



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2021 FASC. I

(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

**ANCORA IN TEMA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA
(CHIOSE MINIME A MARGINE DI UN CORPOSO STUDIO RECENTE)**

22 FEBBRAIO 2021

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri
Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita*
(chiose minime a margine di un corposo studio recente)**

ABSTRACT: Taking its cue from a recent monographic study, the paper reconsiders some troubled issues in the field of medically assisted procreation, also with reference to the experiences gained in other legal systems, especially as regards the subjective requirements for access to reproduction techniques, heterologous fertilization, the prohibition of maternity subrogation.

SOMMARIO: 1. Note introduttive a riguardo della diversa prospettiva di studio usualmente adottata dai cultori di diritto costituzionale e da quelli di altre discipline positive nella osservazione dei materiali normativi e in merito ai rapporti tra “diritto politico” e “diritto giurisprudenziale”. – 2. Uno sguardo a talune esperienze maturate presso altri ordinamenti e l’esame di talune questioni specificamente riguardanti l’eugenetica. – 3. I requisiti soggettivi per l’accesso alla PMA e l’apertura alla fecondazione eterologa. – 4. Il perdurante, categorico divieto di surrogazione di maternità e la sofferta ricerca di una soluzione maggiormente articolata e conciliante. – 5. Una stringata notazione finale, in attesa di una nuova disciplina legislativa connotata da strutturale flessibilità e rispondenza ai valori costituzionali, nel loro fare “sistema”.

1. *Note introduttive a riguardo della diversa prospettiva di studio usualmente adottata dai cultori di diritto costituzionale e da quelli di altre discipline positive nella osservazione dei materiali normativi e in merito ai rapporti tra “diritto politico” e “diritto giurisprudenziale”*

Un filo rosso lega l’una all’altra parte dell’ampia ed accurata trattazione svolta da V. Tigano (d’ora innanzi: T.), componendole in un quadro unitario armonico e coerente. Per evidenziarlo, vorrei fare opera – come dire? – di... *psicanalisi*, tentando di estrarre ciò che è nascosto negli strati più profondi dell’opera, il “non detto”, che è però disvelato da alcuni cenni fatti qua e là, in ordine sparso.

L’opera è, dichiaratamente e conformemente alle attitudini di ricerca dell’A., di taglio penalistico, secondo quanto peraltro avvalorato dalla messe di richiami fatti a contributi dei cultori di questa disciplina, ma, in realtà, le basi portanti, nascoste come lo è la montagna sommersa di un *iceberg* del quale emerge solo la punta, sono di diritto costituzionale.

C’è una differenza di fondo tra i cultori del diritto costituzionale e quelli di ogni altra disciplina positiva; ed è che l’attenzione di questi ultimi è principalmente attratta (non dico esclusivamente ma lo è, appunto, in primo luogo) dalla ricerca del significato degli enunciati normativi specificamente riguardanti gli oggetti di volta in volta studiati, dalla verifica della loro coerenza interna, così come rispetto all’insieme del quale fanno parte, ecc.: in breve, questi studiosi si dispongono *all’interno* della normativa fatta oggetto di esame, penetrano nella sua struttura e ne osservano i tratti di fondo, descrivendone analiticamente i connotati. I costituzionalisti, invece, quale che sia la normativa presa in esame, si pongono sempre *dall’esterno* rispetto ad essa, *dal punto di vista della Costituzione*, costantemente preoccupati di verificare, in aggiunta alla coerenza interna (e, vorrei dire, più ancora di questa), la rispondenza della normativa stessa alla legge fondamentale della Repubblica, nonché ad altre fonti (anche di origine esterna), evocate in campo dalla Carta e, per ciò stesso, riconosciute parimenti idonee a porsi a parametro, in applicazione dello schema usuale della “interposizione” normativa¹.

* Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 14, del Regolamento della Rivista.

** Si tratta di V. TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Giappichelli, Torino 2019, presentato in occasione di un incontro di studio svoltosi il 19 febbraio 2021 per iniziativa dell’Università di Catania, nel corso del quale ho anticipato alcune delle riflessioni qui esposte.

¹ Su ciò, di recente e per tutti, A. FUSCO, *Il mito di Procruste. Il problema dell’interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 23 ottobre 2020, 250 ss., e *Il caleidoscopio normativo. La categoria dell’interposizione nell’esperienza del Giudice delle leggi*, in *Quad. cost.*, 1/2021.

È chiaro che anche i cultori di discipline diverse dal diritto costituzionale si pongono sempre il problema della validità delle norme di volta in volta rilevanti per il loro studio, così come d'altronde i costituzionalisti nulla possono dire in punto di validità se non dopo aver fatto luogo ad una opportuna messa a punto della disciplina subcostituzionale, ovviamente giovandosi al riguardo dei contributi degli specialisti di settore. Resta, ad ogni buon conto, la diversità della prospettiva da cui si osservano i materiali normativi in campo: i non costituzionalisti *dal basso*, i costituzionalisti *dall'alto*.

Ebbene, quest'ultima cosa è, in buona sostanza, ciò che ha fatto anche T., che non nasconde – sin dall'*incipit* del suo discorso – di giudicare la legge 40 una cattiva legge (in ciò, peraltro, come si sa, allineandosi, con originali svolgimenti, ad una lunga schiera di studiosi di vario segno ed orientamento), anzi – diciamo pure – una pessima legge².

Non per mero accidente, d'altronde, mette subito in chiaro come stanno le cose facendo opportuni richiami alle esperienze maturate in altri ordinamenti (e, segnatamente, la Francia, la Spagna e, soprattutto, la Gran Bretagna, l'ordinamento più *liberal*)³, sì da far risaltare, attraverso il loro raffronto, quanto sia penalizzante e – direi – culturalmente arretrato l'impianto della disciplina da noi adottata, tanto da essere stato fatto a pezzi – come pure è noto – dalla giurisprudenza costituzionale, oltre ad essere stato, in alcuni punti cruciali, rifatto a mezzo di alcune coraggiose (e, però pure, per vero, talora ardite) interpretazioni... *sananti*, operate dalla giurisprudenza comune⁴.

Volendo semplificare al massimo, sia pure col costo di una qualche forzatura teorico-ricostruttiva, può dirsi che T., al pari peraltro di altri studiosi delle questioni concernenti la riproduzione medicalmente assistita, nella alternativa di fondo tra il diritto positivo e la giustizia si schiera risolutamente dalla parte di quest'ultima: una giustizia, nondimeno, pur sempre costituzionalmente fondata e dalla Carta (e dai suoi valori) alimentata.

Si ha qui, sul terreno sul quale maturano le esperienze di PMA, una testimonianza particolarmente attendibile, illuminante, dello squilibrio che, in modo vistoso e in misura crescente, segna i più salienti svolgimenti del rapporto tra legislazione e giurisdizione, in ciascuna delle loro manifestazioni ed in tutte assieme o – se più piace altrimenti dire, prendendo a prestito una espressione che da noi, soprattutto dopo Pizzorusso⁵, ha avuto molta fortuna – tra “diritto politico” e “diritto giurisprudenziale”. Un sintagma, quest'ultimo, che ancora oggi è da taluno giudicato come espressivo di un vero e proprio ossimoro, ma su quest'autentico *punctum crucis* non è ora consentito indugiare,

² Non meno severo il giudizio datone da E. DOLCINI che, nella sua *Introduzione* al nostro incontro, ha qualificato la legge in parola come “ipocrita e discriminatoria”.

³ Qualche anno prima un rilevante contributo allo studio delle esperienze di procreazione medicalmente assistita dalla prospettiva del diritto costituzionale e in chiave comparata è stato portato a termine da S. PENASA, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; più di recente, v., poi, AA.VV., *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italofrancese*, a cura di L. Chieffi, Mimesis, Milano - Udine 2018; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, in Federalismi.it, 8/2020, 1° aprile 2020, 1 ss.

