

# Salute “biologica”, “intenzionale” ovvero salute psico-fisica: riflessioni sull’estensione della tutela alle coppie omosessuali con riferimento alla procreazione medicalmente assistita e alla surrogazione della maternità\*

Giuseppe Campanelli\*\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa: delimitazione del campo di indagine. Verso una “normalizzazione culturale”? – 2. Le tesi dottrinali sulla procreazione medicalmente assistita e sulla surrogazione di maternità per le coppie omosessuali e l’implicita considerazione del diritto alla salute. – 3. Corti nazionali e sovranazionali tra tutela dell’interesse del minore e discriminazioni in ambito procreativo determinate dall’orientamento sessuale. – 4. Residualità del diritto alla salute come possibile parametro di legittimità del divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla surrogazione per le coppie omosessuali nella più recente giurisprudenza costituzionale e sovranazionale. – 5. La valorizzazione della salute psicofisica come ulteriore parametro di riflessione.

## ABSTRACT

Il contributo, nell’ambito del macrotema relativo alla procreazione medicalmente assistita e alla surrogazione di maternità, affronta il profilo specifico dell’applicazione di tali pratiche alle coppie omosessuali. La prospettiva di analisi è quella di riflettere sulla portata del diritto alla salute e,

---

\* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

\*\* Professore associato di Diritto costituzionale nell’Università di Pisa, giuseppe.campanelli@unipi.it.

soprattutto, sull'aspetto fondamentale del riconoscimento e della tutela del diritto alla salute psico-fisica.

*The contribution, in the context of the macro-theme relating to medically assisted procreation and maternity surrogacy, addresses the specific profile of the application of these practices to homosexual couples. The analysis perspective is to reflect on the scope of the right to health and, above all, on the fundamental aspect of the recognition and protection of the right to psycho-physical health.*

## 1. Premessa: delimitazione del campo di indagine. Verso una “normalizzazione culturale”?

Il presente contributo intende analizzare un profilo specifico all'interno del macro-tema relativo alla procreazione medicalmente assistita e alla surrogazione della maternità. L'aspetto di interesse concerne la questione relativa all'ambito di applicabilità di tali pratiche rispetto alle coppie omosessuali.

Il problema sorge, dal punto di vista formale, sulla base dei diversi divieti imposti sul piano normativo<sup>1</sup> che creano ostacoli quasi insuperabili all'apertura delle tecniche citate alle coppie dello stesso sesso, trovando rispondenza anche sul piano delle regole imposte dal Codice civile.

Il piano normativo, già di per sé complesso, come si cercherà di dimostrare, trova poi, soprattutto negli ultimi anni, un importante riscontro anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione che ribadiscono la portata di tali limiti, pur aprendo, in certi casi, alla riflessione rispetto a fattispecie emergenti e degne di tutela e, comunque e più in generale, ad una più attenta riflessione rispetto agli approdi finora raggiunti e agli obiettivi ancora da conseguire.

Il tema della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità, al pari di altri temi eticamente sensibili, per sua natura, si carica di forti valenze morali, oltre che giuridiche. A questi ultimi aspetti finiscono per intrecciarsi considerazioni di valore che rendono estremamente complicato ricostruire una teoria sul fondamento della legittimità o illegittimità di tali pratiche che sia totalmente neutra dal punto di vista etico.

Occorre precisare che il profilo inerente alla surrogazione di maternità assume una portata ulteriormente problematica rispetto alle coppie omosessuali soprattutto ove si consideri che tale controversa pratica appare spesso uno strumento necessitato per accedere alla filiazione in condizioni di infertilità “fisiologica”. Mentre la PMA, come semplice pratica di rimozione di condizioni di infertilità “patologica”, pone una serie di interrogativi più ampi, che si estendono anche alle coppie eterosessuali e che rileva per le coppie omosessuali

---

<sup>1</sup> Si pensi ai noti requisiti soggettivi richiesti dall'art. 5 della l. 40/2004 o ai concreti divieti e alle relative sanzioni di cui all'art. 12, commi 2 e 6, della medesima legge.

nella misura in cui si dibatte sulla esistenza di una autonoma capacità procreativa per la coppia omosessuale femminile.

Sullo sfondo, però, restano, da un lato, due problemi che hanno sollecitato l'analisi in questo lavoro e, dall'altro, una minima “pretesa”.

Il primo problema, preliminare, è costituito dalla distonia tra i limiti normativi imposti e la continua emersione di casi concreti che offrono ipotesi nuove o, comunque, prospettive diverse attraverso le quali esaminare i delicati profili di tutela delle coppie omosessuali rispetto alla PMA e alla surrogazione.

Il tema non è certamente nuovo e si ripropone puntualmente, come nel caso di specie, quando si incrociano diritti “scomodi”, “scivolosi” ed eticamente sensibili<sup>2</sup>, laddove si crea un costante, quanto spesso irrisolto, dialogo tra giudice e Corte alla ricerca di valori e principi capaci di dare risposte concrete a fattispecie che necessitano una celere e soddisfacente risposta, con l'effetto, laddove si acclari l'esistenza di una lacuna o di una non adeguata risposta normativa, di rilevare e richiamare, come non più rinviabile, l'intervento risolutivo, ma non per questo effettivo, del legislatore<sup>3</sup>.

Il secondo problema, assolutamente centrale, tanto da richiamare maggiormente l'attenzione in questo contributo, è quello dei parametri, di livello costituzionale, di valutazione dei casi concreti connessi alla richiamata normativa.

Più in particolare, a parere di chi scrive, con riguardo alla posizione delle coppie omosessuali, risulta non pienamente “esplosa” e approfondita, la portata dell'art. 32 Cost. per ciò che concerne, non tanto, il trattamento sanitario in quanto tale e le sue implicazioni, quanto piuttosto il profilo della salute psico-fisica dei genitori prima e dei figli poi, quali destinatari del *best interest* della scelta condivisa e consapevole.

In altre parole, si vuole comprendere se esistano margini per pensare in modo diverso ad una valorizzazione, anche culturale, del diritto alla salute psicofisica delle coppie omosessuali, ponendola a monte della scelta procreativa, come fondamento, non tanto e non solo giustificativo, ma anche legittimante delle decisioni da assumere, alla stregua di quello che in altri ambiti riveste il consenso o la dignità di autodeterminarsi, dando per presupposto,

<sup>2</sup> Basterebbe pensare a questioni come quella dell'interruzione della gravidanza, legata ad una normativa più risalente, ma al contempo maggiormente consolidata all'interno della giurisprudenza o a questioni recentemente normate, ma che ancora evidenziano lacune interpretative e applicative piuttosto evidenti, come nel caso della l. 219/2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, o, infine, a questioni ancora prive di una disciplina normativa che possa assicurare certezza normativa e tutela effettiva e mi riferisco ovviamente al tema del fine vita, al momento in cui si scrive, ancora pienamente *in itinere* rispetto ad una definitiva regolamentazione.

<sup>3</sup> Malgrado sia possibile rilevare una certa tendenza del legislatore ad incontrare difficoltà nell'adozione di soluzioni ponderate su temi eticamente sensibili. Un caso emblematico è quello ben noto del “suicidio assistito” nella vicenda “Cappato”, che ha visto la Corte costituzionale particolarmente “attiva” sul suo fronte, con una chiara sollecitazione ad intervenire (ordinanza, n. 207/2018), ma un legislatore totalmente inerte, quasi che su questi temi, oltre alla difficoltà di mediare politicamente sul profilo etico, ci sia una certa tendenza a lasciare in mano ai giudici la “responsabilità” di adottare soluzioni che inevitabilmente sono destinate ad incontrare critiche sul piano della morale, più che su quello giuridico.

almeno dal punto di vista astratto, l'esistenza di una condizione di parità *ex ante* anche per le coppie dello stesso sesso<sup>4</sup>.

