non per ribadire che l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale (CID 5.4).

Comune è, in entrambe, la sottolineatura che le pratiche vietate in Italia si sono comunque svolte nel paese prescelto dalle coppie in conformità alle leggi dello stesso (la Spagna per la coppia di madri – CID 2.4.1.3 – e il Canada per la coppia di padri – CID 5.7); nella sentenza 33 parrebbe addirittura che il rispetto della *lex loci* possa essere considerato come uno degli elementi che attestano la filiera di una positiva progressiva assunzione della responsabilità genitoriale e della costituzione del legame di fatto.

4.2. A valle della nascita

Nelle argomentazioni che considerano la situazione *a valle* della nascita le differenze si attenuano, pur non scomparendo del tutto.

Nella sentenza 32 lo spazio di discrezionalità del legislatore appare più ampio: l'introduzione di una tipologia di adozione che attribuisca con procedura tempestiva ed efficace la pienezza del riconoscimento di filiazione/genitorialità *sociale* concorre con la riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento²⁹; l'importante è un intervento organico,

²⁸ A. Facchi, O. Giolo, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Bologna, Mulino, 2020.

²⁹ Che A. Rotelli, *Pieni diritti per le bambine e i bambini con due mamme o due papà*, in www.diritticomparati.it, 22 marzo 2021, p. 5, ritiene preferibile.

certamente più facilmente alla portata del legislatore che non di un intervento manipolativo additivo, tanto che il mancato intervento della Corte si giustifica anche perché, allo stato («ora»), *«un intervento puntuale di questa Corte rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato»* (CID 2.4.1.4).

La Corte giustamente osserva che si verrebbe a creare un'evidente disarmonia se, seguendo l'impostazione della questione di legittimità costituzionale prospettata dal giudice rimettente, si introducesse in via additiva *«per il nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, il riconoscimento dello status di figlio, in caso di crisi della coppia e rifiuto dell'assenso all'adozione in casi particolari, laddove, invece, lo status – meno pieno e garantito – di figlio adottivo, ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184 del 1983, verrebbe a essere riconosciuto nel caso di accordo e quindi di assenso della madre biologica alla adozione»*. È anche vero che una soluzione di questo tipo avrebbe potuto essere prospettata e configurata attraverso un dispositivo di accoglimento *additivo di regola cedevole*: si sarebbe, infatti, trattato di indicare, ricavandola dall'ordinamento vigente, una regola costituzionalmente coerente ma non certo costituzionalmente obbligata, segnalando al legislatore la necessità di provvedere al più presto a ripristinare un regime organico coerente.

D'altro canto, è proprio la situazione peculiare determinata dalla rottura del rapporto di coppia tra le due madri a mostrare l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, resa impossibile dalla mancanza del consenso della madre biologica; e se già nella sentenza 230/2020, escludendo un diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso, la Corte aveva invocato l'intervento del legislatore osservando che *«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, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore»* (sent. 230/2020, CID 9.1), ora arriva a rimarcare come addirittura *«evidente»* che la condizione dei nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione peggiore rispetto a quella di tutti gli altri nati *«solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo»*. Ed è qui che viene inserito il richiamo alla sentenza 494 del 2002 che ha consentito il riconoscimento dei figli cosiddetti incestuosi: sia pure dicendo che i caratteri delle due situazioni sarebbero solo in parte assimilabili, la Corte lo usa per sottolineare che la *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile lesiva del diritto al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis* contrasta con il principio costituzionale di eguaglianza (CID 2.4.1.3).

Guardando alla situazione dei nati da surrogazione la sentenza 33 conferma che il metro di valutazione del bilanciamento tra interessi ordinamentali contrapposti risiede nel *principio della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore*, come declinato nell'ordinamento inter- e sovranazionale, ma anche già autonomamente radicato nell'ordinamento costituzionale (e riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale nella sent. 11/1981). E lo declina nello specifico affermando che *«l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio a quo, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo 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»* (CID 5.4, sottolineatura ns.).

Nel considerare che l'interesse del minore non possa ritenersi soddisfatto dal solo riconoscimento del legame con il padre biologico la sentenza sfiora il tema della *bi-genitorialità*, che interroga la necessità di connettere l'esperienza genitoriale alla esistenza di una *coppia*, non come semplice dato quantitativo (due meglio di uno), né qualitativo (due di sesso differente), ma in quanto rappresenta la situazione effettiva di condivisione di progetto riproduttivo e genitoriale: laddove *«il minore viva e cresca nell'ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il progetto del suo concepimento, ma lo abbiano poi continuativamente accudito, esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale, è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe, e non solo con il genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata»*³⁰.