⁴ Facendo ora richiamo unicamente dei maggiori contributi della nostra dottrina venuti di recente alla luce, v., dunque, dopo il corposo studio di B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano 2017, part. S. AGOSTA, che ne ha trattato a più riprese (e, part., in forma organica, in *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali d'inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne, Roma 2020); A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, nonché, ora, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, in corso di stampa per i tipi della Giappichelli di Torino, spec. p. I, cap. IV, ma *passim*.

⁵ ... alla cui memoria, non a caso, è stata dedicata una Giornata di studio svoltasi a Pisa, dal titolo *Il diritto giurisprudenziale*, a cura di V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti - R. Tarchi, University Press, Pisa 2020 [ulteriori ragguagli sul tema possono, poi, volendo, aversi dal mio [Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie](#), pure *ivi*, 319 ss., nonché in questa [Rivista 2019/III](#), 707 ss.; in argomento, da ultimo, l'intervista di L. Salvato a R. Rordorf, dal titolo *Conversando su diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, in [Giustizia Insieme](#), 2 febbraio 2021.

evocando micidiali questioni di ordine teorico-generale e filosofico che richiederebbero uno spazio qui non disponibile ed approfondimenti comunque impossibili da realizzare in questa sede⁶.

T. argomenta con molta accuratezza la tesi, nella quale sin dall'inizio del suo discorso mostra di riconoscersi, secondo cui la giustizia ha avuto la meglio sul diritto scritto, allo stesso tempo tuttavia non nascondendosi che v'è ancora molta strada da fare prima di raggiungere la meta di un adeguato appagamento di alcune posizioni soggettive costituzionalmente protette. Non fa cioè passare sotto silenzio alcune aporie della costruzione giurisprudenziale e le non poche né lievi oscillazioni degli orientamenti col tempo maturati e di quelli ancora non nitidamente delineatisi.

Molto attento e scrupoloso è l'esame delle pronunzie delle Corti, interne ed europee, il loro raffronto e la messa in chiaro dell'incidenza che le une hanno esercitato sulle altre (in ispecie, le seconde sulle prime), nel corso di un mai finito e costantemente rinnovantesi "dialogo" tra gli operatori di giustizia (per riprendere qui pure un termine – come si sa – ormai in uso e, tuttavia, espressivo di una intrinseca, non rimossa ambiguità, così come peraltro si ha per le metafore in genere, efficaci e suggestive ma pure concettualmente imprecise, buone a molti usi⁷, ciascuno dei componenti dell'uditorio cui si rivolgono intendendole e portandole a frutto secondo occasionali convenienze).

È di tutta evidenza che l'affollamento degli operatori di giustizia sulla scena – specchio fedele e naturale proiezione dell'affollamento delle Carte dei diritti di cui essi sono garanti – agevola naturalmente il raffronto dei rispettivi orientamenti, obbligando insomma ciascuno di essi a tenere conto degli altri e, per ciò stesso, alla bisogna di adattare e rinnovare senza sosta il proprio punto di vista.

D'altro canto, l'attivismo giudiziario, che pure conosce espressioni assai varie per forme ed intensità, talora per vero francamente esasperate, è reso palese e veicolato da tecniche decisorie inusuali a getto continuo sfornate soprattutto dai tribunali costituzionali (penso, ad es. e per tutte, sul terreno speculare delle vicende di fine-vita, a *Cappato*), tecniche sollecitate a formarsi da vistose carenze e perduranti contraddizioni della legislazione⁸. Non si trascuri, infatti, la circostanza, a tutti nota ma sovente sottovalutata o, diciamo pure, dimenticata, per cui avverso le omissioni assolute del

⁶ Sulla micidiale questione della creatività della giurisprudenza, nella ormai sconfinata lett., v., di recente, G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in [Rivista AIC](#) 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss.; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss., e, dello stesso, ora, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in [Questione Giustizia](#), 4/2020, 29 dicembre 2020; R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in [Rivista AIC](#), 1/2019, 16 gennaio 2019, 1 ss.; in prospettiva giusfilosofica, almeno, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018. Infine, C.V. GIABARDO, *Per la chiarezza di idee in tema di creazione giudiziale di diritto e ruolo della giurisprudenza nel tempo presente (Riflessioni al confine tra filosofia del diritto, diritto comparato e diritto processuale civile)*, in [Giustizia Insieme](#), 4 settembre 2020, e, nella stessa *Rivista*, l'intervista di M. Brancaccio a V. MANES e L. PISTORELLI, dal titolo *Il giudice interprete o legislatore?*, 13 gennaio 2021, nonché, volendo, il mio [Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice \(tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali\)](#), in questa [Rivista 2020/III](#), 606 ss.

⁷ In tema, pertinenti rilievi in A. MORELLI - O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in [Rivista AIC](#), 1/2018, 19 marzo 2018.

⁸ Encomiabile, senza alcun dubbio, l'intento che anima e sorregge lo sforzo prodotto dalla giurisprudenza con l'invenzione di sempre nuove tecniche decisorie (alle volte per vero coraggiose, altre forse però temerarie), al fine di colmare i vuoti lasciati scoperti dalla legislazione, insopportabili e francamente odiosi laddove riguardanti i diritti fondamentali e forieri, dunque, di un *vulnus* profondo sia per i soggetti che ne sono titolari e che rischiano di vedere inappagate alcune aspettative intensamente avvertite e sia pure per la Costituzione, l'inerzia ancorché parziale del legislatore portando all'effetto di svuotare la legge fondamentale della Repubblica proprio del primo degli elementi che – secondo la mirabile, efficacissima definizione datane dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 – ne fanno la struttura e ne danno l'identità, connotandola rispetto ad ogni altro documento normativo: il riconoscimento dei diritti fondamentali.

Allo stesso tempo, non può tuttavia non rilevarsi che alcune delle tecniche in parola – e quella inaugurata con *Cappato* ne è l'emblema – fatalmente comportano un *vulnus* non meno grave al secondo degli elementi indicati nella Dichiarazione in parola, la separazione dei poteri; la qual cosa poi – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – inevitabilmente non resta senza conseguenze anche a carico del primo elemento.

legislatore non c'è, a conti fatti, rimedio che valga⁹. E, invero, nessuno può obbligare un legislatore riottoso e latitante ad un *facere*, ove non ne abbia la voglia, e, più ancora, a dar vita ad una buona legge, per quanto proprio con *Cappato* si sia consumato l'abbandono del limite delle "rime obbligate"¹⁰ (e, dunque, del rispetto del discrezionale apprezzamento del legislatore), sostituite – è stato efficacemente detto¹¹ – dai "versi sciolti"¹². E, tuttavia, anche dopo *Cappato*, un appiglio legislativo ci vuole pur sempre, al fine di giustificare l'appello alla Corte e dar modo a quest'ultima di far luogo – seppure talora in modo forzoso – alla "invenzione" della disciplina normativa mancante. Di contro, i giudici non possono trattenersi dal dare comunque una risposta alla domanda di giustizia che è ad essi rivolta, foss'anche nel senso di un *non liquet*, laddove la domanda stessa sia stata mal posta.

La Corte costituzionale, per bocca del suo Presidente *pro tempore*, G. Zagrebelsky, ha detto anni addietro che la "supplenza" alla quale essa si trova obbligata a far luogo nei riguardi del legislatore non è stata né "richiesta" né "gradita"¹³ ci si riferiva al tempo all'iperattivismo "coatto" della Consulta sul terreno dei rapporti Stato-Regioni, conseguente alla riscrittura del Titolo V operata nel 2001, non seguita da una organica legislazione attuativa; ma – com'è chiaro – il discorso è dotato di generale valenza).