È evidente che il periodo attuale abbia sdoganato l'assoluta elasticità dell'art. 32 Cost., dimostrando come tale disposizione sia stata capace di scardinare certezze in merito alla prevalenza e al bilanciamento rispetto ad altri diritti costituzionalmente previsti, con evidenti ricadute anche sulla lettura delle normative esistenti.

La *ratio* di tale approfondimento non va, però, ricercata nella volontà di forzare la portata del principio costituzionale, operazione non consentita, al momento, dai riscontri giurisprudenziali che si esamineranno, ma si colloca sul piano della necessità di un'ulteriore e più specifica riflessione che possa, quantomeno, sollecitare un dibattito e un eventuale intervento legislativo più aperto.

In sostanza, ovviamente a mo' di provocazione terminologica, è come se si potesse associare al riferimento alle dinamiche proprie del genitore biologico e di quello intenzionale, quello di salute biologica e intenzionale, quali *species* del *genus* di salute psicofisica, da qualificare come valore capace di aprire e, se del caso, estendere le ipotetiche tutele anche alle coppie omosessuali.

Da qui la "pretesa", ossia che i diritti vantati dalle coppie omosessuali in tema di procreazione medicalmente assistita e surrogazione della maternità possano contribuire e condurre, non solo ad una regolamentazione normativa efficace, ma anche e soprattutto ad una "normalizzazione culturale", tentando di ripermire i confini della più volte richiamata coscienza sociale (v. Corte cost. 230/2020), con l'effetto di rendere fisiologico e più fattivo il dibattito in corso.

## 2. Le tesi dottrinali sulla procreazione medicalmente assistita e sulla surrogazione di maternità per le coppie omosessuali e l'implicita considerazione del diritto alla salute

Andare alla ricerca di una teoria giuridicamente pura sulla PMA e sulla surrogazione è una pretesa di difficile realizzazione, soprattutto se si tiene in considerazione la circostanza che tale tema finisce per toccare da vicino i diritti fondamentali della persona, i quali connotano concretamente una determinata pratica. Ponendosi questi come valori fondamen-

<sup>4</sup> Si imporrebbe al giurista, infatti, il compito di mediare tra le diverse soluzioni al fine da dare soddisfazione ad una insopprimibile istanza di riequilibrio, conciliando la libertà di scelta con la protezione dei soggetti vulnerabili. Cfr. A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, in *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, a cura di M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI, Torino, Cirsde, 2019, p. 196.

tali, si pensi alla pari dignità sociale<sup>5</sup>, è inevitabile che ad apparire insoddisfacenti siano tutte quelle ricostruzioni che pretendessero partire dalla semplice regolazione normativa adottata dai vari Stati<sup>6</sup>, ricavando, di volta in volta, da essa il fondamento di legittimità di determinate pratiche riproduttive.

Il fine che in questo passaggio si intende perseguire è particolarmente definito, perché si vuole verificare in quale misura, tra le varie tesi proposte in dottrina sulla surrogazione e sulla PMA, il diritto alla salute venga utilizzato come argomento utile a fornire elementi in chiave di legittimità/illegittimità di queste pratiche. La prima impressione che si ricava è che il diritto alla salute resti, come si diceva prima, sullo sfondo, ossia per lo più implicito nella maggior parte delle ricostruzioni della dottrina e che esso emerga con riferimento ad alcuni specifici aspetti che connotano la surrogazione e la PMA da un punto di vista concreto.

Una prima tesi, diffusa in quegli ordinamenti nei quali già da tempo esiste una espressa disciplina legale sulla surrogazione di maternità, può essere definita “contrattualistica”. Essa, per ovvie ragioni, può essere riferita soltanto alla surrogazione, in quanto la donazione di gameti non si connota mai secondo un modello di tipo contrattuale tra donatore e donatario, restando talvolta l'identità dei due reciprocamente ignota<sup>7</sup>.

La surrogazione di maternità viene ritenuta il frutto di un vero e proprio accordo contrattuale tra i committenti e la gestante<sup>8</sup>, secondo il quale questa si impegna a condurre a termine la gestazione e i primi a pagare una somma determinata (che, a seconda delle ipotesi, potrà avere valore remunerativo o soltanto riparatorio delle spese)<sup>9</sup>. Per quanto in

<sup>5</sup> La pratica della surrogazione, secondo determinate posizioni, presenterebbe particolari problemi identificativi, i quali derivano non soltanto dalla particolare posizione che la donna, come colei che conduce la gestazione, può assumere nell'approcciarsi ad una pratica che di per sé potrebbe essere anche improntata a logiche commerciali e non altruistiche, ma dalle disparità di diverso ordine economico, sociale, culturale che incidono sulla soddisfazione di bisogni essenziali della persona, in breve, mettendo in dubbio la piena realizzazione della pari dignità sociale. Cfr. C. LUZZI, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità: antiche e nuove modalità di “esproprio” del corpo femminile*, in *Ragion pratica*, n. 2, 2019, p. 385; più ampiamente anche A. DI MARTINO, *Peniero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano-Udine, Mimesis, 2020.

<sup>6</sup> Uno degli aspetti più delicati riguarda proprio il fatto che manca una disciplina uniforme in materia di surrogazione a livello internazionale, da cui possano derivare conseguenze rilevanti non solo per le diverse ipotesi di responsabilità cui vanno incontro coloro che accedono a tale pratica, ma anche per i distinti esiti in termini di riconoscimento dello stato di figlio. Sul punto si veda K.T. SHAPPO, *La maternità surrogata nel 2020: evoluzione del quadro normativo e sfide rimanenti*, in *Genlus*, 2020, n. 2, pp. 66 ss.

<sup>7</sup> Questa considerazione, ad essere precisi, vale per il caso italiano, in quanto all'estero è frequente incontrare una disciplina che esclude l'anonimato del donatore. Cfr. P. PASSAGLIA (a cura di), *La fecondazione eterologa*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2011.

<sup>8</sup> Ritiene che, in virtù dei beni personalissimi in gioco, la surrogazione non possa essere ricondotta ad una prospettiva meramente negoziale B. SALONE, *Maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalistici*, in *Biolaw Journal*, 2016, n. 2, pp. 46 ss.