Su queste basi, il punto di equilibrio del bilanciamento necessario viene ricavato dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU in materia, che appare corrispondere anche all'insieme dei principi costituzionali (CID 5.7), individuando tre condizioni qualificanti: che il riconoscimento giuridico dei legami tra bambino e genitore d'intenzione sia garantito al più tardi quando tali legami si sono concretizzati; che sia in grado di costituire un legame di vera e propria filiazione; e che siano garantite l'effettività e la celerità della sua messa in opera (CID 5.6).

³⁰ Si tratterebbe della dimensione costitutiva della bi-genitorialità, nel senso che il legame di coppia viene a costituire il fondamento del riconoscimento dell'esistenza di una relazione familiare: più ampiamente sull'evolversi nell'ordinamento della nozione stessa di bi-genitorialità v. B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, p. 206 ss.

Per quanto il riconoscimento avvenga solo a posteriori e resti subordinato a una verifica in concreto da parte del giudice – indirizzata dalle condizioni appena indicate – non dovrà «strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata»: compare qui il richiamo della sentenza 494/2002 sul riconoscimento dei figli nati da incesto, comune alla sentenza 32, ma con la diversa finalità di evitare le soluzioni squilibrate e in pregiudizio del minore che si avrebbero precludendo l'acquisizione piena di uno *status filiationis* «in ragione soltanto della condotta penalmente illecita dei loro genitori»³¹.

Da ultimo, e in conclusione di questo inquadramento dei contenuti argomentativi delle due sentenze, un cenno alla sottolineatura con cui sopra (in riferimento al par. CID 5.4.) si è voluto evidenziare che, almeno in quel passaggio, traspare la consapevolezza del ruolo e della figura della madre biologica, nella molteplicità delle figure genitoriali coinvolte nell'intrecciarsi di progetto riproduttivo e genitoriale attraverso la pratica della surrogazione di maternità.

La sentenza non si occupa dei rapporti giuridici tra la madre biologica e il bambino, che dice «eventuali», ma almeno li menziona (mentre ignora completamente i rapporti tra la madre biologica e i genitori intenzionali, se non – forse – per una remota allusione quando segnala positivamente il rispetto della *lex loci* che, si immagina, avrà dovuto farli oggetto di disciplina): lasciando intravedere il nodo ineludibile di qualsiasi approccio al tema che non si accontenti della ipocrisia di guardare solo a valle, perché il principio dell'interesse del minore resta il criterio ragionevole e doveroso attraverso il quale affrontare tutti gli *incerti del mestiere di vivere* che possono aver preceduto la nascita del nuovo essere umano, ma la sua applicazione lascia filtrare solo alcuni dei profili qualificanti nel contesto complesso delle relazioni implicate da un'esperienza di surrogazione³².

Anche nell'esperienza relazionale complessa di un progetto riproduttivo che accetta il ricorso alla tecnologia, moltiplica i soggetti coinvolti ed implica un peculiare collegamento con il progetto genitoriale di soggetti parzialmente estranei al progetto riproduttivo, va identificata l'*essenzialità del femminile nella vita umana*, sempre presente nella riproduzione. La madre biologica sta al centro sia della relazione di gravidanza che

³¹ Il richiamo della 494/2002 è accompagnato da quello della 102/2020, che ha dichiarato pure costituzionalmente illegittima l'automatica applicazione della sanzione accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale in capo al genitore autore di un grave delitto commesso a danno del figlio, in ragione della possibilità che tale automatismo – finalizzato anche a lanciare un messaggio di deterrenza nei confronti dei potenziali autori di reati – finisse per risolversi in un pregiudizio per gli stessi interessi del minore.

³² Il tema è sviluppato in B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna* cit.

costituisce l'origine di un nuovo essere umano, sia delle relazioni con i genitori intenzionali, protagonisti del progetto genitoriale; il suo ruolo e la sua figura rendono riconoscibile quell'origine materna che, diversamente da quella paterna, semplicemente genetica, è radicata in una significativa esperienza di relazione. Il progetto genitoriale è costituito dalle intenzioni di maternità e paternità genitoriale che hanno accompagnato e reso possibile quello specifico progetto riproduttivo, impensabile al di fuori della rete di relazioni tra la madre biologica ed i genitori intenzionali. La verità della nascita del nuovo essere umano è detta da tutte le relazioni che, intessendo il progetto riproduttivo e quello genitoriale, hanno reso possibile la sua nascita³³.

