

## **Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale**

di  
Matteo Trapani\*

SOMMARIO: 1. Il fatto. 2. La giurisprudenza in tema di procreazione medicalmente assistita. 3. Le principali novità della sentenza n. 221 del 2019. 4. La salute e la genitorialità nell'attenzione della Corte. 5. L'utilizzo della ragionevolezza. 6. Il rapporto tra scienza e coscienza sociale. 7. Alcune considerazioni conclusive.

### **1. Il fatto.**

La Corte Costituzionale, con la sentenza 23 ottobre 2019, n. 221, torna a pronunciarsi sul tema della procreazione medicalmente assistita (PMA), giudicando la legittimità costituzionale degli artt. 5, 10 e 12 della Legge n. 40/2004, a seguito di due questioni di costituzionalità sollevate rispettivamente dal Tribunale di Pordenone e da quello di Bolzano. In entrambi i casi, due coppie di donne, vedendo il rifiuto da parte del SSN di effettuazione della fecondazione eterologa mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita<sup>1</sup>, avevano adito il giudice per richiedere un provvedimento d'urgenza. I giudici *a quibus* hanno sollevato così questione di costituzionalità degli artt. 5 e 12, commi 2, 9, e 10 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui limitano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole coppie formate da persone di sesso diverso, sanzionando chi le applica a coppie formate da persone dello stesso sesso. Il giudice di Bolzano dubitava altresì dell'art. 1, commi 1, 2 e

---

\* Assegnista di Ricerca in Diritto Costituzionale.

<sup>1</sup>La l. 40 del 2004 ha subito numerose modifiche, soprattutto a seguito delle decisioni della Corte che possono essere approfondite in A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, Rivista di BioDiritto, n. 2 del 2014; S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, Rivista di BioDiritto, n. 2 del 2014.

4, in quanto non permette il ricorso alle tecniche di PMA per le coppie formate da due persone di sesso femminile. Le disposizioni violerebbero l'art. 2 Cost., non garantendo il diritto alla genitorialità dell'individuo, l'art. 3 Cost., in quanto vi sarebbe una disparità di trattamento in relazione all'orientamento sessuale e alle disponibilità economiche, l'art. 31, secondo comma, Cost., che impone alla Repubblica di proteggere la maternità e l'art. 32, primo comma, Cost., poiché si avrebbe un danno alla salute psicofisica della coppia. Secondo il Tribunale di Bolzano, inoltre, si impedirebbe altresì di accedere a tali tecniche ad una coppia omosessuale affetta da patologie che impediscono di procreare in modo naturale. A giudizio dei rimettenti sarebbero altresì violati gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., considerato il contrasto con gli artt. 8 e 14 CEDU oltre agli artt. 2, paragrafo 1, 17, 23 e 26 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici e agli artt. 5, 6, 22, paragrafo 1, 23, paragrafo 1, e 25 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità.

La Corte, a seguito di una motivazione articolata, dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale con una pronuncia che, come vedremo, assomiglia molto ad una sentenza con un invito al legislatore a prendere in concreta considerazione il fatto di valutare nuovamente gli elementi fattuali e di diritto coinvolti, anche alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali e delle innovazioni legislative in materia di coppie omosessuali, basando la sua "non ancora incostituzionalità" sulla comune "coscienza sociale"<sup>2</sup>.

La questione attiene quindi il tema dell'omogenitorialità e delle implicazioni che le nuove tecniche di procreazione suscitano sui diritti della coppia e del nascituro. L'accesso alle pratiche, oggetto della sentenza in commento, riguarda, come detto, il caso di due coppie omosessuali femminili e si inserisce nella giurisprudenza già ampiamente sviluppata che riguarda in generale le limitazioni all'accesso alle tecniche di PMA e più in generale la portata della discrezionalità del legislatore nel complesso

---

<sup>2</sup>Sul rilievo della coscienza sociale nella giurisprudenza costituzionale e nel legislatore si veda A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, Pol. dir., n. 4 del 2019, 523 ss. Per un approfondimento ampio sui mutamenti del contesto sociale e politico e il rapporto con il progresso scientifico e tecnologico si faccia riferimento al recente contributo di A. RUGGERI, *Mutamenti di contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione (con specifico riguardo al punto di vista della Consulta)*, Giur. Cost., I/2020, 137 ss.

equilibrio tra diritto e scienza<sup>3</sup>. L'esito della sentenza in commento pare modificare e integrare alcune valutazioni che la Corte aveva compiuto con le precedenti decisioni.

