

GIANCARLO CAPORALI*

Le sentenze nn. 68 e 69 del 2025: una disamina della più recente giurisprudenza in tema di accesso alla PMA e di riconoscimento dello *status filiationis*, tra ombre e luci**

ABSTRACT (EN): This paper aims to investigate the significance and impact of Constitutional Court rulings nos. 68 and 69 of 2025, in the context of developments in constitutional jurisprudence on access to medically assisted procreation (MAP) and recognition of filiation status. In particular, with reference to ruling no. 68, which has been the subject of extensive and careful consideration and multiple critical analyses, the question has been raised as to whether, as on other occasions, the interpretation of constitutional provisions has gone too far, on the one hand, into a concrete and illegitimate usurpation of legislative power and, on the other, into a surreptitious modification/heterointegration of the Constitution carried out beyond and outside the procedure provided for and regulated by the Constitution itself, or whether the Court has remained within the limits of the functions recognized to it by the Constitution. The relationship between these judgments and the case law of the European Court of Human Rights on the same subject was also examined in depth, concluding that the doctrine which considers judgment no. 68 to be in line with the latter case law is misguided. Certain particularly interesting aspects of judgment no. 69 have been highlighted, especially with regard to the Constitutional Court's position on the existence of an alleged right to “become a parent through ART,” which expresses the inviolable freedom of self-determination regarding reproductive choices. Finally, the reasons were highlighted that exclude the solution accepted by judgment no. 68 from being extended to the different problem of recognition, by the intended parent, of the status filiationis of the child born through surrogacy.

ABSTRACT (IT): Il presente lavoro si propone di indagare il significato e l'impatto delle sentenze della Corte costituzionale nn. 68 e 69 del 2025, nel quadro degli sviluppi della giurisprudenza costituzionale in tema di accesso alla PMA e di riconoscimento dello *status filiationis*. In particolare, con riferimento alla sentenza n. 68, oggetto di una più ampia e attenta riflessione e di plurimi approfondimenti critici, ci si è chiesti se, come già in altre occasioni, l'attività di interpretazione delle disposizioni costituzionali sia trasmodata da una parte in una tanto concreta, quanto illegittima usurpazione del potere legislativo, dall'altra in una surrettizia modifica/eterointegrazione della Costituzione posta in essere al di là e al di fuori del procedimento previsto e disciplinato dalla stessa Carta fondamentale, ovvero se la Corte sia rimasta nei limiti delle funzioni ad essa riconosciute dalla Costituzione. Si è inoltre approfondito il rapporto fra queste sentenze e la giurisprudenza della Corte EDU sulla medesima materia, concludendo come non colga nel segno quella dottrina che ritiene che la sentenza n. 68 si inserisca nel solco di quest'ultima giurisprudenza. Della sentenza n. 69 si sono messi in luce taluni profili particolarmente interessanti, in special modo approfondendo la posizione della Corte costituzionale circa la sussistenza di un preteso diritto di “diventare genitore attraverso la PMA”, espressivo della incomprimibile libertà di autodeterminazione circa le scelte procreative. Infine si sono evidenziate le ragioni che escludono che la soluzione accolta dalla sentenza n. 68 sia estensibile al diverso problema del riconoscimento, da parte del genitore d'intenzione, dello *status filiationis* del nato da maternità surrogata.

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Macerata.

** Articolo sottoposto a referaggio.

SOMMARIO: 1. Il quadro della giurisprudenza costituzionale in tema. – 2. Alcune considerazioni di fondo. – 3. La prospettazione del *thema decidendum* nella sentenza n. 68 ed alcune considerazioni critiche in merito alla stessa. – 4. L'*iter* motivazionale seguito dalla Corte costituzionale. – 5. Le sentenze qui in commento in rapporto con la giurisprudenza della Corte EDU. L'erronea prospettazione di quella dottrina che ritiene che la sentenza n. 68 si inserisca nel solco della giurisprudenza della Corte EDU. – 6. Le molteplici criticità della sentenza n. 68. – 7. La sentenza n. 69: alcuni profili interessanti. – 8. La sentenza n. 68 in rapporto alla sentenza n. 33/2021 in tema di riconoscimento dello *status filiationis* di bambini nati all'estero attraverso maternità surrogata. – 9. Conclusioni.

1. Il quadro della giurisprudenza costituzionale in tema

Per poter meglio comprendere il significato e l'impatto delle sentenze nn. 68 e 69 della scorsa primavera si permetta un breve *excursus* sulla giurisprudenza in materia. La sentenza n. 68, che è una additiva di accoglimento, è la quarta in cui la Corte costituzionale è stata vocata per far dichiarare illegittime le disposizioni, di volta in volta censurate, perché non avrebbero consentito al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita (PMA) eterologa, praticata all'estero da una coppia monogenere femminile, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche della madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondata.¹

La prima è la sentenza n. 237/2019 in cui si dubitava della legittimità costituzionale della «norma che si desume» dagli artt. 250 e 449 del codice civile; 29, comma 2, e 44, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile); 5 e 8 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), per contrasto con gli artt. 2, 3, 24, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 3 e 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo.

In pratica quel che si chiedeva alla Corte costituzionale era di consentire di formare in Italia un atto di nascita in cui venissero riconosciute come genitori di un minore di nazionalità straniera – nella specie, il minore era, così come la madre biologica, cittadino del Wisconsin – due persone dello stesso sesso – la madre intenzionale in quello Stato era sposata con la madre gestazionale, e aveva dato per iscritto il proprio consenso alla procreazione medicalmente assistita – quando la filiazione risultasse stabilita sulla base della legge applicabile in base all'art. 33 della legge 218/95.

Tuttavia, poiché il remittente non aveva precisato quale fosse la norma desumibile dal complesso normativo censurato, la questione venne dichiarata *tout court* inammissibile.

La seconda è la sentenza n. 230/2020. In quel caso oggetto dei dubbi di costituzionalità furono l'art. 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze) e dell'art. 29, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile), nella parte in cui avrebbero limitato «la

¹ Di recente, per una ricostruzione di questa giurisprudenza, V. PICCININI, *Filiazione naturale e filiazione da procreazione medicalmente assistita. A vent'anni dalla Legge n. 40/2004*, Torino, 2025, pp. 113 ss.

possibilità di indicare il solo genitore “legittimo, nonché di quelli che rendono ... o hanno dato il consenso ad essere nominati” e non anche alle donne» che hanno fatto ricorso (all'estero) a procreazione medicalmente assistita, legittimando l'Ufficiale dello stato civile a rifiutare «la richiesta congiunta di indicare il minore come figlio di entrambe e non della sola partoriente» (par. 1 del ritenuto in fatto), assumendosi la violazione degli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 30 e 117 [primo comma] della Costituzione, in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, all'art. 24, paragrafo 3, della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea, e alla Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989.

Le argomentazioni a sostegno delle evocate censure sono le stesse che si ritrovano nelle successive sentenze n. 32/2021 e la qui esaminata n. 68/2025: l'inapplicabilità delle regole sulla genitorialità intenzionale alle coppie monogenere femminili «non realizzerebbe il diritto fondamentale alla genitorialità dell'individuo, sia come soggetto singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (par. 2 del considerato in diritto); la disciplina vigente arrecherebbe un grave *vulnus* all'interesse del minore, nel caso concreto in cui una delle due donne della coppia «abbia (sia pur in violazione del divieto sub art. 5 della legge n. 40 del 2004), con il consenso dell'altra, portato a termine, all'estero, un percorso di fecondazione eterologa, da cui sia poi nato, in Italia, quel minore» (par. 9).

In detta pronuncia la Corte concluse nel senso dell'inammissibilità, quanto al riconoscimento del diritto ad essere genitori di entrambe le donne unite civilmente, osservando che lo stesso non è perseguibile con una addizione della Corte, ma soltanto «per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, ma propriamente “attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre [...] il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale” (sentenza n. 84 del 2016)» (par. 8).

Quanto all'interesse del minore affermando che già era esistente l'adozione in casi particolari e 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 attenuano, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore» (par. 9.1).

La terza è la n. 32/2021. Qui le norme censurate sono le stesse di cui alla sentenza n. 68, ossia gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e 250 cod. civ.

I parametri evocati sono gli stessi della sentenza n. 230/2020. In questo caso le argomentazioni sono tutte (apparentemente) focalizzate sulla tutela dell'interesse del minore, incentrandosi sulla ritenuta esistenza di un vuoto di tutela per il minore, riconducibile al fatto che l'adozione in casi particolari non sarebbe praticabile quando, come nella fattispecie esaminata, la madre biologica e legale ha negato il suo assenso, indispensabile ai sensi dell'art. 46 della legge n. 183 del 1984.

Si tratta di una focalizzazione che, però, come accennato, deve ritenersi solo apparente perché il giudizio *a quo* risulta promosso dalla madre intenzionale «per ottenere, in via principale,

l'autorizzazione a dichiarare all'ufficiale dello stato civile di essere genitore, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 40 del 2004, o di essere dichiarata tale dalla sentenza dello stesso Tribunale per aver prestato il consenso alla fecondazione eterologa» (par. 1.1 del ritenuto in fatto) e perché il problema sollevato in relazione all'adozione in casi particolari suscitava la ben diversa questione della legittimità, in relazione all'interesse del minore assunto in concreto, del diniego dell'assenso della madre biologica all'adozione, non già la modifica della disciplina dello *status filiationis*.

In realtà, anche in questo caso, la richiesta addizione mirava a far riconoscere il diritto della madre intenzionale a riconoscere il figlio nato da PMA eterologa, seppur in modo ellittico *sub specie* di interesse del minore, per di più in un caso in cui la deflagrazione della coppia, in cui la madre biologica aveva vietato alle minori «ogni rapporto con la ricorrente madre intenzionale» (par. 1.1 del ritenuto in fatto), mostrava la necessità di una valutazione in concreto dell'interesse del minore.

La Corte, pur aderendo alla criticabile impostazione del giudice remittente, riconosciuto un vuoto di tutela per il minore, conseguenza della ritenuta insufficienza dell'adozione in casi particolari ai sensi della disciplina vigente, anche in questa decisione, concludeva nel senso dell'ammisibilità, rinviando all'esercizio della discrezionalità del legislatore la prioritaria valutazione circa i mezzi adatti a colmare al più presto «tale vuoto, mediante una disciplina che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale» (testo della massima).

La sentenza n. 68 costituisce dunque il quarto tentativo per far riconoscere sin dalla nascita il legame di filiazione tra la madre intenzionale ed il minore, ponendo il problema di capire se la stessa con l'addizione introdotta all'art. 8 della l. n.40/2004, non sia altro che il naturale approdo della sentenza n. 32 ovvero se, al contrario, esista un complesso importante di ragioni giuridiche che induca a ritenere che oltrepassi il quadro costituzionale vigente.

Nella giurisprudenza della Corte la sentenza n. 32 ha una “sorella” e cioè la sentenza n.33/2021 che concerne un caso concettualmente analogo, eccependosi, con riferimento agli stessi parametri delle altre pronunce, costituiti dagli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione in relazione all'art. 8 della CEDU, l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) e dell'art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 39 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile), nella parte in cui non avrebbero consentito, l'inserimento, in forza di un atto formato all'estero, «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» (par. 1 del ritenuto in fatto).

A differenza delle precedenti pronunce il caso deciso con questa pronuncia non riguardava una coppia lesbica, bensì una coppia omosessuale maschile, unita in matrimonio in Canada, che aveva fatto ricorso alla maternità surrogata e ora chiedeva che il genitore intenzionale fosse riconosciuto in Italia quale genitore del bambino.

Si tratta di una tipologia di questione già affrontata, come si vedrà, dalla Corte EDU e ampiamente richiamata dalla Corte costituzionale, che peraltro aveva negato, per la parte relativa al genitore d'intenzione, la trascrivibilità nei registri dello stato civile del certificato di nascita formato all'estero, rettificato o meno con sentenza non ha importanza, laddove la maternità surrogata fosse vietata nello Stato in cui si chiedeva il riconoscimento dello *status filiationis*.

L'interesse che suscita questa pronuncia sta nel fatto che i passaggi finali dell'*iter* motivazionale e le conclusioni erano le stesse della sentenza n. 32.

La Corte infatti – dopo aver precisato, in linea con la giurisprudenza della Corte EDU, che per il soddisfacimento del superiore interesse del minore non è necessaria la trascrizione dell'atto formato all'estero, bensì che ciascun ordinamento garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il “genitore d'intenzione”, al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati ...; lasciando poi alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, tra i quali si annovera anche il ricorso all'adozione del minore (par. 5.6 del considerato in diritto) – anche in questa pronuncia perviene ad un giudizio di insufficienza dell'adozione in casi particolari, negli stessi termini della sentenza n. 32, affermando che la stessa non attribuirebbe «la genitorialità all'adottante», non consentirebbe «di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri», richiederebbe «inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore “biologico” (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita» (par. 5.8).

Identiche sono anche le conclusioni nel senso dell'inammissibilità, osservandosi che «il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco». Non rimanendo alla Corte, «di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica ... 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» (par. 5.9).

Dopo che la sentenza n. 68 ha “rovesciato” la pronuncia d'inammissibilità della n. 32, viene naturale domandarsi se, anche per la sentenza n. 33 sia prevedibile un possibile prossimo “rovesciamento” o se la Corte seguirà un diverso approccio, magari valorizzando Corte di cassazione, sezioni unite civili, 30 dicembre 2022, n. 38162 (sul punto *infra*).

In tema di divieto di accesso alle PMA per soggetti diversi dalle coppie eterosessuali vi è, se le ricerche fatte sono corrette, un solo precedente, ossia la sentenza n. 221/2019, in cui si chiedeva alla Corte di rendere fruibile l'eterologa «alle coppie omosessuali in quanto tali: indipendentemente, cioè, dal fatto che i loro componenti risultino affetti, *uti singuli*, da patologie che li pongano in condizioni obiettive di infertilità o di sterilità», estendendola anche all'«infertilità sociale», o «relazionale», fisiologicamente propria della coppia omosessuale femminile, conseguente alla non complementarità biologica delle loro componenti (par. 8 del considerato in diritto).

In questa pronuncia la Corte dopo aver chiaramente individuato «le idee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004» (par. 12), ossia da un lato la configurazione della PMA «come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile: escludendo chiaramente, con ciò, che la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati», dall'altro il trasparente intento di garantire che il nucleo familiare a cui è consentito l'accesso alla PMA «riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre» (par. 12), ritenuto «il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato» (par. 13.1), osserva che il divieto di eterologa per le coppie lesbiche non determina alcuna incongruenza interna alla disciplina legislativa della materia, visto che «l'infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità “fisiologica” della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale» (par. 12).

D'altra parte, viene soggiunto, in primo luogo che vi è «una differenza essenziale tra l'adozione e la PMA. L'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando: essa non serve per dare un figlio a una coppia, ma precipuamente per dare una famiglia al minore che ne è privo», mentre «la PMA ... serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo) realizzandone le aspirazioni genitoriali» (par. 13.2), in secondo luogo che «”[l]a libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori [...] di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti” (sentenza n. 162 del 2014). Essa dev'essere, infatti, bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti: e ciò particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico», spettando al legislatore, quale interprete della collettività nazionale, «il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze, tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico» (par. 13.1).

La sentenza n. 69 sembra dunque porsi in una linea di continuità con questa giurisprudenza laddove afferma che la compressione dell'autodeterminazione procreativa della donna singola non può, nell'attuale complessivo quadro normativo, ritenersi manifestamente irragionevole e sproporzionata (par. 10.2), posto che il Giudice remittente non prospetta alcuna limitazione dell'intervento di questa Corte alle ipotesi in cui la donna sia affetta da sterilità o infertilità patologiche o a quelle in cui rischi di trasmettere gravi malattie genetiche, ma ha chiesto un intervento additivo che consenta semplicemente l'accesso alla PMA alla donna singola (par. 7).

Rammentato che le idee guida del legislatore nel disciplinare la PMA sono state da un lato la limitazione dell'accesso alla PMA alle «coppie rispondenti ai presupposti della procreazione naturale – coppie di diverso sesso, in età potenzialmente fertile, viventi ... in quanto siano affette da sterilità o infertilità patologiche o possano trasmettere malattie genetiche», dall'altro l'individuazione di «una soluzione di partenza ritenuta idonea a fornire la migliore tutela in astratto del minore ... associata alla presenza di futuri genitori identificati nella coppia formata da individui maggiorenni – che, dunque, si presuppongono maturi – e unita da un legame affettivo, attraverso il matrimonio, secondo il paradigma familiare di cui all'art. 29 Cost., o attraverso la convivenza secondo il modello riconducibile agli artt. 2 e 30 Cost.» (par. 9.1), la Corte osserva che «la scelta del legislatore di non avallare un progetto genitoriale che conduce al concepimento di un figlio in un contesto che, almeno *a priori*, implica l'esclusione della figura del padre è tuttora riconducibile al principio di precauzione nell'interesse dei futuri nati» (par. 10.2) e dunque non può considerarsi né irragionevole né sproporzionata.

Anche perché, avendosi riguardo al fine perseguito dalla legge n. 40 del 2004, che è quello «di offrire un rimedio alla sterilità o infertilità che abbiano una causa patologica, non rimosibile tramite altri metodi terapeutici», «la categoria delle donne singole e quella delle coppie eterosessuali non risultano omogenee e, pertanto, non richiedono il medesimo trattamento», visto che «l'infertilità fisiologica della donna singola non è omologabile» alla sterilità o infertilità di tipo patologico, «sicché la disomogeneità dei due gruppi di ipotesi non determina neppure una irragionevole disparità di trattamento» (par. 12.1).

Né il ritenere la scelta operata dal legislatore non irragionevole e non sproporzionata sarebbe contraddetta dalla recente declaratoria d'incostituzionalità (sentenza n. 33/2025) del divieto che impediva alle persone singole di sottoporsi al giudizio di idoneità ai fini dell'adozione internazionale. Nell'ipotesi dell'adozione, infatti, l'interesse del minore si presenta in modo affatto diverso: per i bambini e i ragazzi «in stato di abbandono l'alternativa all'adozione è quella di restare in contesti non paragonabili a un ambiente familiare stabile e armonioso», sicché l'autodeterminazione delle persone singole risulta convergere verso lo stesso interesse del minore. Interesse che inoltre è «direttamente assicurato dall'accertamento giudiziale in concreto operato sull'idoneità dell'aspirante adottante a garantire» un siffatto ambiente, apparendo in tale prospettiva «il puro divieto frapposto alle persone singole è un mezzo non proporzionato a perseguirlo, anche a fronte di quello alla bigenitorialità, che al più potrebbe giustificare, a favore delle coppie, un criterio di tipo preferenziale» (par. 10.2).

Conclusione quella raggiunta dalla pronuncia la cui aderenza alla giurisprudenza della Corte EDU, le cui decisioni in merito sono pertinentemente richiamate, è ampiamente argomentata

nell'esaminare le specifiche censure mosse per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 8 CEDU.

2. Alcune considerazioni di fondo

Ritornando alle due sentenze qui commentate, che ancora una volta concernono la legge n. 40/2004, è la n. 68 che cattura maggiormente l'interesse, investendo con un'ampia addizione l'art. 8, in ragione di una decisione rispetto alla quale sembrano necessarie alcune riflessioni ed approfondimenti critici, venendo da domandarsi se, come già in altre occasioni, l'attività di interpretazione delle disposizioni costituzionali sia trasmodata da una parte in una tanto concreta, quanto illegittima, usurpazione del potere legislativo che la Costituzione affida non ad una ristretta *élite* giudiziaria che segua i propri giudizi di valore, ma al popolo sovrano, attraverso i propri rappresentanti, nell'esercizio di quel libero confronto di idee che è la sostanza della democrazia elettiva, dall'altro in una surrettizia modifica/eterointegrazione della Costituzione, visto che avverrebbe al di là e al di fuori del procedimento previsto e disciplinato dalla stessa Carta fondamentale, in concreto riscrivendo l'art. 29 Cost., che nell'ordinamento italiano individua come modello di famiglia quella naturale (non tradizionale come da più parti si tende a qualificarla) fondata sul matrimonio.

In qualsiasi ordinamento a Costituzione rigida, come quello italiano, in cui è previsto un apposito procedimento di modifica costituzionale rimesso al popolo e ai suoi rappresentanti ed in cui è previsto, seppur con taluni temperamenti, il principio della separazione dei poteri, risulta infatti indispensabile identificare gli ambiti dell'interpretazione costituzionale in modo che la stessa da un lato non si trasformi in un'attività di modifica costituzionale dissimulata, a prescindere dal procedimento di cui all'art. 138 Cost., dall'altro non debordi, attraverso interpretazioni strumentali della Carta fondamentale, in una attività di creazione legislativa, nell'un caso e nell'altro sostituendo alle scelte che la Costituzione riserva all'Assemblea rappresentativa altre scelte che paiono avere natura essenzialmente politica. Tanto più che nell'ordinamento costituzionale italiano l'art. 28 della legge n. 87 del 1953, tutt'ora vigente, nega espressamente alla Corte la natura di organo politico, disponendo che, in sede di giudizio di legittimità costituzionale, è preclusa «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Come è stato reiteratamente sostenuto da tanti e di tempo in tempo, deve necessariamente esistere un *discrimen* tale da escludere che l'interpretazione/applicazione della Costituzione possa esondare in una illegittima revisione della Costituzione e, sotto altro profilo, in una usurpazione del potere legislativo, per di più, talvolta, giustificata sulla base di una interpretazione abnorme delle disposizioni costituzionali, senza di che le Corti costituzionali sarebbero in grado di stravolgere le scelte della rappresentanza parlamentare per sostituire ad esse le proprie, in assenza di una qualsiasi legittimazione popolare e responsabilità politica.

Ora rispetto al fatto che gli artt. 2, 3, e 30 della Costituzione comportino la mortificazione dell'art. 29 Cost., con conseguente destrutturazione dell'istituto della famiglia naturale, l'unica i cui diritti sono riconosciuti e garantiti dalla Costituzione; l'aggiramento della legislazione nazionale e delle scelte valoriali ivi contenute in materia di *status filiationis*; la creazione di un

meccanismo di riconoscimento dello *status filiationis* del tutto estraneo al diritto vigente; la legittimazione del turismo riproduttivo accompagnata da una evidente violazione del principio di uguaglianza a vantaggio delle coppie lesbiche maggiormente dotate di mezzi finanziari; lo scardinamento del diritto internazionale privato italiano, così come emerge dall'integrazione operata con l'addizione apportata al suaccennato art. 8; la legittimazione di fatto dell'utilizzo di pratiche fecondative, legali in altri Paesi, quali l'eterologa con entrambi i gameti di donatori, finalizzata alla scelta del sesso o di specifici caratteri somatici (dal vago "sentore" eugenetico) ovvero la cosiddetta "ricezione di ovuli dalla compagna" (ROPA), ammessa in Spagna per le coppie lesbiche sposate, in cui una delle due donne apporta i propri ovuli fungendo da donatrice, mentre l'altra riceve gli embrioni mediante *transfer*,² senza che in merito ci sia stato alcun confronto nell'opinione pubblica né nella competente sede parlamentare, a chi scrive qualche dubbio viene.

La Corte ha infatti dichiarato, per violazione degli artt. 2, 3, e 30 Cost., l'illegittimità costituzionale di detta norma «nella parte in cui non prevede che pure il nato in Italia da donna che ha fatto ricorso all'estero, in osservanza delle norme ivi vigenti, a tecniche di procreazione medicalmente assistita ha lo stato di figlio riconosciuto anche della donna che, del pari, ha espresso il preventivo consenso al ricorso alle tecniche medesime e alla correlata assunzione di responsabilità genitoriale».

Dal che derivano, per implicito, le conseguenze sopra segnalate e che nella sentenza sono totalmente obliate, anzi affermandosi, per vero in modo non convincente, come si vedrà, che «con riguardo all'odierna questione, non si pone un problema di bilanciamento, in quanto non è ravvisabile alcun controinteresse di peso tale da richiedere e giustificare una compressione del diritto del minore a vedersi riconosciuto il proprio stato di figlio (della madre intenzionale) automaticamente sin dal momento della nascita» (punto 12 del considerato in diritto).

Affermazione che, a mente di quanto ritenuto dalla stessa Corte nel capoverso precedente, in cui ha riprecisato «che l'interesse del minore, per quanto centrale, non è un interesse "tiranno", che debba sempre e comunque prevalere. Al pari di ogni interesse costituzionalmente rilevante, esso può essere oggetto di un bilanciamento in presenza di un interesse di pari rango» (punto 12 del considerato in diritto), induce a chiedersi se realmente non si ponga un problema di bilanciamento dei valori come dice la Corte ovvero se la detta affermazione, una volta di più,

² Sulla ROPA si veda peraltro Corte di cassazione, sez. prima civile, sentenza 30 settembre 2016, n. 19599, che ha ritenuto possibile la trascrizione, nel registro dello stato civile in Italia, di un atto straniero dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne, a seguito di questa tecnica di procreazione assistita, con una pronuncia altamente controvertibile, implicitamente assumendo che tutte le tecniche di PMA siano equivalenti e negando l'esistenza di un principio costituzionale di ordine pubblico che impedisce alle coppie dello stesso sesso di accogliere e generare figli, mentre un tale principio esiste ed è il rispetto della dignità della vita umana che legittima che uno Stato possa mettere in campo ogni mezzo per impedire che chi fa ricorso a tecniche procreative che la società nel suo insieme ritenga ripugnanti, pur se legali in altri Stati, come può essere l'eterologa a fini eugenetici o la ROPA o l'ectogenesi (ossia lo sviluppo di un embrione in un utero artificiale che potrebbe sostituire la maternità surrogata), possa conseguire il bene della vita per ottenere il quale ha fatto ricorso a tali tecniche, peraltro non essendo assolutamente in questione una pretesa "generale libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia senza discriminazioni", perché rispetto all'accesso a queste tecniche non esiste alcun diritto fondamentale e il bando dovrebbe valere per chiunque etero od omosessuale, peraltro essendo irrilevante dove siano state eseguite.

dimostri come l'autoattribuzione della competenza a sindacare, quando una specifica questione coinvolga «plurime esigenze costituzionali», «se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento» «degli interessi costituzionalmente rilevanti», sia una di quelle *empty boxes* che consentono alle Corti di avere mani libere e che solo un rigoroso *self restraint* può impedire che conducano a travalicare, attingendo la sfera della discrezionalità politica, così sostituendo le preferenze politiche di un ristretto consesso di persone, prive di qualsiasi legittimazione popolare e senza assunzione di alcuna responsabilità politica a quelle espresse dai Parlamenti democraticamente eletti, preferenze anche, di frequente, in contrasto con quelle della maggioranza dei cittadini.

Anche perché, come nel caso di specie, è sempre la Corte a stabilire quali siano gli interessi costituzionali di pari rango e quale debba essere il ragionevole bilanciamento fra gli stessi.

Tant'è che, mentre il legislatore deve compiere chissà quali ponderazioni per bilanciare gli interessi in gioco, alla Corte costituzionale è sufficiente dire che il legislatore ha sbagliato, ovvero, più semplicemente, che non ci sono cotrointeressi costituzionalmente rilevanti, senza neppure avere la necessità, come nel caso qui in esame, di dare una motivazione logicamente solida, per sostenere quanto asserito.

Percorso quello utilizzato nella presente pronuncia, peraltro, già seguito dalla Corte nel caso della declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'inseminazione eterologa in cui la stessa fece a mala pena menzione degli interessi costituzionali a sostegno di tale divieto, considerati sostanzialmente irrilevanti.³

Dovendosi ulteriormente segnalare, per quel che attiene al profilo dell'usurpazione del potere legislativo, come questa questione si ponga con ancor più rilevanza a considerare che la stessa Corte, con la sentenza n. 32 del 2021, aveva già dichiarato l'inammissibilità di analoga questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e dell'art. 250 cod. civ. per «il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario» (senza contare l'ulteriore precedente costituito dalla sentenza n. 230/2020)..