<sup>9</sup> È ben noto che in molti paesi economicamente arretrati la surrogazione venga talvolta considerata una vera e propria forma di sostentamento per molte donne che vivono in condizioni di indigenza. Cfr. I. RIVERA, *Le ragioni del pluralismo e della complessità. La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Osservatorio AIC*, 2021, n. 4, p. 17.

taluni contesti si tenda ad enfatizzare la “sacralità” della parola data in sede di stipula del contratto (così che la gestante non potrebbe avere nulla a che rivendicare circa i rapporti con il figlio una volta verificatosi il parto), non si può trascurare la circostanza che una eccessiva sopravvalutazione dell’elemento volontaristico rischia di incidere troppo sulla qualificazione e sulle dinamiche proprie della gestazione, comprimendo tutta una serie di diritti fondamentali della persona (in particolare della donna che accetta di condurre la gravidanza), i quali non si prestano ad una valutazione in chiave puramente contrattuale<sup>10</sup>. Alla luce di tale tesi sarebbero illegittime soltanto quelle forme di sfruttamento commerciale inconsapevole, restando le altre ipotesi “scriminate” dalla piena autodeterminazione della donna. È evidente, quindi, che in tale ambito il diritto alla salute emerga soprattutto sotto le vesti del consenso informato, dato che la effettiva consapevolezza, richiesta ai fini di un valido e lecito perfezionamento dell’accordo, può aversi soltanto nel caso in cui la donna sia stata adeguatamente e pienamente informata sui rischi della gestazione e del parto e sui vari trattamenti medici che essa comporta, ivi compreso il decorso postparto. Un rilievo che appare, tutto sommato, minimale e che non vale a superare le complesse obiezioni sotto il profilo della garanzia dei diritti fondamentali che sono state fin qui espresse.

In posizione diametralmente opposta si colloca una tesi che può essere definita come “gestazionale”. Si tratta di una tesi che ha un forte impianto ideologico e che parte da una valorizzazione del momento della gravidanza come esperienza attinente al corpo della donna. Proprio il ruolo preminente della donna nel processo riproduttivo e l’insostituibilità della sua funzione porta a concentrare l’attenzione sul modo del concepimento, rifiutando l’assimilazione della surrogazione di maternità ad una normale pratica di PMA<sup>11</sup>. Come conseguenza di ciò sarebbe possibile differenziare il trattamento di coppie omosessuali maschili e femminili che accedono a pratiche solo in apparenza similari<sup>12</sup>. Anche questa tesi adotta un approccio “duale” per PMA e surrogazione, con l’effetto secondo il quale la

<sup>10</sup> M. DOGLIOTTI, *I due padri tra ordinanza di rimessione e sezioni unite della Cassazione*, in *Genius*, 2019, n. 2, pp. 45 ss.

<sup>11</sup> Oltre alle autrici citate alla nota 1 si vedano E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L’arma spuntata (e mistificatrice) della legge nazionale*, e S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, rispettivamente a pp. 3 ss. e pp. 191 ss.

<sup>12</sup> Mentre, infatti, la coppia omosessuale maschile sarebbe sempre costretta a ricorrere alla surrogazione nel senso stretto del termine, la coppia omosessuale femminile potrebbe ricorrere a pratiche di PMA non assimilabili alla surrogazione, ove una delle due componenti la coppia si limitasse a donare i gameti e l’altra sostenere la gravidanza. Tale tesi aderisce, quindi, ad un orientamento della Corte di cassazione (sent. 8 maggio 2019, n. 12193) – oggetto di critiche tanto in dottrina quanto nella più recente giurisprudenza costituzionale (su tutte Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33) – secondo cui alla coppia omosessuale maschile sarebbe preclusa la trascrizione diretta di un provvedimento straniero che riconosce la filiazione per mezzo di surrogazione, restando praticabile esclusivamente la via dell’adozione in casi particolari. C. LUZZI, *Dall’aborto alla surrogazione di maternità*, cit., p. 383. Anche E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2021, n. 2, p. 153, conclude per la opportunità di differenziare il trattamento di coppie omosessuali maschili e femminili, stigmatizzando il ricorso a liti strategiche intentate sulla base di una neutralità antidiscriminatoria che, ad opinione dell’Autrice, non tiene conto del fatto naturale della nascita né della circostanza che non esistono diritti illimitati.

prima non è in sé illecita, rientrando nelle legittime scelte procreative della coppia (anche omosessuale, se femminile), mentre la seconda è sempre illecita, perché implica l'intervento di un soggetto terzo (la donna gestante), con potenziale lesione della sua dignità personale.

Trovando conforto anche in alcune pronunce del Giudice delle leggi<sup>13</sup>, tale tesi parte, quindi, dalla constatazione di una generalizzata lesività della surrogazione, la quale, svalutando l'esperienza della gravidanza<sup>14</sup>, porterebbe ad una nuova forma di compressione dell'autonomia femminile nelle scelte riproduttive e offenderebbe, in ogni caso, la dignità della donna.

La tesi in esame, per quanto apprezzabile nella profondità di argomenti e nel fine “protettivo” perseguito, non sembrerebbe sottrarsi ad alcuni rilievi di ordine generale sulle implicazioni che determina.

In primo luogo, la preminenza assegnata, da un punto di vista sia giuridico sia etico, al parto, come esperienza esclusiva della donna, sembra muovere nella direzione di una posizione che valorizza un dato biologico incontestabile. Tuttavia, per quanto il contributo biologico nella filiazione da parte del padre e della madre non sia fungibile (e nemmeno equivalente), il rischio è quello di una tesi “biologicamente parziale o comunque incompleta”, per cui una donna (mediante donatore) potrebbe sempre procreare, mentre un uomo non potrebbe mai farlo, riducendo la filiazione ad un fenomeno esclusivamente femminile, tra l'altro a prescindere da qualsiasi valutazione sulla salute intesa come benessere psico-fisico della coppia.

In secondo luogo, le considerazioni radicalmente critiche su tale pratica sembrano essere modellate attorno ad una ben determinata forma di surrogazione, quella per fini commerciali, rispetto alla quale maggiormente si possono concentrare fenomeni di sfruttamento delle posizioni di fragilità (economica e non), ma non altrettanto sembra si possa affermare in relazione alla surrogazione dettata da fini puramente altruistici, dove il fine speculativo (e quindi lo sfruttamento) non viene in gioco, analogamente a quanto avviene nel caso della donazione di organi o tessuti<sup>15</sup>. Ciò, tra l'altro, si riflette sull'aspetto dell'autodeterminazione della donna e del consenso ad una determinata pratica, per cui appare, forse, eccessivamente rigido un divieto *a priori* che non tenga conto della possibilità

<sup>13</sup> Sin dalla sentenza Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, il Giudice delle leggi aveva incidentalmente affermato che «la maternità surrogata [...] offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», ragion per cui l'ordinamento vi riconnette una generalizzato disvalore (oltre ad un espresso divieto penalmente sanzionato).

<sup>14</sup> L'equiparazione della surrogazione ad altre tecniche di PMA riduce il fenomeno riproduttivo alla mera fornitura di patrimonio genetico, svalutando la funzione del corpo femminile nella gestazione intesa anche come esperienza. C. LUZZI, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità*, cit., p. 381.

<sup>15</sup> Sono ben noti alla dottrina giuridica casi concreti nei quali l'elemento altruistico è sottolineato con una consapevole e chiara presa di posizione della donna disposta alla surrogazione, ad esempio, nell'ipotesi di rapporti di amicizia o addirittura familiari. Cfr. S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 136.

che un consenso possa validamente formarsi, per fini non speculativi, quando siano stati forniti tutti gli elementi essenziali a rendere i soggetti interessati pienamente consapevoli della propria scelta, del suo significato etico e dei rischi per la salute cui possono andare incontro.

Più sfumata sembra essere la posizione di una terza tesi, definibile come “relazionale”, perché fonda il rapporto di filiazione non tanto sull’elemento corporeo delle modalità attraverso le quali si viene al mondo<sup>16</sup>, quanto piuttosto sulla partecipazione ad un progetto procreativo non distinguibile, dal punto di vista dei valori, a seconda che si tratti di coppie maschili o femminili<sup>17</sup>. Essendo comune l’elemento relazionale non vi sarebbe possibilità di distinguere il trattamento della PMA da quello della surrogazione, per cui avrebbero pieno accesso a tali pratiche procreative tanto le coppie eterosessuali quanto quelle omosessuali e, tra queste, tanto quelle femminili quanto quelle maschili.