5. Qualche considerazione sull'evoluzione delle tipologie monitorie fra tutela dei diritti fondamentali, equilibrio dei poteri e accesso alla giustizia

Come già avvertito, le due pronunce si inseriscono anche nel quadro dell'evoluzione più recente impressa dalla giurisprudenza costituzionale alle tipologie monitorie³⁴.

In entrambi i casi la Corte, pur costruendo i moniti in modo particolarmente incisivo, non si spinge sino ad adottare la *versione più forte* recentemente introdotta nel caso Cappato-Antoniani e poi replicata con le ordinanze in materia di diffamazione a mezzo stampa³⁵ e di ergastolo ostativo³⁶: versione che prevede una sequenza unitaria³⁷, costituita da un'ordinanza di rinvio con accertamento dell'incostituzionalità e monito al legislatore seguita, quando alla data del rinvio la situazione normativa sia rimasta immutata, dalla dichiarazione dell'incostituzionalità in una sentenza di accoglimento additiva cedevole³⁸.

³³ La grande complessità del tema è lucidamente delineata in un quadro comparatistico di notevole approfondimento da A. Di Martino, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Mimesis, 2020; v. S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017 (al cui interno sia consentito rinviare anche a B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile. Il principio nel nome della madre nella gravidanza per altri*, per un approccio che intende valorizzare la centralità della madre all'origine della vita anche nel confronto con la trama complessa di relazioni di una "gravidanza per altri").

³⁴ Un'evoluzione sottolineata esplicitamente nelle più recenti *Relazioni annuali* della Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia sul 2019 e del Presidente Coraggio sul 2020 (v. in particolare nell'*Annuario 2020*, *l'Intervista al Presidente* e il quaderno *Dialogo con il legislatore: moniti, auspici e richiami nella giurisprudenza costituzionale dell'anno 2020*, STU 321, aprile 2021, in <https://www.cortecostituzionale.it/annuario2020/index.html>).

³⁵ Ord. 132/2020.

³⁶ Ord. 97/2021

³⁷ Di un nuovo modulo monitorio parla R. Pescatore, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020, p. 343.

³⁸ Lo schema viene proposto per la prima volta nel caso Cappato-Antoniani, deciso dalla sequenza *ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019*. Negli altri due casi, per il momento, si è visto il primo passaggio, consistente nell'ordinanza di accertamento dell'incostituzionalità, monito al legislatore e

L'ordinanza di rinvio impone un seguito a data certa e la combinazione delle due pronunce configura *una (sola) decisione in due tempi e due atti*³⁹: il *vulnus* costituzionale viene compiutamente accertato nel primo tempo/atto della sequenza decisionale, rinviando, però, il momento in cui, dovendo della norma incostituzionale cessare l'applicazione, si produce materialmente il vuoto normativo conseguente alla dichiarazione di incostituzionalità; al secondo tempo/atto viene, di conseguenza, affidata la funzione di occuparsi degli effetti di tale accertamento, tenuti in sospenso dalla prima pronuncia. Con esplicita scelta⁴⁰, questa nuova modalità decisionale ha trasformato in una sequenza necessaria la successione – solo eventuale – di due decisioni ricostruibili – solo a posteriori – come collegate tra loro secondo lo schema della c.d. “doppia pronuncia”⁴¹.

Ed è al più consolidato modello ipotetico della doppia pronuncia che si torna nelle sentenze 32 e 33. Il primo passaggio decisionale (in cui la Corte costituzionale compie l'accertamento di un'incostituzionalità che non viene formalmente dichiarata e rivolge un monito al legislatore perché provveda a fornire la tutela costituzionalmente dovuta) è espresso in un atto autonomo e in sé compiuto, destinato a restare formalmente e concettualmente separato da un secondo momento decisionale, solo eventuale, che, constatato il fallimento del monito, dichiara l'incostituzionalità in una sentenza di accoglimento di tipo manipolativo capace di integrare la tutela già in precedenza affermata come dovuta.