Tanto che lo stesso Tribunale remittente, ponendosi il problema, stante il tenore della precedente pronuncia, dell'inammissibilità della questione, a cagione della possibile usurpazione del potere legislativo, ha inteso prospettare come soluzione alla questione della natura materialmente legislativa degli interventi della Corte – muovendo dall'assunto che la richiamata pronuncia aveva riscontrato in ordine alle fattispecie *de quibus* una preoccupante lacuna dell'ordinamento, che avrebbe richiesto un impellente intervento del legislatore tramite una disciplina organica della materia volto a colmare il divario tra la realtà fattuale e quella legale e che il legislatore era rimasto inerte pur di fronte a tale monito – quella di ritenere che

³ Sentenza n. 162 del 10/06/2014. Interessi nient'affatto irrilevanti e che erano riconducibili al principio di esclusività genitoriale, che tipicamente connota la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, al diritto all'identità biologica del nato, al diritto alla salute fisica e psichica del nato con eterologa, correlato non solo all'uso di una tecnica che induce una certa cagionevolezza di salute nell'individuo concepito per suo mezzo, come hanno dimostrato molte ricerche effettuate sul campo, ma anche, tanto per fare qualche esempio, correlato al disagio psichico conseguente alla scoperta di avere uno o ambedue i genitori biologici diversi da quelli apparenti, ovvero correlato al rifiuto della genitorialità, di frequente maturato nel genitore non biologico, con maggior evidenza nei padri sterili, pur dopo molti anni dalla nascita del bambino.

in tali casi la Corte sarebbe pienamente legittimata, peraltro avendolo già fatto, «a procedere con una propria e autonoma soluzione, inevitabile in forza dell'imperativo di osservare la Costituzione».⁴

Ben oltre quel *discrimen* che nell'ordinamento italiano, inizialmente identificato nell'esigenza che l'intervento additivo fosse "a rime obbligate", è stato successivamente dilatato, affermandosi che la possibilità di far luogo a sentenze manipolative/additive non è «subordinata all'esistenza "di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto [alla] presenza nell'ordinamento di una o più soluzioni costituzionalmente adeguate, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore" (sentenza n. 73 del 2023; negli stessi termini, sentenze n. 46 del 2024 e n. 34 del 2021)»,⁵ delineando in tal modo una sostanziale funzione di supplenza (sulla cui conformità a Costituzione si tornerà più avanti all'interno di questo contributo), i cui limiti, in ogni caso, sono stati superati con la sentenza n. 68.

3. La prospettazione del *thema decidendum* nella sentenza n. 68 ed alcune considerazioni critiche in merito alla stessa

La questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale ordinario di Lucca, ha investito gli artt. 8 e 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 e l'art. 250 del codice civile in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione ad una pluralità di disposizione di diritto internazionale.

Il complesso delle disposizioni indicato è stato censurato nella misura in cui avrebbero impedito, «al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita (PMA) eterologa praticata da una coppia di donne, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla cosiddetta madre intenzionale che, insieme alla madre biologica (per tale dovendosi intendere la donna che ha partorito), avesse prestato il consenso alla pratica fecondativa e, comunque, laddove avrebbero imposto la cancellazione dall'atto di nascita del riconoscimento compiuto dalla madre intenzionale».

Oggetto ristretto dal Giudice delle leggi «al solo profilo concernente lo stato di figlio nato in Italia da PMA praticata, in uno Stato estero e nel rispetto della *lex loci*, da una donna, con il consenso di un'altra donna nel contesto di un progetto genitoriale con assunzione della relativa responsabilità. Rimane, dunque, estraneo il diverso profilo delle condizioni, soggettive e oggettive, di accesso alla PMA in Italia e dei correlati divieti, come attualmente previsti dall'ordinamento» (punto 3 del considerato in diritto).

Nella specie il Tribunale di Lucca era stato chiamato a decidere sull'azione di rettificazione di cui all'art. 95 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della

⁴ La frase riportata nel testo, contenuta nell'ordinanza di rimessione, è in realtà del Presidente della stessa Corte costituzionale che nella relazione del 18 marzo del 2024, ha affermato che laddove il legislatore rinunci «ad una prerogativa che ad esso compete», di fatto obbliga la Corte «a procedere con una propria e autonoma soluzione, inevitabile in forza dell'imperativo di osservare la Costituzione».

⁵ La citazione è tratta dalla sentenza n. 69, par. 3.2 del considerato in diritto.

legge 15 maggio 1997, n. 127), proposta dalla locale Procura della Repubblica nei riguardi dell'atto di nascita di minore, formato dall'ufficiale dello stato civile di un Comune del circondario e iscritto nei registri dello stesso Comune, in quanto riportava la dichiarazione di riconoscimento resa da due donne nelle rispettive qualità di madre biologica e madre intenzionale in contrasto con quanto previsto dalla circolare del Ministero dell'interno - Dipartimento per gli Affari interni e territoriali 19 gennaio 2023, n. 3. Significativo che la stessa Procura impugnante avesse preventivamente chiesto al Tribunale di rimettere la questione alla Corte costituzionale.

Trattavasi invero di un minore voluto da una coppia lesbica, concepito a mezzo PMA, verosimilmente effettuata in Spagna (anche se la sentenza non lo dice), ma nato in Italia. Da notare che una delle due donne formanti la coppia, vale a dire la cosiddetta madre intenzionale, aveva già utilizzato la PMA in un precedente rapporto con una donna diversa da quella di cui al presente caso, da cui era nata una minore il cui atto di nascita, nonostante riportasse la medesima dichiarazione presente nell'atto ora avversato, non era stato impugnato e rispetto al quale la Procura, pur interpellata dal Tribunale, aveva «dichiarato di non estendere la domanda di rettificazione anche all'altra figlia» (punto 1.1 del ritenuto in fatto).

Sia permesso incidentalmente di segnalare come il comportamento della Procura sia alquanto singolare e sembri artificialmente orientato a sostenere la proposizione della questione di legittimità costituzionale, favorendo l'enucleazione di profili di illegittimità puramente suggestivi, come anche apparirà da quanto si dirà qui appresso.

Nell'ordinanza di rimessione il Tribunale ha ritenuto che le indicate disposizioni legislative fossero in contrasto con plurime disposizioni costituzionali (peraltro le stesse degli altri precedenti).

Innanzitutto con l'art. 2 Cost., in quanto frustrerebbero «il diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel proprio nucleo familiare - formazione sociale tutelata dalla Carta costituzionale anche se non riconducibile alla famiglia tradizionale - e alla propria identità sociale, presupposto per l'azionabilità dei diritti nei confronti di chi si è assunto la responsabilità di procreare» (punto 1.2 del ritenuto in fatto).

Secondariamente con il principio di uguaglianza formale e sostanziale per plurime ragioni:

- perché «il nato all'esito di PMA intrapresa da una coppia di due donne sarebbe non riconoscibile in ragione delle caratteristiche della relazione omosessuale tra i genitori»;
- perché «il mancato riconoscimento delle donne omosessuali quali genitori del nato da fecondazione eterologa praticata dall'una con il consenso dell'altra costituirebbe un ostacolo al pieno sviluppo della loro personalità che spetta alla Repubblica rimuovere»;
- perché si determinerebbe «una disparità di trattamento tra bambini concepiti da due donne con PMA, a seconda che siano nati all'estero o sul territorio italiano. E ciò in quanto - secondo l'orientamento ormai costante della Corte di cassazione - dei primi è trascrivibile in Italia l'atto formato all'estero con indicazione delle due madri»;
- perché un'ulteriore discriminazione si verificherebbe per i bambini concepiti da due donne con PMA, nati sul territorio italiano a seconda che vi sia o meno il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di procedere all'iscrizione o il pubblico ministero decida o meno di impugnare l'atto riportante l'indicazione anche della madre intenzionale. Evenienza che si riscontrerebbe «in

termini drammatici» proprio nel nucleo familiare delle resistenti nel giudizio principale in cui la prima figlia risulta riconosciuta come figlia di entrambe le donne, mentre l'altro figlio – in ipotesi di accoglimento dell'impugnazione proposta dalla Procura – risulterebbe figlio solo della madre biologica, con esclusione di ogni legame con la madre intenzionale;

- perché infine risulterebbe «offeso il diritto alla bigenitorialità del bambino inteso come diritto ad avere due persone che, sin dalla sua nascita, si assumano la responsabilità di provvedere al suo mantenimento, alla sua educazione e istruzione, nei confronti delle quali poter vantare diritti successori ma, soprattutto, poter agire in caso di inadempimento e di crisi della coppia» (punto 1.2 del ritenuto in fatto).

In terzo luogo con gli artt. 30 e 31 Cost.

Il primo in ragione del mancato riconoscimento del diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, non assicurando ai figli nati fuori del matrimonio quella tutela giuridica e sociale imposta dalla Costituzione. Il secondo in quanto «il mancato riconoscimento dello status di figlio della madre intenzionale contrasterebbe con la salvaguardia del miglior interesse del minore che» troverebbe la sua tutela nella ridetta disposizione costituzionale (punto 1.2 del ritenuto in fatto).

In quarto luogo con l'art. 117, primo comma, Cost. «per il tramite degli evocati parametri sovranazionali interposti», risultando «lesi: a) l'art. 8 CEDU; b) l'art. 14 CEDU; c) l'art. 24, paragrafo 3, CDFUE, che prevede che «[il] minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse»; d) gli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo» (punto 1.2 del ritenuto in fatto).

Instauratosi il giudizio si è costituita, per il Presidente del Consiglio dei ministri, l'Avvocatura generale dello Stato, si sono costituite le resistenti nel giudizio *a quo*, sono intervenute ulteriori Parti, che poi hanno rinunciato, e sono state presentate quattro opinioni scritte di *amici curiae*, ammesse con decreto presidenziale del 5 novembre 2024.

Ai fini di una complessiva illustrazione del proposto *thema decidendum* di rilievo appaiono tanto quelle svolte dall'Avvocatura generale dello Stato, quanto quelle prospettate dalle resistenti nel giudizio *a quo*.

In particolare, diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale, come esposto nel paragrafo precedente, l'Avvocatura generale ha sostenuto non superabile l'aspetto dell'inammissibilità della questione, sviluppandolo sulla base di due distinti profili, in ogni caso argomentando per la pretestuosità e l'infondatezza delle censure che alle disposizioni impugnate erano state mosse dal Tribunale remittente.

Nello specifico per l'Avvocatura la questione sarebbe stata manifestamente inammissibile innanzitutto perché «tesa ad ottenere una sentenza manipolativa additiva in una materia caratterizzata da ampia discrezionalità legislativa, nella quale, quindi, difetterebbe un'unica soluzione costituzionalmente obbligata. Conseguentemente, l'intervento richiesto risulterebbe eccedente rispetto ai poteri spettanti al Giudice delle leggi» (punto 2.1 del ritenuto in fatto).

Secondariamente perché, a seguito di alcuni interventi giurisprudenziali,⁶ attraverso l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, primo comma, lettera *d*), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia) in favore delle coppie omoaffettive, nella disciplina risultante a seguito della sentenza n. 79/2022 della stessa Corte costituzionale, la condizione del minore nato dal ricorso di coppia omosessuale a pratiche di PMA sarebbe attualmente del tutto diversa da quella che aveva dato origine al giudizio di legittimità costituzionale nel 2021.

Nel merito viene osservato dall'Avvocatura che per il nato da coppie lesbiche – secondo i già ricordati interventi giurisprudenziali – «l'interesse al riconoscimento giuridico del suo rapporto con il genitore d'intenzione troverebbe tutela, comunque, attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari. Di contro, il rapporto tra genitore d'intenzione e minore non potrebbe trovare automatico riconoscimento nella disciplina della filiazione, che nell'ordinamento interno risulta saldamente ancorata al rapporto biologico tra il nato e genitori di sesso diverso, la cui esclusione richiederebbe, a pena di inevitabili squilibri, radicali modifiche di sistema, non realizzabili attraverso un intervento episodico del giudice delle leggi».

Neppure esisterebbe alcuna violazione dell'art. 3 Cost. «in quanto, ad avviso dell'Avvocatura, mancherebbe un'effettiva omogeneità tra le coppie eterosessuali sterili o infertili e quelle omosessuali, fisiologicamente impossibilitate a procreare».

Costituitesi le resistenti nel giudizio *a quo* le stesse hanno sostenuto da un lato che «l'attribuzione della genitorialità alla madre d'intenzione non arrecherebbe offesa alla dignità della donna, né comporterebbe il rischio di lesione di altri valori costituzionali: l'interesse del minore al riconoscimento dello *status filiationis* non dovrebbe essere, allora, bilanciato con interessi contrapposti», dall'altro, contestando quanto affermato dall'Avvocatura, che l'adozione non legittimante non offrirebbe al minore la stessa tutela che gli deriverebbe dal riconoscimento dello *status filiationis*, dal momento «che: a) i tempi lunghi di ottenimento della sentenza definitiva per l'adozione genererebbe un lungo periodo di incertezza giuridica sulla condizione personale del minore; b) l'art. 48, «comma 2 [recte: comma terzo]», della legge n. 184 del 1983 esclude per l'adottante l'usufrutto legale sui beni del minore, con compressione della piena e libera gestione del patrimonio familiare da parte del genitore nell'interesse dei figli; c) per l'adozione in casi particolari è prevista la revoca (artt. 51 e seguenti della legge n. 184 del 1983), promuovibile anche dal pubblico ministero pur se per mero inadempimento dei doveri genitoriali (art. 53)» (punto 3 del ritenuto in fatto).

⁶ Si tratta dei plurimi arresti della Corte di cassazione con cui è stato ammesso il ricorso all'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, primo comma, lettera *d*), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia) in favore delle coppie omoaffettive, la cui pienezza di effetti risulterebbe ormai garantita a seguito della sentenza n. 79/2022 della medesima Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina prevista da questa stessa legge nella parte in cui non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, nonché della sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, 30 dicembre 2022, n. 38162, così come, più di recente, Corte di cassazione, sezione prima civile, ordinanza 29 agosto 2023, n. 25436, secondo le quali la mancanza di consenso del genitore biologico, se ingiustificata, non impedisce l'adozione in casi particolari da parte di quello intenzionale.

Dalle argomentazioni svolte dai vari “attori” del giudizio, si palesa abbastanza chiaramente quale sia il vero oggetto del giudizio, anche allo scopo di capire se la decisione della Consulta appaia congrua rispetto a tutti i profili giuridici investiti dalla questione.

Infatti la questione sollevata contiene due aspetti che sono inscindibili fra loro, dei quali uno, sia permesso di anticipare, viene completamente (e artificialmente) obliterato dalla Consulta: l’interesse del minore (nozione poliseno la cui tutela muta a seconda del punto di vista da cui viene considerato); la sottostante (*rectius* sovrastante) pretesa della donna non partoriente di una coppia lesbica ad acquisire lo *status* di genitore del minore nato a mezzo di PMA. Non vi è chi non veda come il riconoscimento dello *status filiationis* del minore relativamente alla madre cosiddetta intenzionale implichi necessariamente che questa si veda riconosciuta come giuridicamente legittima la pretesa ad acquisire lo *status* di genitore, in contrasto con tutti i principi dell’ordinamento italiano che escludono che le coppie lesbiche possano fare ricorso alla PMA e dunque che la donna non partoriente abbia il diritto di acquisire lo *status* di genitore, seppure come si dice, intenzionale (espressione il cui senso è assai discutibile, come si dirà).

Ed anzi, a ben esaminare l’intera vicenda sopra brevemente ricostruita nonché le censure mosse dal Tribunale remittente alle disposizioni impugnate, emerge con una certa evidenza come il vero scopo della sollevata questione fosse il riconoscimento della qualità di genitore alla donna non madre biologica di una coppia lesbica, in modo da equiparare sotto questo profilo le coppie omosessuali (femminili) alla famiglia naturale, laddove fra questa seconda e le prime manca un’effettiva equiparabilità, ai fini dell’applicazione del principio di uguaglianza, essendo le coppie omosessuali fisiologicamente impossibilitate a procreare.

Ragione per la quale, non è un caso, che in dottrina, sia stato affermato che il vero oggetto del giudizio sarebbe stato quello di «pronunciarsi non solo su norme, ma su modelli familiari, su forme di vita, su progetti genitoriali che, pur socialmente radicati, restano giuridicamente precari», superando la Corte costituzionale, nella sentenza n. 68, il dispositivo normativo della legge 40 che avrebbe istituito «un potere di esclusione» nei confronti della madre non biologica, pur presente sin dalla fase genetica e affettiva del progetto di vita, ... trattata come soggetto parzialmente privo di rilevanza giuridica».⁷

Dimenticando che, in realtà, la libertà di avere figli e, se del caso, di formare una famiglia non ha alcuna attinenza con il ricorso alla PMA da parte di una coppia lesbica.

Detta libertà, infatti, costituendo una libertà naturale dell’uomo, riconducibile alla propria sessualità, implica essenzialmente che lo Stato non possa e non debba interferire con la scelta di ciascun individuo, usando delle naturali facoltà riproduttive, di avere o di non avere figli, ovvero di formare o di non formare una famiglia, libertà la prima che ovviamente prescinde dalla seconda. È infatti del tutto evidente a chiunque che un uomo e una donna possano

⁷ M. DI MASI, *Le sentenze nn. 68 e 69/2025 ovvero dello strabismo della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 18/06/2025, p. 2, reperibile in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/le-sentenze-nn-68-e-69-2025-ovvero-dello-strabismo-della-corte-costituzionale-18/06/2025>, per il quale la sentenza n. 68 assumerebbe perciò «anche una funzione antidiscriminatoria, poiché smonta una gerarchia silenziosa fra famiglie, che privilegia quelle conformi al modello coniugale eterosessuale e penalizza quelle fondate su progettualità omogenitoriali» (p. 9).

decidere di avere dei figli a prescindere dall'unirsi con un legame stabile, socialmente riconosciuto.

Ebbene codesta libertà non ha nulla a che fare con la pretesa di ottenere da terzi il materiale genetico da utilizzare a fini procreativi, poiché esattamente in questo si sostanzia il diritto di "avere figli" con la PMA. Diritto che pertanto non esiste poiché nessuna coppia può legalmente pretendere da chichessia che gli fornisca sperma o ovociti al fine di procreare in provetta. Ben diversamente da quanto ritenuto dalla prevalente dottrina la normativa relativa alla PMA non riguarda alcun diritto inviolabile dell'uomo, tantomeno l'esistenza di pretesi modelli ulteriori di famiglia, avendo piuttosto ad oggetto la regolamentazione delle donazioni di materiale genetico a fini riproduttivi ed il riconoscimento o meno del ben diverso diritto di accedere ad una tecnica di fecondazione artificiale. Diritto che il legislatore può legittimamente negare, anche solo sulla base di una propria concezione politica della società, senza che la sua scelta debba essere sottoposta ad alcuno scrutinio di ragionevolezza, perché, invero, non esiste alcun automatismo che faccia corrispondere ai progressi della scienza la genesi di nuovi diritti che quei progressi consentano di utilizzare, così precludendo agli Stati di stabilire per via legislativa se ed entro quali limiti questi progressi possano essere resi disponibili ai singoli. Il diritto di procreare naturalmente un figlio è cosa diversissima dal supposto diritto di ottenerlo con l'utilizzo di tecniche di procreazione artificiale: il primo è un diritto inviolabile di ogni uomo; il secondo è un diritto solo nel caso in cui venga riconosciuto e disciplinato dallo Stato. Sussumere la procreazione naturale e quella artificiale all'interno di unica categoria concettuale, identificata nel generico e onnicomprensivo "diritto ad avere figli" o – il che non è lo stesso – il "diritto a realizzare la genitorialità" o di "essere famiglia" (questo diritto infatti può soddisfarsi anche attraverso l'adozione, laddove la procreazione artificiale con eterologa ha in più l'apparenza sociale della procreazione naturale), è un'operazione logicamente ed ermeneuticamente scorretta la cui più evidente finalità è quella di ampliare oltre ogni misura il sindacato giurisdizionale, allo scopo di consentire alle corti di estendere in una materia così delicata, nei limiti di volta in volta dalle stesse stabiliti, le guarentigiate incomprimibilità della procreazione naturale e del conseguente *status filiationis* a quella artificiale, così sostituendo scelte di *policies* di segno politico-culturale diverso da quelle, eventualmente più restrittive, effettuate dal legislatore.

Operazione che, peraltro, occorre osservare, è sostenuta da larga parte della dottrina e trova conforto nella giurisprudenza della Corte EDU, la quale, attraverso le proprie pronunce, ha affermato dapprima che la procreazione separata dall'atto coniugale (fecondazione in vitro omologa) rientra nell'ambito dell'articolo 8 della Convenzione che tutela il diritto al rispetto (oltre che del domicilio e della corrispondenza) della propria vita privata e familiare, la cui nozione «include il diritto al rispetto della ... decisione di diventare o meno genitori genetici»⁸, successivamente, sempre ai fini dell'applicazione dell'art. 8, che «il diritto di una coppia di

⁸ CEDU, Grande Camera, sent. 4 dicembre 2007, *Dickson c. Royaume Uni*, par. 66. Nel caso di specie il ricorso avverso il diniego d'accesso all'inseminazione artificiale omologa, peraltro ammessa, a seconda dei casi, su decisione del Ministro, era stato proposto dai ricorrenti, ambedue fertili, perché il marito della coppia era detenuto e l'ordinamento inglese non consentiva visite coniugali per i detenuti e perché la liberazione dell'uomo sarebbe avvenuta quando la donna non sarebbe più stata in grado di procreare.

concepire un bambino» ricomprende *tout court* «quello di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita», in questo caso eterologa, «in quanto tale scelta è chiaramente un'espressione della vita privata e familiare»⁹ e infine ha ricollegato «il diritto al rispetto della decisione» della coppia «di diventare genitori» e di realizzarsi come persone «attraverso il ruolo di genitori», al comportamento di due coniugi che avevano, contrattualmente pattuito con una clinica russa la procreazione di un figlio con gameti di donatori e maternità surrogata (dietro pagamento di euro cinquantamila).¹⁰

Impostazione che ha come conseguenza proprio quella di porre sullo stesso piano la procreazione naturale con quella medicalmente assistita.

Si tratta nondimeno di una giurisprudenza che non può essere condivisa ed è assolutamente criticabile in primo luogo per le ragioni poc'anzi esposte sulla non assimilabilità di queste due tipologie di procreazione (per la posizione della Corte costituzionale italiana su questo tema *infra*, commentando alcuni aspetti della sentenza n. 69).

Secondariamente perché, come è stato esattamente osservato con riguardo alle coppie monogenere – che in ragione del proprio orientamento sessuale rifiutano il processo procreativo biologico di cui sono compartecipi uomo e donna – «non sembra possibile riconoscere che sia un diritto realizzare qualcosa (avere un figlio), che pure spetta, se per farlo si rifiuta una modalità disponibile (la procreazione naturale) e si pretende l'attivazione di una diversa modalità»¹¹ non disponibile, quale la PMA, la cui accessibilità è pertanto rimessa al giudizio politico (ad avviso di chi scrive non sindacabile) del legislatore.

In terzo luogo perché le sentenze in esame, soprattutto la seconda, evitano di affrontare il nodo fondamentale della questione e cioè del perché, anche ad ammettere che «il diritto al rispetto della vita privata comprenda altresì il diritto di realizzare il desiderio di avere un figlio», questo diritto debba estendersi alla procreazione medicalmente assistita, dato che la fecondazione artificiale richiede che lo Stato autorizzi ed accetti «la cooperazione di terzi nell'adempimento del desiderio di una coppia nel voler concepire un bambino».¹²

In quarto luogo perché il «diritto di realizzare il desiderio di avere un figlio» e quindi di diventare genitori non implica «che lo Stato *abbia* l'obbligo di consentire indiscriminatamente tutti i mezzi tecnicamente realizzabili di riproduzione né tantomeno di metterli a disposizione delle persone interessate»,¹³ all'opposto rimanendo gli Stati e, più precisamente le

⁹ Corte EDU, Grande Camera, sent. 3 novembre 2011, *S. H. et autres c. Autriche*, par. 82.

¹⁰ Corte EDU, Grande Camera, sent. 24 gennaio 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, par.163 (la somma pagata è indicata al par.131). Peraltro riesce difficile comprendere come la Corte EDU possa qualificare quella che appare essere una vera e propria pratica di compravendita di un essere umano che offende la dignità del nuovo nato, trattato come un prodotto (qual è la maternità surrogata con gameti di donatori in cui l'unica partecipazione all'atto procreativo dei genitori cosiddetti intenzionali è la stipula del contratto con la clinica che si impegna a fornirgli il neonato) come un «progetto genitoriale» (par. 151), se non fosse che attraverso tali «alchimie linguistiche» la Corte riesce a far rientrare nella sua giurisdizione casi che palesemente esorbiterebbero dalla tutela garantita dall'art. 8 della Convenzione.

¹¹ N. POLLASTRI, *Omogenitorialità. Una critica non omofoba*, in *Dialoghi mediterranei*, n. 65, gennaio 2024, p. 10.

¹² Interrogativo peraltro già posto con forza dallo Stato austriaco nella citata Corte EDU, Grande Camera, sent. 3 novembre 2011, *S. H. et autres c. Autriche*, par. 63.

¹³ La frase è una citazione ancora da: Corte EDU, Grande Camera, sent. 3 novembre 2011, *S. H. et autres c. Autriche*, par. 63.

rappresentanze parlamentari dei singoli Stati, libere di dare alla procreazione medicalmente assistita la regolamentazione che ritengono politicamente più rispondente ai valori ritenuti fondanti della società, senza che dei giudici, privi di qualsiasi legittimazione democratica, si arroghino il potere di trasformare questo diritto «nel diritto di avere un figlio a tutti i costi»¹⁴ o quasi.

In quinto luogo perché le tecniche di procreazione medicalmente assistita, soprattutto quelle più invasive tra cui la fecondazione in vitro di tipo eterologo, appaiono difficilmente conciliabili con il fondamentale e superiore principio del rispetto della dignità della vita umana, apparendo poco convincente «che il “desiderio” di un bambino ... possa divenire un obiettivo assoluto»¹⁵ che consenta alle coppie o addirittura ai singoli di accedere a qualsiasi tecnica fecondativa resa disponibile dai progressi della medicina e della biologia. Non si può infatti condividere, come invece sostenuto dalla Corte EDU, che i principali parametri su cui misurare l'estensione del “diritto di realizzare il desiderio di avere un figlio” siano costituiti da un lato dall'ampiezza del “consenso europeo” in questa materia, dall'altro dalla «rapida evoluzione della scienza e della società a tal riguardo», foriera di sviluppi di cui i legislatori dovranno «tenere conto in futuro»,¹⁶ perché, come è stato esattamente osservato, la storia insegna che il consenso politico e sociale «ha in passato portato ad atti di flagrante ingiustizia sia in Europa che altrove», anche originando, ieri come oggi, pratiche in stridente contrasto con il rispetto della dignità della vita umana.¹⁷

Risulta infatti assai difficile revocare un dubbio che talune pratiche di procreazione medicalmente assistita, specialmente quelle più invasive, trattino la vita umana nascente come un prodotto manipolabile, violandone così il suo valore intrinseco.

Dovendosi ribadire con forza che non esiste alcun nesso fra la libertà di generare naturalmente dei figli e l'accesso ad una tecnica procreativa che richiede l'assistenza di strutture sanitarie complesse, di donatori che forniscano gratuitamente (o a pagamento) sperma e/o ovociti, di centri che valutino la qualità del materiale genetico donato, etc.

4. L'iter motivazionale seguito dalla Corte costituzionale

Di quest'iter motivazionale vanno considerati partitamente due aspetti: quello della reiezione delle eccezioni d'inammissibilità e quello relativo al merito in relazione all'individuazione dell'interesse del minore.

Quanto al primo, come si è visto, dall'Avvocatura l'eccezione d'inammissibilità era stata prospettata sulla base di due distinte considerazioni.

L'una riconducibile al fatto che il Tribunale remittente non aveva tentato «una interpretazione conforme alla luce del diritto vivente», visto che il principio del miglior interesse

¹⁴ In questo senso si veda, ad esempio, nella stessa *S. H. et autres c. Autriche*, *Opinione separata del giudice De Gaetano*, par. 2, per il quale «né l'articolo 8 né l'articolo 12 possono essere interpretati come conferenti il diritto a concepire un bambino a qualunque costo».

¹⁵ Si veda ancora, *S. H. et autres c. Autriche*, *Opinione separata del giudice De Gaetano*, cit., par. 2,

¹⁶ *S. H. et autres c. Autriche*, par. 117 e 118.

¹⁷ In proposito *S. H. et autres c. Autriche*, *Opinione separata del giudice De Gaetano*, cit., par. 4.

del minore risulterebbe ormai «adeguatamente assicurato dalla giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione, che riconosce la possibilità per il genitore intenzionale di ricorrere all'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983 ... sicché la condizione del minore nato dal ricorso di coppia di donne a pratiche di PMA non sarebbe la medesima di quella» che esisteva al tempo della sentenza della Consulta n. 32 del 2021 (punto 2.1 del considerato in diritto).

L'altra, osservandosi che la pronuncia richiesta si sarebbe tradotta in una addizione di tipo manipolativo «in una materia caratterizzata da ampia discrezionalità legislativa, rispetto alla quale difetterebbe un'unica soluzione costituzionalmente obbligata» (punto 2.2 del considerato in diritto).

Prospettazione la prima respinta sulla base dell'assorbente considerazione che l'Avvocatura confonderebbe «il piano dell'esperimento dell'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni censurate con il merito della questione», poiché gli argomenti utilizzati si riferirebbero alla «ritenuta adeguatezza dello strumento dell'adozione in casi particolari a rispondere agli interessi costituzionali in gioco», essendo pertanto rivolti «a escludere il *vulnus* paventato dal giudice rimettente» (punto 2.1 del considerato in diritto).

Considerazione sostanzialmente condivisibile.