Per tale ragione, a partire dal concetto di dignità della persona (e della donna in particolare), la surrogazione, riferita a concrete esperienze di vita e non in astratto, non dovrebbe essere ridotta al semplice aspetto dispositivo del proprio corpo, ma coinvolgerebbe tutta una serie di aspetti etici, morali e relazionali della donna. Nel momento in cui la coppia decide di ricorrere alla surrogazione di maternità o alla PMA verrebbe ad aprirsi un “percorso” che riguarda i genitori intenzionali e, nel primo caso, può coinvolgere la gestante, il quale non implica la mera applicazione di una pratica medica, ma l’instaurazione di «relazioni che investono l’assunzione di una responsabilità verso il nascituro e possono proiettarsi anche al di là della gravidanza e della nascita»<sup>18</sup>. La tutela della donna, quale origine della vita, andrebbe quindi “messa a sistema” con tutta una serie di valori ulteriori che vanno dalla tutela del nascituro al rispetto del progetto di vita familiare dei genitori intenzionali.

Per quanto le soluzioni proposte da tale tesi appaiano più trasversali andrebbe sempre vagliato il modo in cui, in concreto, i giudici operino l’adeguato bilanciamento tra le esigenze di tutela della donna e il rispetto delle scelte familiari della coppia, al fine di evitare che da un inammissibile automatismo di stampo negativo possa giungersi ad un altrettanto critico automatismo estensivo, anche in deroga a divieti, almeno al momento, vigenti (in particolare l’espresso dettato dell’art. 12 della l. n. 40/2004)<sup>19</sup>.

È interessante osservare come tale tesi offra spunti ulteriori di riflessione in merito al rilievo della tutela della salute psicofisica della coppia nella generale ponderazione degli

<sup>16</sup> Non sono mancati casi – piuttosto rari – in cui i giudici abbiano ritenuto di attribuire rilevanza alla scelta procreativa in ragione del fatto che il divieto vigente in Italia è frutto di una specifica scelta del legislatore, ma non si estende alle ipotesi in cui la pratica sia ammessa in altri ordinamenti, per cui il risultato della stessa (la nascita di un figlio) non implica un automatico contrasto con l’ordine pubblico. Si veda A. SCHILLACI, *Padri, comunque: da Milano ulteriori conferme in tema di omogenitorialità maschile*, in *articolo29*, 15 novembre 2018.

<sup>17</sup> Per tale tesi si veda in particolare A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità*, cit., pp. 186 ss.

<sup>18</sup> Ancora A. SCHILLACI, *loc. ult. cit.*, pp. 189 ss.

<sup>19</sup> Sulla necessità di evitare automatismi valutativi (essenzialmente in negativo) cfr. A. SCHILLACI, *loc. ult. cit.*, p. 182.



interessi in gioco. La valorizzazione del progetto di vita familiare implicherebbe, infatti, l'emersione del profilo in questione non solo per l'aspetto strettamente fisico, ma anche per quello più generale di benessere «coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza»<sup>20</sup>, ai quali è ragionevole ricondurre le proprie scelte di vita familiare e procreativa.

La tesi maggiormente praticabile potrebbe quindi essere quella più sfumata, che tende a sottolineare la problematicità nella individuazione di un punto di equilibrio tra gli interessi in gioco e i beni costituzionalmente protetti, cui conseguirebbe la necessità di un intervento generale in grado di appianare possibili vuoti di tutela. Si tratta di una tesi sulla quale pare attestarsi la più recente giurisprudenza costituzionale e che è ripresa attentamente in dottrina<sup>21</sup>.

Occorre evidenziare sin da subito, infatti, una sostanziale insufficienza della legislazione vigente a garantire adeguatamente una serie di interessi che riguardano sia le coppie sia i nati da pratiche di surrogazione e PMA. Di fronte a tali carenze normative è posto in capo ai giudici, come anticipato in premessa, il compito di offrire tutela nel singolo caso, ma gli interventi giurisdizionali dovrebbero sempre essere mossi da un principio non discriminatorio<sup>22</sup>.

Di ciò è perfettamente conscia la Corte costituzionale che, da ultimo con la sentenza n. 33 del 2021, ha sottolineato la necessità di un intervento del legislatore che individui, con una valutazione di carattere generale, gli strumenti più adeguati a tutelare gli interessi (in particolare dei minori) che possono maturare a livello familiare e relazionale dall'accesso a pratiche per le quali tutt'ora è vigente un espresso divieto a livello legislativo.

Tale esigenza di intervento, d'altra parte, si porrebbe tanto per le coppie maschili quanto per quelle femminili, perché in entrambe le ipotesi parrebbero difettare quegli strumenti necessari ad una più adeguata tutela dell'interesse del minore. Certo è che sarebbe inefficace una ponderazione rimessa alla valutazione del giudice del singolo caso, rilevandosi una sorta di “priorità” a favore dell'intervento legislativo<sup>23</sup>, visto che, in mancanza di soluzioni predeterminate, al legislatore, chiamato, però, ad uscire da questa inerzia di fondo

<sup>20</sup> A partire dalla nota sentenza resa nel caso *Englaro*, Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

<sup>21</sup> E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in *Diritti fondamentali*, 2021, n. 1, pp. 377 ss.

<sup>22</sup> Si pensi, ad esempio, alla dissonanza rilevabile nella giurisprudenza della Suprema Corte tra le soluzioni offerte nei casi di trascrizione di atti o provvedimenti stranieri a seconda che la coppia fosse femminile o maschile, fornendo soluzione positiva nel primo caso (Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599) e negativa nel secondo (Cass. civ., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193). Non sono mancati casi risolti in senso negativo anche in relazione a coppie femminili (Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029), ma in tali ipotesi l'argomento utilizzato riguardava la distinta disciplina applicabile a seconda che si trattasse di riconoscere un atto già perfettamente formato all'estero o produrre una dichiarazione direttamente secondo il diritto nazionale.

<sup>23</sup> A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta Online*, 2021, n. 1, p. 222.

su questi temi, dovrebbe essere lasciata la possibilità di definire tali strumenti secondo la propria discrezionalità che, come si specificherà, appare comunque vincolata al rispetto dei “criteri” ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale.

### 3. Corti nazionali e sovranazionali tra tutela dell’interesse del minore e discriminazioni in ambito procreativo determinate dall’orientamento sessuale

La sintetica rassegna di alcune delle principali tesi su surrogazione e PMA resterebbe priva di concreto rilievo se non si guardasse al modo in cui le problematiche, accennate su un piano soltanto teorico, abbiano trovato riscontro nella decisione dei casi pratici.

Occorre in primo luogo rilevare che i giudici, anche quello costituzionale, spesso si sono trovati di fronte alla necessità di offrire tutela in un panorama frammentato, legato alle peculiarità della singola vicenda, secondo un approccio essenzialmente casistico<sup>24</sup>.

Il tema del ricorso alle pratiche di PMA e di surrogazione di maternità da parte di coppie omosessuali ha avuto larga trattazione negli ultimi anni, sia nella giurisprudenza costituzionale sia in quella di legittimità<sup>25</sup>.