Rispetto a più generici moniti e inviti del passato, tuttavia, la Corte costituzionale sembra tenere conto dell'esperienza della nuova tipologia; lo si può cogliere sia nei contenuti molto espliciti nel senso dell'accertamento dei profili di incostituzionalità; sia nel modo in cui sono

rinvio della trattazione; le questioni troveranno uno sviluppo, che dovrà essere coerente con l'evoluzione della specifica situazione, solo a seguito della prosecuzione della trattazione (rispettivamente fissata dalla ord. 132/2020 alla data del 22 giugno 2021 e prevista dal comunicato di cui alla nota precedente per il maggio 2022): il rinvio a udienza successiva prefigura uno scenario alternativo in cui, in mancanza dell'invocato intervento del legislatore, la Corte costituzionale farà seguire la declaratoria di incostituzionalità con i suoi effetti tipici, mentre, in caso di intervento del legislatore dovrà rimettere la questione al giudice *a quo* perché ne rivaluti la rilevanza alla luce dello *ius superveniens* (con la possibilità di anticipare qualche considerazione sul modo in cui il legislatore è intervenuto, per quanto l'evidente delicatezza suggerisca il massimo di *self restraint*, per evitare di alterare la logica dell'incidentalità).

³⁹ B. Pezzini, *Fine vita, sanità, salute nel caso Cappato/Antoniani: la sequenza decisionale ordinanza 207/2018 – sentenza 242/2019*, in *Corti supreme e salute*, 2020, p. 301.

⁴⁰ La sentenza 242/2019 al par. 4 CID afferma chiaramente che il rinvio disposto nell'ordinanza risponde «con diversa tecnica, alla stessa logica che ispira, nella giurisprudenza di questa Corte, il collaudato meccanismo della “doppia pronuncia”».

⁴¹ Che la Corte costituzionale descrive nel par. 11 CID dell'ord. 207/2018: «In situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (ad esempio: sentenza n. 23 del 2013 e successiva sentenza n. 45 del 2015)».

fornite espressamente indicazioni che orientano il legislatore, chiamato a intervenire nell'esercizio della sua responsabilità politica prima ancora che in omaggio alla sua discrezionalità⁴²; sia per come segnala con espressioni inequivocabili l'urgenza e la necessità di provvedere.

Come abbiamo avuto modo di vedere percorrendone le argomentazioni, la sostanza dell'accertamento dell'incostituzionalità e l'individuazione dei valori meritevoli di protezione costituzionale sono compiutamente anticipati nelle sentenze e servono a chiarire il quadro, individuando un'area di incostituzionalità (accertata, per quanto non ancora dichiarata) e sollecitando il decisore politico a porvi rimedio. Resta rinviato, invece, a una futura rimessione, qualora l'intervento del legislatore non ci fosse, la determinazione del perimetro degli effetti dell'incostituzionalità. Nella pronuncia che dovesse seguire, la *pars destruens* (di rimozione dell'incostituzionalità accertata dichiarandola in dispositivo) dovrà essere necessariamente integrata da una *pars costruens* che introduca una disciplina provvisoria per il tramite di una sentenza manipolativa additiva cedevole⁴³, facendosi carico di regolare quelle «specifiche esigenze di disciplina che, pur suscettibili di risposte differenziate da parte del legislatore, non possono comunque sia essere disattese» (CID 4).

Il secondo passaggio – già prefigurato nel *contenuto*, non solo per il vincolo di coerenza con l'accertamento di incostituzionalità che già risulta dalle sentenze, ma anche perché le sentenze hanno già chiaramente individuato le alternative percorribili – resta, tuttavia, eventuale nell'*an*; sarà, infatti, condizionato dalla capacità del legislatore di intervenire in sede di attuazione e, comunque, non potrà che dipendere da un nuovo caso che possa sollecitare la ripresentazione della questione davanti alla Corte costituzionale, tenendo anche conto del fattore tempo: nel senso che la rimessione dovrà anche avvenire in un momento che la Corte possa ritenere congruo a far ritenere esaurita la priorità del decisore politico.