La seconda osservandosi che detta eccezione sarebbe «priva di fondamento in quanto, diversamente dalle questioni attualmente in esame, allora si chiedeva a questa Corte un intervento sulle disposizioni censurate «”là dove, sistematicamente interpretate, non *avrebbero consentito* al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia di donne, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche della donna che, insieme alla madre biologica, abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore”, instando, cioè, per il superamento del mancato consenso del genitore biologico quale ostacolo per il perfezionamento dell'adozione cosiddetta non legittimante». Sarebbe stato in relazione a tale profilo che la Corte avrebbe osservato «che si sarebbe potuta avere una disarmonia nel caso di un suo intervento nel senso di prevedere, “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”» (punto 2.2 del considerato in diritto).

Affermazione questa, tesa a distinguere l'addizione richiesta in relazione alla pronuncia qui commentata e quella di cui alla sentenza n. 32/2021, che è davvero sorprendente, perché non corrisponde affatto al contenuto della sentenza n. 32, rappresentandone una sintesi non veritiera, indizio eclatante della volontà della Corte di sostituirsi al legislatore, per così dire, punendone l'inerzia (come si vedrà).

Diversamente da quanto afferma la Corte (sic) anche nella sentenza n. 32 quel che si chiedeva era l'estensione «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 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» (punto 2 del ritenuto in fatto).

Il richiamo alla questione della disciplina dell'«adozione in casi particolari, per cui era necessario l'assenso dei genitori biologici dell'adottando», era puramente strumentale e dipendeva dalla circostanza che nel caso di specie per riconoscere lo *status* di genitore alla madre cosiddetta intenzionale non si poteva «fare ricorso neppure all'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184», essendo la stessa «risultata impraticabile, in quanto l'art. 46 della medesima legge prescrive l'assenso del genitore legale dell'adottando», che, nella specie, era stato negato, perché, a seguito della rottura della coppia lesbica, la madre biologica non consentiva né il riconoscimento, né l'adozione, vietando ogni rapporto fra le minori (due gemelle) e la madre intenzionale (punto 1.1 del ritenuto in fatto).¹⁸

Prospettazione ben compresa dalla Corte tanto da indurla in via esemplificativa, ad elencare i diversi rimedi apprestabili dal legislatore, nella sua discrezionalità, quali «una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione», chiarendo che «solo un intervento del legislatore, che disciplini in modo organico la condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso, consentirebbe di ovviare alla frammentarietà e alla scarsa idoneità degli strumenti normativi ora impiegati per tutelare il miglior interesse del minore» (par. 2.4.1.4 del considerato in diritto; sul punto diffusamente *infra*).

Nel merito il ragionamento della Corte viene sviluppato nel modo seguente.

Secondo la Corte con l'affermarsi delle tecniche di procreazione medicalmente assistita sarebbe emersa «una responsabilità scaturente dalla “volontà [che] porta alla nascita una persona che altrimenti non sarebbe nata” (sentenza n. 127 del 2020) e che implica il diritto del nato a vedersi riconosciuto come figlio di chi quella nascita ha voluto come testimonia emblematicamente il passaggio dalla potestà alla responsabilità genitoriale». «Tale responsabilità e gli obblighi a essa correlati si giustificano proprio alla luce della riconducibilità della nuova vita alla volontà di coloro che intraprendono il percorso genitoriale; volontà che, nel caso della procreazione diversa da quella naturale, si svela e si esprime attraverso il “consenso” prestato al ricorso alle tecniche di PMA ... Il consenso ha un valore tale da rappresentare un adeguato fondamento per il sorgere della responsabilità genitoriale anche in ipotesi di scissione tra identità biologica e identità giuridica, fondata, in base all'art. 6 della legge n. 40 del 2004, sul

¹⁸ Si permetta di segnalare che il caso di non poter attribuire, attraverso l'adozione, lo *status filiationis* alla madre intenzionale per il mancato assenso del genitore (padre) biologico, così come previsto dalla legislazione norvegese, in un contesto in cui alla madre intenzionale era stato precluso qualsiasi contatto con il minore, è stato affrontato dalla Corte EDU, sent. 24 marzo 2022, A. M. c. *Norvège*, che ha concluso per il rigetto, osservando che la soluzione del caso richiedeva, come avevano fatto i giudici norvegesi per motivare il diniego di tutte le richieste della ricorrente, che i pretesi diritti della madre intenzionale fossero bilanciati con il superiore interesse del minore, assunto in concreto: Pronuncia questa che è utile per evidenziare la corretta prospettazione della questione, i cui termini, si noti, sono radicalmente diversi da quelli, come riportati nel testo, sottoposti alla Corte costituzionale dal Giudice remittente, così palesando quali fossero le reali finalità della proposta eccezione di illegittimità costituzionale, ora misconosciute nella sentenza n. 68.

consenso comune al progetto di genitorialità, ritenuto titolo idoneo a fondare lo *status filiationis*». Tanto che l'art. 9 della legge n. 40 del 2004 preclude a coloro che ricorrono a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo sia di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità ovvero l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità sia, per la madre del nato, di dichiarare la volontà di non essere nominata (parr. 5 e 6 del considerato in diritto).

In tale contesto, ad avviso della Corte, emerge il secondo concetto guida rilevante, «costituito dal miglior interesse del minore» (par. 8), non essendo «sufficiente il solo riconoscimento del rapporto con la madre biologica, sussistendo il diritto del minore di mantenere un rapporto con entrambi i genitori» (par. 8.1), divenendo preminenti «"le garanzie per il nuovo nato [...], non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima - in base all'art. 2 della Costituzione - ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo ...: diritti che è compito del legislatore specificare" (sentenza n. 347 del 1998)» (par. 8.2).

L'affermarsi del principio dell'unicità dello stato di figlio poi precluderebbe che il carattere omosessuale della coppia che ha avviato il percorso genitoriale in questione possa «costituire impedimento allo stato di figlio riconosciuto per il nato». D'altronde, osserva la Corte, di aver costantemente escluso un'inidoneità genitoriale, in sé, della coppia omosessuale» (par. 8.4).

In altri termini, ad avviso della Consulta, ciò che nel presente caso sarebbe in discussione, come osservato nella sentenza n. 32 del 2021, sarebbe «unicamente l'interesse del minore a che sia affermata in capo a entrambi i soggetti che hanno avviato il percorso della PMA «la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali ai suoi interessi ... rispetto ai quali non è pensabile che costoro possano *ad libitum* sottrarsi» (par. 8.1), vedendosi riconoscere lo stato di figlio di entrambe le figure - la madre biologica e la madre intenzionale - che abbiano assunto e condiviso l'impegno genitoriale attraverso il ricorso a tecniche di procreazione assistita». Riconoscimento che, «per sua natura, opera da subito e indipendentemente dalle vicende della coppia e da eventuali mutamenti, al momento della nascita, della stessa volontà delle due donne che hanno fatto ricorso alla PMA e in particolare della madre intenzionale» (par. 9.1).

Dovendosi a tal proposito rilevare, soggiunge la Corte, come l'attuale disciplina dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983, in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico, nonostante rispetto alla disciplina sussistente al momento del riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore stigmatizzato dalla citata sentenza n. 32 del 2021, sia intervenuta una significativa attenuazione di due dei profili di criticità dell'adozione non legittimante, ad opera della giurisprudenza di questa Corte e di quella di legittimità appaia insufficiente per sanare il *vulnus* all'identità personale e all'interesse del minore a vedersi riconosciuto lo stato di figlio ai sensi dell'art. 8 della legge n. 40 del 2004 ... dovendosi ritenere piuttosto che sussista una vera e propria inidoneità di tipo strutturale. E ciò per la determinante e assorbente considerazione che, mediante il ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari, l'acquisizione dello status di figlio è fisiologicamente subordinata all'iniziativa dell'aspirante adottante e allo svolgimento di un procedimento, caratterizzato da costi, tempi e alea propri di tutti i procedimenti. Inoltre, e soprattutto, l'eventuale esito positivo del procedimento non può che spiegare effetto dal suo

perfezionamento», senza contare i costi legati alla necessaria difesa tecnica e tempi, di certo non brevi, posti dalla natura stessa dell'istruttoria richiesta per tale procedimento», lasciando «il minore in uno stato di incertezza e imprevedibilità in ordine al suo stato, e, quindi, alla sua identità personale, esponendolo alle vicende della coppia e comunque alla mera volontà di uno dei due soggetti, e in particolare della madre intenzionale», peraltro non avendo né lo stesso né chi ne ha la rappresentanza legale alcuno strumento di tutela «per l'eventualità in cui la madre intenzionale decida di non procedere all'adozione, sicché proprio a lei viene a essere consentito di sottrarsi ai doveri assunti al momento della decisione di intraprendere con la *partner* il percorso genitoriale» (parr. 9.2 e 9.3).

Dovendosi oltretutto, stigmatizza la Corte, porre termine alla permanente incertezza in cui versa lo stato giuridico dei minori nati da PMA praticata da coppie lesbiche, a causa dell'«eterogeneità di comportamenti tenuti dagli ufficiali di stato civile in ordine alla decisione di iscrivere o meno il nome della madre intenzionale del nato, oltre che dai pubblici ministeri in ordine alla decisione, in caso di iscrizione, di chiedere la rettificazione dell'atto», essendo l'istanza di rettificazione non «soggetta a limiti temporali (ex art. 95, comma 2, del d.P.R. n. 396 del 2000)» (par. 10).

E poiché, conclude la Corte, con riguardo alla questione esaminata, «non si pone un problema di bilanciamento, in quanto non è ravvisabile alcun controinteresse di peso tale da richiedere e giustificare una compressione del diritto del minore a vedersi riconosciuto il proprio stato di figlio (della madre intenzionale) automaticamente sin dal momento della nascita» (par. 12), deve dichiararsi l'illegittimità della norma censurata per violazione: dell'art. 2 Cost., per la lesione dell'identità personale del nato e del suo diritto a vedersi riconosciuto sin dalla nascita uno stato giuridico certo e stabile; dell'art. 3 Cost., per la irragionevolezza dell'attuale disciplina che non trova giustificazione in assenza di un controinteresse; dell'art. 30 Cost., perché lede i diritti del minore a vedersi riconosciuti, sin dalla nascita e nei confronti di entrambi i genitori, i diritti connessi alla responsabilità genitoriale e ai conseguenti obblighi nei confronti dei figli» (par. 13). Anche perché si deve radicalmente escludere che il Giudice delle leggi possa continuare a giustificare l'inerzia del corpo legislativo, connotata da scelte omissive, «protrattasi per anni ed esimersi dal porre rimedio nell'immediato al *vulnus* riscontrato, garantendo il livello di protezione che la Costituzione esige che sia assicurato» per rendere effettiva la tutela di diritti fondamentali (par. 14).

Sin qui il ragionamento svolto dalla Corte, i cui paradossi e le cui criticità saranno evidenziati *infra*, non prima di aver dato qualche cenno in ordine al modo di concepire il miglior interesse del minore nella giurisprudenza della Corte EDU, con specifico riferimento al riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale, per ora bastando mettere in rilievo sia che la Corte non ha dichiarato l'illegittimità della norma censurata per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 8 CEDU (e delle altre disposizioni di diritto internazionale richiamate a supporto), come invece argomentato dal Giudice remittente, sia che non una sola parola viene spesa in tutta la sentenza sul fatto che nell'ordinamento italiano la fecondazione *in vitro* eterologa è vietata alle coppie lesbiche (e si vedrà perché).

**5. Le sentenze qui in commento in rapporto con la giurisprudenza della Corte EDU.
L'erronea prospettazione di quella dottrina che ritiene che la sentenza n. 68 si inserisca
nel solco della giurisprudenza della Corte EDU**

Per comprendere se la sentenza n. 68 fosse una decisione, per così dire, prevedibile, non solo in forza dei precedenti della stessa Corte costituzionale, ma nel contesto della giurisprudenza di altre Corti sovranazionali ed in special modo della Corte EDU, occorre dire qualcosa a proposito di quest'ultima. Anche a mente del fatto, che ad avviso di un certo indirizzo interpretativo, la Corte, nel sottolineare «come il principio dell'unicità dello stato di figlio (art. 315 c.c.) imponga di garantire parità di diritti indipendentemente dal contesto familiare di nascita», aderirebbe al «consolidato orientamento della giurisprudenza europea (si vedano, *ex multis*, Corte EDU, *Mennesson c. France*, 2014; *Taddeucci e McCall c. Italie*, 2016)».¹⁹

²⁰ Affermazione che, come si vedrà, non appare fondata.

¹⁹ A. ANSELMO, *La Corte si pronuncia ancora in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *lecostituzionaliste*, 31 maggio 2025, p. 1, reperibile in <https://www.lecostituzionaliste.it/corte-cost-sentenze-nn-68-e-69-del-2025/>

²⁰ Peraltro appare oscuro il riferimento alla sentenza Taddeucci che concerne un ricorso, iscritto al n. 51362/09, proposto contro la Repubblica italiana da una coppia omosessuale maschile, formata da un cittadino italiano e un cittadino neozelandese, sig.ri Roberto Taddeucci e Douglas McCall, con il quale veniva lamentato che il rifiuto di concedere al secondo ricorrente un permesso di soggiorno per ragioni familiari costituiva una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, considerando che all'epoca della vicenda il diritto vigente non consentiva ai nominati ricorrenti di ottenere un riconoscimento legale della loro unione. Si tratta di materia che non ha nulla a che fare con le questioni scrutinate dalla Corte. Oggetto del giudizio nel detto caso era in special modo la verifica dell'esistenza di una discriminazione sul consolidato assunto che «una disparità di trattamento di situazioni simili o un trattamento analogo di situazioni diverse» è discriminatoria se non si basa «su una giustificazione oggettiva e ragionevole, ossia se non persegue uno scopo legittimo o se non vi è un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e la finalità perseguita» (par. 87), dovendosi stabilire se, «nel quadro della procedura volta all'ottenimento del permesso di soggiorno per motivi familiari, il fatto di non aver trattato i ricorrenti in modo diverso dalle coppie eterosessuali che non avevano regolarizzato la loro situazione perseguisse uno scopo legittimo» ed, in caso affermativo, «esistesse un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito» (par. 91). Discriminazione che la Corte EDU ha ritenuto sussistente sulla base dell'assorbente considerazione che mentre le coppie eterosessuali avevano nell'ordinamento italiano la possibilità «di ottenere un riconoscimento legale della loro unione, e quindi di soddisfare le esigenze del diritto interno ai fini del rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari», all'epoca tale possibilità era negata ai ricorrenti, non disponendo, il secondo ricorrente, «di alcun mezzo legale per vedersi riconoscere lo *status* di «familiare» del primo ricorrente e per poter quindi beneficiare di un permesso di soggiorno per motivi familiari» (parr. 94-95). Non senza, nel merito, rammentare la *dissenting* del giudice Sicilianos che ha ritenuto viziato il ragionamento accolto dalla maggioranza dei suoi Colleghi, osservando che «affermare che la situazione delle coppie omosessuali non sposate non è assimilabile a quella delle coppie eterosessuali non sposate in quanto queste ultime possono sposarsi equivale in realtà ad accettare *a contrario* che, ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione, la situazione delle coppie omosessuali non sposate sia assimilata a quella delle coppie sposate» (par. 5 della *dissenting*). D'altronde il richiamo fatto dalla dottrina citata alla sentenza *Taddeucci* non appare giustificato nè con riferimento all'affermazione che «la protezione della famiglia tradizionale» non possa costituire uno scopo legittimo per fondare la ritenuta discriminazione, dato che nel settore investito dalla pronuncia detto scopo non sembra, come osserva la Corte, «costituire un motivo «particolarmente solido e convincente» per precludere il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi familiari a un *partner* straniero omosessuale ... (si veda, *mutatis mutandis*, Vallianatos e altri, sopra citata, § 92)» (par. 93). Difatti la detta protezione assume ben altro rilievo nella materia dello *status filiationis* rispetto a quella del rilascio del permesso di soggiorno. E neanche avendosi riguardo alla tendenza, fatta propria da questa sentenza, di «trattare le coppie dello stesso sesso come dei «familiari» e a riconoscere loro il diritto di vivere insieme» (par. 97), essendo

Peraltro premettendo che chi scrive ritiene che anche la Corte EDU abbia manifestato un preoccupante *enlargement* della propria competenza in un ambito che, solo dilatando a dismisura i contenuti dei concetti di vita familiare e vita privata,²¹ come si vedrà, è stato attratto nella sfera decisionale della medesima Corte EDU, per tale via la stessa Corte arrogandosi una funzione di indirizzo e di conformazione dei diversi ordinamenti, in una materia eticamente sensibile, quale quella della procreazione artificiale, in cui avrebbe dovuto riconoscersi la piena discrezionalità degli Stati.

Vale quindi la pena di dire qualcosa sulla posizione assunta dalla Corte di Strasburgo, anche allo scopo di verificare quale rapporto ci sia con le sentenze qui commentate ed in special modo con la sentenza n. 68, ponendo il *focus* sul superiore interesse del minore, sulla figura del genitore o dei genitori intenzionali (e in certa misura sulla trascrivibilità di atti di nascita formati all'estero).

A tal fine si può muovere dalle pronunce “gemelle”, ossia la *Mennesson c. France*, e *Labassee c. France*, entrambe del 26 giugno 2014, pur essendo necessario chiarire che nella giurisprudenza della Corte EDU sono ravvisabili tre distinti gruppi di decisioni.

Il primo riferibile a pronunce, vertenti in materia di maternità surrogata, in cui uno o entrambe i genitori, cosiddetti intenzionali, hanno un legame biologico con il nato. Si tratta di ricorsi presentati da entrambi o da uno soltanto dei genitori cosiddetti d'intenzione (su questo concetto si tornerà *infra*) e generalmente (ma ci sono eccezioni) direttamente dal minore, con i quali di norma si solleva la questione della violazione della vita familiare e privata dei ricorrenti e della vita privata del minore in violazione dell'art. 8 e/o degli artt. 8 e 14 della Convenzione.

Il secondo vertente in tema di maternità surrogata in cui nessuno dei due genitori ha un legame biologico con il nato, in cui i ricorsi sono promossi dai cosiddetti genitori intenzionali ovvero da questi e dal minore. sollevandosi la questione della violazione della vita familiare e privata dei ricorrenti ovvero della vita privata di questi e del minore in violazione dell'art. 8 e/o degli artt. 8 e 14 della Convenzione.

Il terzo che non riguarda la maternità surrogata, ma la fecondazione eterologa ovvero la maternità naturale, promossi generalmente dalla madre intenzionale o da questa e dal minore, facendosi valere la violazione della vita familiare e privata del o dei ricorrenti.

Si tratta di sentenze, quelle facenti parte di questo gruppo, di cui è opportuno anticipare che si apparentano strettamente a quelle precedenti, facendosi in esse applicazione dei

enorme la distanza che c'è tra il riconoscere alle coppie omosessuali il diritto di vivere insieme (di cui peraltro non è più questione nell'ordinamento italiano) e l'obliqua permissione alle coppie lesbiche di “acquistarsi” dei figli attraverso la PMA.

²¹ Si rammenti che nella giurisprudenza della Corte EDU la questione dell'esistenza o meno di una vita familiare è stata a tal punto dilatata da essere identificabile in «una questione di fatto, che dipende dall'esistenza di stretti legami personali. Il concetto di “famiglia” di cui all'articolo 8 riguarda non solo i rapporti fondati sul matrimonio, ma anche altri legami “familiari” di fatto, in cui le parti convivono al di fuori di qualsiasi vincolo coniugale o in cui altri fattori dimostrano che una relazione ha sufficiente consistenza». Analogamente, per la stessa Corte, il concetto di “vita privata” deve ritenersi ricomprendere «i legami affettivi che si sono formati e sviluppati tra un adulto e un minore al di fuori delle tradizionali situazioni familiari. Tali legami fanno parte della vita e dell'identità sociale degli individui», potendo concernere anche «casi che riguardano una relazione tra un adulto e un minore che non ha legami biologici o giuridici» con il primo. In proposito, ad esempio, Corte EDU, sent. 24 marzo 2022, *C. E. et autres c. France*, par. 49 e 53.

medesimi principii e sono quelle che, *ratione materiae*, più hanno affinità con la questione di cui alla sentenza n. 68.

Non sorprenda che la disamina parta dalle sentenze gemelle in materia di maternità surrogata, ossia una materia completamente diversa da quella della sentenza n. 68, perché, come detto e come si vedrà, sono i principii elaborati all'interno di questo gruppo di decisioni che sono stati identicamente applicati anche in tema di PMA eterologa.

Per brevità si illustra qui la *Menesson*, avendo cura di precisare che la *Labassee*, pur ovviamente diversa quanto alle circostanze di fatto, enuncia gli stessi principii e giunge alle medesime conclusioni della sua gemella.

Il fatto da cui muove la causa è l'azione promossa dal pubblico ministero di un Comune francese (Créteil), tesa ad ottenere l'annullamento della trascrizione nei registri dello stato civile francese degli atti di nascita formati negli Stati Uniti di due minori (gemelli, nati negli Stati Uniti e con passaporto statunitense), redatti sulla base di una sentenza della Corte Suprema della California, sul presupposto che tale sentenza non avrebbe potuto essere eseguita in Francia perché contraria «alla concezione francese di ordine pubblico internazionale e di ordine pubblico francese», che considera nullo «l'accordo con cui una donna si impegna a concepire e portare in grembo un figlio per poi abbandonarlo al momento della nascita» (par. 18).

Essendo legale in California la maternità surrogata, tale sentenza aveva infatti stabilito, su istanza presentata congiuntamente dai coniugi francesi che avevano inteso fare ricorso a tale pratica, dalla madre surrogata statunitense e dal marito, che «qualsiasi figlio nato da loro entro quattro mesi avrebbe avuto» il marito dei coniugi francesi «come "padre genetico"», avendo fornito lo sperma per la fecondazione artificiale, e la moglie «come "madre legale"», stabilendo che gli stessi avrebbero dovuto «essere registrati come padre e madre» (par. 9).

Di qui l'azione promossa dal pubblico ministero.

Dopo alterne vicende giudiziarie e dopo che la Corte di cassazione francese aveva riconosciuto che il pubblico ministero aveva interesse a proporre un ricorso per l'annullamento delle trascrizioni, emergendo chiaramente dagli atti di causa che «le dichiarazioni riportate negli atti di stato civile potevano derivare solo da un accordo relativo alla maternità surrogata», la Corte d'appello di Parigi, in riforma della precedente sentenza impugnata, aveva «annullato la trascrizione degli atti di nascita e ordinato la trascrizione della sentenza a margine degli atti di nascita annullati» (par. 22).

Da qui il ricorso alla Corte di Strasburgo, introdotto tanto in nome proprio quanto per i due minori, lamentando, «a scapito dell'interesse superiore del minore», di non poter «ottenere il riconoscimento in Francia della filiazione legalmente stabilita all'estero tra i primi due di loro e il terzo e il quarto» (par. 43), nati da maternità surrogata, in violazione del diritto al rispetto della loro vita privata e familiare garantito, fra gli altri, dall'articolo 8 della Convenzione.

Come si vede in questa pronuncia si verte in tema di maternità surrogata, di atti, già formati in uno Stato estero conformemente alle disposizioni ivi vigenti, di cui venga richiesta la trascrizione all'interno di un diverso ordinamento secondo le norme in questo stabilite, di riconoscimento del legame genitoriale fra due genitori entrambi cosiddetti intenzionali, sebbene il padre intenzionale fosse, come detto, anche il padre biologico, e contestualmente dello *status filiationis* dei figli.

Evidente, come detto, la distanza con il caso di cui alla sentenza n. 68 in cui si fa questione dello *status filiationis* di minore nato in Italia da una coppia italiana lesbica, non con maternità surrogata, ma con fecondazione eterologa della madre biologica effettuata all'estero.

Tornando alla Mennesson, nel merito, la Corte EDU innanzitutto riconosce la necessità del bilanciamento fra l'interesse del minore con quello dello Stato di vietare la maternità surrogata, allo scopo «di proibire ogni possibilità di commercializzazione del corpo umano, di garantire il rispetto del principio di indisponibilità del corpo umano e dello stato delle persone» (par. 72) che escludono che «la qualità di padre o di madre possa essere stabilita per contratto» (par. 55), nonché «di preservare il superiore interesse del bambino» (par. 72), bilanciamento finalizzato a stabilire se il rifiuto assoluto di trascrizione vada oltre il margine di apprezzamento che deve essere riconosciuto agli Stati non solo di autorizzare o meno la maternità surrogata, «ma anche di riconoscere o meno un legame di filiazione tra i bambini concepiti legalmente tramite maternità surrogata all'estero e gli aspiranti genitori» (par.79).

Secondo il consolidato orientamento della Corte EDU, infatti, in tema di violazioni del rispetto della vita privata di cui all'art dell'art. 8 della Convenzione, tra cui rientrano, tra gli altri, sia il diritto di «ciascuno di stabilire specifiche parti di informazioni circa la sua identità come essere umano», sia, come sopra accennato, l'autodeterminazione orientata alla genitorialità, tale ampio margine di apprezzamento, se non preclude alla Corte stessa il sindacato sulle scelte legislative statali, gli impone nondimeno il necessario bilanciamento degli interessi in gioco, consistente nella «previa valutazione degli argomenti che hanno ispirato le scelte effettuate dal legislatore, onde poter verificare se sia stato raggiunto un corretto punto di equilibrio tra gli interessi perseguiti dallo Stato e quelli direttamente interessati da tali scelte legislative».²²

Ciò posto, la Corte EDU, per dimostrare come il rifiuto assoluto di trascrizione vada oltre il margine di apprezzamento che va riconosciuto agli Stati in una materia così controversa come la maternità surrogata, svolge una complessa verifica, innanzitutto distinguendo la posizione dei quattro ricorrenti (pretesi genitori e figli) da quella dei minori e osservando, rispetto ai primi complessivamente considerati, che non era riscontrabile alcuna violazione della loro vita familiare, essendo ravvisabile un giusto equilibrio tra gli interessi dei ricorrenti (ai quali era stato comunque permesso di vivere in Francia insieme ai minori) e quelli statali preordinati a contrastare una pratica vietata in Francia (par. 94).

Margine di apprezzamento che invece, viene statuito, avrebbe dovuto ritenersi superato con riguardo al rispetto della vita privata dei soli figli, affermando che tale rifiuto assoluto, privando i minori di alcuni fondamentali diritti che pure, ai sensi dello stesso diritto francese, avrebbero dovuto ad essi essere riconosciuti, appare sproporzionato e così conseguentemente in contrasto con l'interesse dei minori, «considerata l'importanza della filiazione biologica come elemento dell'identità di ogni persona (cfr., ad esempio, la sentenza Jäggi ...)», non potendosi «sostenere che sia nell'interesse superiore del minore privarlo di un rapporto giuridico di questa natura

²² La citazione qui riportata è tratta direttamente da Corte cost., sent. n. 69/2025, punto 10.3 del considerato in diritto.

quando la realtà biologica di tale rapporto è accertata e il minore e il genitore interessato ne esigono il pieno riconoscimento» (par.100).

Nel caso esaminato il massimo e decisivo rilievo viene dunque dato al fatto che la legislazione francese non consentiva di offrire alcun riconoscimento al legame biologico esistente fra uno degli aspiranti genitori (il padre) e i minori, aggravando la situazione, come sottolineato dalla Corte EDU, il fatto che nell'ordinamento francese erano riscontrabili gravi ostacoli sia al riconoscimento sia all'accertamento nel diritto interno della filiazione dei minori rispetto al padre biologico pure in sede di riconoscimento di paternità o adozione, così ponendosi «una seria questione circa la compatibilità di questa situazione con l'interesse superiore dei minori, il cui rispetto deve orientare ogni decisione che li riguarda» (parr. 99-100).

È la radicalità del rifiuto assoluto di trascrizione e l'impossibilità di veder *aliunde* accertato il legame con il padre biologico – mentre, in virtù del diritto francese, i ridetti minori avrebbero avuto diritto a veder riconosciuto tale legame e ad acquisire la nazionalità francese, essendo figli di un cittadino francese – a porsi in insanabile contrasto con il superiore interesse dei minori.

Da sottolineare peraltro che nella *Menesson* la figura della madre intenzionale non svolge alcun rilievo, mancando qualsiasi valutazione circa la legittimità del rifiuto del riconoscimento del rapporto di filiazione con i due minori.

Anche se va detto che la Corte EDU in taluni passaggi della pronuncia mostri una certa inclinazione a ritenere che il rifiuto di trascrizione degli atti di nascita di minori, che siano stati identificati in un altro ordinamento come i bambini di determinati genitori, costituisca una «contraddizione che compromette la loro identità all'interno della società» e che dunque tale trascrizione rappresenterebbe il miglior modo di soddisfare l'interesse del minore (par.96), evitando, nondimeno, di sostituirsi agli Stati nell'individuare il punto di bilanciamento dell'interesse del minore con quello dello Stato di vietare la maternità surrogata, con ciò lasciando aperto il problema del diritto della madre intenzionale a vedersi riconosciuta automaticamente come genitore.