A partire dalla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221, sulla quale si tornerà a breve perché fornisce interessanti spunti di riflessione nella prospettiva che si intende sostenere, è possibile ravvisare una certa costante tendenza nella giurisprudenza costituzionale in tema di accesso alla PMA e alla surrogazione da parte di coppie omosessuali.

A livello generale, la Corte conferma la tesi per cui le pratiche di PMA debbano essere intese come trattamenti medici diretti a rimuovere cause “patologiche” di infertilità e non come strumenti deputati a realizzare un generalizzato desiderio di genitorialità in coppie “biologicamente” non fertili. Ciò legittima la riserva nell’accesso a suddette pratiche esclusivamente a quelle coppie che rispecchierebbero una composizione familiare di tipo

<sup>24</sup> Cfr. I. RIVERA, *Le ragioni del pluralismo e della complessità*, cit., p. 13. Proprio le peculiarità delle singole vicende hanno contribuito a mettere in evidenza le carenze su un piano generale della disciplina vigente, non adeguata a garantire un effettivo contemperamento tra la permanenza del divieto di determinate pratiche procreative e gli interessi dei soggetti frutto delle stesse. Si pensi, ad esempio, alla sentenza Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, in cui l’insufficienza della disciplina in tema di adozione in casi particolari è rilevata per quelle situazioni in cui l’accesso a tale strumento è precluso, per i nati a seguito di ricorso a PMA da parte di coppia omosessuale femminile, dalla crisi della coppia che ha condotto all’incrinarsi dei rapporti tra le “due madri”, con rifiuto del consenso all’adozione da parte della madre biologica nei confronti di quella intenzionale.

<sup>25</sup> Per un quadro di sintesi sulla più recente giurisprudenza costituzionale in tema di PMA si veda anche M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un’interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, n. 1, pp. 160 ss.

“tradizionale”, rientrando nella discrezionalità del legislatore la scelta di stabilire limiti di accesso a tale pratica nell’ambito della ragionevolezza.

In secondo luogo, nella giurisprudenza successiva al 2019 (ma l’orientamento era ben chiaro già dalla sentenza n. 272 del 2017), la Corte ribadisce con fermezza l’esistenza di un espresso divieto legislativo di surrogazione<sup>26</sup>, non superabile mediante intervento manipolativo. Tale profilo va ad affiancarsi a quello più generale della PMA perché la surrogazione rappresenta, in determinate ipotesi, l’unico strumento che consente, su un piano concreto, la rimozione di differenze tra coppie omosessuali maschili e femminili nell’accesso alla genitorialità.

Dopo il 2019, inoltre, la giurisprudenza appare focalizzata più sull’aspetto della tutela del minore, quale soggetto non coinvolto in scelte procreative dagli effetti potenzialmente discriminatori, che sulla valorizzazione della scelta procreativa della coppia, con l’effetto per il quale un argomento piuttosto rilevante nel ragionamento della Corte (che ha condotto, comunque, a sole decisioni di inammissibilità)<sup>27</sup> è stato quello relativo alla necessità di contemperare i divieti sopra citati con il *best interest* del minore<sup>28</sup>.

Tale contemperamento, si è detto, non è stato ritenuto praticabile attraverso un intervento manipolativo della Corte, per cui, pur a fronte di una inadeguatezza del sistema normativo vigente più o meno marcata, il Giudice delle leggi ha preferito rimettere al legislatore la definizione dell’adeguato punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco e la determinazione della migliore soluzione normativa che lo rispecchiasse<sup>29</sup>, per quanto possano residuare dubbi sulla tempestività di un intervento legislativo al riguardo<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> È stato rilevato come la giurisprudenza costituzionale sembri indugiare anche su una nozione etica del divieto di surrogazione, fondato essenzialmente sulla tutela della dignità della donna, che forse non consente di cogliere tutti gli aspetti della realtà fattuale (anche nella sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021). Cfr. I. RIVERA, *Le ragioni del pluralismo e della complessità*, cit., p. 10; E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture ‘neutralizzanti’ il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, cit., p. 392.

<sup>27</sup> Si veda anche la sentenza Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230.

<sup>28</sup> Sottolinea il rischio di strumentalizzazione dei diritti del minore dietro lo schermo della tutela della dignità della donna G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021, n. 2, p. 120.

<sup>29</sup> Un’adeguata soluzione, rispetto al bilanciamento che il legislatore potrà porre in essere, forse può attingere ai criteri elaborati dalla Corte EDU nella sua giurisprudenza, a partire dai casi Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, e Corte EDU, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, secondo le quali gli interessi dei soggetti deboli (in questo caso i figli) devono essere sempre tenuti al riparo dai possibili effetti giuridici derivanti da un divieto stabilito normativamente dallo Stato. Su tali decisioni si vedano, tra gli altri, le osservazioni di C. DANISI, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all’identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all’estero? L’arte del compromesso a Strasburgo*, in *articolo29*, 15 luglio 2014. Ma è soprattutto con il Parere 10 aprile 2019 che la Corte EDU ha ribadito che gli Stati non sono obbligati a riconoscere automaticamente gli effetti dell’atto di nascita formato all’estero di bambino nato da surrogazione e che al riguardo anche l’istituto dell’adozione potrebbe essere sufficiente a garantire i diritti del minore, tuttavia deve sempre essere assicurata una procedura tempestiva ed efficace (che è dubbio si configuri nella adozione in casi particolari). Sul punto, M. GATTUSO, *Certezza e tempi “breves que possible” per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019*, in *articolo29*, 6 maggio 2019.

<sup>30</sup> In questo modo si vuole preservare la discrezionalità del Parlamento nell’individuazione di una soluzione che, lungi dall’essere costituzionalmente obbligata, coinvolge comunque interessi diversi (cfr. P. ZICCHITTO, *Cosa resta della discrezionalità legislativa? A proposito di due recenti pronunce della Corte costituzionale in tema di maternità surrogata*, in

L'orientamento maturato di recente dalla Corte costituzionale affonda le proprie radici nel "diritto vivente" elaborato dalla Corte di cassazione e che ha trovato una sua concreta definizione nella già citata sentenza n. 12193 del 2019<sup>31</sup>. Tale decisione, che funge da ponte rispetto alla più recente sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2021, visto che il Giudice delle leggi era chiamato a pronunciarsi proprio sul "diritto vivente" ormai radicato dinanzi alla Suprema Corte, aveva in sostanza escluso che un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale si riconosceva lo stato di figlio nato da surrogazione di maternità, potesse essere immediatamente riconosciuto e dichiarato esecutivo in Italia, in quanto contrastante con l'ordine pubblico<sup>32</sup>, con la conseguenza per cui al genitore intenzionale rimaneva soltanto la possibilità di accedere all'adozione non legittimante di cui all'art. 44, comma 1, lett. d, della legge n. 184/1983<sup>33</sup>.

Le più recenti decisioni del Giudice costituzionale si concentrano, pertanto, sulla incidenza concreta della surrogazione, della tutela dei diritti dei minori e, per quanto più interessa, implicitamente sulla potenziale discriminazione che può derivare dal divieto di surrogazione tra coppie omosessuali maschili e femminili.

La precedente sentenza della Corte costituzionale n. 221 del 2019, ripresa dalla sentenza n. 230 del 2020, tocca, invece, un ambito più ampio e parzialmente distinto, quello inerente alla possibilità per la coppia omosessuale femminile di accedere a pratiche di PMA che si scontra con un ulteriore divieto altrettanto radicato, quello che limita alle sole coppie eterosessuali l'accesso alla PMA.