Nelle tre occasioni in cui la sequenza monitorio-decisionale si è manifestata, il rinvio della trattazione, che ha garantito tempi certi alla

⁴² Nell'affermare la priorità necessaria del legislatore si rischia di perdere, o lasciare in secondo piano, l'aspetto di riconoscimento di una sua precisa responsabilità politica. La priorità – prima, e più ancora, che identificare una sfera riservata di attribuzioni – è coerente con la legittimazione democratica che al parlamento, in primo luogo, e al circuito decisionale governo-parlamento, di conseguenza, affida l'attuazione della costituzione: il legislatore è chiamato a esercitare la sua discrezionalità non solo e non tanto perché un ambito di discrezionalità c'è e gli spetta, ma perché solo esercitando il potere di scelta i rappresentanti assumono davanti ai rappresentati – dai quali sono stati legittimati e in nome e per conto dei quali agiscono pro-tempore – la responsabilità politica dell'esercizio della sovranità, essendo chiamati a interpretare il migliore inveroamento dei principi costituzionali possibile in quel momento (in quella legislatura) e a garantirne la realizzazione.

⁴³ Ricavando, dice la sent. 242/2019, «dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento (in questo senso, sentenze n. 40 del 2019, n. 233 e 222 del 2018 e n. 236 del 2016)».

soluzione della questione, è stato all'incirca di un anno⁴⁴. Il termine stabilito dalla Corte costituzionale – che non si rivolge in modo diretto e immediato a disciplinare l'esercizio della funzione legislativa, cosa che risulterebbe incompatibile con la natura stessa della funzione – ha individuato lo spazio temporale considerato *ragionevole* perché il legislatore possa predisporre soluzioni normative adeguate⁴⁵, che consentirebbero alla Corte di restare entro i confini del suo ruolo fisiologico di verifica della compatibilità di scelte già compiute dal legislatore⁴⁶, senza doversi trovare ad anticiparle. La dislocazione temporale della dichiarazione dell'incostituzionalità rispetto all'accertamento è resa necessaria dal rispetto dell'ordine costituzionale delle competenze, ma, per quanto la regolazione della materia debba essere *primariamente* rimessa al legislatore, la priorità non può comportare indefinitamente il sacrificio delle esigenze di tutela emerse, che può tollerarsi solo fino a che possa ritenersi ragionevole attendere l'attivarsi del legislatore.

Sotto quest'ultimo profilo, dovendo ipotizzare il *quando* di un secondo atto della diversa sequenza decisionale secondo il modulo della doppia pronuncia, è plausibile ricavare l'indicazione di un lasso di tempo *non inferiore* a un anno a disposizione del legislatore, convertendo l'orizzonte temporale assegnato al legislatore da termine massimo per il suo intervento, a tempo minimo ragionevolmente riservatogli (tempo minimo che la Corte in qualche misura assegna a sé medesima per ritenersi legittimata a proseguire con la dichiarazione di illegittimità e l'adozione della soluzione additiva cedevole). Potrebbe fornire un indizio in questo senso anche il fatto che la Corte abbia ritenuto di ripetere nella sentenza 32, e sia pure decisamente con più forza, il monito già rivolto al legislatore in una sentenza precedente (230/2020), essendo in effetti trascorsi solo pochi mesi dal suo deposito (avvenuto il 4 novembre 2020).

Nell'attesa di futuri sviluppi resta il disagio per la mancanza, allo stato, di una tutela che le sentenze 32 e 33 hanno riconosciuto come doverosa.

La rilevanza sociale delle questioni attinenti alle nuove genitorialità e la presenza di forme di attivismo giudiziario e *strategic litigation*, attestata anche dalle associazioni intervenute come *amici curiae*, rende certo il ripresentarsi davanti ai giudici di casi di minori in situazioni analoghe a quelle trattate davanti ai giudici *a quibus*: situazioni che, in assenza di

⁴⁴ L'ordinanza 207/2018, del 24 ottobre e depositata il 16 novembre, ha rinviato al 24 settembre 2018; la 132/2020, del 9 giugno e depositata il 22, ha rinviato al 22 giugno 2021; la 97/2021, del 15 aprile e depositata l'11 maggio, ha rinviato al 10 maggio 2022.

⁴⁵ Anche se, naturalmente, sull'effettiva adeguatezza di tale lasso temporale si può discutere.

⁴⁶ «Il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore»: così l'ord. 207/2018, par. 10 CID.

risposte legislative da molti ritenute improbabili⁴⁷, torneranno a interrogare la giurisprudenza costituzionale.

Ma intanto? Come può giustificarsi la mancata tutela proprio dei *best interests* dei minori coinvolti nei giudizi *a quibus*⁴⁸? La compromissione irreversibile dei rapporti nel caso delle bambine private del rapporto con la madre sociale ci appare in tutta la sua drammaticità, ma anche nella condizione del bambino che ha un padre a pieno titolo e uno solo parzialmente legittimato e riconosciuto dalla adozione in casi particolari potrebbero prodursi, nel perdurare dello stallo, effetti non reversibili.