Ebbene, con riguardo alle vicende d'inizio-vita (ed a quelle, apparentemente speculari, di fine-vita), abbiamo avuto (e seguitiamo incessantemente ad avere) plurime e convergenti testimonianze della "supplenza" in parola¹⁴, per vero in parte alimentata dalla giurisprudenza europea che, nondimeno, non poche volte si è ritratta avvalendosi dell'artificio retorico-argomentativo del margine di apprezzamento che va, ad ogni buon conto, riservato agli Stati. Una "supplenza" – dicevo – sicuramente incoraggiata da lacune ed incoerenze della legislazione, anche di quella dei Paesi che hanno dimostrato di essere maggiormente avanzati del nostro: difetti, questi della normazione in

⁹ Riferimenti di vario segno in prospettiva comparata possono aversi da V. BAZÁN, *Control de las omisiones incostitucionales e inconvenconales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Mexico 2017, e, più di recente, AA.VV., *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, a cura di L. Cassetti e A.S. Bruno, Giappichelli, Torino 2019. Infine, i contributi che sono in AA.VV., *Giustizia costituzionale e tutela dei diritti. Riflessioni maturate a partire dagli incontri del CAF 2020*, a cura di G. Famiglietti e S. Romboli, Università di Pisa - Istituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México 2021, parte III [ivi il mio contributo, dal titolo *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, 227 ss., già in Dirittifondamentali.it, 1/2020, 24 gennaio 2020, 193 ss.].

¹⁰ Significativa la circostanza per cui un autorevole studioso e giudice costituzionale, F. MODUGNO, abbia al riguardo discorso di un "progressivo commiato dal teorema delle 'rime obbligate'" (*Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss., spec. 115, per il riferimento testuale). In tema, nella copiosa lett., tra gli altri e di recente, R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cap. II degli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2020, 104 ss.; D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in Osservatorio costituzionale, 6/2020, 3 novembre 2020; C. PADULA, *A mo' di premessa: realtà e mito nella creatività procedurale della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, a cura dello stesso P., Editoriale Scientifica, Napoli 2020, 19 ss. Se n'è, poi, ampiamente discusso in occasione del Seminario su *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, tenutosi a Pisa il 25 ottobre 2019, i cui *Atti*, a cura di G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli, sono stati editi per i tipi della Editoriale Scientifica di Napoli nel 2020, e dell'altro su *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, svoltosi il 13 novembre 2020, i cui contributi possono vedersi in Federalismi.it, 3/2021, 27 gennaio 2021.

¹¹ D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss.

¹² In realtà, la giurisprudenza costituzionale sul punto, di cruciale rilievo, esibisce ad oggi vistose oscillazioni (e, diciamo pure, talune non rimosse incoerenze), peraltro puntualmente rilevate dalla più avvertita dottrina [A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in Rivista AIC, 4/2019, 26 novembre 2019, 154 ss.; v., inoltre, utilmente, C. PANZERA, *Esercizio sussidiario dei poteri processuali e discrezionalità legislativa nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 3/2020, V, 127 ss., e T. GIOVANNETTI, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore*, in AA.VV., *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*, A Roberto Romboli dai suoi allievi, Giappichelli, Torino 2020, 19 ss.].

¹³ Le pungenti parole qui fedelmente trascritte sono tratte dalla Conferenza stampa del 2004.

¹⁴ Assai istruttive, al riguardo, le indicazioni fornite dagli studi di S. AGOSTA e M.P. IADICICCO, sopra richiamati.

genere e della legislazione in ispecie, forieri di gravi torsioni istituzionali e guasti ancora più gravi a carico del corpo sociale, invero insopportabili poi se coinvolgenti i diritti fondamentali della persona (e tali, in larga misura, sono quelli “riproduttivi”, per riprendere l’etichetta che ne dà T.¹⁵).

2. Uno sguardo a talune esperienze maturate presso altri ordinamenti e l’esame di talune questioni specificamente riguardanti l’eugenetica

Si consideri, ad es., la chiusura fatta in Francia all’accesso alle tecniche di PMA per i *singles* e le coppie *same-sex*, vistosamente incoerente, l’una, con il riconoscimento del diritto all’adozione da parte del *single* e, l’altra, con il matrimonio consentito anche alle coppie composte da persone dello stesso sesso. O ancora si pensi – sempre in relazione alla Francia – alla trascrizione degli atti di nascita emessi all’estero di bambini venuti alla luce grazie alla surrogazione di maternità: una delle molte testimonianze, questa, di un “dialogo” andato a buon fine (così, perlomeno lo giudica T.), dal momento che poi l’Assemblea plenaria della Corte di Cassazione ha recepito l’orientamento della Corte europea (40).

Talvolta, l’obiettivo è centrato per via traversa (e, a mio modo di vedere, in modo non del tutto rispettoso della dignità delle persone coinvolte). Così, ancora in relazione alla Francia, con riguardo alla trascrizione dello *status* genitoriale unicamente a beneficio del *partner* che aveva fornito il seme per la fecondazione, ammettendosi tuttavia la facoltà di adozione della donna, sì da dar modo comunque ad entrambi di divenire genitori del nato (41 s.).

Similmente, poi, in relazione alle pratiche di surrogazione, per la Spagna: sul piano civile, l’accordo di surrogazione di maternità è qualificato come nullo, ma il padre biologico può reclamare la paternità e, di conseguenza, la donna *partner* può procedere all’adozione (66 ss., spec. 74). Possibile, poi, l’aggiramento del divieto mediante la stipula dell’accordo in uno Stato estero in cui la pratica di surrogazione è riconosciuta (77 ss.).

¹⁵ In realtà, proprio qui si annida un equivoco di fondo, di cui si ha frequente riscontro nella sterminata letteratura dedicata alle esperienze d’inizio-vita, così come a quelle relative al termine della vita stessa, restando tutto da verificare se si dia – come molti ritengono – un vero e proprio diritto costituzionale alla piena autodeterminazione in relazione alle vicende che riguardano i momenti cruciali della esistenza umana [su ciò, raggugli nel mio *Autodeterminazione (principio di)*, in *Digesto/Disc. Pubbl.*, VIII Agg. (2021), 1 ss.].

Senza che se ne possa ora fare oggetto di specifico esame (la qual cosa richiederebbe approfondimenti qui, di tutta evidenza, non consentiti), mi limito solo ad enunciare apoditticamente la tesi, che mi sono sforzato di argomentare altrove, circa la insussistenza di un diritto costituzionale al suicidio. Quanto, poi, alle vicende d’inizio-vita, le sole qui specificamente interessanti, il quadro è in realtà assai più articolato e composito, solo alcune “aspettative” della persona – se così vogliamo, per il momento, genericamente chiamarle – potendo vantare il titolo di autentici diritti fondamentali e rivendicare di conseguenza per sé la tutela a questi peculiarmente spettante (su di che invita ripetutamente a fermare l’attenzione M.P. IADICICCO, *Promozione umana e diritti fondamentali*, cit.). Di altre, di contro, resta rimessa al discrezionale apprezzamento del legislatore la valutazione circa la opportunità di assicurarvi protezione, mentre altre ancora appaiono insuscettibili di trovare accoglienza o, diciamo pure, passibili di essere sanzionate. Ha, opportunamente, sollecitato a distinguere tra “diritti costituzionali” e “diritti legislativi” R. ROMBOLI, in più scritti, tra i quali *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, a cura di D. Dalfino, Roma Tre-Press, Roma 2016, 525 ss. Una distinzione, giusta in via di principio e perciò bisognosa di essere tenuta ferma e, tuttavia, sommamente scivolosa e gravata da non poche incertezze tanto al piano teorico-astratto, specie ove si convenga in merito al carattere “aperto” della previsione di cui all’art. 2 della Carta, quanto (e soprattutto) a quello pratico del riconoscimento delle situazioni soggettive riportabili all’una ed all’altra categoria.