## 2. *La giurisprudenza in tema di procreazione medicalmente assistita.*

La legge 19 febbraio 2004, n. 40 rappresenta la prima normativa organica che disciplina le modalità con le quali è possibile accedere a tecniche di riproduzione artificiale al fine di risolvere i problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità umana.

Il divieto assoluto di fecondazione eterologa, che la disciplina aveva previsto in modo esplicito all'art. 5<sup>4</sup>, fissando un'applicazione estremamente restrittiva sia nei metodi che nei soggetti legittimati ad accedervi, trova il suo primo e fondamentale argine nella sentenza n. 151 del 2009 della Corte Costituzionale<sup>5</sup>. La Consulta, infatti, nel dichiarare l'illegittimità della legge nella parte in cui vieta l'utilizzo di un numero di impianti di embrioni superiori a tre, dimostra di prendere in considerazione il fatto scientifico nella sua evoluzione sia nella fase costitutiva, valutando quindi quale sia stato il suo utilizzo nella formazione della volontà del legislatore, che in quella istruttoria, ossia nella piena legittimità che il giudice delle leggi possa basare sulle evidenze scientifiche la sua decisione, cosa che, a giudizio della stessa consulta, avrebbe dovuto fare il legislatore in precedenza.

La Corte, infatti, dopo aver esaminato con cura gli effetti della limitazione numerica degli embrioni fissata dalla legge, afferma che «la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si

---

<sup>3</sup>Il Rapporto tra scienza e diritto è stato affrontato più volte dalla dottrina. Per una panoramica sul punto si faccia riferimento a G. RAGONE, *Valutazioni e fatti scientifici tra ragionevolezza e proporzionalità: brevi note sul ragionamento giuridico della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. D'AMICO – F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, 2018, 285 ss.

<sup>4</sup>Il legislatore ha infatti previsto che «fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

<sup>5</sup>Per un approfondimento dei temi si faccia riferimento a S. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale*, in Quaderni Costituzionali, 2009; D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40 del 2004*, Giur. It., 2010, 289 ss.; G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, Forum di Quaderni Costituzionali, 2009; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in Studi Consulta Online, 2009.

fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali»<sup>6</sup>.

La dottrina ha rilevato come l'argomentazione della Corte prenda atto di una mancanza nell'analisi delle recenti acquisizioni scientifiche, oltre ad una carenza di una certa libertà dell'operatore (in quel caso il medico) di poter valutare caso per caso. La dichiarazione di illegittimità è quindi strettamente connessa alla mancanza di analisi degli effetti derivanti dall'evoluzione scientifica, che non può non confliggere con l'assolutezza di un divieto che rappresenta così una irragionevole decisione basata esclusivamente su un sentimento politico ed etico del legislatore. In questo caso, non solamente la decisione del legislatore risulta irragionevole, ossia sproporzionata e affetta da incoerenza con l'equilibrio del sistema costituzionale, ma ancor prima irrazionale, ossia non idonea a conseguire il risultato prefissato nella disposizione stessa. La Corte individua quindi una discrezionalità valutativa del medico al fine di identificare la scelta maggiormente razionale con l'intento di preservare il diritto alla salute in stretta connessione con gli altri valori costituzionali che rendono possibile la procreazione medicalmente assistita. La Corte, affermando la necessità che il medico valuti nel caso concreto il numero di impianti di embrione necessario, non solamente sanziona l'assolutezza del divieto indicato dal legislatore, che si baserebbe unicamente su un'astratta valutazione più di carattere etico che scientifico, ma riconosce un ruolo centrale alla scienza e agli stessi operatori. La Corte apre così non solo alle acquisizioni scientifiche in generale ma altresì alla valutazione concreta del medico e alla promozione di linee guida e di *expertise* che potranno essere modificate nel tempo, dando centralità all'elemento scientifico. Il primato della scienza sul diritto quindi