Indubbio tuttavia che la *Menesson* e la sua gemella *Labassee*, stante, come detto, la sostanziale identità dell'*iter* argomentativo, nonostante quanto da ultimo segnalato, nel bilanciamento con il superiore interesse del minore si qualificano per il quasi completo sacrificio dell'interesse statale, normativamente perseguito dalla rappresentanza politica, liberamente e democraticamente eletta, di vietare determinate tecniche di procreazione artificiale, scoraggiandone il ricorso con l'impedire a chi le utilizza di ottenere il bene della vita che costituisce lo scopo della violazione commessa, vale a dire il riconoscimento della qualità di genitore e dello *status filiationis* del nuovo nato, a seguito dell'utilizzo della pratica fecondativa vietata.

Portata alle sue logiche conseguenze questa giurisprudenza è infatti idonea a rendere impotenti gli Stati nel poter vietare tecniche fecondative la cui praticabilità è assai discutibile, non solo a livello morale, ma anche sociale e soprattutto oggetto di legittimo confronto politico.

Inoltre, stante l'impianto argomentativo, astrattamente considerato, era facile prevedere che, per il caso di maternità surrogata, lo stesso avrebbe consentito non solo di riconoscere lo *status filiationis* quantomeno del padre biologico di una coppia sposata (o non sposata) eterosessuale,

ma anche, applicando gli stessi principi, *mutatis mutandis*, di riconoscere lo *status filiationis* da parte del padre biologico *single* sia etero che omosessuale.

Previsione puntualmente confermata nelle successive pronunce Corte EDU, *Foulon et Bouvet c. France*, sentenza del 21 luglio 2016 e *Laborie c. France*, sentenza del 19 gennaio 2017,²³ tutte relative a rapporti di filiazione sorti da maternità surrogata in presenza di legame biologico con il solo padre, i cui ricorsi risultavano promossi soltanto dal padre intenzionale biologico e dai minori, mentre risultava del tutto assente la figura della madre intenzionale (nel caso *Foulon e Bouvet*, nel certificato di nascita indiano di cui si chiedeva la trascrizione risultava come madre la stessa madre gestazionale (surrogata) di nazionalità indiana che, da quel che sembra potersi ricavare, era anche la madre biologica, peraltro non ricorrente).

La qual cosa da un lato rende tangibile “l’apertura”, riconducibile ai principii delle sentenze gemelle di cui viene fatta puntuale applicazione, al riconoscimento del legame di filiazione da maternità surrogata praticata da maschi singoli sia eterosessuali sia facenti parte di una coppia omosessuale, come il sig. Bouvet, come emerge dalla pronuncia (par. 29), dall’altro scolora quasi del tutto, fino all’irrelevanza, ai fini della valutazione dell’interesse del minore, il rapporto con la madre, pur quando, come nel caso di specie, nel certificato di nascita, viene indicata la madre gestazionale (e sicuramente biologica).

Un successivo fondamentale *step* negli sviluppi della giurisprudenza della Corte EDU in questa materia è il Parere consultivo reso dalla Grande Camera, nell’aprile del 2019, richiesto dalla Corte di Cassazione francese, ai sensi dell’art. 1 del Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione, in ragione del fatto che all’epoca in Francia si era consolidato l’orientamento di ammettere, nel caso di maternità surrogata, la trascrizione dell’atto di nascita estero relativamente al padre biologico/padre intenzionale, escludendo invece tale registrazione nei confronti della madre intenzionale, lasciandole aperta la sola via dell’adozione del figlio del marito, avente ad oggetto la questione, non affrontata dalla *Mennesson* e dalla sua “gemella”, del rapporto di filiazione tra un bambino nato da maternità surrogata effettuata all’estero e la madre intenzionale.²⁴

Per vero la Corte di cassazione francese aveva posto alla Corte EDU due quesiti: se lo Stato Parte, «rifiutandosi di trascrivere nei registri di stato civile l’atto di nascita di un bambino nato all’estero tramite maternità surrogata, nella misura in cui designa la madre intenzionale come madre legale, mentre la trascrizione dell’atto è stata ammessa nella misura in cui designa il padre intenzionale padre biologico del bambino», ecceda il suo margine di apprezzamento ai sensi dell’articolo 8 della Convenzione e in caso contrario sia «necessario distinguere se il bambino sia concepito o meno con i gameti della madre intenzionale»; se, «in caso di risposta affermativa a uno dei due quesiti precedenti, la possibilità per la futura madre di adottare il figlio del suo

²³ Così Corte EDU, sent. 21 luglio 2016, *Foulon et Bouvet c. France*, par. 55; sent. 19 gennaio 2017, *Laborie c. France*, par.29, affermando identicamente: «La Corte osserva che la situazione dei ricorrenti in questo caso è simile a quella dei ricorrenti nei casi *Mennesson* e *Labassee* sopra menzionati, nei quali ha ritenuto che non vi era stata alcuna violazione del diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare (i futuri genitori e i figli interessati), ma che vi era stata una violazione del diritto dei figli al rispetto della loro vita privata».

²⁴ Corte EDU, Grande Camera, *Parere consultivo relativo al riconoscimento nel diritto interno di un rapporto di filiazione tra un bambino nato da maternità surrogata effettuata all’estero e la madre intenzionale*, 10 aprile 2019, richiesto dalla Corte di Cassazione francese (Domanda n. P16-2018-001).

partner, il padre biologico, che costituisce un mezzo per stabilire la filiazione nei suoi confronti, consenta di rispettare i requisiti dell'articolo 8 della Convenzione» (par. 9).

La Corte EDU, tuttavia, osservando che, in applicazione del Protocollo n. 16, era tenuta a rendere il proprio parere limitandosi «ai punti che hanno un collegamento diretto con la controversia pendente a livello nazionale» (par. 26) e poiché «la richiesta di parere consultivo si inseriva nel contesto di un procedimento interno volto a riesaminare il ricorso per cassazione dei ricorrenti nel caso *Menesson*, in cui la Corte» aveva concluso che vi era stata violazione del diritto dei minori ricorrenti al rispetto della loro vita privata, aveva ritenuto che il parere richiesto dovesse limitarsi al «riconoscimento nell'ordinamento giuridico francese, alla luce del diritto al rispetto della vita privata dei minori, di un rapporto di filiazione tra una madre intenzionale e i figli nati all'estero tramite maternità surrogata e prodotti dai gameti del padre intenzionale e di un donatore terzo ...» (par. 27) e se, in caso affermativo, tale riconoscimento dovesse avvenire «mediante la trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita legalmente rilasciato all'estero, oppure se si dovesse ammettere che possa avvenire con altri mezzi, come l'adozione del minore da parte della madre intenzionale» (par. 33).

Posti questi limiti, la Corte EDU ha cura di precisare che, anche in questo caso, per «decidere nel contesto della presente richiesta di parere consultivo» il *focus* va posto sui due fattori che «hanno un peso particolare: l'interesse superiore del bambino e l'estensione del margine di apprezzamento a disposizione degli Stati parti» (par. 37), muovendo dalla preliminare considerazione che nel bilanciamento fra il superiore interesse del bambino e la volontà degli Stati, da ritenere assolutamente legittima, di «scoraggiare i suoi cittadini dall'utilizzare all'estero un metodo di riproduzione che» vietano sul loro territorio, è il primo che deve prevalere perché «gli effetti del mancato riconoscimento, da parte del diritto» interno «della filiazione tra i bambini concepiti in questo modo e i loro genitori intenzionali non si limitano alla situazione di questi ultimi, che hanno scelto da soli i metodi di riproduzione» ritenuti contrari all'ordinamento, ma colpiscono «anche i bambini stessi, il cui diritto al rispetto della loro vita privata risulta significativamente lesa» (par. 39).

Quanto al primo, dopo aver evidenziato le «conseguenze negative su diversi aspetti del diritto del minore al rispetto della vita privata», tra le quali «il rischio che non abbia accesso alla cittadinanza della madre designata alle condizioni garantite dalla filiazione, il che potrebbe complicare la sua permanenza nel Paese di residenza della madre designata», la compromissione dei suoi diritti successori nei confronti della madre designata», l'indebolimento «nel mantenimento del suo rapporto con la madre designata in caso di separazione dei genitori designati o di morte del padre designato», la mancanza di tutela «contro il rifiuto o la rinuncia della madre designata ai suoi diritti di prendersi cura di lui» (par. 40), giunge alla conclusione che «l'impossibilità generale e assoluta di ottenere il riconoscimento del rapporto tra un bambino nato tramite maternità surrogata realizzata all'estero e la madre intenzionale non sia conciliabile con l'interesse superiore del bambino», richiedendo «quanto meno un esame di ogni situazione alla luce delle circostanze particolari che la caratterizzano» (par.42).

Anche se la Corte si dice conscia che, «nel contesto della maternità surrogata, l'interesse superiore del minore ... include altri elementi fondamentali, che non necessariamente supportano il riconoscimento di un rapporto di filiazione con la madre intenzionale, come la

protezione dai rischi di abuso insiti nella maternità surrogata (cfr. *Paradiso et Campanelli*, cit., § 202) e la possibilità di conoscere le proprie origini (cfr., ad esempio, *Mikulić c. Croazia*, n. 53176/99, §§ 54-55, CEDU 2002-I)» (par. 41).

Quanto al secondo aspetto la Corte, dopo aver indicato le ragioni che, a suo avviso, consentono di «ridurre il margine di discrezionalità a disposizione» (par. 44) degli Stati nella regolamentazione della maternità surrogata, conclude osservando che «il diritto al rispetto della vita privata ... richiede che il diritto interno preveda la possibilità di riconoscere un rapporto di filiazione tra il bambino e la madre intenzionale, designata nell'atto di nascita legalmente stabilito all'estero come "madre legale"» (par. 46), pur se il più ampio «margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati in merito alla scelta dei mezzi» con cui riconoscere il legame di filiazione fra i genitori d'intenzione e il minore nato da maternità surrogata e specificamente fra la madre legale e il figlio nato attraverso tale pratica esclude l'obbligo della trascrizione dell'atto di nascita, potendo lo Stato far ricorso ad altri strumenti, tra i quali, nel caso di padre intenzionale/padre biologico, «l'adozione da parte della madre intenzionale», purché «le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'efficacia e la rapidità della loro attuazione, nel rispetto dell'interesse superiore del minore» (par. 55).

La qual cosa – precisa la Corte – se vale nel caso della madre d'intenzione non donatrice, «vale *a fortiori*» nel «caso di un bambino nato da maternità surrogata effettuata all'estero e concepito con i gameti della madre intenzionale» (par.47).

Questo significa che la Corte EDU riconosce, almeno in teoria, allo Stato una pluralità di opzioni al fine di riconoscere il rapporto di filiazione tra il bambino nato da maternità surrogata e i genitori d'intenzione tanto che siano genitori biologici, quanto che non lo siano, quali potrebbero essere, ad esempio, la trascrizione dell'atto di nascita estero ovvero la registrazione della madre intenzionale nell'atto di nascita ovvero l'adozione, così come altre modalità individuate dal legislatore, tutte considerate misure equipollenti, la cui scelta rientra in una sfera di ampia discrezionalità dello Stato stesso.

La posizione assunta dalla Corte EDU che esclude l'obbligo della trascrizione dell'atto di nascita, potendosi far ricorso, allo scopo di garantire il superiore interesse del minore, ad altri strumenti, in special modo, in quegli ordinamenti, come quello francese, che ammettono la trascrizione dell'atto di nascita relativamente al padre d'intenzione/padre biologico, a quello dell'adozione per la madre intenzionale, pur se contenuta in un parere consultivo, è divenuta il paradigma della successiva giurisprudenza in materia.

I predetti principii si ritrovano infatti applicati uniformemente, *ratione materiae*, in tutta la successiva giurisprudenza.

In questo senso, Corte EDU, *C. et E. c. France*, sentenza del 12 dicembre 2019, osservandosi che, trattandosi, come nel caso del Parere, di bambini nati all'estero tramite maternità surrogata, concepiti con gameti del padre intenzionale e di una donatrice terza, essendo riconosciuta «la filiazione legale tra loro e il padre intenzionale» (par. 40), ed essendo altresì prevista nell'ordinamento francese la possibilità di riconoscimento del rapporto di filiazione tra il minore e la madre d'intenzione attraverso l'adozione del figlio del coniuge, procedura la cui durata media, viene rilevato, e «è di soli 4,1 mesi nel caso di adozione completa e di 4,7 mesi nel caso di adozione semplice» (par. 43), non è censurabile, relativamente alla madre

d'intenzione, «il rifiuto delle autorità francesi di trascrivere gli atti di nascita stranieri dei figli ricorrenti nel registro civile francese» (par. 44), non sussistendo per lo Stato alcun obbligo a tal riguardo.

Contiene taluni aspetti peculiari la successiva Corte EDU, *D. c. France*, sentenza del 16 luglio 2020, riferibile ad un caso di maternità surrogata in cui gli ovociti della madre intenzionale, fecondati in provetta con lo sperma del padre intenzionale, sono stati impiantati nell'utero della madre gestazionale, sicché il bambino presentava un legame genetico tanto con il padre, quanto con la madre intenzionale.

Mentre, come si è visto, nei casi precedentemente affrontati dalla Corte EDU, si era in presenza di un legame genetico con il solo padre intenzionale.

Pure in questo caso si faceva questione della trascrizione dell'atto di nascita formato in uno Stato estero (Ucraina), indicante i due genitori intenzionali quali genitori del minore nato a seguito di gestazione surrogata. Trascrizione che, pur se conforme alla legislazione ucraina, in applicazione dell'orientamento giurisprudenziale a quel momento prevalente nell'ordinamento francese, era stata rifiutata nei soli confronti della madre intenzionale, essenzialmente perché in Francia è madre colei che ha partorito, restando tuttavia impregiudicata per la predetta madre intenzionale la possibilità di adozione del figlio del coniuge.

In merito a questo caso, è stato osservato, che «si prestava dunque per “testare” la posizione della Corte su un altro tipo di “verità biologica”, quella relativa al legame genetico con la madre intenzionale».²⁵

In proposito dovendosi tuttavia osservare che c'era ben poco da “testare”, perché nel Parere sopra illustrato la Corte EDU si era già espressa sul punto, chiarendo che il diritto al rispetto della vita privata del minore di cui all'articolo 8 della Convenzione, non richiede che il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il minore e i genitori d'intenzione avvenga specificamente attraverso la trascrizione dell'atto di nascita straniero del minore, ma che lo Stato possa utilizzare altri strumenti, tra i quali l'adozione, dovendosi peraltro ribadire che nelle sentenze “gemelle” il rifiuto di trascrizione, relativamente al padre d'intenzione/padre biologico, era stata considerata un'ingerenza sproporzionata perché all'epoca nell'ordinamento francese, non solo la via della trascrizione, ma anche quelle del riconoscimento della paternità, dell'adozione e della filiazione accertata non erano percorribili, sicché il rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita straniero si traduceva in un impedimento assoluto all'accertamento nel diritto interno della filiazione del bambino rispetto al suo padre biologico.

Valutazione quella appena fatta precisamente confermata dalla sentenza in esame in cui la Corte, dopo aver ribadito di essersi già «pronunciata su una questione analoga riguardante il rapporto di filiazione tra il minore e il padre intenzionale/padre biologico», da un lato rileva che dalla sua «giurisprudenza emerge chiaramente che l'esistenza di un legame genetico non implica che il diritto del minore al rispetto della vita privata richieda che il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il minore e il padre intenzionale sia specificamente ottenuto attraverso la trascrizione del certificato di nascita straniero del minore» (par. 58), dall'altro, ravvisando la

²⁵ O. LOPES PEGNA, *Mater (non) semper certa est! L'impasse sulla verità biologica nella sentenza D. c. Francia della Corte europea*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, vol. 15, 2021, n. 3, p. 712.

sostanziale identità fra questo caso e quello del «riconoscimento del rapporto di filiazione tra il minore e la madre intenzionale/madre genetica» (par. 59), non ritiene, visto che nel diritto francese esiste la via dell'adozione per ottenere il riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale tanto biologica, quanto non biologica, che sussistano ragioni per affermare un principio diverso da quello già enunciato.

Con ciò legittimando la soluzione accolta nell'ordinamento francese di ammettere la trascrizione dell'atto di nascita straniero per il padre d'intenzione/padre genetico e di affidare, per la madre d'intenzione, genetica o no, il riconoscimento del legame di filiazione allo strumento dell'adozione.

Peralto questa pronuncia è stata criticata sostenendosi che «la differenza di trattamento, avallata dalla giurisprudenza della Corte europea, tra le posizioni dei due genitori, in particolare quando entrambi siano anche genitori "genetici", non possa trovare alcuna giustificazione neppure tenendo conto dello scopo, considerato legittimo dalla Corte (par. 44), di scoraggiare il ricorso»²⁶ a pratiche, quali la maternità surrogata, vietate dalla legge.

Differenza di disciplina di cui dà atto la stessa Corte EDU laddove riconosce che la soluzione accolta dal diritto francese crea una diversa regolazione «per quanto riguarda l'istituzione del rapporto di filiazione tra il padre intenzionale/padre biologico, e la madre intenzionale/madre genetica», ma che, tuttavia, non viene esaminata osservandosi che «si tratta di un motivo distinto da quelli sollevati dai ricorrenti nel loro ricorso, che riguardano solo i diritti del» minore e «si scontra con il termine di sei mesi previsto dall'articolo 35 § 1 della Convenzione» per introdurre il ricorso (parr. 81 e 82), di talché il caso in esame, non riguarda «i diritti dei genitori intenzionali ai sensi della Convenzione, ma solo quelli del bambino nato all'estero tramite maternità surrogata» (par. 61).

Tuttavia, anche se la Corte EDU non si è pronunciata in proposito, si permetta di osservare che la posizione della citata dottrina non appare condivisibile, essendoci ragioni giuridiche che giustificano la rilevata differenza di disciplina che pertanto non costituisce una disparità vietata dalla Convenzione.

Innanzitutto per la sottolineata ragione che la trascrizione dell'atto di nascita estero costituiva, all'epoca della *Menesson*, la sola via che nell'ordinamento francese consentiva di stabilire il legame di filiazione fra il nato da maternità surrogata e il padre d'intenzione/padre biologico, mentre per la madre d'intenzione vi erano vie alternative, ma soprattutto perché, mentre per l'uomo la regola generale per stabilire la paternità è quella del legame biologico, per la donna è tutto diverso perché, di norma nei singoli ordinamenti e in special modo in quelli che vietano la maternità surrogata, la regola generale per stabilire la maternità è quella del parto, madre è colei che pertorisce il bambino, non colei che fornisce l'ovocita. Sicché la madre del bambino è la madre surrogata e non la madre d'intenzione/madre biologica (o genetica). Differenza che è del tutto idonea a giustificare il diverso rilievo che il legame genetico ha per il caso di madre d'intenzione/madre biologica e quello che ha per il caso di padre d'intenzione/padre biologico, essendo del tutto legittimo che lo Stato, trascrivendo il certificato

²⁶ *Ibid.*, p. 714.

di nascita estero di minore nato da maternità surrogata, indichi come madre la madre surrogata ovvero non indichi alcuna madre se la madre surrogata è sconosciuta.

I principii elaborati nel Parere consultivo sopra illustrato si ritrovano ancora successivamente sia in Corte EDU, *D. B. et autres c. Suisse*, sentenza del 22 novembre 2022, che si segnala per l'applicazione dei principii stabiliti nei suoi precedenti, che, però, avevano riguardato ricorsi promossi da coppie eterosessuali legate da matrimonio, anche alle coppie omosessuali, nel caso di specie legate da un'unione registrata, composte da un padre intenzionale/padre biologico e da un padre d'intenzione (par. 84); sia nella coeva Corte EDU, *K.K. et autres c. Danemark*, sentenza del 6 dicembre 2022, in cui i Giudici di Strasburgo, dopo aver preso atto che nell'ordinamento danese, per la madre d'intenzione, al tempo dei fatti, era secondo diritto il rifiuto opposto dagli organi competenti all'adozione del nato da maternità surrogata – stante il disposto dell'articolo 15 della legge sull'adozione, che stabiliva il divieto assoluto di concedere l'adozione se la persona il cui consenso era richiesto (la madre surrogata) era stata pagata o compensata, come nel caso di specie – seguendo i consolidati principii sopra illustrati, tra cui quello secondo il quale l'adozione non è l'unica via per soddisfare il requisito del riconoscimento legale da parte della madre d'intenzione, ha ritenuto necessario indagare se all'epoca nel predetto ordinamento danese vi fossero modalità alternative per conseguire tale riconoscimento. Indagine che, avendo dato esito negativo, visto che allora, a parte l'adozione, il diritto interno danese non prevedeva altri mezzi per riconoscere legalmente un rapporto di filiazione con la madre intenzionale, ha determinato la Corte a stabilire che il rifiuto dell'adozione aveva significato di fatto il rifiuto di qualsiasi riconoscimento legale di un rapporto di filiazione, con un impatto negativo sul diritto dei minori al rispetto della propria vita privata, trovandosi in tal modo in una situazione di incertezza giuridica riguardo alla propria identità all'interno della società, con conseguente violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Di gran lunga più interessante per il presente lavoro è Corte EDU, *C. c. Italie*, sentenza del 31 agosto 2023, perché affronta il problema dell'idoneità dell'adozione di cui all'art. 44, della legge 4 maggio 1983, n. 184 a costituire un mezzo alternativo e sufficiente atto a garantire il superiore interesse del minore a veder riconosciuto il suo legame di filiazione con la madre intenzionale.

Si tratta di un caso promosso per violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare da una minore apolide, nata da una coppia eterosessuale italiana, a mezzo maternità surrogata (effettuata in Ucraina), da un embrione ottenuto da un ovulo di una donatrice anonima e dallo sperma del padre intenzionale/padre biologico, impiantato nell'utero della madre surrogata.

Il ricorso muove dal rifiuto delle autorità italiane di riconoscere il rapporto di filiazione stabilito dall'atto di nascita ucraino tra la bambina, il suo padre biologico e la sua madre intenzionale.

Quanto al riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti del padre d'intenzione/padre biologico la Corte richiamando i suoi consolidati principii, dopo aver rilevato sia la lunghezza del procedimento da cui è scaturito il rifiuto di trascrizione che collide «con l'obbligo di diligenza eccezionale quando è in gioco la relazione tra una persona e suo figlio» (par. 59) sia che la minore all'età di quattro anni, è mantenuta in uno stato di incertezza prolungata per quanto riguarda la sua identità personale fin dalla nascita (par. 67), conclude che se è vero che

lo Stato non ha l'obbligo di trascrivere il certificato di nascita formato all'estero, nondimeno deve «garantire un risultato “rapido” ed “efficace” conformemente all'interesse superiore del minore in materia di accertamento del rapporto di filiazione tra il genitore biologico e il figlio nato» da maternità surrogata praticata all'estero, attraverso un processo decisionale che «deve essere sufficientemente incentrato sull'interesse superiore del minore e, in tal senso, privo di formalismo eccessivo e in grado di realizzare questo interesse a prescindere da eventuali vizi procedurali». Ragione per la quale dalla Corte viene ritenuto «che, alla luce delle circostanze particolari del caso di specie, nonostante il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato, le autorità italiane siano venute meno all'obbligo positivo di garantire» (par. 68) il riconoscimento dello *status filiationis* rispetto al padre d'intenzione/padre biologico in violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

Radicalmente diversa è la valutazione della Corte in ordine alla mancata trascrizione del certificato di nascita relativamente alla madre intenzionale, osservandosi, in applicazione dei consolidati principi in materia, che nell'ordinamento italiano, fuor dall'obbligo di trascrizione del certificato di nascita estero, è alla medesima aperta la via dell'adozione in casi particolari di cui «all'articolo 44 della legge n. 184 del 1983» (par. 69) che, in particolare dopo la declaratoria d'incostituzionalità delle «disposizioni che «escludevano che tra l'adottato e e i genitori dell'adottante si creasse lo stesso legame di parentela che si instaurava con gli altri tipi di adozione» (par. 70), è da considerare strumento idoneo a consentire «ai tribunali aditi di valutare le esigenze dell'articolo 8 della Convenzione e l'interesse superiore del minore», sì che che «il desiderio di far riconoscere un legame tra la ricorrente e la madre intenzionale non si scontra con un'impossibilità generale e assoluta» (parr. 76 e 77). Ragione per la quale deve escludersi che il rifiuto di procedere alla trascrizione dell'atto di nascita ucraino della ricorrente nei registri dello stato civile italiano, per quel che concerne la madre intenzionale, sia in contrasto con il superiore interesse del minore, non avendo lo Stato italiano, nel bilanciamento fra gli interessi pubblici e quelli privati, perseguendo alcuni dei fini legittimi elencati nell'articolo 8, comma 2, della Convenzione, quali la "protezione della salute" e la "protezione dei diritti e delle libertà altrui", «nelle circostanze del caso, oltrepassato il suo margine di apprezzamento» (par. 78) e dunque violato l'art. 8 della Convenzione.

Vale a dire che per la Corte EDU, nel bilanciamento con l'interesse dello Stato di contrastare una pratica procreativa che pone delicate questioni etiche, giuridiche e sociali e per questo vietata dalla legge, il superiore interesse del minore non richiede il riconoscimento del legame di filiazione con la madre intenzionale sin dalla nascita perché, a ben vedere, è implicito in questa giurisprudenza che i diritti del minore siano da ritenere sufficientemente tutelati anche prima della sua adozione da parte del genitore intenzionale, godendo di tutti i diritti riconosciuti agli altri bambini: un nome, una cittadinanza, un padre, una famiglia monoparentale e una famiglia di fatto comprendente il genitore intenzionale.

A questo primo gruppo di decisioni appartengono anche due pronunce, per così dire, eccentriche rispetto alle fattispecie sin qui analizzate, non particolarmente rilevanti ai fini del presente lavoro.

L'aspetto più interessante è da cogliere nel fatto che si tratta di casi che mostrano per un verso le aberrazioni a cui può dar luogo la maternità surrogata e per l'altro come il

bilanciamento operato dalla Corte veda contrapposti in questi casi da un lato il diritto del padre intenzionale/padre biologico o della madre intenzionale al rispetto della loro vita privata, dall'altro il superiore interesse del minore, a cui, peraltro, viene riconosciuta la prevalenza.²⁷

²⁷ Il primo di questi casi è Corte EDU, A. M. c. *Norvège*, sentenza del 24 marzo 2022, con ricorso promosso esclusivamente dalla madre intenzionale. La fattispecie è relativa a due conviventi eterosessuali che avevano completato una procedura di maternità surrogata negli Stati Uniti, nonostante la loro relazione fosse già terminata al momento dell'impianto dell'embrione nella madre surrogata (sic). Il rapporto tra gli stessi era stato teso per tutta la gravidanza e, alla nascita del minore, non erano riusciti a trovare un accordo né su dove dovesse essere la residenza permanente del minore né sulla portata dell'accordo di visita (par. 33), tenendo a turno il minore, sino a che il padre intenzionale/padre biologico, che, con una nuova compagna aveva avuto un altro figlio, non aveva impedito qualsiasi contatto tra la madre intenzionale e il minore, atteso il grave stato di sofferenza psichica manifestato dal minore rispetto alla situazione di continuo "palleggiamento" con la madre intenzionale. La stessa, visto che non era applicabile la legge temporanea sulla maternità surrogata, in vigore dal 2013, poiché il termine per la presentazione delle domande era scaduto, atteso che non erano applicabili le disposizioni della legge sull'adozione poiché il minore aveva già due genitori, ovvero il padre biologico, e la madre surrogata, ossia la madre che lo aveva partorito ("la madre" ai sensi della legislazione norvegese) e comunque mancava il consenso del padre biologico, atteso che i giudici norvegesi avevano perciò escluso la trascrivibilità del certificato di nascita rilasciato negli Stati Uniti né le avevano accordato un diritto di visita, lamentava quindi una violazione del suo diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, come previsto dall'articolo 8 della Convenzione. Doglianze rispetto alle quali la Corte EDU, considerato che i giudici norvegesi, affrontando la questione del se eventuali diritti spettanti alla ricorrente ai sensi della Convenzione avessero imposto che la legislazione nazionale non fosse applicata, avevano rilevato che l'interesse superiore del minore, assunto in concreto, in relazione alle circostanze del caso, non conduceva ad una soluzione diversa da quella che sarebbe derivata dall'applicazione delle vigenti leggi sull'infanzia e della legge sull'adozione alle condizioni dalle stesse stabilite, avevano concluso che l'interesse superiore del minore non richiedeva che le domande della ricorrente fossero accolte (par. 133), osserva che nel bilanciamento fra l'interesse della ricorrente e quello superiore del minore non è da ravvisarsi alcuna violazione dell'art. 8 della Convenzione, avendo i giudici norvegesi dato correttamente prevalenza a quello del minore. Il secondo è Corte EDU, A. L. c. *France*, sentenza del 7 aprile 2022, che riguarda il caso di una coppia omosessuale maschile che, a mezzo di un annuncio su Internet, aveva conosciuto una donna disposta a stipulare con loro un accordo di maternità surrogata, accettando, in cambio di un compenso, di essere fecondata con i gameti di uno dei due. Effettuato in Francia (e non all'estero), in violazione della legislazione francese, l'impianto dell'embrione e avvenuto il parto, la madre surrogata, dopo aver comunicato alla coppia omosessuale che il bambino era morto alla nascita, aveva venduto lo stesso bambino ad una coppia eterosessuale sposata, per la somma di euro 15.000. Coppia che lo aveva prontamente riconosciuto. Il padre intenzionale/padre biologico venuto a conoscenza che il bambino era vivo e dell'identità della coppia che lo aveva riconosciuto, aveva esperito l'azione di riconoscimento di paternità che tuttavia era stata respinta dai giudici francesi, facendo valere il superiore interesse del minore. Decisione in conseguenza della quale dal medesimo padre intenzionale/padre biologico era stata adita la Corte di Strasburgo. Si tratta di un caso il cui oggetto è da identificare in quello di «stabilire la compatibilità con il diritto del ricorrente al rispetto della vita privata (articolo 8 della Convenzione) del rifiuto da parte dei tribunali nazionali di stabilire legalmente la paternità del figlio biologico, nato tramite maternità surrogata in Francia» (par. 1), dopo che il bambino era stato "venduto" dalla madre surrogata a una coppia diversa da quella con cui era intercorso l'accordo di procreazione surrogata. La Corte, rilevato che l'istruttoria svolta dai giudici francesi aveva evidenziato che «l'interesse superiore del minore non era necessariamente quello di modificare il suo attuale *status filiationis* e di stabilire quello con il padre biologico, ma piuttosto di continuare a vivere presso la coppia» (par. 58) a cui era stato dato, non ha ritenuto errata la decisione adottata dalle autorità francesi, visto che al cuore della stessa c'era l'interesse superiore del minore, definito «concretamente, tenendo conto anche della realtà biologica invocata dal ricorrente» (par. 60). Nondimeno, stante la lunghezza della procedura «durata sei anni e circa un mese», considerato che il trascorrere di così tanto tempo aveva reso la situazione irreversibile, risolvendosi in un «fatto compiuto», la Corte ha concluso per «la violazione dell'articolo 8 della Convenzione per aver lo Stato mancato al dovere di diligenza eccezionale che gli era richiesto nelle circostanze del caso» (par. 73).