Ad ogni buon conto, forse, non sarebbe stato un fuor d’opera, nel quadro della pur ampia ed accurata analisi svolta da T. in merito alle “aspettative” suddette, far luogo ad alcune preliminari avvertenze a riguardo di ciò che, a giudizio dell’A., è un “diritto fondamentale”, nella sua ristretta e propria accezione, ed a quali possano esserne gli indici esteriori rivelatori, idonei cioè ad agevolare il riconoscimento ed a sollecitarne quindi la necessaria tutela [della spinosa questione si è tornati a discutere, ancora non molto tempo addietro, in occasione del Convegno del Gruppo di Pisa su *Cos’è un diritto fondamentale?*, svoltosi a Cassino il 10 e 11 giugno 2016, i cui *Atti*, a cura di V. Baldini, sono stati editi dalla Editoriale Scientifica di Napoli nel 2017. Ivi, si può vedere, volendo, il mio punto di vista quale rappresentato in [Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela](#), 337 ss., nonché in questa [Rivista 2016/II](#), 263 ss.].

In Gran Bretagna si ha, come si diceva, la legislazione più *liberal* (basti solo pensare al carattere lecito della stessa PMA *post mortem*: 93 ss.¹⁶), richiedendosi nondimeno la necessaria licenza da parte dell'*Authority* a favore dei centri autorizzati all'esercizio delle pratiche di PMA, al fine di verificare che in essi si utilizzino tecniche riproduttive conformi all'evoluzione della scienza, nell'interesse della salute sia del nascituro che della gestante (83 ss.). Un potere, questo riconosciuto all'*Authority*, come si vede, assai ampio e suscettibile di varie, discordanti applicazioni. Sul punto, di cruciale rilievo, sarebbe forse stato consigliabile un maggiore approfondimento, anche di ordine generale, a riguardo cioè del modo complessivo con cui stanno in rapporto tra di loro etica, scienza e diritto¹⁷.

Basti solo por mente alla circostanza per cui l'evoluzione della scienza non è, in sé e per sé, molte volte di agevole e sicuro riscontro, dividendosi gli scienziati anche in misura significativa al loro interno, specie davanti ad eventi dapprima sconosciuti ed imprevedibili¹⁸. La qual cosa poi – giova qui rammentare – proietta la sua ombra sulla stessa Costituzione, *quodammodo* privandola della sua *vis* prescrittiva ed obbligandola, a giudizio della Consulta, a restare “muta” su talune questioni di cruciale rilievo fintantoché gli scienziati non avranno fatto chiarezza¹⁹ e, dunque, la scienza *ut sic* non potrà porsi – è stato efficacemente detto da un'accreditata dottrina²⁰ – a “parametro interposto”

¹⁶ Va, nondimeno, registrata al riguardo la tendenza, di cui anche da noi si è fatta interprete certa giurisprudenza, volta a riconoscere al nato grazie a siffatta specie di fecondazione lo *status* di figlio del padre deceduto; il quadro si presenta, però, ancora oggi fluido ed opaco [riferimenti in R. RUSSO, *Gli incerti confini della genitorialità fondata sul consenso: quando le corti di merito dissentono dalla Cassazione*, in [Giustizia Insieme](#), 28 maggio 2020].

¹⁷ Su ciò, di recente, interessanti rilievi nei contributi che sono nel fasc. monografico di *DPCE on line 3/2020*, introdotti da E. MALFATTI, *Scienza, tecnologia e forme di produzione giuridica. Qualche rilievo d'insieme*, 3269 ss.; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., cap. I, 19 ss., ma *passim*, nonché, ora, opportune precisazioni teoriche in M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., spec. p. II.

¹⁸ Eloquente la vicenda, che ad oggi ci affligge, relativa alla emergenza sanitaria da Covid-19 ed alle valutazioni da essa sollecitate in merito alle misure maggiormente idonee a fronteggiarla.

¹⁹ Così, in particolare, secondo [Corte cost. n. 84 del 2016](#), in relazione alla vessata questione della destinazione degli embrioni crioconservati alla ricerca scientifica, a riguardo della quale, in forza della premessa sopra indicata, il giudice delle leggi ha pilatescamente dichiarato di non potersi pronunciare sulla questione sollevatagli. Allo stesso tempo, però, ha spianato la via ad una disciplina normativa frutto di discrezionale apprezzamento da parte del legislatore. Come dire, insomma, che, se in una congiuntura siffatta la Costituzione è obbligata a restare “muta”, può liberamente parlare il legislatore, senza che peraltro si capisca come possa mai essere salvaguardato il principio di precauzione da una scelta del legislatore non verificabile allo stato attuale delle conoscenze scientifiche [notazioni fortemente critiche sul punto possono, volendo, vedersi nel mio *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in [Biolaw Journal](#), 2/2016, 245 ss.; in tema, di recente, M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Cortina, Milano 2020, 184 ss., e S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in [Biolaw Journal](#), 2/2020, 237 ss. Lo stesso T., peraltro, aveva annotato la decisione *de qua*: De dignitate non disputandum est? *La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 8 maggio 2016].

Diverso, invece, lo scenario che viene a delinearci nei casi in cui si diano significative convergenze tra gli scienziati, la “ragionevolezza scientifica” – com'è stata efficacemente chiamata – risolvendosi quindi in un vincolo per il legislatore (sul punto, ora, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., spec. p. II, cap. II, § 3). Della razionalità come “parametro spurio” nei giudizi di validità degli atti giuridici tratta ora V. BALDINI, *Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2021, 15 febbraio 2021, spec. 138 ss.

Altra questione, di fondo, è poi ovviamente quella relativa all'accertamento di ciò che è propriamente “scienza” e quali, dunque, possano considerarsi le sue più genuine espressioni [sul punto, di recente, G. D'AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2019, 18 dicembre 2019, 3 ss.].

Con specifico riguardo ai segni lasciati dallo sviluppo scientifico e tecnologico sulla giurisprudenza costituzionale, la letteratura è ormai copiosa (per tutti e di recente, G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Giappichelli, Torino 2020; a riguardo della “riserva di scienza”, v., inoltre, D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pacini Giuridica, Pisa 2019).

²⁰ C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 15 maggio 2016. In tema, opportune precisazioni, già, in A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e*

nei giudizi di costituzionalità²¹. T. non trascura di evidenziare le più vistose oscillazioni registratesi tra gli studiosi e gli operatori del diritto, alle quali poi si aggiungono le non minori oscillazioni presenti nella giurisprudenza costituzionale davanti ad espressioni normative che rimandano a concetti scientifici²².

Con specifico riguardo all'eugenetica, nella sua moderna accezione, particolare rilievo T. assegna alla circostanza per cui le pratiche mediche poste in essere nel suo nome trovano giustificazione e sostegno nel consenso prestato dall'interessato (206). Un argomento, per vero, non trascurabile e, però, non risolutivo, ove si consideri (con lo stesso T.) che il valore primario da salvaguardare resta pur sempre il bene della salute, obiettivo degli interventi a finalità eugenetica (206 s., 223, 228).

D'altro canto, non è inopportuno qui rammentare che l'autodeterminazione non sempre ha fondamento etico ed anzi alle volte può risolversi nella negazione di questo e, con essa, in un pregiudizio della dignità della persona. Costituisce certamente una risorsa preziosa, fin dove possibile meritevole di non essere sciupata ma, all'inverso, viepiù valorizzata e tutelata; e tuttavia – come mi sono sforzato di argomentare altrove²³ – non è “tutto”, tanto più ove si convenga – come a me pare si debba – a riguardo del fatto che la dignità della persona che intenda avvalersene e portarla a frutto e non di rado anche di altre persone coinvolte in talune spinose vicende della vita, non va, a mia opinione²⁴, predicata secondo un'accezione interamente soggettiva, come tale perciò idonea a tradursi ed a risolversi, a conti fatti, appunto nell'autodeterminazione, bensì secondo una anche (e soprattutto) oggettiva, illuminata dall'etica pubblica repubblicana quale risulta mirabilmente scolpita nella tavola dei valori fondamentali dell'ordinamento. In questo senso, d'altronde, sembra orientata da qualche anno a questa parte la stessa giurisprudenza costituzionale²⁵. Condivisibile, ad ogni buon conto, è la conclusione alla quale T. sul punto perviene (207) in merito al carattere indeterminato del termine “eugenetica” costitutivo di una fattispecie incriminatrice, con conseguente pregiudizio per il principio di tassatività, anche in forza del difetto di un solido consenso in merito al suo significato ed alle possibili valenze (piace a me discorrere, con riguardo a casi analoghi, del difetto in seno al corpo sociale di una *consuetudine culturale* di riconoscimento dei lineamenti e confini della fattispecie).