La differenza tra le due pratiche è, d'altra parte, sottolineata dalla stessa Corte al par. 8 del considerato in diritto della prima delle due sentenze citate, rilevando che, pur a fronte di un'eventuale soluzione di accoglimento (che non c'è stata), la posizione delle coppie maschili dovesse risultare diversa da quella delle coppie femminili. La legittimità del divieto di surrogazione, però, non era posto in discussione nelle due decisioni appena richiamate. Gli aspetti comuni alle due decisioni risiedono in una concezione puramente "terapeutica" della PMA e sulla sua utilizzabilità come *extrema ratio* per ovviare alle condizioni di in-

---

*Passaggi Costituzionali*, 2021, n. 1, pp. 200 ss.). Tuttavia, è stata avanzata più di una perplessità sulla effettiva capacità del Parlamento di adottare, in tempi rapidi, soluzioni adeguate quando chiamato in causa su temi eticamente delicati. Cfr. I. RIVERA, *Le ragioni del pluralismo e della complessità*, cit., p. 20; E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, cit., p. 374.

<sup>31</sup> Sulla decisione, si vedano R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o "best interest of the child"?*, in *Federalismi*, 2020, n. 22, pp. 278 ss.; D. MAZZAMUTO, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della "genitorialità sociale"*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, n. 2, pp. 393 ss.

<sup>32</sup> Critica la nozione di ordine pubblico seguita dalla Corte di cassazione S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, cit., pp. 202 ss., in quanto secondo l'Autrice sarebbe opportuno distinguere tra "ordine pubblico discrezionale" e "ordine pubblico costituzionale". Il primo comprenderebbe un insieme di regole, anche inderogabili, che sono espressione di interessi protetti nella tradizione giuridica di un determinato Stato; il secondo, invece, si porrebbe ad un rango superiore rispetto al primo, perché comprensivo dei diritti fondamentali della persona, riflesso di valori supremi che trovano recepimento nelle Carte costituzionali e sovranazionali.

<sup>33</sup> Criticamente su tale orientamento E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, cit., p. 378.

fertilità “patologica” assoluta della coppia. Proprio la sua finalizzazione terapeutica (e non sociale) si accompagna al necessario requisito della eterosessualità della coppia (oltre ai limiti di età fissati per legge) come condizioni per accedere alla PMA.

Ciò, secondo la Corte, non implica di per sé un giudizio negativo sulla famiglia omoafettiva come formazione sociale idonea a consentire la crescita e la cura di figli, tuttavia, il diritto alla genitorialità non è inteso in senso assoluto<sup>34</sup>, bensì deve essere bilanciato in ogni caso con altri interessi costituzionalmente rilevati e tale bilanciamento non può che essere affidato al legislatore. Non sarebbe, quindi, irragionevole la scelta che quest’ultimo ha compiuto nell’identificare quale modello tipico per l’accesso a detta pratica terapeutica quello della coppia eterosessuale e giovane.

Un profilo critico che, forse, avrebbe richiesto maggior approfondimento nella sentenza n. 221 del 2019, ma sul quale, probabilmente, la Corte ha avuto modo di “recuperare terreno” nelle successive decisioni, è quello che riguarda la circostanza fattuale per cui una coppia potrebbe facilmente eludere il divieto vigente in Italia recandosi in uno Stato in cui tale pratica è ammessa anche per coppie dello stesso sesso.

La riduzione di tale circostanza a puro elemento fattuale, irrilevante per la tenuta del divieto legislativo interno, rischia però di determinare, quale effetto concreto, l’instaurarsi di fenomeni di turismo procreativo, i cui effetti distorsivi sull’ordinamento si ripercuotono sul piano del riconoscimento dello stato di figlio e della formalizzazione dei rapporti familiari sostanziali, così come evidenziato dalle più recenti decisioni che sottolineano l’inadeguatezza dell’adozione in casi particolari come valido strumento di tutela dei diritti del figlio, auspicando un intervento del legislatore.

Tale aspetto, come accennato, sembra essere oggetto di più attenta considerazione nelle successive decisioni della Corte, sia nella sentenza n. 230 del 2020 sia nella sentenza n. 32 del 2021. Entrambe le decisioni, infatti, si differenziano da quella del 2019 perché evidenziano come il divieto di PMA per coppie dello stesso sesso non sia l’unica soluzione praticabile a livello costituzionale, per cui il legislatore potrebbe pensare a forme nuove di disciplina che siano in grado di meglio tutelare gli interessi del figlio e del genitore intenzionale, proprio in quelle circostanze in cui la nascita – quale mero fatto – sia derivata dall’accesso a pratiche consentite all’estero ma vietate in Italia.

La sentenza n. 32 del 2021, poi, aggiunge anche un ulteriore tassello, perché funge da “racordo” con la successiva decisione relativa alla surrogazione, dimostrando che, in realtà, PMA e surrogazione di maternità, pur nel diverso coinvolgimento di terzi soggetti, danno luogo a problematiche sostanzialmente omogenee per le coppie omosessuali, rispetto alle quali gli strumenti vigenti (adozione in casi particolari) non sarebbero adeguatamente soddisfattivi dei diritti in gioco. Anche la coppia omosessuale femminile, quindi, potrebbe

<sup>34</sup> Con ciò la Corte parrebbe orientarsi nel senso che la Costituzione non preveda l’esplicito riconoscimento di un diritto a procreare, ma allo stesso tempo l’ampiezza del dettato costituzionale non preclude a possibili soluzioni in chiave espansiva da parte del legislatore. Cfr. I. RIVERA, *Le ragioni del pluralismo e della complessità*, cit., p. 15.

trovarsi di fronte ai medesimi problemi di riconoscimento del figlio che la coppia maschile incontra secondo il diritto vivente della Cassazione, ragione per la quale la Corte indica al legislatore la via, suggerendo una riforma della disciplina del riconoscimento del figlio o l'introduzione di una ipotesi di adozione con effetti pienamente legittimanti.

In questo modo il cerchio sembra chiudersi tra la PMA e la surrogazione, giacché nella più recente giurisprudenza (le due sentenze nn. 32 e 33 del 2021 si potrebbero definire quasi “gemelle”) le due pratiche sono ricondotte a problematiche omogenee e a soluzioni sovrapponibili, dove emerge con tutta evidenza l'interesse preminente del figlio che deve essere tenuto in adeguato conto nel bilanciamento con i due divieti di cui si è detto.