Al secondo gruppo appartengono sostanzialmente due pronunce: *Paradiso et Campanelli c. Italie* del 24 gennaio 2017²⁸ e *Valdís Fjölfnisdóttir et autres c. Islande*, del 18 maggio 2021.²⁹

Si tratta di due decisioni che, seppur attinenti alla diversa fattispecie della maternità surrogata in cui nessuno dei genitori cosiddetti intenzionali presenta un legame biologico con il nato, sono ugualmente importanti perché permettono di evidenziare come il superiore interesse del minore possa essere tutelato anche senza premiare la posizione dei genitori intenzionali che agiscono in violazione della legge, consentendo anche di meglio evidenziare gli elementi critici della giurisprudenza poc'anzi illustrata, il cui effetto è, come si è sottolineato, quello, di vanificare in concreto l'intendimento del legislatore, liberamente e democraticamente eletto, di vietare determinate tecniche di procreazione artificiale, scoraggiandone il ricorso con l'impedire a chi le utilizza di ottenere il bene della vita che costituisce lo scopo della violazione commessa, vale a dire il riconoscimento della qualità di genitore e dello *status filiationis* del nuovo nato, a seguito dell'utilizzo della pratica fecondativa vietata.

Le peculiarità del caso *Paradiso et Campanelli c. Italie* sono in primo luogo, come detto, la totale assenza di legame biologico tra entrambi i genitori e il bambino, nato in Russia da maternità surrogata in circostanze non proprio chiare, essendosi dichiarato nel certificato di nascita che il padre d'intenzione era anche padre biologico (mentre il successivo esame del DNA aveva poi accertato che non era vero); secondariamente il trasferimento del minore in Italia al di fuori di ogni regolare procedura di adozione; in terzo luogo l'allontanamento, in tempi assai rapidi (6 mesi dal rientro in Italia per otto mesi totali di convivenza, contando i due mesi vissuti in Russia con la madre intenzionale), del minore dai genitori intenzionali, con contestuale declaratoria di adottabilità, a cui era effettivamente seguito il collocamento presso una casa-famiglia e successivamente l'adozione.

Si che – come osserva la Corte EDU – si deve ritenere che al centro di questo caso, diversamente dalle «cause *Mennesson e Labassee*», non vi è «la registrazione di un certificato di nascita rilasciato all'estero e il riconoscimento della filiazione rispetto a un minore nato da un accordo di gestazione per conto terzi» con sperma del padre intenzionale, quanto piuttosto «le misure adottate dalle autorità italiane che hanno determinato la separazione definitiva del minore dai ricorrenti», non trattandosi «di una surrogazione di maternità “tradizionale”, visto che non era stato usato il materiale biologico dei ricorrenti» (par. 133).

Peculiarità che costituiscono il quadro all'interno del quale viene sviluppato l'iter argomentativo della Corte EDU che, per quel che qui interessa, mentre da un lato ritiene che non vi siano «le condizioni per poter concludere che esista una vita familiare *de facto*», stante «l'assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori, la breve durata della relazione con il minore e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico e malgrado l'esistenza di un progetto genitoriale e la qualità dei legami affettivi» (par. 157), dall'altro ammette che «le misure contestate riguardano la vita privata dei ricorrenti», perché «l'argomento in questione è il diritto al rispetto della decisione dei ricorrenti di diventare genitori e la realizzazione personale degli interessati attraverso il ruolo di genitori» e dato che il procedimento dinanzi alla giustizia

²⁸ È la sopra citata, Corte EDU, Grande Camera, sent. 24 gennaio 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*.

²⁹ Corte EDU, sent. 24 gennaio 2021, *Valdís Fjölfnisdóttir et autres c. Islande*.

italiana ha riguardato «la questione dell'esistenza di legami biologici tra il minore e il ricorrente, tale procedimento e l'accertamento dei dati genetici hanno avuto un impatto sull'identità di quest'ultimo e sul rapporto tra i due ricorrenti» (nell'ordine parr. 165 e 163).

È dunque sulla base di questa duplice preliminare decisione che dalla Corte EDU, sul presupposto che «le misure adottate nei confronti del minore – allontanamento, affido familiare senza contatto con i ricorrenti, nomina di un tutore – si traducano in una ingerenza nella vita privata dei ricorrenti» (par. 166), viene condotto l'esame dei due fattori ritenuti fondamentali per orientarne le definitive valutazioni, ossia l'interesse superiore del minore e l'estensione del margine di apprezzamento a disposizione degli Stati.

Quanto al secondo viene osservato che «i fatti di causa riguardano argomenti eticamente sensibili – adozione, presa in carico di un minore da parte dello Stato, procreazione medicalmente assistita e gestazione per conto terzi – per i quali gli Stati membri godono di un ampio margine di apprezzamento» e che tale margine non può ritenersi ristretto perché da un lato non si pone «la questione dell'identità del minore e del riconoscimento della sua filiazione genetica», dato che «non esiste alcun legame biologico tra il minore e i ricorrenti», dall'altro «non riguarda la scelta di divenire genitori genetici» (par. 194).

Quanto al primo viene ammesso che l'allontanamento dai genitori intenzionali con affido familiare senza contatto con gli stessi, nel caso in cui si valuti che «il minore non subisca un pregiudizio grave o irreparabile a causa della separazione» (par.215), sia compatibile con il superiore interesse del minore, garantendo le dette misure, dirette a «proteggere degli interessi generali importanti» (par. 204), come il rispetto delle norme sull'adozione internazionale, miranti a tutelare «l'interesse superiore del minore, come richiede l'articolo 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo» (par. 202) e il divieto della gestazione per conto terzi, preordinata a «perseguire l'interesse generale della protezione delle donne e dei minori potenzialmente interessati da pratiche ... estremamente problematiche da un punto di vista etico» (par.203), un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e quelli delle persone direttamente interessate.

Di rilievo in questa sentenza sono per un verso l'ammissione che l'allontanamento di un minore in caso di maternità surrogata “non tradizionale” non è assimilabile alle cause che riguardano la «scissione di una famiglia mediante la separazione di un minore dai suoi genitori nelle quali, in linea di principio, la separazione è una misura che può essere ordinata soltanto se l'integrità fisica o psichica del minore sia in pericolo». La qual cosa implica, diversamente dalla giurisprudenza sopra illustrata, che lo Stato non sia tenuto a dare «la priorità al mantenimento della relazione tra i ricorrenti e il minore», ma abbia la scelta o di «permettere ai ricorrenti di continuare la loro relazione con il minore», iniziata illegalmente e contraria alle norme sull'adozione e così «legalizzare la situazione che questi avevano imposto come un fatto compiuto», o, viceversa, prevedere l'allontanamento del minore e le conseguenti misure volte a dargli «una famiglia conformemente alla legge sull'adozione» (par. 209).

Per l'altro il riconoscimento che non è in discussione la competenza esclusiva dello Stato di riconoscere un legame di filiazione «unicamente in caso di legame biologico o di adozione regolare» (par. 177), con lo «scopo legittimo della difesa dell'ordine e anche della protezione ...

dei minori in generale» (par.197), a tal fine vietando alcune tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Deve tuttavia criticamente sottolinearsi di questa pronuncia in primo luogo il poco coraggio, non prendendo una posizione netta contro la maternità surrogata “non tradizionale”, vale a dire, come già accennato, quella in cui la coppia che “commissiona” il bambino non ha parte alcuna nel processo procreativo, perché entrambi i gameti provengono da donatori terzi e la gestazione e il parto sono opera della madre surrogata.

Secondariamente la volontà di non precludersi la possibilità di interloquire nuovamente su questa materia, mentre è assai dubbio che la stessa rientri nell’ambito dell’art. 8 della Convenzione, se del caso potendosi nuovamente dar luogo a quell’autoassunzione, in tema di procreazione medicalmente assistita, di un ruolo di sostituzione delle scelte valoriali compiute dagli Stati su un tema delicato e controverso che sicuramente la Convenzione non gli attribuisce.

Quanto al primo aspetto deve osservarsi che la maternità surrogata “non tradizionale” appare rientrare nell’ambito della vendita di bambini. L’articolo 35 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, conclusa a New York il 20 novembre 1989, recita: «Gli Stati parti adottano ogni adeguato provvedimento a livello nazionale, bilaterale e multilaterale per impedire il rapimento, la vendita o la tratta di fanciulli per qualunque fine e sotto qualsiasi forma». A loro volta gli artt. 1 e 2 del Protocollo opzionale allegato alla predetta Convenzione obbligano gli Stati a vietare «la vendita di bambini, la prostituzione di bambini e la pornografia con bambini ...», intendendosi per vendita di bambini «qualsiasi atto o transazione in cui un bambino è presentato da qualsiasi persona o gruppo di persone a un’altra persona o un altro gruppo dietro compenso o altro vantaggio ...», con ciò utilizzando una formula molto ampia, idonea ad estendersi a tutte le transazioni indipendentemente dal loro scopo, e dunque applicandosi anche ai contratti conclusi al fine di acquisire dei diritti genitoriali.³⁰

Più in generale, come è stato esattamente osservato, la maternità surrogata, in particolar modo quella in cui non esiste legame genetico fra le persone che la commissionano e il neonato, pure nell’ipotesi di assenza di compenso, «non è compatibile con la dignità umana» e «con i valori sottesi alla Convenzione». Infatti «costituisce un trattamento degradante non solo per il bambino, ma anche per la madre surrogata. La medicina moderna offre sempre più elementi che dimostrano l’impatto determinante del periodo prenatale della vita umana per il successivo sviluppo dell’essere umano. La gravidanza con le sue preoccupazioni, i suoi limiti e le sue gioie,

³⁰ Sebbene debba precisarsi che il Comitato per i diritti del fanciullo, abbia considerato che la maternità surrogata retribuita, rientri nella vendita di bambini solo in assenza di regolamentazione. In proposito si vedano le *Osservazioni finali concernenti il secondo rapporto periodico degli Stati Uniti d’America, presentato in applicazione dell’articolo 12 del Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini*, CRC/C/OPSC/USA/CO/2, § 29; le *Osservazioni finali concernenti il terzo e quarto rapporto periodico dell’India*, CRC/C/IND/CO/34, § 57-58. Sull’interpretazione del Primo Protocollo Opzionale in senso favorevole alla maternità surrogata cfr.: F. ESPOSITO, *Liceità del contratto di gestazione per altri: tra divieti, regolamentazioni e sfide interpretative*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2025, pp. 616-619, reperibile all’indirizzo https://www.rivistaoidu.net/wp-content/uploads/2025/07/7_ESPOSITO_.pdf, la quale se ammette che «alcuni elementi possono teoricamente rientrare nei criteri del Protocollo», nondimeno osserva che non vi sarebbe «un consenso unanime né un esplicito obbligo internazionale di vietare la gestazione per altri in quanto tale» (p. 619).

nonché la prova e lo stress della nascita, crea un legame unico tra la madre biologica e il figlio. La maternità surrogata è a priori orientata verso una rottura radicale di questo legame. La madre surrogata deve rinunciare a sviluppare una relazione di amore e di assistenza per tutta la vita. Il nascituro non solo è forzatamente posto in un ambiente biologico estraneo, ma è anche privato di quello che avrebbe dovuto essere l'amore senza limiti della madre nella fase prenatale. La maternità surrogata impedisce anche lo sviluppo di questo legame particolarmente forte tra il bambino e il padre che accompagna la madre e il bambino durante la gravidanza. Sia il minore che la madre surrogata non sono trattati come finalità in sé, ma come mezzi per soddisfare i desideri di altre persone».³¹

Quanto al secondo, il riconoscimento, che, anche nel caso di maternità surrogata “non tradizionale”, è possibile ravvisare l'esistenza di un progetto genitoriale e la qualità dei legami affettivi, unitamente all'accento posto sulla durata della relazione con il minore, considerata «un fattore chiave affinché la Corte riconosca l'esistenza di una vita familiare» (par. 153), la cui brevità (otto mesi) avrebbe, nel caso di specie, inesorabilmente condotto ad escludere la sussistenza di vita familiare, mostrano come la Corte EDU si sia voluta garantire la possibilità di riesaminare la questione circa la sussistenza di “una vita familiare” che invece dovrebbe considerarsi preclusa in radice, stante l'assenza di legami biologici e «l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico» (par. 157). Valutazione di cui costituisce conferma, come si vedrà qui appresso, la successiva *Valdís Fjölhnisdóttir et autres c. Islande*.

È infatti assai poco convincente che l'articolo 8 della Convenzione possa essere interpretato «nel senso di sancire una “vita familiare” tra un minore e delle persone prive di qualsiasi legame biologico con lo stesso quando i fatti, ragionevolmente chiariti, suggeriscono che alla base della custodia vi è un atto illegale con cui si è contravvenuto all'ordine pubblico»,³² dovendosi ritenere impossibile «accertare che esiste una vita familiare senza considerare il modo in cui i legami interpersonali sono stati stabiliti». «*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. La legge non può offrire una protezione alle situazioni di fatto compiute sorte da una violazione di norme giuridiche o di principi morali fondamentali»,³³ quali, nel caso di specie, quelle del diritto italiano e quelle relative al diritto internazionale sull'adozione.

Parimenti l'affermazione che «le misure adottate nei confronti del minore – allontanamento, affidamento familiare senza contatto con i ricorrenti, nomina di un tutore – si traducano in una ingerenza nella vita privata dei ricorrenti» (par. 166), consente anch'essa alla Corte di far rientrare i giudizi sulla maternità surrogata “non tradizionale” nel suo ambito di competenza, mentre in realtà è assai dubbio che le predette misure configurino un'ingerenza nella vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione.

Infatti, come è stato esattamente rilevato, «l'articolo 8 non riguarda la protezione della persona da qualsiasi atto che la colpisca, ma da tipi specifici di atti che si configurano come un'ingerenza ai sensi di questa disposizione. Per stabilire che vi è stata ingerenza nell'esercizio di un diritto, è necessario in primo luogo stabilire il contenuto del diritto e i tipi di ingerenza

³¹ Si sono riportate le dure espressioni di contrarietà alla maternità surrogata avanzate in *Paradiso et Campanelli c. Italia*, *Opinione concordante comune ai giudici De Gaetano, Pinto, De Albuquerque, Wojtyczek e Dedov*, par. 6.

³² Si veda, *Paradiso et Campanelli c. Italia*, *Opinione concordante del giudice Raimondi*, par. 3.

³³ Cfr.: *Paradiso et Campanelli c. Italia*, *Opinione concordante comune ai giudici*, cit., par. 3.

da cui esso protegge». Occorre pertanto chiarire «che cosa comprenda la vita privata, quale sia la portata della protezione del diritto riconosciuto dall'articolo 8, e cosa costituisca un'ingerenza ai sensi di questa disposizione»,³⁴ non essendo sufficiente apoditticamente affermare che «i fatti di causa rientrano nella sfera della vita privata dei ricorrenti» (par. 164). Dovendosi in ogni caso rimarcare che «non è accettabile brandire le conseguenze pregiudizievoli delle proprie azioni illegali come scudo contro l'ingerenza dello Stato. *Ex iniuria ius non oritur*».³⁵

La qual cosa mostra come sia davvero dubbio che la maternità surrogata “non tradizionale” possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 8 della Convenzione.

Viceversa la diversa posizione assunta dalla Corte EDU sembra potersi ascrivere a quella più generale e criticabile tendenza all'espansione del proprio ruolo in tema di procreazione medicalmente assistita, resa manifesta dal modo in cui ha a tal punto esteso l'ambito di applicazione delle nozioni di vita familiare e di ingerenza nella vita privata da farvi rientrare qualsiasi legame personale affettivo, «sulla premessa implicita che i legami interpersonali esistenti dovrebbero beneficiare di una protezione, almeno *prima facie*, contro le ingerenze dello Stato». Laddove si è criticamente osservato che per questa parte l'art. 8 della Convenzione avrebbe richiesto una definizione scrupolosa del suo ambito di applicazione sia per quel che concerne la nozione di vita familiare, che avrebbe dovuto essere enucleata alla luce dell'articolo 12 della stessa Convenzione che garantisce il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia e nel contesto dell'articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dell'articolo 23 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici che recita al comma 1: «La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato», sia per quanto riguarda la nozione di ingerenza nella vita privata che avrebbe dovuto tener conto del modo in cui è stato costituito il legame interpersonale, se legalmente o illegalmente, e dalla natura delle predette ingerenze, tali non potendo considerarsi quelle volte a proteggere i minori da pratiche illecite, alcune delle quali, le peggiori, «possono essere definite traffico di esseri umani».³⁶

Anche *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande*, riguarda un caso di maternità surrogata cosiddetta “non tradizionale”, praticata negli Stati Uniti, commissionata da una coppia lesbica. Il ricorso risulta promosso da ambedue le cosiddette madri intenzionali, unitamente al minore e concerne il mancato riconoscimento di un rapporto di filiazione tra le prime e il secondo, intervenuto a seguito della richiesta di trascrizione di un regolare certificato di nascita statunitense e di documentazione attestante che la madre surrogata aveva rinunciato a qualsiasi pretesa di genitorialità legale nei confronti del minore.

Per brevità si tralasciano tutte le vicissitudini patite dal minore, anche a seguito del divorzio delle due donne, dovendosi segnalare che, in ogni caso, le autorità islandesi, dopo aver nominato al bambino un tutore legale, avevano adottato plurime «misure per garantire l'interesse superiore del minore e per contrastare le difficoltà incontrate dalla coppia a seguito del rifiuto di registrarlo», consentendo allo stesso minore di essere affidato (prima affidamento

³⁴ Ancora, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, *Opinione concordante comune ai giudici*, cit., par. 5.

³⁵ ID., *Opinione concordante comune ai giudici*, cit., par. 3.

³⁶ Le citazioni nel testo, liberamente adattate all'argomento, sono tratte da, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, *Opinione concordante comune ai giudici*, cit., par. 2, 3 e 6.

famigliare condiviso, poi, dopo il divorzio, affidamento temporaneo per un anno all'una, per un anno all'altra, poi ancora affidamento permanente all'una con diritto di visita per l'altra) alle due donne «per preservare il legame familiare tra loro e concedendo al minore un permesso di soggiorno e successivamente la cittadinanza» (par. 19).

Il rifiuto di trascrizione del certificato di nascita statunitense è stato infine motivato con la contrarietà della detta trascrizione ai principi di ordine pubblico islandese, osservandosi che l'interesse superiore del minore, per quanto di fondamentale importanza e largamente tutelato nel caso concreto, in ogni caso non avrebbe potuto considerarsi prevalente «sui principi giuridici fondamentali della genitorialità» (par. 21).

Di interesse in questa sentenza è da un lato, come sopra anticipato, la dichiarata sussistenza di «una vita familiare ai sensi dell'art. 8», dandosi assorbente rilievo ai legami di fatto fra i tre ricorrenti, perché se è vero – osserva la Corte – che i detti «legami erano giuridicamente incerti fin dall'inizio, come in *Paradiso et Campanelli*», nondimeno in questo caso «non si può ignorare che il minore è stato affidato ininterrottamente alle cure delle ricorrenti fin dalla sua nascita», sì che appare sussistere una vita familiare, «tenuto conto della lunga durata del rapporto ininterrotto con il minore, della qualità dei legami già instaurati e degli stretti legami affettivi intessuti con il minore durante le prime fasi della sua vita, rafforzati dall'accordo di affidamento adottato dalle autorità nazionali» (parr. 61 e 62), che conferma il non divisibile orientamento di dare secondario rilievo agli altri due parametri individuati in *Paradiso et Campanelli*, ossia l'assenza di legami biologici e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico. Dall'altro la non ritenuta violazione sia del rispetto della vita familiare sia del superiore interesse del minore,³⁷ visto che per un verso lo Stato avrebbe garantito il godimento della vita familiare tra i tre ricorrenti attraverso l'affidamento familiare ininterrottamente riconosciuto alle due donne, «che deve essere considerato un'attenuazione sostanziale dell'incertezza e dell'angoscia lamentate da tutti i ricorrenti» (par. 71) e per l'altro, che nell'ordinamento islandese, non sarebbero esistiti «ostacoli attuali e concreti al godimento della vita familiare», dato che tanto la prima, quanto la seconda ricorrente «possono comunque presentare domanda di adozione per il minore, individualmente o insieme ai loro nuovi coniugi» (parr. 74 e 75). Vale a dire che la Corte ha ammesso che il collocamento del minore in affidamento familiare presso le madri d'intenzione, costituisce una possibile altra via, in applicazione dei suoi consolidati principi, idonea a tutelare il superiore interesse del minore, nel bilanciamento con i generali interessi che lo Stato intende proteggere con il divieto di maternità surrogata.

Al terzo gruppo, che è quello più direttamente ricollegabile, *ratione materiae*, alla sentenza n. 68, sono ascrivibili una pluralità di decisioni, rispetto alle quali il dato più interessante è costituito dal fatto che, pur non riguardando la maternità surrogata, bensì principalmente la

³⁷ Così come emerge dal par. 76, in cui la Corte, osservando «che gli argomenti presentati dai ricorrenti in relazione al loro motivo di ricorso relativo al rispetto della loro "vita privata" erano in linea di principio gli stessi di quelli presentati in relazione al loro motivo di ricorso relativo al rispetto della loro "vita familiare" ..., non avrebbe individuato alcun motivo per giungere a una conclusione diversa in merito al primo motivo di ricorso». Stabilendo pertanto che non vi era «stata alcuna violazione dell'articolo 8 per quanto riguarda il diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata».

fecondazione *in vitro* eterologa, i principii applicati dalla Corte EDU sono i medesimi che si ritrovano negli altri due gruppi di sentenze sopra illustrate.

Si accenna soltanto, per brevità, a Corte EDU, *Honner c. France*, sentenza del 12 novembre 2020 e a Corte EDU, *Callamand c. France*, sentenza del 7 aprile 2022, perché riguardano ambedue il rifiuto di concedere alle ricorrenti dei due giudizi, madri intenzionali, i diritti di visita e di custodia del figlio che la loro ex compagna aveva avuto tramite riproduzione medicalmente assistita quando erano una coppia, sebbene le ricorrenti, pur senza riconoscerlo legalmente, avessero cresciuto il bambino durante i primi anni della sua vita, prima della fine della relazione con la madre biologica, conclusa con una separazione, in ambedue i casi, molto tempestosa e conflittuale. Si tratta quindi di contenziosi in cui il superiore interesse del minore non è direttamente posto in relazione con il riconoscimento dello *status filiationis* da parte della madre intenzionale.

Anzi nelle richiamate vicende giudiziarie, ambedue generate dalla “deflagrazione” della coppia, l’oggetto del giudizio è rappresentato dalla verifica del giusto equilibrio fra da un lato il diritto al rispetto della vita privata e familiare della ricorrente, *sub specie* di mantenimento del legame familiare con il bambino e dall’altro il superiore interesse del minore a cui, a seconda delle circostanze di fatto, è legittimo dare la prevalenza. Giusto equilibrio che la Corte ha ritenuto raggiunto nel primo caso, rigettando il ricorso, non raggiunto nel secondo, non emergendo «dal ragionamento dei giudici nazionali, con sufficiente chiarezza, come essi avessero proceduto per stabilire se fosse stato mantenuto un giusto equilibrio tra interessi potenzialmente contrastanti», non dimostrando, in special modo, «con la loro motivazione che le preoccupazioni relative all’interesse superiore del minore erano di tale importanza rispetto all’interesse della ricorrente a mantenere i contatti con lui, che era giustificato, ai sensi dell’articolo 8, respingere integralmente la domanda» dalla stessa presentata (nell’ordine parr. 39 e 38), così accogliendo il ricorso.

Di maggior interesse è Corte EDU, *C. E. et .autres c. France*, sentenza del 24 marzo 2022. La decisione riunisce due casi concernenti «l’impossibilità di ottenere il riconoscimento di un rapporto di filiazione tra un minore e l’ex *partner* della madre biologica» (par. 1), promossi, il primo da entrambe le donne formanti la coppia, nonostante non fossero sposate e si fossero separate e dalla minore, «concepita “tramite un donatore amico in Francia”» (par. 5), il secondo dalla madre intenzionale, all’epoca della nascita unita con la madre biologica da un *pacte civil de solidarité* (PACS), poi sciolto e dal minore, nato con eterologa praticata all’estero, lamentando la violazione della vita privata e familiare propria e del minore.

Nel primo caso la coppia pretendeva il riconoscimento del legame di filiazione attraverso l’*adoption plénière*³⁸ e/o la *possession d’état*,³⁹ assumendo che il superiore interesse della minore

³⁸ L’adozione piena nel diritto francese, per quel che qui interessa, ha come effetto quello di «conferire al minore una filiazione legale che sostituisce quella originaria: il minore adottato cessa di appartenere alla sua famiglia di sangue». Solo «l’adozione del figlio del coniuge non ne modifica la filiazione originaria nei confronti del coniuge e della sua famiglia». Mentre «per tutti gli altri aspetti, (l’adozione piena) ha gli stessi effetti di un’adozione da parte di due coniugi» (art. 356 cod. civ.).

³⁹ Il “possesso di stato” è un istituto proprio del diritto francese che consente, attraverso il rilascio di un atto di notorietà, di stabilire il legame di filiazione, sussistendo «un insieme sufficiente di fatti che rivelino il legame di filiazione e parentela tra una persona e la famiglia a cui si dice che appartiene» (art. 311-1 cod. civ.).

avrebbe imposto di accogliere la richiesta ignorando la legge 17 maggio 2013, che all'epoca consentiva il riconoscimento del legame di filiazione mediante adozione alla sola *partner* di una coppia lesbica sposata. Nel secondo, analogamente, si lamentava che alla madre d'intenzione che aveva continuamente vissuto con il minore con delega-condivisione dell'autorità genitoriale non fosse aperta la via, nell'interesse superiore del minore, del rilascio di un certificato di notorietà ai fini dell'accertamento della *possession d'état*.

La Corte, dopo aver rilevato che, nel caso di specie, il margine di apprezzamento avrebbe dovuto ritenersi limitato per i profili in cui attinge l'esame della situazione dei minori interessati ... tenendo presente il principio fondamentale secondo cui, ogniquale volta sia in gioco la situazione di un minore, deve prevalere il suo superiore interesse» (par. 90), osserva, facendo applicazione dei suoi consolidati principii, elaborati a partire dalla sentenza *Menesson*, che, per determinare se sia stato raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi concorrenti in gioco, individuati, nel caso di specie in quelli dei ricorrenti e nell'interesse generale «della società nel suo complesso a preservare la coerenza di un insieme di norme di diritto di famiglia» (par. 91), in cui l'interesse del minore, astrattamente considerato, sia posto in primo piano, bisogna verificare se nell'ordinamento esistano o meno meccanismi efficaci che diano accesso al riconoscimento della relazione tra un minore e un adulto.

Strumenti che nel primo caso sono individuati sia nella domanda giudiziale di attribuzione al *partner* o ex *partner* della potestà genitoriale congiunta, perché, pur se «tale decisione non stabilisce un rapporto di filiazione tra la richiedente e il minore, la autorizza comunque a esercitare i diritti e le responsabilità connessi alla genitorialità e, quindi, in una certa misura, si traduce nel riconoscimento giuridico della loro relazione» (par. 105) sia, dopo la maggiore età del minore, nell'*adoption simple* (o adozione del maggiorenne), la cui via si era aperta alle ricorrenti «solo un anno e mezzo dopo aver presentato la domanda alla Corte» (par. 112).