Delicati e ad oggi irrisolti problemi pone poi la crioconservazione degli embrioni non utilizzati²⁶, specie ove si acceda all'ordine di idee, nel quale si riconosce la più avvertita dottrina, di destinarli alla loro eventuale adozione a finalità procreativa, che nondimeno – rileva opportunamente T. (221) – allo stato dell'arte richiede, a quanto pare, un passaggio legislativo che ad oggi da noi (e a differenza di altri ordinamenti, come la Spagna e il Regno Unito) non si è avuto (salvo, naturalmente, il caso che domani vi “supplisca”, ancora una volta, la giurisprudenza²⁷).

Ad ogni buon conto, assai istruttiva è la circostanza, sulla quale T. ferma la sua attenzione in chiusura dell'indagine sul punto (230), secondo cui solo nel nostro ordinamento (e a differenza degli

democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo, in AA.VV., *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2006, 569 ss.

²¹ Sta di fatto, però, che il silenzio della scienza – come segnale nel mio scritto da ultimo richiamato – non è mai “neutro”, autenticamente equidistante rispetto agli opposti interessi in campo, dal momento che, come si è veduto, a conti fatti gioca per il rigetto della questione per inammissibilità.

²² Ad es., dopo [Corte cost. sent. n. 229 del 2015](#), a quello di “scopo eugenetico”, integrativo del dolo specifico di cui all'art. 13, III c., lett. b), l. 40, del quale – si fa notare – si è fatto “un uso strumentale e simbolico” (202 ss., e 206, per il riferimento testuale).

²³ Riferimenti possono trarsi dalla mia voce *Autodeterminazione (principio di)*, cit.

²⁴ Raguagli possono, se si vuole, aversi dal mio [La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), in questa [Rivista 2018/II](#), 392 ss.

²⁵ Spec. [sent. n. 141 del 2019](#); sul punto, ora, con specifica attenzione ad una questione più avanti trattata, C. SALAZAR, *La maternità surrogata al vaglio della Corte costituzionale: riflessioni sull'ord. n. 8325/2020 della Corte di cassazione*, in [Giudicedonna.it](#), 2/2020.

²⁶ Indicazioni al riguardo, nuovamente, nei contributi di S. AGOSTA, sopra richiamati, con particolare riguardo alla sua ultima monografia, specificamente dedicata alla vessata questione della dignità dell'embrione, della quale v., spec., 223 ss. V., inoltre, utilmente, ancora una volta, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., spec. p. I, cap. IV.

²⁷ ... il cui orientamento sul punto ha sollevato – come si sa – animate discussioni, alle quali nondimeno non può ora farsi cenno alcuno.

altri presi in esame) è punita la selezione eugenetica degli embrioni. Una soluzione resa gracile dal rilevato difetto di tassatività della fattispecie, sul quale ancora una volta nello studio qui annotato si sollecita a fermare l'attenzione.

3. I requisiti soggettivi per l'accesso alla PMA e l'apertura alla fecondazione eterologa

Aporie non rimosse esibisce poi la legge 40 sul versante dei soggetti protagonisti delle pratiche di PMA. Se, infatti, risoluta e chiara è l'opzione per il modello bigenitoriale, risultante da una coppia eterosessuale relativamente stabile²⁸, restano tuttavia insoluti taluni nodi interni alla definizione. Così, in specie, con riguardo al concetto di "convivenza", ambiguo sotto più aspetti, a partire da quello del tempo della sua durata e, comunque, agevolmente aggirabile, senza che per ciò i soggetti che artificialmente attestino la loro condizione di "conviventi" si rendano responsabili del reato di falso ideologico (duro, al riguardo, il giudizio di T. che taccia d'"ipocrisia" il legislatore per aver fatto utilizzo del concetto in parola: 236)²⁹.

Irragionevole, poi, la comminazione delle sanzioni unicamente ai medici ed al personale sanitario in genere (240 ss.), sanzioni delle quali peraltro, a voler fare la parte dell'avvocato del diavolo, si fatica a capire perché mai risultino circoscritte al solo piano amministrativo e non pure a quello penale (in senso stretto), in ragione della posta in gioco (ma sul punto si registrano posizioni alquanto articolate in dottrina, delle quali si riferisce a 262 ss., con adesione alla tesi della natura sostanzialmente penale delle sanzioni di cui all'art. 12, II c., in applicazione dei parametri *Engel*: 298 ss.). D'altro canto, i medici possono, almeno in parte, scaricarsi di responsabilità grazie alla dichiarazione fatta dai componenti la coppia di essere in possesso dei requisiti richiesti per l'accesso alla PMA (specificamente per ciò che concerne la loro condizione di conviventi), salvo ovviamente il caso di provato dolo dei medici stessi che siano a conoscenza della loro mancanza. Delicate questioni si pongono, inoltre, in relazione ai casi in cui i medici facciano luogo alla PMA restando in dubbio circa la veridicità della dichiarazione in parola (256 ss.).

Non saprei, poi, francamente dire se vi sia davvero la lacuna denunciata da T., che si allinea al riguardo ad una indicazione di A. Vallini (cit., 244, nota 24), per i casi di applicazione della PMA ai singoli. Giusta, infatti, la premessa secondo cui l'accesso alle pratiche riproduttive è, in tesi, circoscritto alle sole coppie che ne abbiano i requisiti, si potrebbe ragionare nel senso che nel più sta il meno e che ciò che è vietato alla coppia debba, dunque, a maggior ragione considerarsi inibito ai singoli.

Ancora, una lacuna si darebbe in relazione ai casi in cui uno o entrambi i componenti la coppia non siano più in età richiesta per la procreazione naturale (253 ss.). Censurabile, peraltro, sul punto anche la soluzione invalsa in altri ordinamenti, come quello spagnolo, che in termini assai vaghi discorre dell'età della donna in termini di "*clínicamente inadecuada*" (254), mentre analoga imprecisione concettuale rispetto a quella presente nella nostra legge si ha in Francia, laddove si discorre di una "*âge de procréer*" (255), formula quindi riempita di un preciso significato dall'Agenzia nazionale di biomedicina che ha fissato a 43 anni per le donne e a 59 per gli uomini il tetto massimo per l'accesso alle tecniche riproduttive.

I requisiti soggettivi suddetti valgono, poi, anche per l'accesso alla fecondazione eterologa, ormai – come si sa – consentita dopo [Corte cost. n. 162 del 2014](#) alle coppie affette da infertilità o sterilità, quindi estesa dalla [sent. n. 96 del 2015](#) a quelle composte da persone una delle quali almeno affetta

²⁸ Si segnala al riguardo la svista in cui è incorso il legislatore, messa a nudo da S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, cit., 96, laddove, a proposito del requisito per cui entrambi i componenti la coppia debbano essere in vita, rileva che "di 'coppia' non potrebbe tecnicamente discorrersi se uno dei due fosse deceduto", così come in siffatta evenienza non potrebbero – com'è chiaro – essere entrambi in età fertile.