L'equilibrio costituzionale dei rapporti tra legislatore e Corte costituzionale – che riconosce la priorità del primo negli interventi additivi – può ben spiegare la cautela nell'ottica di un giudice delle leggi necessariamente consapevole di tutti gli equilibri di sistema.

Lo dicono le parole attente usate dalla Presidente Marta Cartabia nella relazione sulla giustizia costituzionale del 2019, rimarcando che «*separazione e cooperazione tra poteri sono due pilastri coesenziali e complementari che reggono l'architettura costituzionale repubblicana*», dopo avere rilevato come «*il rispetto della necessaria separazione dei poteri*» debba ritenersi altrettanto essenziale del «*rapporto di collaborazione tra la Corte costituzionale e il Legislatore – Governo e Parlamento*».

Dunque, quanto è riconosciuto già in contrasto con la costituzione viene per il momento ancora tollerato per un bilanciamento con contrapposte esigenze che attengono fondamentalmente all'equilibrio fra organi costituzionali e poteri: ma la condizione della persona i cui diritti fondamentali sono violati può tollerare questo sacrificio?

La relazione Cartabia prosegue mettendo chiaramente in evidenza come la Corte nel corso della sua ultra-sessantennale esperienza di funzionamento abbia anche maturato una consapevolezza più articolata del rispetto dovuto alla funzione legislativa⁴⁹: se, in passato, «*trovandosi davanti a una pluralità di alternative possibili per rimediare al vizio di incostituzionalità, la Corte tendeva ad arrestarsi sulla soglia della inammissibilità, ora, sempre più frequentemente, decide nel merito*» individuando nella legislazione vigente una risposta costituzionalmente

⁴⁷ Esprime il suo radicale pessimismo in tal senso, parlando di un intervento parlamentare «*allo stato inverosimile*», M. Gattuso, Cagliari e Roma: le prime due decisioni dopo le sentenze della Corte costituzionale, in <http://www.articolo29.it/2021/cagliari-roma-le-prime-due-decisioni-le-sentenze-della-corte-costituzionale/?print=1>.

⁴⁸ A. Rotelli, *Pieni diritti per le bambine e i bambini* cit., p. 6.

⁴⁹ Già l'anno precedente la relazione Lattanzi aveva messo in luce che lo spazio di azione della giurisprudenza costituzionale fosse cresciuto in quanto sarebbe divenuto più agevole rinvenire, nella molteplicità di soluzioni di adattamento normativo astrattamente possibili, quella già presente nel sistema e meno distante dalla logica dello stesso sistema, prospettando l'intervento additivo della Corte come una sorta di supplezza che non sacrifica la discrezionalità del legislatore.

adeguata «anche se non obbligata, applicabile in via transitoria» sino all'intervento del legislatore (sentenza additiva cedevole). Non per questo si trasforma in «legislatore positivo», dal momento che il suo intervento resta, da un lato, condizionato dalla trama dell'ordinamento in vigore, dal quale solo la Corte può trarre una soluzione normativa che, analogicamente, adatta – e adotta – al fine di colmare la lacuna rilevata dall'incostituzionalità; ma anche perché, dall'altro, la soluzione normativa introdotta con la sentenza additiva, non essendo “a rime obbligate”, è intrinsecamente *precaria*, destinata a cedere nel momento in cui il legislatore decide di intervenire, dispiegando la diversa ampiezza della funzione legislativa, che sola può agire organicamente, riformare, mutare le coordinate ordinamentali complessive⁵⁰.

D'altra parte, se si riconosce l'esistenza di due principi costituzionali in tensione – da un lato, la necessaria rimozione dei vizi di illegittimità costituzionale e, dall'altro, l'altrettanto necessario rispetto del compito del legislatore – si deve agire nella prospettiva di un bilanciamento delle diverse funzioni e poteri assegnati agli organi costituzionali, senza sacrificarne irrimediabilmente uno, ma preservandoli entrambi.