Nel secondo, nella legge 2 agosto 2021, relativa alla bioetica, che ha consentito alle coppie di donne che prima del 4 agosto 2021 si erano sottoposte a tecniche di procreazione medicalmente assistita all'estero, entro il termine di tre anni, di riconoscere congiuntamente il figlio la cui filiazione era stata riconosciuta solo nei confronti della donna che ha partorito, così accertando la filiazione anche nei confronti dell'altra donna (par. 108), anche in considerazione del fatto che questa possibilità si era aperta alla ricorrente «solo tre anni dopo la richiesta di rilascio di un certificato di notorietà» (par. 111).

Come si vede, in nessuno dei due casi la Corte ha valutato che il superiore interesse del minore avrebbe imposto allo Stato di aprire l'*adoption plénière* del figlio del coniuge alle coppie non sposate o la *possession d'état* alle coppie lesbiche, vale a dire che, anche nell'eterologa, il riconoscimento formale dello *status filiationis* da parte del genitore intenzionale non costituisce un diritto da considerare elemento costitutivo dell'identità personale, protetta dall'art. 8 della CEDU allo stesso modo del legame biologico (non risultando perciò esatto quanto affermato dalla Corte nella sent. n. 68 par. 9.1), ammettendo inoltre che l'interesse superiore del minore si arresta di fronte alla generale esigenza «di preservare la coerenza di un insieme di norme di diritto di famiglia» che, in ogni caso, ammettono, in forme diverse o anche con tempi di attesa più lunghi, che il minore possa essere riconosciuto ovvero l'istituirsi di un legame giuridico con l'adulto, compagno o ex compagno del genitore biologico.

Si tratta di una pronuncia il cui interesse è dato anche dall'orientamento della Corte EDU diretto a ricondurre anche queste fattispecie, in punto di fatto diverse da quelle di maternità surrogata, nell'alveo dell'applicazione dei collaudati principii in precedenza elaborati, verosimilmente sul presupposto, riconosciuta l'esistenza di una vita familiare e privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, che anche in questi casi ci si trova di fronte ad un genitore/madre biologica, il cui legame di filiazione è generalmente riconosciuto in virtù del parto, e ad un genitore d'intenzione o anche "genitore sociale", il cui legame di filiazione con il minore non trova o non trova immediatamente giuridico riconoscimento.

Valutazione, che già evidente nei casi richiamati, ha trovato piena e ulteriore conferma nella recente Corte EDU, *X. c. Italie*, sentenza del 9 ottobre 2025, che concerne un caso speculare a quello della sentenza n. 68, in cui i giudici di Strasburgo, pur avendo dato ampio rilievo alla decisione della Corte costituzionale italiana, nondimeno non hanno inteso deflettere dai collaudati principii, escludendo che l'interesse superiore del minore imponga, anche con riguardo ad eterologa praticata all'estero, il riconoscimento fin dalla nascita di un legame di filiazione con la madre intenzionale.

Trattasi di un ricorso promosso direttamente dal minore, nato a seguito di fecondazione eterologa praticata all'estero da una coppia lesbica, in cui lo stesso lamenta la violazione del rispetto della sua vita privata, a seguito della perdita del legame di filiazione con la madre intenzionale a causa dell'annullamento, dopo cinque anni, della trascrizione dell'atto di nascita, relativamente alla madre d'intenzione, del suo riconoscimento, riconducibile al fatto che nell'ordinamento italiano, essendo proibita la fecondazione eterologa a coppie dello stesso sesso, è (*rectius* era) altresì vietata la registrazione della madre intenzionale sul certificato di nascita.

Si noti, sia detto per inciso, che la madre intenzionale, con ogni probabilità allo scopo di rendere ancora più macroscopica, ai fini del ricorso, la pretesa lesione del superiore interesse del minore, aveva volontariamente mancato di percorrere la via dell'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, primo comma, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184. Così come di fronte ai giudici di Strasburgo appare con forza rilevato dalla Parte e pacificamente ritenuto dalla stessa Corte EDU, come nell'ordinamento italiano fosse (all'epoca, prima della sent. n. 68) vietata la registrazione della madre intenzionale di coppia lesbica sul certificato di nascita di nato in Italia, ma procreato all'estero con eterologa. Dovendosi in proposito evidenziare come, in modo alquanto singolare, nella sentenza n. 68 sembri quasi adombrarsi, in relazione alle differenti condotte tenute dalle Procure, che in materia ci fosse una lacuna.

Nel merito le argomentazioni esposte dal minore ricorrente sono identiche a quelle che si ritrovano sostenute innanzi alla Corte costituzionale e riprese dalla stessa Corte nella pronuncia n. 68, osservandosi che, «sebbene le sentenze della Corte Costituzionale italiana n. 32 del 2021 e n. 79 del 2022 avessero effettivamente ampliato gli effetti dell'adozione in casi particolari, riconoscendo un legame di parentela con la famiglia dell'adottante», nondimeno non avrebbero modificato la procedura in sé, che sarebbe rimasta complessa, sì il minore avrebbe continuato «ad essere esposto a un rischio concreto di disagio emotivo, sociale ed economico, senza un'immediata tutela giuridica», non essendo «la mera possibilità teorica di una futura adozione ... sufficiente a garantire il suo diritto tutelato dall'articolo 8 della Convenzione» (par. 49).

Di rilievo è in questa sentenza in primo luogo l'affermazione che «i principi sviluppati», da un lato nei casi *Menesson e Labassee c. Francia*, dall'altro, nel parere consultivo P16-2018-001 (citato sopra), e nel caso *D. c. Francia* e, infine, nel caso *C. E. et autres c. Francia*, risultano «applicabili al caso di specie e, più specificamente, alla questione del rapporto di filiazione tra il ricorrente e la madre intenzionale» (par. 72). Il che rende evidente quanto già era agevolmente desumibile dai precedenti arresti sopra richiamati.

Affermazione che conduce la Corte a ribadire, in linea con la sua costante giurisprudenza, che dall'interesse superiore del minore non si può dedurre che il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il minore e la madre intenzionale, come richiesto dal diritto del minore al rispetto della vita privata, obblighi lo Stato a riconoscere sin dalla nascita il legame con la madre d'intenzione (par. 79).

Anche in questo caso deve infatti ritenersi sufficiente, affinché venga raggiunto un giusto equilibrio fra gli interessi concorrenti dello Stato e dei ricorrenti, che il rifiuto di riconoscere il legame di filiazione sia «compensato dall'istituzione di un meccanismo efficace, anche di fatto che renda in ultima analisi possibile tale riconoscimento», quale è, ad esempio, una procedura di adozione a patto che «le sue condizioni siano appropriate e le sue modalità consentano una decisione rapida» (par.70).

Meccanismo che, nel caso di specie, osserva la Corte EDU esiste e sarebbe rappresentato dall'adozione in casi particolari che nella sua attuale disciplina, a seguito anche di Corte di cassazione, sezioni unite civili, 30 dicembre 2022, n. 38162, con la sua interpretazione adeguatrice, deve riconoscersi come mezzo del tutto idoneo a «"riconoscere giuridicamente, attribuendo al minore la qualità di figlio o di figlia rispetto al genitore adottivo, il legame di fatto esistente tra il minore in questione e la persona che ha condiviso con il genitore biologico il progetto procreativo e ha contribuito al suo mantenimento [fin dalla nascita]"» (par. 76).

E sebbene – soggiunge la Corte – «sia vero che la Corte Costituzionale italiana ha ritenuto che "l'adozione in casi particolari", anche dopo le recenti modifiche, non sia equivalente ad un rapporto giuridico di filiazione stabilito mediante trascrizione», è, però, altrettanto vero che «secondo la propria giurisprudenza, l'equivalenza totale non è richiesta dall'art. 8 della Convenzione» (par. 78), né dal rispetto della vita privata né dal superiore interesse del minore.

Questo perché nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, nel caso di pratiche procreative vietate dalla legge nel perseguimento di fini legittimi quali la "protezione della salute" e la "protezione dei diritti e delle libertà altrui", si impone necessariamente il bilanciamento degli interessi dei ricorrenti con quelli dello Stato e della società nel suo complesso, identificabili sia nello scoraggiare tali pratiche sia nel preservare la coerenza di un insieme di norme di diritto di famiglia, sì da escludere che il superiore interesse del minore possa tradursi nell'incondizionato obbligo del riconoscimento sin dalla nascita del legame di filiazione con il genitore d'intenzione.

Da questa sintetica ricostruzione della giurisprudenza della Corte EDU emerge, con discreta evidenza, come non colga nel segno quella dottrina che ha ritenuto che la sentenza n. 68 si inserisca nel solco di questa giurisprudenza, perché in realtà come si è mostrato è andata molto oltre. Dato di cui la stessa Corte costituzionale doveva essere perfettamente conscia, così spiegandosi la ragione per la quale la ritenuta illegittimità costituzionale non è stata dichiarata

anche per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 8 della CEDU, come argomentato dal giudice remittente.

Così come rimane sconfessato l'assunto, che si ritrova nella sentenza n. 68, che nel caso di PMA eterologa di una coppia lesbica, in relazione al riconoscimento dello *status filiationis* del minore, non ci sia alcun bilanciamento di interessi da fare, dimenticando l'interesse dello Stato sottostante al divieto di eterologa per le coppie lesbiche sancito dalla legge, che la Corte costituzionale fa finta che non esista.

Dopo la propria sentenza n. 79 del 2022, dopo Corte di cassazione, sezioni unite civili, 30 dicembre 2022, n. 38162, secondo cui la mancanza di consenso del genitore biologico, se ingiustificata, non impedisce l'adozione in casi particolari da parte di quello intenzionale e soprattutto dopo le sentenze della Corte EDU C. E. *et autres c. France*, del 2022 e C. c. *Italie*, del 2023, ben avrebbe potuto e dovuto, relativamente all'adozione in casi particolari, la Corte costituzionale riconoscere il cambiamento del quadro normativo di riferimento e l'evoluzione di quello giurisprudenziale e invece di stigmatizzare una pretesa inerzia del legislatore, visto che il superiore interesse del minore, ai sensi della CEDU, non avrebbe richiesto nulla di più di quello che già era sul piatto, far luogo ad una declaratoria d'inammissibilità, visto che è nel margine d'apprezzamento del legislatore individuare, fra le diverse opzioni prospettabili per rafforzare la tutela del minore, quella ritenuta conforme ai valori e agli interessi della società nel suo insieme, ovvero ad una declaratoria d'infondatezza, risultando l'adozione in casi particolari mezzo del tutto adeguato a garantire, nel caso di specie, il superiore interesse del minore.

All'opposto, utilizzando il superiore interesse del minore come grimaldello, ha, come si vedrà, voluto sostituire le proprie opzioni "ideologiche" a quelle della rappresentanza politica da un lato usurpando il potere legislativo, dall'altro interpretando in modo abnorme gli artt. 2, 3 e 30 Cost., dando vita ad una pronuncia di sole ombre.

6. Le molteplici criticità della sentenza n. 68

Venendo specificatamente alle criticità rilevabili dall'impianto espositivo della sentenza n. 68, la prima che si incontra è quella relativa all'enucleazione di un preteso «diritto del nato a vedersi riconosciuto come figlio di chi quella nascita ha voluto», che scaturirebbe «dalla "volontà [che] porta alla nascita una persona che altrimenti non sarebbe nata"» (par. 5 del considerato in diritto).

Diritto che la Corte ritiene in certa misura riconducibile all'art. 8, che recita(va): «I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6» e all'art. 9 della stessa legge n. 40/2004 (laddove preclude a coloro che ricorrono a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo sia di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità ovvero l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità sia, per la madre del nato, di dichiarare la volontà di non essere nominata), osservando che «il sistema che si è venuto delineando nel tempo, dunque, avuto riguardo tanto all'impianto originario della legge n. 40

del 2004 (art. 9), quanto ai successivi interventi di questa Corte, prevede che il riconoscimento dello stato di figlio nato all'esito del ricorso alle tecniche di PMA possa, a certe condizioni, prescindere dal rispetto delle condizioni di accesso contemplate dall'ordinamento».

Osservazione che, scritta così, appare equivoca e avrebbe meritato una più ampia spiegazione, perché nell'ordinamento italiano le sole coppie che possono legalmente ricorrere a pratiche di fecondazione medicalmente assistita, tanto omologa quanto eterologa, sono quelle «di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (art. 5, l. n. 40/2004). Impianto normativo con il quale appare coerente sia il richiamato art. 8 sia il successivo art. 9, così come modificato dalla sentenza (della stessa Corte n. 162/2014 che ha cancellato l'inciso «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», trasformando la disposizione da norma punitiva per chi ricorreva alla vietata fecondazione eterologa in norma applicabile alle coppie infertili che legittimamente vi fanno ricorso), sicché non si vede a quale tipologia di riconoscimento faccia riferimento la Corte quando richiama casi in cui si può «prescindere dal rispetto delle condizioni di accesso contemplate dall'ordinamento».

D'altronde l'art. 9 si spiega, ora, con la banale considerazione, che è *in re ipsa*, che la coppia che è stata esattamente informata, che quel bambino non è biologicamente di uno dei genitori e delle implicazioni che il consenso all'eterologa determina, perda qualsiasi diritto o azione preordinata a contestare lo *status filiationis* presunto dalla legge.

Ma questo, ben diversamente da quanto affermato dalla Corte, non implica affatto l'attribuzione al nato da eterologa di un preteso diritto «a vedersi riconosciuto come figlio di chi quella nascita ha voluto», non solo perché un tale diritto non esiste, ma anche perché ove davvero esistesse, a favore dei nati da eterologa, per di più in violazione delle previsioni vigenti, porrebbe un problema enorme relativamente al principio di uguaglianza, discriminando non solo i bambini procreati naturalmente, ma anche i figli nati da fecondazione omologa ai quali l'art. 9 non si applica (si pensi all'azione di disconoscimento eventualmente proposta dal coniuge/padre del nato da omologa che scopra che la clinica, errando, ha fecondato l'ovulo della moglie con lo sperma di un altro uomo), perché rispetto a questi l'esistenza di un consimile diritto è esclusa.

Come noto infatti qualsiasi donna, anche quella coniugata, può dichiarare la volontà di non essere nominata, a cui segue l'apertura per il nato della procedura di adozione. Parimenti il figlio nato fuori del matrimonio non acquisisce automaticamente lo *status filiationis*, ma necessita di un formale atto di riconoscimento da parte di uno o di entrambe i genitori, che se non avviene può dar luogo ad una segnalazione di abbandono a cui, di norma, segue l'apertura della procedura di adozione.

Si svela così che l'argomentazione che si sostanzia nel declinare come un diritto del minore il riconoscimento del suo *status filiationis* nei confronti della madre intenzionale, che, ad avviso della Corte concorre a sostenere la necessità dell'estensione della previsione stabilita dall'art. 8 della legge n. 40 a casi dalla stessa non contemplati e che, ancora oggi, sono vietati dalla legge italiana, è un puro artificio dialettico, laddove quel che è veramente in giuoco è il preteso diritto della madre d'intenzione a veder giuridicamente riconosciuto il supposto legame di filiazione con il minore.

Una seconda criticità concerne l'intero ragionamento sviluppato attorno alla rilevanza del consenso ai fini dell'acquisizione dello *status filiationis* da parte del genitore intenzionale.

Infatti il consenso per avere un qualche valore giuridico deve essere riconosciuto dall'ordinamento, il che avviene quando allo stesso sono espressamente o implicitamente attribuiti specifici effetti giuridici.

Ebbene il consenso, nel caso di eterologa in coppie lesbiche, nell'ordinamento italiano, è privo di un qualsiasi rilievo giuridico, ai fini del riconoscimento del legame di filiazione, trattandosi di pratica vietata dalla legge.⁴⁰ Ciò che costringe la Corte, ben al di là del fatto che nel caso di specie l'eterologa era stata praticata all'estero, a far riferimento agli ordinamenti in cui l'eterologa fra coppie lesbiche è permessa e nei quali il consenso alla stessa è validamente prestato e ad esso consegue il riconoscimento dello *status filiationis* a vantaggio di chi lo ha prestato.

Solo che così facendo la Corte stravolge il diritto internazionale privato italiano che all'art. 35 della legge n. 218/1995,⁴¹ regola il riconoscimento e lo stato di figlio, stabilendo che lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita e che le condizioni per il riconoscimento sono regolate dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge nazionale del genitore che effettua il riconoscimento. Vale a dire che la legge applicabile, nel caso di nato in Italia da genitori italiani, è la legge italiana.

Diversamente la Corte nel momento in cui fa dipendere il riconoscimento del legame di filiazione dal «rispetto della *lex loci*», le cui previsioni normative «darebbero luogo a un rapporto di filiazione con il nato all'estero, suscettibile nell'ordinamento interno di riconoscimento e trascrizione» (par. 11), rende applicabile, ai fini del riconoscimento del rapporto di filiazione in Italia le norme del diritto straniero in questione, la cui osservanza è richiesta per tale riconoscimento.

Osservanza la cui sussistenza non costituisce un mero presupposto di fatto del riconoscimento, ma implica che si proceda all'accertamento dell'effettiva applicazione delle dette norme, affinché il riconoscimento possa essere validamente compiuto.

Di qui un evidente contrasto della pronuncia con quanto viene stabilito dal diritto internazionale privato italiano.

Ma non basta, perché, al di là dell'eccezione dell'eterologa introdotta dalla stessa Corte per le coppie infertili,⁴² il rilievo giuridico riconosciuto al consenso dato all'estero ai fini del

⁴⁰ Osservazione peraltro già valorizzata dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 237/2019, in cui si trova affermato che «è pur vero che la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di PMA è legata anche al “consenso” prestato, e alla “responsabilità” conseguentemente assunta, da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa ... ma tutto ciò sempreché quelle coinvolte nel progetto di genitorialità così condiviso» non siano coppie dello stesso sesso che «non possono accedere alle tecniche di PMA» (par. 3.1.1 del considerato in diritto).

⁴¹ Recita detto articolo: «Le condizioni per il riconoscimento del figlio sono regolate dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita, o se più favorevole, dalla legge nazionale del soggetto che fa il riconoscimento, nel momento in cui questo avviene; se tali leggi non prevedono il riconoscimento si applica la legge italiana». E il successivo art. 36 dispone: «I rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli, compresa la responsabilità genitoriale, sono regolati dalla legge nazionale del figlio».

⁴² Si ricorda, ad ogni buon fine, che Corte cost., sent. n. 96/2015, in tema di diagnosi genetica preimpianto, che concerne le «coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili

riconoscimento del legame di filiazione fra la madre intenzionale e il minore vulnera la coerenza della disciplina della filiazione, che nell'ordinamento italiano risulta saldamente ancorata al rapporto biologico tra il nato e i genitori, coerenza che per la Corte EDU, come si è visto, costituisce un valore in forza del quale i legislatori godono di un ampio margine di discrezionalità nel regolare il costituirsi del detto legame.

Una terza criticità, anche più significativa di quelle finora considerate, riguarda l'apodittica affermazione secondo cui, nel caso di specie, non si pone alcun «problema di bilanciamento, in quanto non è ravvisabile alcun controinteresse di peso tale da richiedere e giustificare una compressione del diritto del minore a vedersi riconosciuto il proprio stato di figlio (della madre intenzionale) automaticamente sin dal momento della nascita» (par. 12), che mostra, come si vedrà, che la sentenza n. 68 è, per usare le parole del Chief Justice Roberts in una controversa sentenza,⁴³ un puro «atto di volontà, non un giudizio basato sulla ... Costituzione».

Un primo palese controinteresse, come viene riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte EDU (da ultimo X. c. *Italie*, sopra esaminata), è direttamente riconducibile al divieto di eterologa stabilito dalla legge italiana per le coppie lesbiche (riconducibile all'art. 4 della legge n. 40, ancora in vigore per la parte non attinta dall'addizione introdotta dalla sentenza n. 162/2014), identificabile sia nello scoraggiare tale pratica, ritenuta contraria ai valori prevalenti nella società, sia nella volontà di preservare la coerenza di un insieme di norme di diritto di famiglia.

Ma dal medesimo divieto di fecondazione eterologa per le persone *single* e per le coppie omosessuali deve desumersi un altro controinteresse, ugualmente rilevante, che è proprio quello del superiore interesse del minore, come la stessa Corte riconosce nella coeva sentenza n. 69 (*infra*), ed è legato alla considerazione che il superiore interesse del minore coincide con la necessità che lo stesso cresca e si formi all'interno di una famiglia composta da persone di genere diverso, da un papà e una mamma. Affermazione che probabilmente spiacerà ai cultori dell'ideologia *gender*, ma che risponde alla realtà biologica dell'essere umano. Come molti autorevoli studi hanno dimostrato, crescere con genitori omosessuali, senza avere punti di riferimento dell'altro sesso, costituisce un limite che può determinare gravi problemi soprattutto nell'età adulta.⁴⁴

(secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni» (par. 9), si riferisce alla fecondazione in vitro omologa, non a quella eterologa.

⁴³ Si tratta di *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, 576 U.S. 644 (2015), in tema di matrimonio delle coppie omosessuali.

⁴⁴ A partire dal ponderoso studio di M. REGNERUS, *How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study*, in *Social science research*, 2012 Jul, 41(4), pp. 752-770, che ha preso in esame 15 mila casi e 3 mila interviste di persone tra i 18 ed i 39 anni, cresciuti con una coppia omosessuale e non più in regime di convivenza con la stessa, dimostrando che tali persone sono dalle 25 alle 40 volte più svantaggiati rispetto ai coetanei cresciuti in famiglie normali, concludendo l'autore che, ove gli fosse «richiesto di pensare a un modello ideale», si sarebbe dovuto per forza avvicinare a quello di una famiglia naturale in quanto questa rimane tra gli «ambienti più sicuri per la buona crescita dei figli». Dati che, seppur aspramente contestati, costituiscono un'acquisizione fondamentale che ha condotto ad ampliare l'orizzonte del dibattito in materia. Di recente si veda C. YOUNG, E. CUMBERWORTH, *Multiverse Analysis. Computational Methods for Robust Results*, Cambridge (Cambridge University Press), 2025. Stante le numerose critiche avanzate contro questi dati, applicando una tecnica chiamata *multiverse analysis*, questi studiosi hanno riprocessato sistematicamente tutti i possibili modelli analitici,

Il che non significa affatto sostenere che una persona omosessuale sia inidonea a crescere od educare un bambino, quanto ben diversamente che è meglio che un bambino cresca e sia allevato con la presenza di due persone di sesso diverso, come impone il modello costitutivo della riproduzione umana.

In ogni caso, non potendosi approfondire questo complesso tema per esigenze di spazio, quel che rileva è che nel caso di specie era comunque ineludibile la necessità del bilanciamento fra l'interesse del minore con quello dello Stato di vietare alle coppie monogenere femminili l'inseminazione eterologa.

Non desta quindi stupore che in tutta la pronuncia non si trovi neppure un accenno alla natura vietata di questa pratica di PMA, visto che tale ricognizione da un lato non avrebbe consentito alla Corte di affermare l'inesistenza di controinteressi con cui bilanciare gli interessi del minore, dall'altro le avrebbe imposto di scrutinare la dedotta violazione dell'art. 8 della CEDU, in relazione all'art. 117 Cost., verificando se il non previsto riconoscimento dello *status filiationis* da parte della madre cosiddetta intenzionale rientrasse nella discrezionalità del legislatore che non deve (dovrebbe) essere invasa dalle decisioni della Corte.

Inestricabilmente connesso con il divieto di eterologa e con la sua sostanziale elusione/violazione attraverso il ricorso all'estero a tale pratica, è un altro controinteresse rilevabile nel caso di specie costituito dalla riaffermazione del fondamentale valore, essenziale in ogni ordinamento, specialmente in quelli democratici, dell'osservanza della legge da parte dei cittadini (come anche ovviamente dei pubblici poteri).

Valore/principio preordinato ad assicurare il funzionamento dello stato di diritto, imponendo a tutti i soggetti dell'ordinamento di sottomettersi a un quadro giuridico comune che garantisce la piena uguaglianza fra tutti i cittadini, rappresentando un fondamentale dovere civico enucleabile dal dovere di fedeltà alla Repubblica e alla Costituzione.

E se è vero che “le colpe dei padri non debbono ricadere sui figli” non è men vero che il bilanciamento con questi controinteressi, se fosse stato fatto, come invece nella coeva sentenza n. 69, avrebbe dovuto indirizzare verso conclusioni diverse circa la ragionevolezza e la proporzionalità fra il sancito divieto della PMA per le coppie lesbiche e il mancato riconoscimento fin dalla nascita dello *status filiationis* da parte della madre cosiddetta intenzionale, il cui legame con il minore avrebbe in ogni caso potuto trovare riconoscimento attraverso il ricorso all'adozione in casi particolari, funzionando, fra l'altro, come deterrente finalizzato a scoraggiare il “turismo riproduttivo” delle coppie lesbiche.

Ed invece nella sentenza n. 68 l'affermata assenza di interessi da controbilanciare conduce ad una assolutizzazione dell'interesse del minore che, ad avviso della Corte, postulerebbe la piena equivalenza fra il riconoscimento del legame fra il minore e il genitore biologico con

variando scelte e criteri, per verificare la solidità dei dati elaborati da Regnerus. In nessuno dei milioni di modelli testati sono emersi effetti favorevoli al crescere con genitori dello stesso sesso. Al contrario, l'ipotesi di fondo, vale a dire che il crescere in una famiglia eterosessuale stabile fornisce migliori condizioni di benessere sociale ed emotivo, si è dimostrata validata in ogni scenario. Questo perché, ad avviso degli autori, i dati ottenuti riflettono un fatto sociale profondamente radicato nella stessa realtà umana. Inoltre, attraverso questa tecnica di analisi, è emerso che molte delle critiche proposte contro i risultati offerti da Regnerus sono risultate in realtà frutto di sapienti manipolazioni, basate su una riduzione del campione, finalizzata a ridurre la significatività statistica dei dati elaborati.

quello fra il minore e la madre intenzionale, equivalenza che viene respinta anche dalla medesima Corte EDU, non ritenendolo contrario al superiore interesse del minore, visto che un conto è il legame del minore con il genitore biologico, che investe il diritto di “ciascuno di stabilire specifiche parti di informazioni circa la sua identità come essere umano”, e un conto è il legame con il genitore d’intenzione che rileva più sul piano sociale che su quello dell’identità biologica e rispetto al quale il superiore interesse del minore deve essere interpretato in modo meno stringente.

Inoltre non vi è chi non veda come la pronuncia n. 68 vulneri il principio di osservanza delle leggi da parte dei cittadini, anche sotto un diverso punto di vista, incoraggiando il “turismo riproduttivo”, in violazione del divieto di eterologa, privandolo di qualsiasi conseguenza ed anzi “premiando” l’autore della violazione, consentendogli di ottenere il bene della vita che costituisce lo scopo della violazione commessa, vale a dire il riconoscimento *tout court* della qualità di genitore e dello *status filiationis* del nuovo nato, a seguito dell’utilizzo della pratica fecondativa vietata. Per di più creando una discriminazione a favore delle coppie lesbiche ricche (che si possono permettere di andare all’estero), peraltro in contrasto con la precedente giurisprudenza della stessa Corte in cui veniva osservato che la «regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese ... pone ... un ulteriore elemento di irrazionalità», discriminando tra le coppie abbienti che hanno i mezzi per andare in Paesi dove l’eterologa è legale, sottoporvisi e tornare in Italia, «facendo legalmente proprio il bambino» e coppie povere (sent. 162/2014; il che, a pensar male, potrebbe persino costituire la base per una futura pronuncia diretta a dichiarare incostituzionale, per le coppie omogenitoriali femminili, il divieto in Italia di eterologa). Elemento di irrazionalità che ovviamente non viene assolutamente considerato nel caso di specie in nome del (preteso) superiore interesse del minore.

Un’ulteriore criticità è poi da ricondurre alla ritenuta insufficienza dell’adozione in casi particolari a garantire il superiore interesse del minore che se poteva dirsi giustificata al tempo della sentenza n. 32/2021, lo appare assai meno a seguito della sentenza n. 79/2022 della stessa Corte costituzionale, di Corte di cassazione, sezioni unite civili, 30 dicembre 2022, n. 38162 e soprattutto a seguito delle sentenze C. E. *et autres c. France* del 2022 (per l’applicazione dei consolidati principii anche ai casi di eterologa) e specialmente C. c. *Italie* del 2023 (ora anche X. c. *Italie*) della Corte EDU in cui la stessa, come sopra ampiamente esposto, ha riconosciuto la detta adozione come una procedura tempestiva ed efficace ai fini del rispetto della vita privata del nato, escludendo quel «vuoto di tutela, a fronte di incomprimibili diritti dei minori», lamentato all’epoca dalla Corte costituzionale (sent. n. 32, par. 2.4.1.4), sul presupposto che il riconoscimento formale dello *status filiationis* da parte del genitore intenzionale non costituisce un diritto da considerare elemento costitutivo dell’identità personale, protetta dall’art. 8 della CEDU allo stesso modo del legame biologico.