²⁹ Con riferimento, poi, alla definizione di età potenzialmente fertile, si segnala, di recente, la messa a punto del concetto che è in Cons. St., sez. III, 24 novembre 2020.

da malattie cromosomiche trasmissibili (319 ss.)³⁰. T. prospetta la tesi, che personalmente considero di non prossima realizzazione³¹, secondo cui alla eterologa possano in futuro accedere anche i *singles* e le coppie *same-sex*, rifacendosi a talune indicazioni offerte da [Corte cost. sentt. nn. 138 del 2010](#) e [170 del 2014](#), oltre che da Cass. n. 4184 del 2012, delle quali l'apertura in parola è presentata come il lineare sviluppo (329 ss.)³². A tal proposito, prende in esame la vicenda processuale definita dalla [sent. n. 221 del 2019](#) che ha rigettato la questione di costituzionalità volta a dare ingresso alla eterologa per persone dello stesso sesso³³.

Si segnala al riguardo, da ultimo, la presa di posizione adottata dalla Consulta con una decisione ad oggi non depositata ma in relazione alla quale si dispone di un comunicato stampa del 28 gennaio scorso, dal quale si apprende che, in relazione alla questione concernente il riconoscimento dello *status* dei figli nati mediante tecnica eterologa praticata all'estero da due donne, la Corte ritiene (perlomeno ad oggi...) di non poter accogliere la questione stessa, gravando nondimeno sul legislatore l'obbligo di assicurare un'adeguata tutela ai minori, anche alla luce di quanto è al riguardo disposto da fonti internazionali ed europee³⁴.

Il vero è che, qui come altrove, si tocca con mano la vocazione della Corte a smarcarsi dal *pressing* delle parti, non intendendo impegnarsi sulla richiesta volta al riconoscimento del diritto di accesso alla PMA alle coppie omosessuali, mentre in altri campi di esperienza (come ad es. a riguardo di talune vicende di fine-vita: *Cappato docet*), dove ha voluto, la Corte non ha esitato, pur se col costo

³⁰ Ripercorrono, ora, il travagliato itinerario che ha portato all'approdo giurisprudenziale richiamato nel testo M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, cit., 172 ss., e M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, p. I, cap. IV.

³¹ Una conferma in tal senso si è infatti avuta da [Corte cost. sent. n. 230 del 2020](#), dichiaratasi per la inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale volta a dar modo a persone dello stesso sesso legate da unione civile di essere entrambe indicate quali genitori nell'atto di nascita di un bambino venuto alla luce grazie ad una PMA effettuata all'estero [a commento, M. PICCHI, *"Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1/2021, 15 gennaio 2021, 1 ss.].

³² Ma v. Cass., Sez. un., n. 12193 del 2019, che ha confermato l'illegittimità del divieto del riconoscimento della efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero che abbia accertato il rapporto di filiazione tra il minore nato all'estero e il genitore d'intenzione (con la nota di D. MAZZAMUTO, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della "genitorialità sociale"*, in *Dir. fam. pers.*, 2/2020, 393 ss.; altri riferimenti in F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., 234 ss.) e Cass. civ. n. 7668 del 2020, che ha confermato essere precluso alla madre intenzionale di vedersi indicata nell'atto di nascita quale genitrice in aggiunta alla madre biologica [tra i molti commenti, v. R. TREZZA, *P.M.A. all'estero e nascita in Italia: ha diritto di essere menzionata nell'atto di nascita soltanto la madre biologica e non anche quella intenzionale*, in [Familia](#), 10 aprile 2020; E. TROTTA, *Prevalenza della verità biologica nella redazione degli atti di stato civile e tutela della "genitorialità intenzionale"*, in *Dir. fam. pers.*, 3/2020, 890 ss.; nella stessa Rivista, I. BARONE, *Le vie della doppia maternità*, 925 ss.; R. RUSSO, *Gli incerti confini della genitorialità fondata sul consenso: quando le corti di merito dissentono dalla Cassazione*, cit.].

³³ Notazioni di vario segno sulla decisione *de qua* possono vedersi in I. RAVERA, *Le dimensioni del mestolo. La maternità surrogata tra divieto legislativo e attivismo giudiziario*, in [Federalismi.it](#), 4/2020, 19 febbraio 2020, spec. 209 ss.; L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2/2020, 7 aprile 2020, 227 ss.; B. LIBERALI, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile "diritto a procreare"?*, in *Studium iuris*, 2020, V, 534 ss.; M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2/2020, 16 aprile 2020, 143 ss., e, della stessa, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in [Federalismi.it](#), 29/2020, 21 ottobre 2020, 114 ss.; F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2020, 28 maggio 2020, 581 ss.; M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, [ibid.](#), 11 giugno 2020, 804 ss., spec. 812 ss.; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., 153 ss. e 245 ss. V., inoltre, utilmente, S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, cit., 80 ss. e 154 ss., ma *passim*, e M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. I, cap. IV, § 6, e p. II, cap. I, § 3, e cap. III, § 2.

³⁴ Si vedrà, poi, a momenti che analogo orientamento è dal giudice delle leggi manifestato in relazione ad una questione riguardante gli effetti conseguenti alla surrogazione di maternità, di cui si dirà subito appresso.

– a me pare – di una vistosa forzatura, di dare spazio a talune pressanti sollecitazioni venute dalla società³⁵.

T. giudica irragionevole il mancato riconoscimento legislativo del diritto alla eterologa, all'esito di un raffronto con la disciplina positiva di altri Paesi, considerati maggiormente attenti nei riguardi delle libertà civili (spec. 342). È chiaro, ad ogni buon conto, che non è di certo motivo sufficiente a fondare la caducazione della normativa da noi vigente la circostanza per cui altrove le cose vanno diversamente. Altra cosa, poi, è che, nell'esercizio dell'apprezzamento politico-discrezionale che gli compete, il legislatore si determini anche nel nostro Paese ad allinearsi all'indirizzo al riguardo invalso in altri (343 s.).

4. Il perdurante, categorico divieto di surrogazione di maternità e la sofferta ricerca di una soluzione maggiormente articolata e conciliante

Resta, ad ogni buon conto, non toccato dall'apertura alla eterologa venuta dalla giurisprudenza il divieto, di cui all'art. 12, VI c., l. 40, di "surrogazione di maternità", formula nondimeno connotata da evidente indeterminatezza tanto nel primo quanto (e soprattutto) nel secondo sostantivo di cui si compone, non risultando chiaro se il riferimento vada fatto alla donna che abbia fornito i gameti necessari per la fecondazione, alla gestante e partoriente o, ancora, a colei che intenda farsi carico della responsabilità genitoriale (350 ss.). Non si trascuri, nondimeno, al riguardo, che, in linea con un'antichissima tradizione, la regola, anche da noi fatta propria dall'art. 269, III c., c.c., lega inscindibilmente la maternità al parto (e, risalendo, alla gestazione) (353). Diverso è, invece, il significato genetico del termine, che fa riferimento all'appartenenza dell'ovocita che, fecondato, porta alla formazione dell'embrione; e diversa ancora l'accezione "sociale", che assegna primario rilievo al fatto dell'assunzione della responsabilità genitoriale, cui dà specifico rilievo – come si sa – la disciplina dell'adozione (354 ss.).

Resta comunque fermo il giuridico rilievo al fine dell'acquisto della condizione di madre del fatto del parto, tant'è che nessun effetto è da riportare alla circostanza per cui gli ovociti per la fecondazione siano stati forniti dalla donna committente nel caso che la partoriente si rifiuti di dare seguito all'accordo e dichiararsi di voler tenere con sé il bambino venuto alla luce (364).