#### 4. Residualità del diritto alla salute come possibile parametro di legittimità del divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla surrogazione per le coppie omosessuali nella più recente giurisprudenza costituzionale e sovranazionale

Un aspetto che, però, sembra restare sullo sfondo nelle decisioni più recenti e che ha avuto forse un'attenzione, residuale, nella sola sentenza n. 221 del 2019 è quello inerente alla possibile incidenza sulla salute psicofisica della coppia omosessuale, che vedrebbe ridotta la propria aspirazione alla genitorialità proprio dai vigenti limiti per PMA e surrogazione. Dopo il 2019, infatti, il riferimento all'art. 32 Cost. scompare dai possibili parametri alla luce dei quali valutare la legittimità delle disposizioni impugnate e le questioni vengono incentrate sotto il profilo assorbente del superiore interesse del minore, ancorandosi alla giurisprudenza della Corte EDU che nelle sentenze *Mennesson* e *Labassee* del 2014, nonché nel parere consultivo del 10 aprile 2019, sembra seguire un'impostazione di questo tipo<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Nelle sentenze dalla Corte di Strasburgo, infatti, il profilo del diritto alla salute sembra restare, appunto, sullo sfondo. Talvolta emerge tra le righe della motivazione in connessione con la necessità di tutelare l'interesse del minore, il quale trova sviluppo anche nella necessità di non adottare provvedimenti che siano in grado di compromettere appunto la salute e lo sviluppo (come potrebbe avvenire in alcune ipotesi di interruzione dei rapporti affettivi con i genitori “intenzionali” che abbiano fatto ricorso a pratiche non consentite). Cfr. Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*; Corte EDU, G.C., 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia* (tale seconda decisione ha, come noto, riformato la prima che aveva sanzionato la decisione dei giudici italiani di disporre l'allontanamento del minore nato da surrogazione di maternità dai genitori intenzionali, ritenendo che la decisione sull'allontanamento non costituisce un'interferenza illegittima dello Stato nella vita privata e familiare), per maggiori indicazioni cfr. C. HONORATI, *La Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, n. 3. Sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia si vedano B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione “sorrette” da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 1, pp. 1 ss.; A. MARGARIA, *Padri ai tempi della PMA e GPA: uno sguardo sulla giurisprudenza CEDU*, in *Genlus*, 2020, n. 1, pp. 93 ss.

Occorre, quindi, interrogarsi se emergano margini per una diversa valutazione dell’art. 32 Cost., magari attraverso una diversa motivazione delle questioni, per “riequilibrare” i diritti procreativi delle coppie omosessuali rispetto alle coppie eterosessuali, nonché tra coppie omosessuali dei due sessi.

Prima di affrontare il merito della questione è, però, opportuno analizzare il modo in cui la Corte costituzionale ha argomentato la sentenza n. 221 del 2019 sotto il profilo dell’art. 32 Cost.<sup>36</sup>.

Le due ordinanze di rimessione, che la Corte riunisce in un’unica decisione, prospettano la violazione del diritto alla salute di cui all’art. 32 Cost. in modo diverso. La prima, che è quella che più interessa in quanto maggiormente generale e trasversale, ritiene che il divieto di accesso alla PMA per le coppie dello stesso sesso, incidendo sulla possibilità di formare una famiglia assieme al partner e ai propri figli, comporti una compromissione della salute psicofisica della coppia. La seconda, invece, appare calibrata sugli aspetti peculiari della vicenda concreta in quanto la coppia sarebbe composta da due donne delle quali, una fertile, ma impossibilitata per ragioni fisiche a condurre una gravidanza, la seconda non fertile, ma idonea fisicamente alla gravidanza. In questo caso il rimettente ritiene che il divieto in esame sarebbe lesivo del diritto alla salute delle due donne in quanto non permetterebbe di rimediare alle difficoltà riproduttive di entrambe tramite il recupero delle potenzialità riproduttive residue e complementari delle due.

In entrambi i casi la Corte ritiene che le censure siano prive di fondamento, nel primo caso perché la tutela del diritto alla salute non potrebbe estendersi fino a coprire qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno della coppia, quale può essere l’aspirazione alla genitorialità, d’altra parte, diversamente argomentando, dovrebbe venire a cadere qualunque requisito (ad esempio di età) che possa frapporsi in modo condizionale alla realizzazione di tale desiderio.

Nel secondo caso, invece, la Corte rileva la sostanziale illogicità cui condurrebbe l’eventuale accoglimento della questione. Infatti, se anche è vero che la PMA ha la funzione di rimuovere situazioni accertate di infertilità della coppia, ciò non toglie che essa, sulla base del contesto normativo, deve essere riservata alle coppie eterosessuali per ripristinare la naturale funzionalità riproduttiva e non estesa a una coppia che, fisiologicamente, è composta da soggetti non compatibili dal punto di vista biologico-riproduttivo. Inoltre, andrebbe rilevata l’irrazionalità della possibile conseguenza di un accoglimento per cui avrebbero possibilità di accesso alla PMA soltanto le coppie omosessuali femminili affette

<sup>36</sup> Sullo specifico aspetto del diritto alla salute nella sentenza n. 221 del 2019 si vedano F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa “per infertilità sociale” al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in *Diritti fondamentali*, 2019, n. 2, pp. 581 ss.; M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, in *Diritti fondamentali*, 2012, n. 2, 804 ss.; N. VINAI, *Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 ed i suoi echi di sistema*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 6, pp. 282 ss.

da problemi di fertilità a livello individuale e non anche quelle che non presentano le medesime problematiche.

Se quest'ultimo argomento appare condivisibile, qualche dubbio sorge con riferimento al primo e al rigetto *tout court* della salute psicofisica come possibile parametro di legittimità dei divieti in esame. Basti pensare che oggi si tende sempre più a distaccarsi dalla dicotomia tra filiazione biologica e filiazione adottiva, per muovere verso nuove concezioni della filiazione, basate sull'identità personale, sulla relazione e sul benessere<sup>37</sup>, per cui, per anticipare una minima conclusione, andrebbero tenute in considerazione anche le ricadute sulla salute psicofisica che la scelta procreativa può avere sul genitore intenzionale e nel rapporto tra quest'ultimo e il genitore biologico<sup>38</sup>.

## 5. La valorizzazione della salute psicofisica come ulteriore parametro di riflessione

Come sin qui evidenziato, e in particolare nella appena ricordata sentenza n. 221/2019, la Corte ha espressamente escluso che la nozione di salute psicofisica, *rectius* di benessere, possa essere identificata quale declinazione del principio di tutela della salute, capace di scardinare il divieto normativo di accesso alla PMA e alla surrogazione per le coppie omosessuali. Come ricordato, la Consulta ritiene che ciò non sia possibile per evitare di imporre che qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia valuta come essenziale, sia confuso con un "capriccio" capace di superare, attraverso il parametro evocato, ogni ostacolo normativo che impedisce la sua realizzazione.

Rispetto a questo approdo argomentativo, permangono, però, una consolidata costruzione teorica e, in diversi ambiti, anche un importante percorso giurisprudenziale che affermano la piena sussistenza e la corretta valenza della tutela della salute secondo una prospettiva di tutela del benessere psico-fisico delle persone coinvolte.

Il problema è comprendere quanto questa prospettiva possa indurre ad una nuova riflessione che possa ispirare e spingere, quanto meno il legislatore, a riconsiderare le fattispecie richiamate nel presente lavoro, secondo una differente chiave di lettura.

<sup>37</sup> S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, cit., p. 215.

<sup>38</sup> Si pensi, ad esempio, alla difficoltà della scelta del donante nel caso di coppia omosessuale maschile che acceda alla surrogazione all'estero e all'impatto sulla salute psicofisica del genitore intenzionale di una disciplina normativa che non consenta una piena instaurazione del rapporto di genitorialità con il figlio. Cfr. S. AGOSTA, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 17, p. 9. Analoghe considerazioni emergono anche dalla lettura di provvedimenti giurisdizionali stranieri che sottolineano la tutela della salute psico-fisica del genitore intenzionale non in grado di contribuire con i propri gameti alla procreazione. Cfr. S. PENASA, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, cit., p. 95.