Ciononostante la Corte censura l’adozione in casi particolari, assumendo che «non risponde alle esigenze del riconoscimento dello stato di figlio sin dal momento della nascita quale conseguenza che discende, come nella generalità dei casi, dal comune impegno genitoriale assunto all’inizio del relativo percorso attraverso la PMA» (par. 9.3).

Vale a dire che la Corte prende come metro di paragone le “conseguenze” che la legge riconduce ad una pratica permessa e postula che le dette conseguenze debbano essere le stesse per una pratica vietata, rispetto alla quale, giuridicamente in Italia, “il comune impegno genitoriale” non ha alcun valore.

Cortocircuito che la Corte aveva, più correttamente, evitato nella sentenza n. 32/2022, in cui aveva riconosciuto di non poter colmare il denunciato vuoto normativo, rilevando che ciò rientrava nella discrezionalità del legislatore a cui competeva di individuare «le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale», essendo aperte plurime vie per ottenere questo scopo, quali, osservava la Corte, «in via esemplificativa ... una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell’introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione», potendo solo un intervento del legislatore, disciplinare «in modo organico la condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso» (par. 2.4.1.4).

In proposito deve d’altronde osservarsi che l’addizione effettuata esorbita dal perimetro di ammissibilità di decisioni additive/manipolative che la stessa Corte ha precisato, affermando che per far luogo a sentenze di questo tipo sia sufficiente «rinvenire nel sistema nel suo complesso [...] “precisi punti di riferimento” e soluzioni “già esistenti” ..., ancorché non “costituzionalmente obbligat[e]” ... che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore» (sent. n. 69, par. 3.2).

Nel caso di specie, come ampiamente esposto, il richiamo alla *lex loci* di uno Stato estero, che vulnera il diritto internazionale privato italiano; l’anomalia introdotta nell’insieme delle norme del diritto di famiglia; la rilevanza data al consenso a prescindere dal fatto che nella logica della legge italiana vigente tale rilevanza dipende dalla natura permessa o vietata della PMA, dimostrano, con una certa evidenza, come la soluzione offerta dalla Corte non sia affatto esistente, inserendosi nel tessuto normativo conformemente con la *ratio legis*, piuttosto renda disarmonica la disciplina dello *status filiationis* interamente modellata sulla procreazione da parte di coppie eterosessuali, in perfetta coerenza con il divieto di eterologa per i *single* e per le coppie monogenere femminili.

In sostanza nella sentenza qui in commento la Corte si è autoarroghata una funzione di supplenza del potere legislativo, colmando, con la stessa latitudine di giudizio del legislatore, così usurpandone il potere, una pretesa lacuna dell’ordinamento (funzione che la Costituzione non gli attribuisce), a suo avviso giustificata «dall’inerzia protrattasi per anni» da parte dello stesso legislatore che si sarebbe sottratto all’obbligo di «porre rimedio nell’immediato al *vulnus* riscontrato, garantendo il livello di protezione che la Costituzione esige che sia assicurato» al minore (par. 14).

Inerzia che invece non gli poteva essere rimproverata ai sensi di quanto si ricava dalla giurisprudenza della Corte EDU, sin dal 2023, sull’idoneità dell’adozione in casi particolari a garantire il superiore interesse del minore, essendosi raggiunto un giusto equilibrio fra gli interessi del medesimo e quelli dello Stato.

Senza contare, come sopra evidenziato, che la pronuncia in esame di fatto legittima l’utilizzo di tutte le pratiche fecondative eterologhe, legali in altri Paesi – come l’eterologa con entrambi

i gameti di donatori, in special modo finalizzata ad avere figli con caratteri somatici particolari (magari di attori o di miss, come pure è permesso negli Stati Uniti⁴⁵) ovvero la cosiddetta “ricezione di ovuli dalla compagna” (ROPA), legale in Spagna per le coppie lesbiche sposate, in cui una delle due donne apporta i propri ovuli fungendo da donatrice, mentre l’altra riceve gli embrioni mediante *transfer* – rispetto alle quali in Italia non c’è stato alcun confronto nell’opinione pubblica né sono state oggetto di dibattito nella competente sede parlamentare.

Quando si legge nella sentenza che al minore nato da eterologa devono risparmiarsi «i costi, tempi e alea» propri del procedimento di adozione in cui «l’acquisizione dello *status* di figlio è fisiologicamente subordinata all’iniziativa dell’aspirante adottante e allo svolgimento di un procedimento» (par. 9.3) e che lo stesso senza il riconoscimento sin dalla nascita non avrebbe azione nei confronti della madre intenzionale che si sia sottratta ai suoi pretesi obblighi genitoriali, viene da chiedersi come sia componibile con questa logica che il bambino nato naturalmente da una coppia eterosessuale e non riconosciuto da uno dei genitori biologici, per veder riconosciuto il legame con il genitore biologico che non lo ha riconosciuto e per avere diritto al mantenimento da parte dello stesso, debba sopportare costi, tempi e alea del giudizio per il riconoscimento di paternità. Oltre a non essere vero che l’addizione effettuata dalla Corte comporti l’automatico riconoscimento dello *status filiationis*, applicandosi, come ammesso dalla stessa pronuncia, che il riconoscimento debba essere «effettuato secondo le modalità previste dall’ordinamento (artt. 250 e 254 cod. civ. e d.P.R. n. 396 del 2000)» (par. 13) e quindi possa anche non essere effettuato. La realtà è che la Corte sotto lo schermo del diritto del minore ad essere riconosciuto, ha piuttosto stabilito il diritto di un soggetto che ha fatto ricorso ad una pratica vietata in Italia, la pretesa madre d’intenzione, di riconoscere sin dalla nascita il neonato della compagna, nato da eterologa.

Una notazione finale riguarda la componibilità di questa pronuncia con l’unicità del riconoscimento della famiglia, quale società naturale fondata sul matrimonio. In Italia, ai sensi dell’art. 29 Cost. esiste una sola famiglia, quella naturale (non “tradizionale”, espressione che costituisce giuridicamente una mistificazione linguistica), riconosciuta e garantita.

Unicità che, nonostante *in claris non fit interpretatio*, non sembra più trovare il necessario consenso nella giurisprudenza della Corte costituzionale che pare, anzi, essersi assunta il compito di riscrivere questa disposizione, muovendo dalla non condivisibile affermazione che «posto che la Costituzione non abbraccia solo modelli di famiglie composte da una coppia di genitori di diverso sesso uniti da vincoli affettivi», perché la nozione di famiglia «non si [può] ritenere “cristallizat[a]” con riferimento all’epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché [è] dotat[a] della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, [va] [...] interpretat[a] tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell’ordinamento, ma anche dell’evoluzione della società e dei costumi» (sentenza n. 138 del 2010)» (sent. n. 69, par. 9.2).

In proposito si noti, però, che, mentre l’art. 29 Cost. riserva il *nomen iuris* di famiglia a quella naturale, fondata sul matrimonio, la Corte, utilizzando il termine famiglia in senso del tutto generico ne assume, con un’operazione ermeneutica non logicamente accettabile, la riferibilità

⁴⁵ A fini puramente informativi, si veda l’articolo *C’è un limite alla selezione delle caratteristiche dei figli?*, del 23 settembre 2025, reperibile all’indirizzo internet <https://www.ilpost.it/2025/09/23/selezione-genetica-figli/>.

a realtà del tutto diverse, così tradendo lo spirito della disposizione costituzionale in cui il verbo riconoscere rimanda esclusivamente a quell'istituzione, consolidata nella storia umana, conosciuta da tutti i diritti, in tutte le epoche, ben prima del cristianesimo, e che fa riferimento all'unione fra un uomo e una donna, formalizzata nell'atto matrimoniale, considerata, per usare un'espressione un tempo cara ai giuristi, come la cellula fondamentale della società.

E se è vero che la Corte nella sua giurisprudenza ha poi ricondotto le unioni omosessuali non già alla nozione di famiglia, bensì a quella di formazione sociale (ancora sentenza n. 138 del 2010), si deve nondimeno osservare che se lo statuto della famiglia naturale viene progressivamente esteso alle coppie di fatto, alle coppie omosessuali, etc., allora si è in presenza di una progressiva surrettizia riscrittura dell'art. 29 Cost., fuori dal percorso di revisione costituzionale.

Per questo era necessario lasciare al legislatore di bilanciare i diversi interessi costituzionali in gioco, bilanciamento il cui giusto equilibrio poteva anche essere costituito, in linea con gli obblighi derivanti dalla CEDU, dall'adozione in casi particolari.

In conclusione si tratta di una pronuncia piena di forzature logiche e giuridiche che evidenzia una preoccupante usurpazione del potere legislativo, ricavando, attraverso un'interpretazione abnorme degli artt. 2, 3 e 30 Cost., un'aggiunta che non ha alcun fondamento negli stessi, obliterando che il diritto alla genitorialità delle coppie omosessuali e correlativamente l'interesse del minore a veder riconosciuto il legame di filiazione si atteggia in modo molto diverso rispetto alle coppie eterosessuali.

Come noto il processo generativo richiede un cooperante di sesso diverso con cui iniziarlo, portarlo avanti sia durante la gestazione sia dopo, fino, di norma, a che il bambino non diventi autonomo, mentre la specificità delle coppie omosessuali sta proprio nella rescissione del legame con il processo generativo che di fatto è reso impossibile proprio dall'orientamento sessuale della coppia.

«Chi presta cura, dona affetto e contribuisce alla formazione “alleva” o “educa”, non genera. Chi lo fa non è meno importante del genitore biologico, anzi ha senso ed è legittimo sostenere che sia anche più importante; ma resta comunque vero che non generando non è genitore». ⁴⁶

La rivendicazione del diritto alla cosiddetta omogenitorialità costituisce dunque un paradosso il cui fondamento sta esclusivamente nell'accesso alle pratiche di PMA, nei limiti in cui queste sono rese disponibili dall'ordinamento.

Mentre nella generazione eterosessuale la presenza dei due membri della coppia è indispensabile, nella pretesa generazione omosessuale (considerandosi qui solo quella in cui la madre del bambino ne è anche la madre biologica) la presenza del genitore intenzionale è irrilevante, prescindendo la pratica fecondativa utilizzata da qualsiasi suo apporto.

Il consenso nell'eterologa omosessuale è una pura *fictio iuris* attraverso cui si fa finta che una coppia che, per sua scelta, non può generare sia una coppia in grado di procreare.

D'altronde, come è stato esattamente osservato, la stessa nozione di genitore d'intenzione è una «formula sorprendente», studiata essenzialmente a fini mediatici, «ai limiti dell'autocontraddizione, visto che la qualifica “d'intenzione” ha giustappunto il significato di

⁴⁶ N. POLLASTRI, *Omogenitorialità. Una critica non omofoba*, in *Dialoghi mediterranei*, cit., pp. 8 e 9.

negare che il denominato sia realmente un “genitore”, bensì qualcuno che vuol essere genitore ma non può diventarlo». ⁴⁷

Ricavare dal consenso il diritto del minore ad essere riconosciuto, e correlativamente il diritto del genitore intenzionale a riconoscere (questo secondo diritto altro non è che il rovescio della stessa medaglia), è un’operazione ermeneutica assai discutibile, perché nella procreazione eterosessuale il legame di filiazione effettivamente esiste, mentre nella procreazione con eterologa detto legame con la madre intenzionale non potrà sorgere che come legame sociale, dopo il parto, sì che non un meccanismo di riconoscimento automatico, bensì l’adozione è lo strumento migliore per verificare se l’aspirante genitore non biologico manifesti nei confronti del minore quella cura, quell’affetto, quell’impegno economico e di tempo che possono considerarsi elementi realmente costitutivi di un effettivo legame, equipollente a quello di filiazione, affidandone l’accertamento ad un organo terzo.

Non a caso in Corte di Cassazione, sezioni unite civili, n. 38162/2022, i Supremi giudici avevano particolarmente insistito sul fatto che «il riconoscimento della genitorialità non può essere affidato ad uno strumento di carattere automatico. L’instaurazione della genitorialità e il giudizio sulla realizzazione del miglior interesse del minore non si coniugano con l’automatismo e con la presunzione, ma richiedono una valutazione di concretezza: quella valutazione di concretezza che postula il riscontro del preminente interesse del bambino a continuare, con la veste giuridica dello *status*, un rapporto di cura e di affettività che, già nei fatti, si atteggia a rapporto genitoriale. Una diversa soluzione porterebbe a fondare l’acquisto della genitorialità sulla sola scelta degli adulti, anziché su una relazione affettiva già di fatto instaurata e consolidata» (par.21.3). Di qui la considerazione che «l’automatismo del riconoscimento del rapporto di filiazione ... non è funzionale alla realizzazione del miglior interesse del minore, attuando semmai quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi» (par.1.1), laddove «l’adozione in casi particolari non dà rilevanza al solo consenso e non asseconda attraverso automatismi il mero desiderio di genitorialità», ma «dimostra, piuttosto, una precisa vocazione a tutelare l’interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto anche con colui che, insieme al padre biologico, ha condiviso e attuato il progetto del suo concepimento e, assumendosi la responsabilità della cura e dell’educazione, ha altresì concorso in fatto a instaurare quella organizzazione di vita comune diretta alla crescita e allo sviluppo della personalità che è la famiglia» (par. 22). ⁴⁸

Argomentazione peraltro del tutto trascurata dalla Corte costituzionale.

Pensare che problemi eticamente e giuridicamente delicatissimi quali i limiti alla fecondazione eterologa delle coppie lesbiche; l’equivalenza del consenso all’atto generativo, frustrando in tal modo il divieto di eterologa per le coppie lesbiche stabilito nell’ordinamento italiano, in funzione del superiore interesse del minore, il preteso diritto del genitore d’intenzione a riconoscere il figlio, possano obliquamente risolversi, facendo finta che tutto ruoti attorno all’attribuzione al minore (o in sua vece alla madre biologica) di taluni diritti

⁴⁷ ID., op. ult. cit., p. 9.

⁴⁸ Come noto questi argomenti nella sentenza in parola sono specificatamente riferiti alla maternità surrogata, ma la loro *ratio* sul miglior modo di garantire l’interesse del minore è estensibile anche agli altri casi di compresenza accanto al genitore biologico di un genitore d’intenzione.

patrimoniali e specificamente del diritto ad agire giudizialmente, ai fini della corresponsione di quanto necessario al mantenimento e all'educazione, nei confronti del genitore d'intenzione che si sia sottratto «ai doveri assunti al momento della decisione di intraprendere con la *partner* il percorso genitoriale» (par. 9.3), perché questo è tutto il *plus* che, in forza della decisione della Corte, ridonda a vantaggio del minore, mette capo ad una soluzione anodina, inadeguata rispetto ai problemi sul tappeto, attraverso cui i giudici della Consulta hanno in realtà voluto affermare, usurpando il potere legislativo, al di fuori del dibattito politico pubblico, la propria visione della società, sostituendola a quella stabilita dalla legge, per di più in una materia così sensibile in cui il dovere di neutralità politica, riconducibile al rispetto dell'autonomia della politica e del superiore interesse della società democratica nel suo insieme, avrebbe dovuto essere massimo. Pronuncia che, come si è notato, non trova neppure la sponda della giurisprudenza della Corte EDU.

A proposito di tutto questo si permetta di richiamare una fondamentale dottrina, elaborata dalla giuspubblicistica statunitense, quella della *coordinate construction theory*.⁴⁹

Questa dottrina viene normalmente sintetizzata nell'idea «che tutti e tre i bracci del governo ... hanno il potere ed il dovere di interpretare la Costituzione e che il significato della Costituzione è determinato attraverso la dinamica interazione di tutti e tre i bracci».⁵⁰

Il punto da cui muove è che *judicial review* non vuol affatto dire *judicial supremacy* e che al falso concetto di *judicial supremacy* occorre sostituire quello, vero e coerente con i principi di un ordinamento democratico, di *constitutional supremacy*.⁵¹

Per questa teoria l'aspirazione costituzionale «a vincolare l'intero sistema di governo a una serie di comandi e valori implica una reciproca responsabilità fra cittadini e politici a comprendere e perfino applicare la Costituzione da se stessi».⁵²

I giudici sono uomini, e come tutti gli altri uomini possono sbagliare, non sono migliori o peggiori degli altri uomini, certamente non sono i depositari della verità.

Il fatto che ci sia un potere od un organo a cui è affidato il compito di giudicare sulla legittimità delle leggi, non significa affatto che ad esso sia attribuito il monopolio dell'interpretazione della Costituzione e della legge. D'altronde il principio della separazione fra il giudiziario e gli altri poteri dello Stato (principio che si ritrova anche in quegli ordinamenti, come quello italiano, in cui il potere di giudicare circa la legittimità costituzionale delle leggi è affidato ad un apposito organo distinto ed indipendente dagli altri poteri dello Stato) implica che «l'autorità politica, che include l'autorità di interpretare, sia deliberatamente dispersa fra istituzioni ciascuna competente a promuovere il pubblico interesse. Da questo

⁴⁹ Nel costituzionalismo statunitense questa teoria si trova variamente appellata come *departmentalism*, *provisional review*, etc. Con *coordinate construction* si intende in via generale la *constitutional interpretation by non judicial institutions and individuals*. Per questa definizione e per un'ampia rassegna della letteratura *on this topic*, B. G. PEABODY, *Coordinate Construction, Constitutional Thickness and Remembering the Lyre of Orpheus*, in *Book review*, aprile 2000, p. 663, nota 4.

⁵⁰ In proposito C. S. KELLEY, *Rethinking Presidential Power, The Unitary Executive and the George W. Bush Presidency*, *Paper* preparato per il 63° *meeting* annuale della Midwest Political Science Association, Chicago, 7/10 aprile 2005, p. 4.

⁵¹ Così B. G. PEABODY, *Coordinate Construction*, cit., 662.

⁵² *Ibid.*, p. 663.

punto di vista, ciascun ramo del governo ha un ruolo specializzato nell'interpretazione, corrispondente ai suoi specifici poteri e doveri costituzionali».⁵³

Sicché a ciascun ramo del governo si deve riconoscere il diritto di cercare di portare avanti la propria interpretazione della Costituzione.

Prospettiva questa in cui l'interpretazione delle Corti deve ritenersi concorrere a pari livello con la *constitutional construction by elected officials* ed in cui anzi *these two forms of constitutional deliberation* devono ritenersi *in some ways symbiotic*.⁵⁴

In sostanza la natura democratica dell'ordinamento e l'equiordinazione di tutti i poteri dello Stato impone che l'interpretazione costituzionale debba raffigurarsi «come il processo per mezzo del quale i principali attori sia governativi sia non governativi cercano di realizzare la loro interpretazione della costituzionalità dell'ordinamento e della legge».⁵⁵

Per questo al Parlamento deve riconoscersi il potere di individuare un percorso che gli consenta di realizzare la propria interpretazione costituzionale, ove fosse in contrasto con quella del Giudice delle leggi, anche approvando una *decision reversal legislation*, ossia una legislazione diretta «a modificare l'effetto legale od il percepito effetto legale o l'impatto di una specifica decisione della Corte ..., ovvero di più decisioni».⁵⁶

Ebbene, chi scrive, ritiene che rispetto alla sentenza n. 68 ci siano i presupposti affinché il Parlamento ridisciplini l'intera materia, modificando l'effetto legale della sentenza n. 68, peraltro non trattandosi assolutamente di una decisione “a rime obbligate”.

7. La sentenza n. 69: alcuni profili interessanti

Quanto criticamente osservato, commentando la sentenza n. 68, sulla mancata considerazione, ai fini di un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, del divieto di eterologa per le coppie lesbiche, divieto riconducibile anch'esso alla tutela del superiore interesse del minore, appare ancora più evidente a leggere la sentenza n. 69, in cui la Corte sembra riconoscere la legittimità e la ragionevolezza del divieto di eterologa per le donne *single* proprio in virtù del superiore interesse del minore.

Ciò che consente di chiarire come in realtà il “superiore interesse del minore” sia un concetto “polisenso” che si presta ad essere valutato in maniere molto diverse. Il detto interesse infatti prima di essere valutato in concreto dopo la nascita, può e deve essere valutato in via generale ed astratta all'atto di permettere o vietare talune pratiche di fecondazione artificiale con conseguente previsione di norme (valutabili sul piano della ragionevolezza e della proporzionalità e dunque della legittimità) tese ad impedire che chi fa ricorso a tecniche di procreazione artificiale vietate possa conseguire il bene della vita che costituisce lo scopo della violazione commessa.

⁵³ Sul punto ancora *Ibid.*, p. 673.

⁵⁴ Vedasi K. E. WHITTINGTON, *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, (Harvard University Press), Cambridge, 1999, pp. 3-9.

⁵⁵ Così J. MEERNIK, J. IGNAGNI, *Judicial Review*, cit., p. 450.

⁵⁶ Si veda proprio in relazione al conseguimento di questo specifico obiettivo il notevole già citato lavoro di *Ibid.*, pp. 450 e ss.

Da qui la possibilità di evidenziare come nella sentenza n. 68 sia totalmente mancato lo scrutinio della legittimità in astratto della valutazione dell'interesse del minore, quale parametro sulla cui base giudicare la ragionevolezza e proporzionalità delle scelte del legislatore di precludere il riconoscimento dello *status filiationis* in via diretta, consentendolo solo attraverso l'adozione, dovendosi riconoscere allo Stato un ampio margine di discrezionalità nel bilanciare l'interesse del minore astrattamente considerato con l'interesse concreto del minore nato con pratiche fecondative vietate. Prospettiva questa in cui, ad esempio, come nel caso *Paradiso et Campanelli c. Italie*, risulterebbe del tutto legittimo e corrispondente all'interesse del minore, assunto tanto in astratto, quanto in concreto, ammettere che il legislatore, per i nati da maternità surrogata o da PMA di coppie lesbiche con entrambi i gameti di donatori, possa prevedere che il minore sia considerato in stato di adottabilità.⁵⁷

Impostazione, questa appena accennata – per solito riconducibile al più ampio principio di precauzione – ben presente alla Corte costituzionale tanto da essere utilizzata, come si vedrà qui appresso, nella sentenza n. 69 e già richiamata nella sentenza n. 221 del 2019, dove viene ammesso che l'interesse del minore sia adeguatamente garantito dall'intervento del legislatore volto ad assicurare al bambino che deve ancora nascere «quelle che, secondo la ... valutazione [normativa] e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni “di partenza”» (par. 6.2.3).

In questo senso proprio per questo l'interesse dei futuri nati legittimerebbe la scelta del legislatore di vietare talune pratiche fecondative, onde non avallare progetti genitoriali che conducano «al concepimento di un figlio in un contesto che, almeno *a priori*, implica l'esclusione della figura del padre»,⁵⁸ rispetto alla quale sarebbe né irragionevole né sproporzionato che la madre cosiddetta d'intenzione non possa procedere al riconoscimento dello *status filiationis*.

Valutazione dell'interesse del minore di cui, in questi termini, per così dire previ rispetto alla nascita, è fatta, come detto, applicazione nella sentenza n.69 in cui la «compressione dell'autodeterminazione procreativa della donna singola», non venendogli consentito di ricorrere alla PMA, è espressamente e direttamente ricondotta «al principio di precauzione nell'interesse dei futuri nati» (punto 10.2 del considerato in diritto).

Mentre, nella sentenza n. 68 nessun riferimento viene fatto alla legittima valutazione precauzionale dell'interesse del minore compiuta dal legislatore, riferimento che avrebbe facilmente condotto a riconoscere l'inammissibilità della questione, dovendosi ammettere l'esclusiva competenza (discrezionalità) del legislatore ad effettuare il bilanciamento fra l'interesse del minore, in astratto considerato determinante per precludere la PMA alle coppie lesbiche, e quello concreto riconducibile all'effettiva nascita del minore.

⁵⁷ Mentre nel caso di legame biologico con uno dei due genitori, questa soluzione, che per vero non sembra compatibile con gli attuali indirizzi giurisprudenziali sia internazionali sia nazionali, meriterebbe una qualche considerazione, perché è l'unica che impedirebbe a chi utilizza pratiche fecondative vietate di ottenere il bene della vita che costituisce lo scopo della violazione commessa, garantendo al contempo sia il rispetto della legislazione vigente sia al minore di crescere ed essere allevato in una famiglia i cui requisiti per svolgere adeguatamente tale funzione sarebbero accertati e garantiti in sede di affidamento e adozione.

⁵⁸ La citazione è estrapolata da Corte cost., sent. n. 69/2025, punto 10.2 del considerato in diritto.

Un secondo profilo su cui spendere qualche considerazione è laddove nella sentenza n. 69 viene precisato «che il *petitum* formulato dal giudice *a quo* non è riferibile ai soli casi di sterilità o infertilità patologica», così consentendo alla Corte «di poter delimitare un proprio eventuale intervento a donne che versino in dette situazioni» (par. 7).

Affermazione che sembrerebbe adombrare la possibilità di una futura additiva atta a consentire alle donne singole di accedere all'eterologa in caso di sterilità o infertilità patologica, in quanto tale situazione ricadrebbe nell'ambito applicativo della legge n. 40.

In realtà dal tenore della sentenza non sembra emergere tale possibilità, in primo luogo perché l'idea della "riproduzione virginale", ossia senza la cooperazione di un *partner*, appare del tutto estranea alle due idee di fondo che animano la legge, così come identificate nella pronuncia dalla stessa Corte, vale a dire quella di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi delle coppie eterosessuali, e quella di non avallare progetti genitoriali che conducano "al concepimento di un figlio in un contesto che, almeno *a priori*, implica l'esclusione della figura del padre".

In secondo luogo, come osserva ancora la Corte, perché «l'infertilità "fisiologica" è ... assorbente rispetto a ulteriori impedimenti». La qual cosa si può esemplificare dicendo che l'impossibilità a procreare a causa di sterilità o infertilità patologica si pone come una causa del tutto secondaria dell'impossibilità di procreare della donna singola, la cui causa primaria rimane la scelta di rifiutare l'atto procreativo con una persona dell'altro sesso

In terzo luogo perché, anche ove fosse motivata da infertilità o sterilità, la PMA della donna singola rimarrebbe comunque contraria all'interesse del minore, essendo la famiglia il "luogo", giudicato dalla legge. più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato, non creando «una distanza eccessiva rispetto al modello della generazione naturale della vita. In pari tempo», proteggendo «*a priori* l'interesse dei futuri nati, nella consapevolezza della diversità fra le tecniche di PMA e la dimensione intima, puramente privata, della procreazione naturale, che tollera solo discipline *a posteriori* a tutela del bambino oramai nato» (par. 9.1).

In quarto luogo perché, come evidenziato dalla Corte, il contesto giuridico attuale «non sacrifica radicalmente l'interesse orientato verso la genitorialità delle persone singole», anche a seguito della rimozione, con riferimento all'adozione internazionale, del divieto che impediva alle medesime «di sottoporsi al giudizio di idoneità a adottare (sentenza n. 33 del 2025)» (par. 10.2).

Un ultimo profilo che sembra interessante segnalare con riguardo a questa pronuncia, è quello che sembra un cambio di paradigma rispetto a quel preteso diritto che, frequentemente nella letteratura sul tema, si trova grossomodo rappresentato come "il diritto incoercibile della persona di diventare genitore e/o di scegliere di costituire una famiglia anche con figli non genetici, espressivo della incomprimibile libertà di autodeterminazione con riferimento alle scelte procreative".

Diritto sulla cui sussistenza chi scrive, come sopra esposto, ritiene fondatamente di dover dubitare, tanta è la distanza fra l'incomprimibile libertà di procreare naturalmente e il preteso diritto di accedere alle tecniche di PMA.

È indubitabile che nella giurisprudenza della Corte EDU l'accesso alle PMA sia stato ricondotto, come già in precedenza esposto, nell'alveo del diritto di procreare, venendo

ricompreso all'interno del più ampio diritto al rispetto della propria vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU, *sub specie* di «diritto di una coppia di concepire un bambino» ricomprensivo *tout court* «quello di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita», in questo caso eterologa, «in quanto tale scelta è chiaramente un'espressione della vita privata e familiare»⁵⁹ ovvero di «diritto al rispetto delle decisioni di diventare genitori nel senso genetico del termine», dato che «il diritto delle coppie di ricorrere alle tecniche di riproduzione assistita costituisce una forma di espressione» del concetto di vita privata e di quello di vita familiare⁶⁰ o ancora di «diritto al rispetto della decisione di avere un figlio o di non averne»,⁶¹ anche ricorrendo alle tecniche di PMA.

Diritto che, nella giurisprudenza della Corte EDU, trova il suo limite nel bilanciamento con l'interesse dello Stato, ogniqualvolta l'«ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto» sia «prevista dalla legge» e «costituisca una misura che, in una società democratica, sia necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del Paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui» (art. 8 CEDU), dovendosi in tal caso accertare se tale ingerenza sia ragionevole e proporzionata.