T. s'interroga, poi, in merito al bene protetto dal divieto di surrogazione di maternità, prendendo le distanze dalla tesi secondo cui esso sarebbe dato dalla dignità della gestante, bisognosa di essere messa al riparo da usi strumentali fatti da parte di terzi (368 ss.). In particolare, assegna rilievo alla circostanza per cui non si assisterebbe qui ad una strumentalizzazione di uno stato di debolezza psichica, fisica o economica della gestante; la qual cosa, in realtà, va accertata caso per caso, avendosene talora (non saprei francamente dire se il più delle volte) riscontro mentre talaltra la prestazione è offerta dalla gestante per puro spirito di solidarietà ed a titolo gratuito³⁶. È pur vero, però, che siffatto accertamento potrebbe talora dimostrarsi sommamente difficoltoso da mettere in atto, in talune circostanze forse persino impossibile, pur laddove la gestazione si abbia da parte di

³⁵ L'aporia è ora rilevata anche da un autorevole studioso e giudice costituzionale, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in Federalismi.it, 3/2021, 27 gennaio 2021, 86 ss., spec. 96 ss. (con richiamo ad un mio pensiero sul punto).

³⁶ Scettica si dichiara, invece, F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., 250 ss., che in modo secco e perentorio afferma: "chi crede nella retorica del dono, a parere di chi scrive, fa finta di non vedere la realtà", aggiungendo quindi alcuni interrogativi che, in realtà, già racchiudono la risposta: "quale donna veramente libera e consapevole presterebbe il proprio corpo, il proprio coinvolgimento emotivo, in un'esperienza che comporta un distacco così doloroso? Quale donna totalmente disinteressata sarebbe pronta a sacrificare anche la propria salute?" (252).

Si trascura tuttavia – a me pare – che una madre o una sorella, che sarebbero disposte – laddove vi fosse la necessità di un trapianto – anche a donare un organo del proprio corpo alla congiunta malata, ad uguale (e, forse, ad ancora maggior) titolo potrebbero verosimilmente dichiararsi pronte a prestarsi per il fatto procreativo, tanto più poi se si considera che il temuto distacco non vi sarebbe o sarebbe fortemente attenuato dalle assidue frequentazioni tra i familiari.

persona legata alla committente da vincolo di consanguineità. E, tuttavia, ove si abbia di mira l'adozione di una soluzione non afflitta da eccessiva rigidità bensì, per quanto possibile, temperata e conciliante nei riguardi dei plurimi interessi in campo, parrebbe preferibile tenere fermo il divieto di surrogazione in ogni caso in cui essa si svolga al di fuori della cerchia familiare, nella sua ristretta accezione (riferita, cioè, unicamente a persone legate da rapporto di parentela di primo grado, quale si ha tra madre e figlia, o tra sorelle), presumendosi ragionevolmente in quest'ultima evenienza la gratuità del fatto procreativo, salva beninteso la sempre possibile prova del contrario³⁷. È il mercimonio del corpo che non può, in alcun caso, essere tollerato, tanto più laddove consegua allo sfruttamento di una condizione d'indigenza della gestante, e che, già solo per ciò, comporta un *vulnus* irreparabile alla sua dignità. Né, a far ritenere diversamente, soccorre l'eventuale adesione spontanea della persona che si presti a portare avanti la gravidanza; e ciò, per una duplice ragione, per un verso, risultando assai arduo dimostrare la piena libertà nella formazione del volere di chi è oppresso dal bisogno e, per un altro (e risolutivo) verso, per il fatto che la spontanea autodeterminazione, quand'anche sia provata, ugualmente non esclude o rimuove il *vulnus* in parola, quale può oggettivamente aversi anche indipendentemente dall'autodeterminazione medesima (si pensi, ad es., ad una *escort* che si venda anche solo per poter disporre di somme considerevoli di denaro da investire in auto di lusso, gioielli e quant'altro determina condizioni agiate di vita)³⁸.

Come che sia di ciò, netta e senza riserve è, ad ogni buon conto, la censura della surrogazione di maternità, con specifico riguardo alla lesione patita dalla dignità della donna, in [Corte cost. sent. n. 272 del 2017](#) (spec. al punto 4.2 del *cons. in dir.*), sulla quale T. si sofferma a 418 ss.³⁹. Un'attenzione per la dignità della persona, oggettivamente intesa, che – è appena il caso qui di rilevare di passaggio – la Corte non disdegna di manifestare ogni qual volta gliene sia data l'opportunità, come ha avuto modo di fare, ad es., con la già richiamata [sent. n. 141 del 2019](#)⁴⁰ (in tema di prostituzione), rimarcandone il degrado laddove si faccia del corpo umano un oggetto di scambio commerciale.

In realtà, a me pare che, nei casi di surrogazione dietro compenso, tutti i soggetti coinvolti ne vengano incisi nella loro dignità, a partire proprio dal bambino⁴¹.

Ora, è pur vero che l'interesse del minore – si è altrove tanno notare⁴² – si pone quale “nozione paurosamente oscillante e suscettibile di trasformarsi camaleonticamente in ragione dei casi, disponendosi docilmente a sue plurime, continuamente cangianti appunto, ridefinizioni da parte dell'operatore di turno”. Si danno, nondimeno, taluni casi – e questo è sicuramente quello in cui si converte innaturalmente una persona (il bambino) da *soggetto* in *oggetto* di scambio a titolo oneroso – in cui non può sussistere dubbio alcuno a riguardo del fatto che il neonato sia offeso nella sua stessa *humanitas*, nella essenza di persona venuta alla luce allo specifico fine di farne l'oggetto di una innaturale compravendita.

³⁷ Di questa idea mi sono già dichiarato in altri luoghi, tra i quali il mio *La maternità surrogata, ovverosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in [GenIUS](#), 2/2017, 60 ss.; v., inoltre, A. RUGGERI - C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in questa [Rivista 2017/I](#), 138 ss., spec. 142 ss. Di recente, distingue tra la gestazione per conto terzi di natura commerciale da quella altruistica C. CASELLA, “Gestazione per altri” e interessi in conflitto, in [Biolaw Journal](#), 1/2020, 321 ss.

³⁸ Torna qui – come si vede – a riproporsi quella visione oggettiva della dignità cui si è poc'anzi fatto cenno.

³⁹ Su ciò, v. F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., 212 ss., e C. SALAZAR, *La maternità surrogata al vaglio della Corte costituzionale*, cit.

⁴⁰ *Supra* alla nota 25.

⁴¹ Sulla dignità dell'embrione V. TIGANO si era già intrattenuto in *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, cit., spec. 11 ss. Manifesta, ora, perplessità in merito al richiamo fatto in giurisprudenza a siffatto concetto, giudicato afflitto da consustanziale vaghezza, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. I, cap. IV, § 4 (con specifico riguardo all'uso fattone da [Corte cost. sent. n. 84 del 2016](#), cit.), la quale nondimeno non trascura di evidenziare la esistenza di “rischi di reificazione” del nascituro e del nato (p. II, cap. III, § 3).

⁴² ... nel mio *La maternità surrogata*, 60 ss., e 65, per il riferimento testuale che subito segue nel testo. Avverte contro il rischio di strumentali utilizzi del *best interest of the child* E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano 2016.

Ad ogni buon conto, al fine di una opportuna messa a fuoco del senso complessivo posseduto dall'art. 12, VI c., occorre prestare la dovuta attenzione alla evoluzione che va registrandosi in seno alla giurisprudenza comune con riflessi immediati e già al presente tangibili sulla stessa giurisprudenza costituzionale. Per l'uno aspetto, un particolare rilievo va assegnato alla iniziativa adottata dalla I sez. civ. della Corte di Cassazione (n. 8325 del 2020) che ha posto una questione di costituzionalità specificamente riguardante la tutela dei minori nati per effetto di surrogazione effettuata all'estero⁴³. Per il secondo, poi, al momento in cui si scrive si dispone di un comunicato stampa emesso dalla Consulta il 28 gennaio scorso dal quale risulta che – fermo il divieto di surrogazione stabilito dalla legge – il giudice costituzionale considera essergli precluso l'intervento manipolativo sollecitato dall'autorità remittente al fine di assicurare la dovuta tutela ai minori venuti alla luce grazie alla tecnica riproduttiva in parola e si rimette, pertanto, a soluzioni normative frutto di apprezzamento politico-discrezionale del legislatore. Ad oggi, dunque, il giudice delle leggi parrebbe orientato a non mettere piede nel campo materiale demandato alla esclusiva cura del legislatore. L'esperienza, nondimeno, consiglia al riguardo cautela, dandosi non poche testimonianze di un successivo ripensamento da parte della Corte che, nella perdurante assenza di disciplina legislativa, ha posto quindi direttamente mano a colmare la lacuna incostituzionale.