Per questo motivo è opportuno partire da alcuni punti certi che possano giustificare a volgere l'attenzione verso quella che ho chiamato “normalizzazione culturale” delle prerogative delle coppie dello stesso sesso sul profilo in questione.

Dal punto di vista teorico, non sembrano esserci dubbi a considerare il diritto alla salute psico-fisica quale corollario diretto del principio costituzionale generale della tutela della salute. Si tratta del noto diritto soggettivo all'integrità che comporta un dovere di astensione in capo allo Stato, gravato “dall'obbligo di mantenimento” di questo diritto, al fine di non pregiudicare o limitare la portata del valore richiamato<sup>39</sup>. Sempre in generale sussiste, come noto, una connessione tra corpo e mente che fonda l'inscindibile legame tra salute fisica e psichica e che impone all'ordinamento la tutela degli interessi coinvolti e la liceità degli atti di disposizione del corpo posti in essere in virtù di tale stretto collegamento<sup>40</sup>.

Rispetto alla visuale teorica, sul piano pratico, si registra poi una consolidata nozione di salute psico-fisica anche nella giurisprudenza costituzionale e in quella di legittimità<sup>41</sup>.

Ad esempio, con la sentenza n. 161/1985, la Corte ha affermato che gli atti di disposizione del corpo, se rivolti alla tutela della salute, anche nella sua dimensione psichica, devono essere ritenuti legittimi<sup>42</sup> mentre la Cassazione, come sopra ricordato, ha chiarito che la salute non può essere identificata solo come assenza di malattia, ma deve essere intesa come «stato di completo benessere fisico e psichico»<sup>43</sup>.

Rispetto a questo quadro, comunque noto e generale in merito alla identificazione della nozione di salute psico-fisica, risulta evidentemente più complessa, stante il divieto normativo e la netta obiezione avanzata dalla Corte costituzionale<sup>44</sup>, la possibilità di trasporre il valore della salute così inteso con riguardo ai diritti esercitabili dalle coppie omosessuali nella PMA e nella surrogazione.

Tuttavia, sembrano emergere alcuni rilevanti appigli argomentativi che possono quanto meno stimolare una possibile riflessione sul punto. Quest'ultima si alimenta soprattutto rispetto all'emersione di casi concreti che impongono al giudice di risolvere l'istanza di

<sup>39</sup> Sul punto M. LUCIANI, *Salute (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 5 ss. Sempre sul piano dell'inquadramento generale, a mero titolo esemplificativo, L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *L'Amministrazione sanitaria*, a cura di R. ALESSI, Vicenza, Neri Pozza, 1967, p. 1114 ss.; B. PEZZINI, *Art. 32 Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, n. 1, 1983, 21 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, *id.*, n. 1, 1984, p. 21 ss.; G. ALPA, *Salute (Diritto alla)*, in *Nov. Dig. it.*, Appendice, VI, Torino, 1986, p. 913 ss.

<sup>40</sup> V. R. ROMBOLI, *Art. 5. La libertà di disporre del proprio corpo*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1988, p. 225, spec. p. 238 ss.

<sup>41</sup> Si veda la ricostruzione offerta da C. TRIPODINA, *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. Bartole – R. Bin, Padova, CEDAM, 2008, p. 321, spec. p. 322 ss.

<sup>42</sup> Sempre sulla nozione di salute psico-fisica e sulla sua tutela v. anche Corte cost. nn. 184/1986 e 372/1994.

<sup>43</sup> Ci si riferisce alla già menzionata Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

<sup>44</sup> Anche considerando le argomentazioni addotte al fine di giustificare la differenza di trattamento per la coppia eterosessuale di cui alla sentenza della Corte costituzionale 162/2014 e richiamando, sul punto, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (in particolare Corte EDU, 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*)

tutela, non solo coinvolgendo la Corte, ma anche evidenziando i vuoti di protezione, sollecitando di fatto il dibattito a livello di intervento legislativo.

A questo proposito, ad esempio, la Cassazione ha da tempo riconosciuto la piena idoneità delle coppie omosessuali ad accogliere, crescere ed educare i figli, senza tra l'altro distinguere per forza tra coppie maschili e femminili, anche se in talune circostanze adottando provvedimenti di maggiore apertura a favore di queste ultime. Emergerebbe, in tal senso, la dinamica della salute psico-fisica nella dimensione della sostenibilità del progetto familiare che riconoscerebbe la genuinità dell'aspirazione genitoriale e garantirebbe gli interessi dei figli<sup>45</sup>.

Sul punto è opportuno ricordare come la giurisprudenza della Corte costituzionale, nell'escludere il diritto alla genitorialità come diritto assoluto, segnali la necessità di valutare limiti e il connesso bilanciamento con altri interessi costituzionalmente individuali.

Tuttavia, anche in questo caso, una parità *ex ante* tra i soggetti coinvolti nelle scelte di accesso alle tecniche riproduttive, in una logica di non discriminazione *a priori*, e la prospettiva non meramente biologica, ma fondata sul benessere e sull'identità personale, potrebbero contribuire a valutare la questione secondo prospettive diverse.

In questa direzione sarebbe opportuno chiedersi se, tra i vari beni oggetto di protezione e tutela, anche la salute psicofisica della coppia omosessuale possa avere una qualche rilevanza, soprattutto nel caso in cui si volesse riconoscere anche un valore sociale alla filiazione e dunque non declinare la salute psico-fisica solo in una dimensione individuale, ma di coppia, ovviamente anche omosessuale.

Un'ulteriore e forse decisiva argomentazione risulta anche quella di ancorare la nozione di salute psico-fisica alla posizione dei diritti dei figli nati nell'ambito di un progetto familiare tra coppie dello stesso sesso. Il noto profilo del *best interest* potrebbe essere associato a quello della tutela del benessere del minore. Già si è detto nei paragrafi precedenti come la Corte, a differenza di quanto rilevato nella decisione n. 221/2019, nelle sentenze nn. 32 e 33/2021 abbia evidenziato, per un verso, il vuoto normativo e, per altro verso, la necessità di identificare compiutamente i diritti dei "nati non riconoscibili"<sup>46</sup>.

La salute psico-fisica in questo caso non troverebbe il limite invalicabile dell'art. 5 della l. 40/2004 ponendosi, invece, in una fase successiva, coincidente con la necessità di garantire il mantenimento della tutela dei figli nati nell'ambito di coppie omosessuali e, allo stesso tempo, l'esercizio della responsabilità genitoriale.

Il punto di chiusura, ossia la prospettiva da perseguire, a mio parere, appare tratteggiata dalla Corte costituzionale con la già citata sentenza n. 230/2020 e, in particolare, nel

<sup>45</sup> Sul punto v. Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029 che pure specifica come la Costituzione non presupponga una nozione di famiglia subordinata alla presenza di figli e, seppur con riguardo al tema dell'adozione, Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962.

<sup>46</sup> V. F. MANNELLA, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili"*, in *Nomos*, 2021, n. 1, p. 1 ss.

passaggio in cui, ricordando le argomentazioni della decisione n. 84/2016, la Consulta prefigura la circostanza secondo la quale l’obiettivo «è, viceversa, perseguibile per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici e assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, ma propriamente “attiene all’area di 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”».

L’auspicio è che ci si muova verso un effettivo bilanciamento tra la più volte ricordata “normalizzazione culturale” e una coscienza sociale moderna e adeguata alle esigenze di tutti i soggetti interessati, secondo valori di riconoscimento effettivi, concreti e liberi.