Di fronte all'appena richiamata impostazione della Corte EDU, che peraltro abbraccia ogni ingerenza della pubblica autorità, appare forse fuori misura l'affermazione, contenuta in una recente pronuncia della Corte costituzionale, che una pretesa o un «diritto alla genitorialità», siano stati espressamente negati dalla Corte di Strasburgo ogniqualvolta «l'interesse ad ampliare gli spazi dell'autodeterminazione orientata alla genitorialità» passi «attraverso il superamento dei limiti fissati dal legislatore» (sent. n. 33/2025, par. 8.2).

Vero è invece che la posizione della Corte costituzionale in tema sembra meritare un approfondimento.

Nella sentenza n. 162/2014 la Corte debutta osservando che «la scelta di una coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che ... è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango. La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera» (par. 6).

Come si vede si tratta di una posizione del tutto analoga a quella della Corte EDU, che fa perno su una espressa equiparazione della procreazione artificiale a quella naturale, sussunte

⁵⁹ È la ben nota CEDU, Grande Camera, sent. 3 novembre 2011, *S. H. et autres c. Autriche*, par.82.

⁶⁰ CEDU, sent. 5 dicembre 2019, *Petithory Lanzmann c. France*, par. 18; oltre alla già in precedenza citata, CEDU, Grande Camera, sent. 4 dicembre 2007, *Dickson c. Royaume Uni*, par. 66.

⁶¹ Così anche, in aggiunta a quelle già citate, CEDU sent. 22 gennaio 2008, *E. B. c. France*, par. 43.

entrambe all'interno dell'incoercibile libertà di diventare genitori, salvo il bilanciamento con altri valori costituzionali.

Già nella sentenza n. 221/2019 tuttavia questa impostazione sembra divenire più sfumata. La Corte interrogandosi sulla configurabilità – e in quali limiti – di «un “diritto a procreare” (o “alla genitorialità”, che dir si voglia), comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale», dovendosi pertanto «stabilire se il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre e comunque o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate» (par. 10), osserva che «[l]a libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori» in ogni caso deve essere «bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti: e ciò particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale». Bilanciamento che deve «ritenersi affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale, salvo il successivo sindacato sulle soluzioni adottate da parte di questa Corte, onde verificare che esse non decampino dall'alveo della ragionevolezza» (par. 13.1).

In sostanza in questa pronuncia, senza esplicitamente negare che il diritto alla genitorialità riguardi anche il *quomodo*, si tende a rivalutare, per l'accesso alle tecniche di PMA, l'*intermediatio legislatoris* per cui, in tanto tali tecniche rientrano nella libertà di procreare, in quanto nel bilanciamento con altri valori costituzionali non siano subordinate a specifiche condizioni di accesso.

Posizione che assume contorni ancora più netti nella sentenza n. 79/2022 in cui in un *obiter dictum* viene osservato che, per la Corte, deve ritenersi escluso che «il “desiderio di genitorialità”, attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, “lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati”, possa legittimare un presunto diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*» (par. 5.2.3).

Tuttavia è la sentenza n. 33/2025 a dettare le coordinate dell'orientamento della Corte.

Ribadito che «la scelta di diventare o di non diventare genitore costituisce espressione della generale libertà di autodeterminarsi, libertà riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.» ed è ricollegabile al concetto di “vita privata”, di cui all'art. 8 CEDU (par. 8.1), la Corte distingue due contesti in cui tale scelta può collocarsi. Il primo è quello in cui «la genitorialità sia accessibile o per natura o perché il soggetto già rientra nelle previsioni nazionali che consentono la procreazione medicalmente assistita o l'adozione, nel qual caso tale scelta sottende una pretesa a non subire indebite compressioni di tale libertà da parte del legislatore» (par. 8.2).

Il secondo è quello che concerne tutte le residue ipotesi in cui si ha di mira «il superamento dei limiti fissati dal legislatore, cui primariamente spetta il compito di dettare le condizioni di accesso a forme di genitorialità diverse dalla procreazione naturale».

In questi casi tuttavia non si può «parlare di una pretesa o di un “diritto alla genitorialità”», ma di «un interesse ad ampliare gli spazi dell'autodeterminazione orientata alla genitorialità» (par. 8.2).

Infatti «l'autodeterminazione orientata alla genitorialità in tanto può far valere la propria *vis* espansiva, in quanto si opponga a scelte legislative che, avendo riguardo al complesso degli interessi implicati, risultino irragionevoli e non proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito». Complesso di interessi in cui se è vero che assume «primaria considerazione l'interesse del minore (o del concepito o del futuro nato)», non è men vero che anche tale interesse va ponderato, «tenendo conto di eventuali altre istanze ... nonché dell'interesse di chi aspira alla genitorialità» (par. 8.2).⁶²

Coordinate che costituiscono il quadro all'interno del quale si situa la *dictum* della sentenza n. 69 in cui il rigetto di estendere l'eterologa alle donne singole è correttamente fatto rientrare tra le ipotesi in cui si ha di mira il superamento dei limiti fissati dal legislatore e deve dunque configurarsi quale interesse all'autodeterminazione procreativa che «non è espressione di una libertà che abbia la stessa latitudine di ciò che la tecnica potenzialmente consente, né fonda una pretesa costitutiva di un diritto alla genitorialità». Interesse che quindi «in tanto può far valere la propria *vis* espansiva, in quanto o tende a contrastare soluzioni «che, avendo riguardo al complesso degli interessi implicati, risultino irragionevoli e non proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito o contribuisce a sostenere un giudizio di irragionevolezza delle stesse norme che riflettono le finalità cui si ispira il legislatore, nella considerazione di tutti gli interessi coinvolti» (par.10.1).

Vis espansiva che, nel caso di specie, si scontrerebbe con la scelta del legislatore di non avallare un progetto genitoriale che conduce al concepimento di un figlio in un contesto che, almeno *a priori*, implica l'esclusione della figura del padre» e che è «tuttora riconducibile al principio di precauzione nell'interesse dei futuri nati, rispetto alla quale pertanto la conseguente «compressione dell'autodeterminazione procreativa della donna singola non può ritenersi manifestamente irragionevole o sproporzionata» (par. 10.2).

Si tratta di una posizione che in linea teorica può ritenersi condivisibile perché ha come orizzonte il raggiungimento di un punto di equilibrio fra la discrezionalità legislativa e il sindacato di legittimità costituzionale, ma che se presenta un lato positivo, ravvisabile nell'intendimento di separare il diritto di procreare naturalmente da quello di accedere alle tecniche di procreazione artificiale, valorizzando l'*intermediatio legislatoris*, tuttavia palesa due criticità la prima è che la PMA non concerne il *quomodo* del diritto di procreare (o della libertà di autodeterminazione), ma riguarda un diritto affatto diverso che è quello di accedere alle tecniche di PMA che, in tanto è un diritto, in quanto sia riconosciuto ed entro quali limiti dal legislatore; la seconda è rappresentata dalla indefinita latitudine del giudizio intorno al bilanciamento degli interessi in gioco, a mezzo del quale la Corte si riserva di sindacare la ragionevolezza e la proporzionalità delle scelte legislative, che facilmente le consente di sostituire

⁶² Si prescinde qui da qualsiasi valutazione sul modo in cui questi principii sono stati applicati nella stessa sentenza n. 33, in cui in realtà ha trovato ampio spazio l'approccio di cui alla sentenza n. 162/2014, visto che la declaratoria d'illegittimità è stata basata sulla decisiva considerazione che «i limiti frapposti all'autodeterminazione orientata alla genitorialità “non possono consistere in un divieto assoluto [...] a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale”», laddove la scelta del legislatore di non consentire l'adozione nel caso di *single* di per sé non appariva né irragionevole né sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito, così come individuato dalla stessa Corte, «di assicurare all'adottato “la presenza, sotto il profilo affettivo ed educativo, di entrambe le figure dei genitori”» (par. 9.4).

la propria visione delle condizioni entro cui le tecniche di PMA vanno riconosciute e garantite a quella del legislatore.

8. La sentenza n. 68 in rapporto alla sentenza n. 33/2021 in tema di riconoscimento dello *status filiationis* di bambini nati all'estero attraverso maternità surrogata

In dottrina non è mancato chi ha sottolineato le potenziali ricadute che la sentenza n. 68 potrebbe avere sul problema del riconoscimento dei bambini nati e riconosciuti all'estero da maternità surrogata, stante lo stretto parallelismo tra le decisioni n. 32 e n. 33 del 2021, chiuse ambedue con un monito al legislatore ad intervenire in tale materia, stante l'affermata insufficienza dell'adozione in casi particolari a garantire il superiore interesse del minore.

Ribadita insufficienza che, come ha spinto la Corte ad ammettere che il superiore interesse del minore legittimi che la madre intenzionale di una coppia omosessuale femminile possa riconoscere sin dalla nascita il figlio concepito all'estero con eterologa, così dovrebbe indurla a fare altrettanto per il minore nato all'estero con maternità surrogata, dato che «l'interesse del minore, richiamato come fondamento della parità di trattamento, è il medesimo, vale a dire la stabilità giuridica del proprio legame affettivo e familiare nel minor tempo possibile».⁶³

Dottrina che tuttavia ha criticamente rilevato che la Corte, con due *obiter dicta* contenuti nella stessa sentenza n. 68, avrebbe messo «le mani avanti»,⁶⁴ onde evitare l'aspettativa di una pronuncia analoga per il caso di maternità surrogata. Il primo laddove osserva che «l'interesse del minore, per quanto centrale, non è un interesse “tiranno”, che debba sempre e comunque prevalere. Al pari di ogni interesse costituzionalmente rilevante, esso può essere oggetto di un bilanciamento in presenza di un interesse di pari rango», anche se poi ha avuto cura di precisare, come già detto, che nel caso di specie non si sarebbe posto alcun problema di bilanciamento (par. 12). Il secondo quando afferma che il caso in esame «si distingue radicalmente dall'ipotesi di ricorso alla cosiddetta maternità surrogata, in cui viene in considerazione la finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera meritevole di sanzione penale e violativa di un principio di ordine pubblico, in quanto offende la dignità della donna (Cass., n. 38162 del 2022; nello stesso senso, sentenze n. 79 del 2022; n. 33 del 2021 e n. 272 del 2017)» (par. 12.1).

Posizione che, ancora ad avviso della richiamata dottrina, rappresenterebbe «la mediazione fra le diverse anime dell'attuale composizione della Corte costituzionale, che come noto nel recente passato ha già avuto modo di sostenere chiaramente che, da un lato, tale pratica “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”, e dall'altro che “gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato

⁶³ M. DI MASI, *Le sentenze nn. 68 e 69/2025*, cit., p. 10. Nello stesso senso F. CRISAFULLI, *La garanzia costituzionale dei diritti fondamentali del figlio nato in Italia da fecondazione eterologa eseguita legalmente all'estero: precedenti, approdi e prospettive*, in *Questione Giustizia*, 19/06/2025, p. 3.

⁶⁴ M. DI MASI, *Le sentenze nn. 68 e 69/2025*, cit., p. 10.

subito dopo la nascita”»,⁶⁵ ma che, viene detto, non potrà «resistere per molto tempo all’onda lunga di una sentenza che indubbiamente incide, circoscrivendone le conseguenze, su di un altro divieto imposto dalla legge».⁶⁶

In realtà questa dottrina pecca per un eccesso di semplificazione perché la questione del riconoscimento dei nati da maternità surrogata deve essere sviluppata all’interno di un perimetro argomentativo assai più complesso.

Nella sentenza n. 33/2021 infatti la Corte, non solo ha riconosciuto la necessità di un bilanciamento, «alla luce del criterio di proporzionalità», fra il superiore interesse del minore e lo scopo legittimo perseguito dall’ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore», ma lo ha anche essa stessa già parzialmente effettuato laddove ha ammesso che non è sproporzionata la negazione della «trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo *status* di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti» (par. 5.5).

Soluzione – come viene evidenziato – già accolta tanto dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione, quanto dalla Corte EDU che, con giurisprudenza costante, afferma, come già visto, «in particolare, che gli Stati parte possano non consentire la trascrizione di atti di stato civile stranieri, o di provvedimenti giudiziari, che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo *status* di padre o di madre al “genitore d’intenzione”; e ciò proprio allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato ben può considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi» (par. 5.6).

Giurisprudenza quella della Corte EDU, di cui la Corte costituzionale ha già sentenziato che «appare corrispondente anche all’insieme dei principi sanciti in materia dalla Costituzione italiana, parimenti invocati dal giudice *a quo*» (par. 5.7).

La qual cosa consente di per sé di escludere un’additiva del tipo della n. 68.

La questione diventa allora quella di capire se in un bilanciamento in cui «la tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l’istituto dell’adozione» (Cass., sez. unite civili, n. 38162/2022, par 4.1), non irragionevolmente possano essere ritenuti prevalenti sull’interesse del minore – sul presupposto che «anche rispetto all’interesse del minore non può non rammentarsi che “[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (sent. n. 33, par. 5.5) – possa ritenersi superata la prospettata equivalenza fra il riconoscimento fin dalla nascita stabilito a vantaggio del genitore biologico e quello da riconoscere fra il minore e il genitore d’intenzione, riconoscimento che sarebbe del tutto legittimo intervenisse anche successivamente.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 10.

⁶⁶ F. CRISAFULLI, *La garanzia costituzionale*, cit., p. 3.

Superamento che troverebbe conforto nella stessa giurisprudenza della Corte EDU secondo cui, come in precedenza evidenziato, una simile «*équivalence totale n'est pas exigée par l'article 8*».⁶⁷

Prospettiva questa che aprirebbe ad una riconsiderazione dell'adozione in casi particolari dopo le modifiche intervenute successivamente al 2021 con la sentenza n. 79/2022 della stessa Corte costituzionale e l'interpretazione adeguatrice di Cass. sez. unite civili, n. 38162/2022, consentendo di ritenerla idonea a costituire il legame fra il minore e il genitore d'intenzione da maternità surrogata, peraltro come già affermato dalla stessa Corte di cassazione e dalla Corte EDU.⁶⁸

A questo aggiungasi che una soluzione giurisprudenziale al problema qui esaminato, ad avviso di chi scrive, appare impossibile anche per un'altra ragione.

All'interno del *genus* maternità surrogata sono infatti individuabili due *species* che vanno opportunamente tenute distinte: quella in cui almeno uno dei gameti è di uno dei due membri della coppia che ha commissionato la surrogazione (cosiddetta maternità surrogata "tradizionale") e quella in cui i gameti sono entrambi di donatori esterni alla coppia (cosiddetta maternità surrogata "non tradizionale").

Questo secondo tipo di maternità surrogata, a prescindere dal fatto che sia legale in taluni Paesi, oltre a presentare tutte le criticità comuni anche all'altro tipo, vulnerando la dignità della donna e del bambino, appare in primo luogo abnormemente lesivo della stessa dignità della persona umana, visto che consente alla madre surrogata di disporre del nato come se fosse un bene di sua proprietà, stabilendo per contratto di "trasferirlo" (con o senza compenso cambia davvero poco) alla coppia committente, senza che la stessa abbia con il nato un legame diverso da quello contrattuale. Secondariamente viola tutte le norme sull'adozione, visto che quel bambino si trova rispetto alla coppia committente nella stessa posizione di qualsiasi altro bambino nato da genitori biologici altri.

Caso questo rispetto al quale non solo non sono pertinenti le argomentazioni svolte nella sentenza n. 33 che prende in considerazione una fattispecie in cui uno dei membri della coppia era genitore biologico del nato, ma anzi ammette che il superiore interesse del minore possa ritenersi soddisfatto allontanando il minore dalla coppia che lo ha commissionato per darlo in adozione, così come già ritenuto legittimo dalla Corte EDU nel caso *Paradiso et Campanelli c. Italie*.

⁶⁷ Corte EDU, sent. 9 ottobre 2025, X. c. *Italie*, par.78.

⁶⁸ Corte EDU, sent. 31 agosto 2023, C. c. *Italie*; Corte EDU, sent. 9 ottobre 2025, X. c. *Italie*. Criticamente sulla possibilità che l'adozione in casi particolari possa garantire il superiore interesse del minore, senza tuttavia approfondire la giurisprudenza della Corte EDU in tema, V. Piccinini, *Filiazione naturale e filiazione da procreazione medicalmente assistita. A vent'anni dalla Legge n. 40/2004*, cit., pp. 154 ss., secondo cui, «ammettendo che sia vero che non esiste un "diritto ad essere genitori" è però vero che esiste un diritto alla genitorialità che trova fondamento negli artt. 2 e 30 Cost. che viene lesa nel momento in cui si applica un istituto che non consente al figlio di agire per il riconoscimento del relativo *status*» (p. 159).

9. Conclusioni

Come pure è stato osservato, «i giudici costituzionali sono ovunque “sotto osservazione” ... a causa della politicità intrinseca delle loro decisioni. Una politicità resa sempre più accentuata dalla crescente complessità del diritto costituzionale contemporaneo, dall'intreccio sempre più aggrovigliato di principi, di diritti, di interessi che la società pluralistica alimenta e pretende di affermare e implementare», tanto che di frequente è ad essi mossa l'accusa «di aver preso, puramente e semplicemente, una decisione politica, ossia di aver fatto soltanto prevalere la propria volontà sulla – uguale e contraria – volontà di un qualunque legislatore». «E se è vero che il problema della “legittimazione” a compiere tali scelte da parte di un organo a composizione “aristocratica” si può forse risolvere facendo riferimento alla «volontà democratica sottesa al patto costituzionale» è altrettanto vero che è facile che i giudici costituzionali quando si spingono troppo oltre siano «come coloro che hanno discrezionalmente interpretato questa asserita “volontà democratica”, spingendosi fino al punto di “crearla” loro stessi, arbitrariamente, proprio in quei casi difficili in cui (a colpi di bilanciamenti e giudizi di ragionevolezza) pretendono di fornire l'ultima parola sul significato di quella Costituzione che sono chiamati a custodire».⁶⁹

Per vero in dottrina esiste un ampio orientamento che tende ad ammettere ed anzi a ritenere che sia connaturale all'evoluzione del costituzionalismo che i giudici delle leggi assumano decisioni “politiche”, sostituendosi al legislatore. Legittimazione “politica” che è stata variamente argomentata, ma che è sostanzialmente riconducibile all'idea che l'interpretazione costituzionale in quanto diretta ad inverare i più alti valori e principii immanenti alla Costituzione, debba essere la più ampia possibile, in modo da ottimizzarne il contenuto precettivo, anche quando lo stesso è caratterizzato da una certa vaghezza, deducendone che il giudice costituzionale sia sempre chiamato ad assicurare la persistenza e la modulazione di tali valori e principii, facendo degli stessi il motore e il limite dei mutamenti della società.

In questa prospettiva spicca, ad esempio, la dottrina del *living constitutionalism* (costituzionalismo vivente) che afferma «che il contenuto del diritto costituzionale dovrebbe cambiare in risposta al mutare delle circostanze e dei valori»,⁷⁰ facendo dei giudici gli artefici di tale cambiamento.

O anche quel costituzionalismo, soprattutto di matrice tedesca, che muovendo dalla supremazia della costituzione – e, dunque, dalla tutela della sua normatività – ne deduce «non soltanto la subordinazione della legislazione al testo fondamentale, ma anche e necessariamente la soggezione del Parlamento all'autorità della costituzione scritta (e dei suoi interpreti)».⁷¹ Come viene detto «il silenzio della Costituzione non può ridurre al silenzio i giudici

⁶⁹ E. GROSSO, *Corti costituzionali e opinione pubblica: un problema di legittimazione*, in R. Tarchi (a cura di), *Giurisdizioni costituzionali e poteri politici. Riflessioni in chiave comparata*, (Atti del Convegno DPCE Milano 2023), in DPCE on line, n. SP 1-2025, pp.52-53, <https://drive.google.com/file/d/1FpydjanYV8APv5g0cNL8yQkulSNNjMI/view>.

⁷⁰ L. B. SOLUM, M. CREMA, *Originalism and Personal Jurisdiction: Several Questions and a Few Answers*, in *Alabama Law Review*, 2022, vol. 73, n. 3, pp. 490-491.

⁷¹ In proposito G. ROMEO, *Giudizio di costituzionalità e interpretazione: una prospettiva comparata*, in R. TARCHI (a cura di), *Giurisdizioni costituzionali e poteri politici. Riflessioni in chiave comparata*, cit., p. 115.

costituzionali» la cui attività interpretativa può spingerli «ad essere un legislatore positivo incline a dettare politiche».⁷²

Si tratta di tesi che in questa sede non è possibile approfondire come meriterebbero, ma che, sia in sé sia, per quel che qui interessa, trasposte nell'ordinamento italiano, ad avviso di chi scrive, non sono affatto convincenti per una pluralità di ragioni.

In primo luogo perché al vertice dello Stato costituzionale non c'è la Corte costituzionale, ma il popolo. La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti stabiliti dalla Costituzione, in primo luogo attraverso il circuito rappresentativo-parlamentare.

La sovranità popolare è la “costituzionalizzazione” del primato della politica e del Parlamento, unico organo di diretta derivazione popolare, la cui primazia nei confronti della Corte è plasticamente scolpita nell'art. 137 Cost. che affida ad esso attraverso una legge costituzionale di stabilire «le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie d'indipendenza dei giudici della Corte», nonché con legge ordinaria «le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte». Vale a dire il complessivo statuto della Corte che non viene disciplinato direttamente dalla Costituzione, ma rimesso all'intermediazione dell'organo rappresentativo.

Il doveroso rispetto per la funzione di controllo e garanzia della Corte non può trasformarsi nella supina acquiescenza alla pretesa dalla stessa affermata di «operare quale soggetto che provvede a modellare *ex se* gli ambiti e limiti della propria competenza, in modo da definire il proprio ruolo ... rispetto sia al legislatore e all'esecutivo».⁷³

Nell'ordinamento italiano non è “la Corte costituzionale, custode della Costituzione” il centro del sistema, ma il raccordo Parlamento/Governo. L'idea di un indirizzo politico costituzionale che compete alla Corte delineare e a cui l'indirizzo politico elaborato dalle forze politiche deve conformarsi, è un'idea cara agli assertori di uno Stato dei giudici, non di uno Stato in cui la sovranità appartiene al popolo.

La Corte costituzionale è il freno, l'argine alle esorbitanze del potere politico, non l'organo chiamato a definire quale debba essere la società del futuro, sulla base delle proprie preferenze politiche.

La Costituzione è “sovrana” non per forza propria, ma perché è stata voluta e approvata da un'apposita assemblea, dotata di poteri costituenti, liberamente eletta dal popolo, assemblea che ha voluto che il patto sociale faticosamente raggiunto e riversato nelle sue disposizioni avesse una forza giuridica superiore, non potesse essere revisionato se non attraverso un procedimento aggravato o, come dicono i giuristi statunitensi, la Costituzione rappresenta le *fundamental choices that have been made by the people* e può essere modificata solo *through the supermajoritarian process* ed è garantita da un organo che di quel patto sociale è il custode. Sicché quando la Corte costituzionale invece che essere custode «sostituisce le proprie scelte di valore a quelle fatte dal popolo, questo fatto sovverte la Costituzione a mezzo di una usurpazione di potere», infatti «la sostituzione da parte dei giudici del nuovo significato che essi danno alle

⁷² Così ricostruisce la dottrina tedesca del *Verfassungsstaat* C. DRIGO, *Giurisdizione costituzionale e decisioni politiche: quali confini?*, in R. TARCHI (a cura di), *Giurisdizioni*, cit., pp. 85 e 84 e la bibliografia ivi citata a cui si rinvia.

⁷³ La citazione è estrapolata, e qui adattata liberamente, da C. DRIGO, *Giurisdizione costituzionale*, cit., in R. TARCHI (a cura di), *Giurisdizioni*, cit., p. 65.

norme costituzionali al posto di quello» che costituisce il patto sociale voluto dai costituenti, rimpiazza le scelte compiute dal popolo attraverso i suoi rappresentanti, «e questo viola l'essenziale principio di governo per consenso dei governati». ⁷⁴

In secondo luogo, in un ordinamento che prevede che la Costituzione possa essere revisionata esclusivamente attraverso un apposito procedimento che potenzialmente contiene un diretto appello al popolo, attraverso la richiesta di referendum, quando non si raggiunga un *supermajoritarian consent*, l'interpretazione costituzionale non può in alcun modo trasformarsi in una forma surrettizia di revisione costituzionale. Deve cioè esservi un *discrimen* che, per quanto talvolta possa farsi sottile, consenta di distinguere tra la legittima interpretazione costituzionale e l'usurpazione del potere di revisione costituzionale.

In dottrina si trova osservato che «in molti casi, l'interpretazione evolutiva è un'alternativa che l'organo di giustizia costituzionale offre al sistema come alternativa alla revisione della fonte, per definizione subordinata all'aggravamento procedurale che le è tipico. Si tratta, pertanto, di una forma di collaborazione istituzionale, nell'interesse del sistema, atteso che l'organo di indirizzo ha sempre la disponibilità dello strumento della revisione formale per adottare una norma diversa da quella risultante dall'interpretazione offerta dalla Corte». ⁷⁵

Orientamento che non si può assolutamente condividere e questo per due ragioni: perché le pronunce della Corte non sono un'alternativa al processo di revisione costituzionale, ma esorbitano dalla Costituzione provenendo da un organo a cui la Carta fondamentale non assegna alcuna competenza in proposito, per di più privo di diretta legittimazione popolare; perché sovverte la regola che vuole che chi vuol modificare la Costituzione abbia l'onere di attivare il procedimento e trovare il consenso necessario per farlo, mentre, argomentando come sopra, sono le forze politiche che non vogliono modificare la Costituzione che si trovano ad essere gravate dell'onere di attivare il procedimento e trovare il consenso per ribaltare la pronuncia della Corte.

In terzo luogo perché la succitata dottrina sull'interpretazione costituzionale collide con il principio della separazione dei poteri, legittimando un'espansione del sindacato giurisdizionale tanto da farlo essere un canale alternativo di normazione positiva.

L'interpretazione costituzionale non è un mezzo per consegnare alla Corte la competenza a creare diritto ogni volta in cui è chiamata ad attribuire un significato alle norme costituzionali per cogliere l'esigenza di tutela che affiora dal tessuto sociale, così autoarrogandosi il ruolo di legislatore, al di fuori del circuito politico-rappresentativo.

Dovendosi in proposito ribadire che la natura democratica dell'ordinamento e l'equiparazione di tutti i poteri dello Stato, corollario del principio della separazione dei poteri, implica che «l'autorità politica, che include l'autorità di interpretare, sia deliberatamente dispersa fra istituzioni ciascuna delle quali è competente a promuovere il pubblico interesse. Da questo punto di vista, ciascun ramo del governo ha un ruolo specializzato nell'interpretazione,

⁷⁴ R. BERGER, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, (Liberty Fund), Carmel, 1997, 2^a ed., pp. 314 e 22-23.

⁷⁵ R. TONIATTI, *Giurisdizione costituzionale e indirizzo politico*, in R. TARCHI (a cura di), *Giurisdizioni*, cit., 213.

corrispondente ai suoi specifici poteri e doveri costituzionali». ⁷⁶ *Judicial review* non vuol affatto dire *judicial supremacy* risultando preminente l'esigenza costituzionale che ciascun potere nell'interpretare la Costituzione rimanga all'interno della sfera di attribuzioni assegnatagli dalla Costituzione stessa.

Sembra pertanto avere ragione quella dottrina che coglie nell'«erompere della crisi partitica dei primi anni Novanta con la conseguente trasformazione radicale del sistema politico nazionale e la perdurante difficoltà normativa del circuito maggioranza parlamentare-governo, unitamente alla difficoltà di un articolarsi equilibrato dei rapporti fra i poteri» le cause principali, non le sole, che hanno portato il Giudice delle leggi a diventare progressivamente «protagonista di una giurisprudenza che segue direttrici a volte non immediatamente riconducibili al modello costituzionale formale, in un contesto in cui il rapporto con la sfera politica non ha mancato di evidenziare alcuni significativi disequilibri, spesso derivanti dal modo in cui la Corte decide». ⁷⁷

Di ciò, costituisce una buona riprova la sentenza n. 68 il cui impatto è tale da creare, come si è cercato di evidenziare, una profonda disarmonia nella legislazione vigente, disarmonia che costituisce un sintomo importante della sua accentuata colorazione politica, testimoniata anche dalla debolezza della motivazione, essendosi peraltro rilevato come l'addizione effettuata esorbiti dallo stesso perimetro di ammissibilità di decisioni additive/manipolative che la stessa Corte ha precisato nella sua giurisprudenza.

Prospettiva questa in cui, come detto, ad avviso di chi scrive, ci sarebbero i presupposti affinché il Parlamento (ove fosse in grado di rivendicare la sua primazia) ridisciplini l'intera materia, modificando l'effetto legale della sentenza n. 68, peraltro non trattandosi assolutamente di una decisione “a rime obbligate”.

⁷⁶ Sul punto B.G. PEABODY, *Coordinate Construction, Constitutional Thickness and Remembering the Lyre of Orpheus*, in *Book review*, aprile 2000, p. 673.

⁷⁷ Per tutti C. DRIGO, *Giurisdizione costituzionale*, cit., in R. TARCHI (a cura di), *Giurisdizioni*, cit., pp. 77 e 78.