Delicate questioni si pongono, poi, in relazione alla punibilità in Italia della surrogazione di maternità messa in atto all'estero (395 ss.), con specifico riguardo al delitto di alterazione di stato mediante falsità, di cui all'art. 567, II c., c.p. (408 ss.), in relazione al quale incerta appare essere la determinazione del tempo di commissione del reato se al momento della confezione dell'atto di nascita all'estero ovvero a quello della sua trascrizione nel nostro Paese (410 ss.), per quanto la lettera dell'enunciato, laddove fa riferimento alla “formazione” dell'atto di nascita, induca per vero ad optare per il primo corno dell'alternativa.

5. Una stringata notazione finale, in attesa di una nuova disciplina legislativa connotata da strutturale flessibilità e rispondenza ai valori costituzionali, nel loro fare “sistema”

Il libro chiude il suo lungo e costruttivo percorso di ricerca (467) così come lo aveva avviato (*Introduzione*, XXIII), esprimendo l'auspicio che i divieti previsti dalla legge 40 “lascino spazio – ove possibile e opportuno – a un sistema di regolamentazione flessibile, che tenda a bilanciare la tutela del minore con le garanzie dei diritti riproduttivi degli aspiranti ricorrenti alle tecniche”.

Al di là di come si valuti nel merito questa conclusione (che, per vero, solleva qualche riserva, specie in relazione al *best interest of the child*), apprezzamento essa merita per il *metodo* che la ispira e sostiene, vale a dire per la sollecitazione ad un complessivo rifacimento dell'impianto legislativo, sì da dotare la relativa struttura della necessaria flessibilità e rispondenza ai valori costituzionali, nel loro fare “sistema”. Esattamente come si fa nelle zone ad alto rischio sismico, l'edificio normativo dev'essere infatti messo in grado di reggere alle scosse telluriche che vengono a getto continuo dai casi, specie laddove i diritti fondamentali (e, sopra tutti, il “metadiritto” della dignità) siano sottoposti a forte *stress* da forze non di rado occulte, abili a mimetizzarsi dietro vesti legali, che ne minacciano

⁴³ ... a commento della quale, in aggiunta a C. SALAZAR, *La maternità surrogata al vaglio della Corte costituzionale*, cit., v. F. FERRARI, *La legge “presa sul serio”. Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2/2020, 31 maggio 2020, 532 ss., nonché l'intervista di R. Russo a G. LUCCIOLI, S. STEFANELLI, M. GATTUSO e M. PALADINI, dal titolo *Maternità surrogata e status dei figli*, in [Giustizia Insieme](#), 6 novembre 2020.

La giurisprudenza di legittimità si era, peraltro, già ripetutamente dichiarata per il mantenimento del divieto di surrogazione di maternità [riferimenti in R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, in [Federalismi.it](#), 22/2020, 22 luglio 2020, 278 ss.]. Si segnala, poi, da ultimo, che il 12 gennaio scorso si è tenuta presso le Sezioni unite l'udienza relativa al riconoscimento dell'adozione legittimante avvenuta all'estero a favore di coppia composta da persone dello stesso sesso. Le conclusioni del Sostituto Procuratore Generale, L. DE RENZIS, che avvertono del rischio dell'aggiramento, per la via sopra indicata, del divieto di surrogazione di maternità possono vedersi in [Centro Studi Livatino](#), 27 gennaio 2021.

la integrità, o da emergenze, quale quella sanitaria in atto, che li obbligano a sottostare a gravi sacrifici.

Ora, sulla flessibilità in parola conviene – come si sa – un nutrito schieramento di studiosi di varia estrazione⁴⁴, a conferma del fatto che è largamente e intensamente avvertito il bisogno di ritrovare e preservare un equilibrio tra legislatore e giudici, all’uno spettando l’*opus primum* della definizione della disciplina di principio relativa a questioni eticamente sensibili ed agli altri poi il compito non meno arduo e non di rado sofferto della produzione delle regole volte a darvi *attuazione*, in ragione dei peculiari connotati dei casi⁴⁵, e non già mera *applicazione*, come pure patrocinato da un’accreditata dottrina⁴⁶. D’altronde, l’esperienza conferma che, laddove il legislatore faccia invece luogo a discipline eccessivamente minute e dettagliate, le stesse poi non di rado non resistono all’urto dei casi, trovandosi pertanto obbligati i giudici a far luogo al loro temperamento, flessibilizzandone appunto la struttura. La qual cosa prende forma presso la Consulta a mezzo della tecnica decisoria delle additive di principio, nel mentre i giudici comuni, ove non sollecitino l’intervento del giudice costituzionale, pongono talvolta in essere interpretazioni... *manipolative* e *sananti* della sostanza normativa dei testi di legge. In un caso e nell’altro, come si vede, si assiste ad una sovraesposizione dei giudici che potrebbe essere evitata laddove si riuscisse a raggiungere l’equilibrio suddetto. Ora, è pur vero che quest’esito – come si diceva – non è affatto di pronto e diffuso riscontro; e, tuttavia, verso di esso occorre in modo risoluto puntare, dal momento che solo così l’impianto istituzionale definito, nelle sue linee portanti, dalla Carta può reggersi e resistere a quelle scosse telluriche di cui un momento fa si diceva, specie in congiunture nelle quali sono gravemente minacciate le basi stesse dell’edificio costituzionale e può essere colpito il cuore pulsante della Costituzione, i diritti fondamentali.

⁴⁴ *Ex plurimis*, A. D’ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in [Biolaw Journal](#), 1/2016, 105 ss.; P. VERONESI, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, [ivi](#), 2/2018, 77 ss.; nella stessa [Rivista](#), M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, 1/2018, spec. 12 ss.; R.G. CONTI, [La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell’art. 5 del codice civile?](#), in questa [Rivista 2018/I](#), spec. 235 ss. e, dello stesso, *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in [Giustizia Insieme](#), 28 gennaio 2019, e *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., 407 ss., spec. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all’autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 90 ss. Da ultimo, v. le precisazioni al riguardo svolte da M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., spec. p. I, cap. I, § 4, e p. II, cap. II, § 5, ma *passim*. Infine, se si vuole, anche i miei *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in [Freedom. Security & Justice: European Legal Studies](#), 2/2019, 15 luglio 2019, 35 ss., spec. 49 ss., e, con specifico riguardo al tema che oggi ci occupa, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D’Amico - L. D’Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 257 ss., nonché in [Federalismi.it](#), 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4.

⁴⁵ Casi – è appena il caso qui di rammentare – che, pur laddove sembrano assai simili e persino identici tra di loro, per il modo oggettivo con cui si presentano, possono invece essere (ed effettivamente sono) molto diversi (come si è appena veduto ragionando della surrogazione di maternità), sì da richiedere trattamenti giuridici parimenti diversi. Cosa che, in ultima istanza, può aversi solo a mezzo della “leale cooperazione” tra legislatore e giudici, nei termini sopra sommariamente delineati.

⁴⁶ Part., M. LUCIANI, in più scritti, tra i quali *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [Rivista AIC](#), 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e “massima attuazione della Costituzione”*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss.

Adesione alla indicazione teorica, di cui al testo, a favore della quale mi sono in altri luoghi dichiarato, manifesta ora A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’UE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giur. cost.*, 1/2020, spec. 464 ss.