Ma quando per la Corte costituzionale ci sono le condizioni per decidere nel merito, anziché arrestarsi sulla soglia dell'inammissibilità? Se nella legislazione vigente si rinvergono soluzioni costituzionalmente adeguate, per quanto non obbligate – sotto questo profilo si tratta evidentemente di una condizione, per così dire, preliminare⁵¹ – perché viene scelta la strada dell'inammissibilità con monito, anziché procedere direttamente all'accoglimento nella forma di un'additiva cedevole?

Cosa spinge (e cosa giustifica) la Corte ad adottare un *monito forte*, che nei contenuti esplicitati e nei riferimenti temporali prefigura la via di una *doppia pronuncia* - che resta comunque eventuale e di incerta temporalità – rinunciando alla forma di *monito ancora più forte*, modulo monitorio-decisionale unitario con rinvio a data certa?

Nello specifico dei casi trattati, lo stesso approccio è seguito nella sentenza 32, che ha alle spalle un precedente monito già rivolto al legislatore (sent. 230/2020) e nella sentenza 33, dove il monito al legislatore è formulato per la prima volta.

Nella sentenza 32 si sottolinea anche l'importanza di un intervento organico, ma l'argomentazione che rinvia al rischio che «un intervento puntuale» possa «generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato» non è del tutto convincente a fronte della carenza di tutela,

⁵⁰ La relazione Cartabia sviluppa una linea argomentativa volta a superare le obiezioni più radicalmente connesse alla natura giurisdizionale della Corte costituzionale, che ostacolerebbe qualsiasi intervento positivo sulle lacune dell'ordinamento: v. ad es. R. Romboli, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 104 ss.

⁵¹ V. sent. 206/2019.

considerato che un'additiva cedevole lascerebbe tutto lo spazio al legislatore per una ricostruzione armonica e sistematica.

Si tratta di questioni problematiche che le due sentenze sollevano con forza e che accompagneranno necessariamente la riflessione sugli sviluppi nell'utilizzo delle tipologie monitorie.

Ma, a prescindere da questi interrogativi sul sistema delle pronunce monitorie e sulle logiche del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore⁵², ci impegneranno comunque le questioni poste da casi simili.

Mi limito qui a un aspetto specifico, a partire dalla recentissima segnalazione di un caso sul portale di *articolo29*⁵³: la possibilità che i giudici di merito ritengano di poter giungere all'interpretazione conforme dell'art. 8 l. 40/2008, in particolare nel senso di consentire, in caso di PMA eterologa praticata da una coppia di donne, il riconoscimento della madre intenzionale iscrivendola nell'atto di nascita. Così la Corte d'appello di Cagliari che ha fatto specifico riferimento alla sentenza 32/2021⁵⁴, affermando che tale pronuncia «di natura processuale – essendosi il giudizio definito con una pronuncia di inammissibilità – non preclude la verifica, alla luce dei motivi di impugnazione, della possibilità, riconosciuta dal giudice di primo grado, di una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa vigente, ed in particolare degli artt. 8 e 9 L. n. 40/2004 ai fini di assicurare piena tutela al minore nato a seguito di un tale progetto».

Del resto la sentenza 32 sul punto si limita ad attestare, ai fini dell'ammissibilità della questione, che l'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa denunciata è stata esplorata e consapevolmente scartata dal Collegio rimettente, segnalando, da un lato, che l'interpretazione del giudice *a quo* risulta in linea con quella della giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 aprile 2020, n. 8029, e sentenza 3 aprile 2020, n. 7668), ma anche dando atto, dall'altro, che esiste un indirizzo divergente attestato da altre pronunce di merito, fondato sulla preminente esigenza, costituzionalmente garantita, «di tutelare la condizione giuridica del nato, conferendogli, da principio, certezza e stabilità» tenendo distinta la questione relativa allo stato del figlio da quella inerente alla liceità della tecnica prescelta per farlo nascere⁵⁵.

⁵² Su cui si esprime con accenti di forte preoccupazione A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità* cit.

⁵³ <http://www.articolo29.it/2021/cagliari-roma-le-prime-due-decisioni-le-sentenze-della-corte-costituzionale/>.

⁵⁴ Corte d'appello di Cagliari, decreto 29 aprile 2021, in <http://www.articolo29.it/decreto-16-04-2021/>.

⁵⁵ La sentenza richiama il Tribunale di Brescia, decreto 11 novembre 2020; il Tribunale di Cagliari, sentenza n. 1146 del 28 aprile 2020; la Corte d'appello di Roma, decreto 27 aprile 2020.