---

<sup>6</sup>Così nel cons. in dir. 6.1 dove vengono altresì richiamate le sentenze della Corte Cost. nn. 282 del 2002 e 338 del 2003. In quest'ultima la Corte afferma che «Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non é, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. Autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano dunque un altro punto di incrocio dei principi di questa materia».

determina che il legislatore trovi nelle acquisizioni della stessa un limite ulteriore alla propria discrezionalità. La giurisprudenza della Corte trova un suo ulteriore fondamento nell'orientamento della Corte EDU<sup>7</sup> che ha affrontato il diritto alla procreazione richiamando la necessità di veder garantito il diritto di diventare genitori, seppur nel bilanciamento di altri interessi costituzionali eventualmente lesi.

Questa decisione anticipa quella che sarà considerata il culmine della giurisprudenza della Corte non solamente sul tema della procreazione medicalmente assistita ma bensì sul rapporto tra scienza e diritto in generale, e del loro inquadramento nel paradigma della dignità umana<sup>8</sup>: la sentenza n. 162 del 2014<sup>9</sup>.

La sentenza n. 162 del 2014 (tralasciando l'esame della sentenza n. 150 del 2012 ove la Consulta restituì gli atti ai giudici *a quibus* per una nuova disamina alla luce della sentenza CEDU "Pavan c. Italia"<sup>10</sup>) non rappresenta solamente una decisione centrale per quanto riguarda l'analisi dell'utilizzo delle evidenze scientifiche nel processo di formazione della volontà del legislatore ma altresì affronta il rapporto che intercorre tra scienza e diritto alla luce del concetto di tutela della dignità umana e la generale

---

<sup>7</sup>Si vedano in particolare le sentenze CEDU Grande Camera, 3 novembre 2011, S.H. e altri contro Austria; seconda sezione, 28 agosto 2012, Costa Pavan contro Italia. In generale, per un approfondimento sulla giurisprudenza della Corte EDU sul tema si faccia riferimento ad A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, Giurcost.it, 2014.

<sup>8</sup>Sul concetto di dignità nella Costituzione si faccia riferimento a F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, ed. Giappichelli, Torino 2011 e, mi sia permesso, a quanto già scritto in M. TRAPANI, *Dicotomie tra scienza e diritto e tra discrezionalità e ragionevolezza, alla luce delle maglie strette della dignità umana*, in GiurCost.it, Studi n.1 del 2015.

<sup>9</sup>Per un approfondimento, *ex multis*, P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, Forum di Quaderni costituzionali, 2015; M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, Rivista di BioDiritto, 2/14, 13 ss.; M. D'AMICO - M. P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità del divieto della fecondazione eterologa*, ed. Franco Angeli, 2014, Milano; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2014; A. MUSUMECI, *La fine è nota. Osservazioni a prima lettura della sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, in osservatorioaic.it, n.2 del 2014; R. ROMBOLI, *Nota a Corte Cost. sent. n. 162/2014*, in Foro.it, 2014, I, 2324.

<sup>10</sup>Numerosi sono i contributi sul tema, tra i quali E. Malfatti, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, forumcostituzionale.it, 29 giugno 2012; A. Morrone, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, 19 luglio 2012; B. Liberali, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Rivista AIC, n. 3 del 2010; R. Romboli, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza sulla riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, Consulta OnLine, 26 febbraio 2013.

percezione dei temi che risultano eticamente e socialmente complessi, che lo stesso legislatore ha l'onere di bilanciare.

La questione perviene alla Corte Costituzionale tramite tre diverse ordinanze<sup>11</sup> sollevate rispettivamente dal Tribunale ordinario di Milano, dal Tribunale ordinario di Catania e dal Tribunale ordinario di Firenze.