E similmente fa la sentenza 33, dando atto che il «rimettente ha plausibilmente motivato nel senso dell'impraticabilità di una interpretazione conforme, proprio in ragione dell'intervenuta pronuncia delle Sezioni unite, che ha formato il diritto vivente che il giudice a quo sospetta di contrarietà alla Costituzione» (CID 3.2), e soprattutto chiarendo – in risposta all'eccezione dell'Avvocatura che aveva sostenuto l'obbligo per una sezione semplice della Corte di cassazione di astenersi dal decidere in contrasto con il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite – che si tratta di questione che attiene al piano dell'interpretazione della legge, non a quello della verifica della compatibilità della legge, una volta interpretata, con la costituzione, ed è pertanto affidata dall'ordinamento italiano «a ogni autorità giurisdizionale durante qualsiasi giudizio, consentendo a tale autorità di promuovere direttamente questione di legittimità costituzionale innanzi a questa Corte». Di più: nel par. CID 5.7, la sentenza si limita ad affermare che i principi costituzionali *non ostano* alla soluzione cui sono pervenute le SS.UU. della Cassazione interpretando il limite dell'ordine pubblico, non dice che questa debba necessariamente essere l'unica interpretazione costituzionalmente ammessa.

A prescindere dalle differenze già riscontrate in ordine ai vincoli costituzionali dell'interpretazione – decisamente più rigidi nel caso della surrogazione di maternità – entrambe le sentenze sembrerebbero ora lasciare aperta all'interpretazione conforme una possibilità che in precedenza era apparsa sbarrata dai diversi accenti usati nella sentenza 221/2019, che non solo aveva ritenuto corretta l'affermazione del giudice a quo individuando «nell'univoco tenore letterale dell'enunciato normativo» un ostacolo «insormontabile», ma aveva anche sottolineato la sintonia dell'interpretazione escludente le coppie dello stesso sesso con l'ispirazione complessiva della legge⁵⁶.

Ma non solo.

Le chiare indicazioni di apertura alla struttura dell'adozione piena per regolare *a valle* della nascita la condizione dei nati da PMA e persino da surrogazione che resterebbero vietate *a monte*, sollecitano anche una

⁵⁶ CID 7: «Entrambi i giudici rimettenti escludono la praticabilità di una interpretazione conforme a Costituzione delle disposizioni censurate, ritenendo che una simile operazione ermeneutica trovi un insormontabile ostacolo nell'univoco tenore letterale dell'enunciato normativo.

L'affermazione appare corretta.

Stabilendo che alle tecniche di PMA possano accedere solo coppie formate da persone «di sesso diverso» (art. 5) e prevedendo sanzioni amministrative a carico di chi le applica a coppie «composte da soggetti dello stesso sesso» (art. 12, comma 2), la legge n. 40 del 2004 nega in modo puntuale e inequivocabile alle coppie omosessuali la fruizione delle tecniche considerate. Ciò, peraltro, in piena sintonia con l'ispirazione di fondo della legge stessa, sulla quale si porterà presto l'attenzione.

Opera, dunque, il principio – ripetutamente affermato da questa Corte – secondo il quale l'onere di interpretazione conforme viene meno, lasciando il passo all'incidente di costituzionalità, allorché il tenore letterale della disposizione non consenta tale interpretazione».

considerazione più ampia del tema dell'adozione in relazione all'omogenitorialità⁵⁷.

Un ripensamento che potrà condurre davanti alla Corte costituzionale le norme della l. n. 76 del 2016 che limitano la genitorialità, anche sociale, alle coppie omoaffettive anche in relazione alla corretta interpretazione dell'art. 74 c.c.⁵⁸.

E che, nella prospettiva di agire in favore dell'obiettivo di riconoscimento dell'omogenitorialità, potrà anche farci uscire dall'insistenza sul riconoscimento nei tribunali di una *intenzionalità* di per sé costitutiva – dimensione sin qui praticamente esclusiva, ma, a mio parere, non soddisfacente – per valorizzare e assecondare, invece, della genitorialità soprattutto l'aspetto funzionale alla costruzione di legami familiari (genitorialità sociale), ponendo all'ordine del giorno del dibattito politico una riforma delle norme in materia di adozione.

⁵⁷ A. Lorenzetti, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018.

⁵⁸ Come prontamente segnalato da M. Acierno, *La Corte costituzionale “minaccia” un cambio di passo sull'omogenitorialità*, in *Questione Giustizia*, 2021.