La Corte dichiara l'incostituzionalità degli artt. 4 c. 3, 9 cc. 1 e 3, 12 c. 1, della legge 40, che vietano in modo assoluto il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa, per un'irragionevolezza della scelta del legislatore. Tale decisione trova le sue motivazioni *in primis* nel rapporto intercorrente tra la scienza, intesa sia come insieme delle discipline fondate essenzialmente sull'osservazione e l'analisi di fatti che hanno per oggetto la natura e gli esseri viventi che come evoluzione delle tecnologie applicate, e la scelta politica. Tale rapporto, nella decisione della Corte, trova un certo sbilanciamento verso la pervasività che la scienza ha sulla garanzia di diritti e sullo stesso cambiamento del "sentire sociale". Un "sentire sociale" che rimane tra le righe in questa decisione dove è il concetto di dignità umana, e di sostanziale tutela piena della persona e della sua autodeterminazione, a "includere" nel rapporto tra scienza e diritto e ad "escludere" la discrezionalità del legislatore quando questa è posta fuori da una solida motivazione scientifica<sup>12</sup>. Il legislatore, secondo la Corte, ha compiuto quindi una scelta senza tenere in considerazione le nozioni che la scienza in senso sostanziale affida alla conoscenza umana, venendo meno a una valutazione degli effetti che l'innovazione scientifica (e tecnologica) ha avuto sulle situazioni *de facto*. Tre sono quindi i paradigmi che la Corte pone alla base della propria decisione: *in primis* il

---

<sup>11</sup>I casi pendenti davanti ai giudici *a quibus* attengono tutti e tre a situazioni fattuali molto simili ove, in estrema sintesi, uno dei due componenti della coppia era affetto da sterilità medicalmente documentata (azoospermia per i ricorrenti ai Tribunali di Milano e Firenze e di sterilità da menopausa precoce nel caso dei ricorrenti al Tribunale di Catania), versando quindi la coppia nella condizione prevista dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004. Vengono così sollevate questioni di costituzionalità da parte dei Tribunali di Milano, di Firenze e di Catania in riferimento agli artt. 3 (tutte e tre le ordinanze), 2, 31 e 32 Cost. (la prima e la terza ordinanza). Il Tribunale di Milano ha espresso dubbi di costituzionalità anche in riferimento agli artt. 29 e 117.1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

<sup>12</sup>Così come ho avuto modo di affrontare in relazione al diverso utilizzo della "dignità umana" in M. TRAPANI, *Dicotomie tra scienza e diritto*, op. cit.

concetto di salute derivante dall'art. 32 Cost. deve essere inteso in senso ampio<sup>13</sup>, dovendo includere anche gli elementi psichici della coppia; secondariamente la necessità che ogni decisione del legislatore si ponga l'obiettivo di superare, modellare e rimuovere quegli ostacoli che si frappongono fra la libera scelta e l'autodeterminazione, empirica e psichica, dell'uomo, effettuando tale scelta legislativa non in virtù di mere sensazioni politiche derivanti da una generica prudenza di fronte ai cambiamenti sociali posti dalla scienza, ma basando il tutto su valutazioni scientifiche che determinino l'assolutezza dell'eventuale lesione di un interesse di rango costituzionale. Infine, la terza, che ogni scelta del legislatore deve porre in essere il minor sacrificio possibile e gli strumenti previsti devono risultare idonei a garantire i diritti costituzionalmente protetti.

La scienza quindi, trova una propria doppia centralità, sia come parametro di valutazione degli eventuali effetti della tecnica sull'individuo, che come procedimento di innovazione tecnologica che, come sostenuto dalla dottrina<sup>14</sup>, non solamente garantisce l'accesso a diritti prima limitati a taluni individui ma modifica altresì la loro stessa natura<sup>15</sup>. La Corte riconosce la presenza di «considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato» che quindi possono portare a limitare l'innovazione tecnologica e tecnica (e non tanto la scienza in senso sostanziale che, al massimo, rappresenta come detto l'elemento di valutazione degli effetti derivanti da quest'ultima, sia nel senso della sua applicazione sia in quel del non utilizzo) ma solamente per «tutelare altri interessi di rango costituzionale» tenendo tuttavia di conto delle «plurime esigenze costituzionali».

Così, nel ripercorrere le motivazioni della Corte, si ritrovano i *topoi* sopra richiamati ed è possibile constatare come le acquisizioni scientifiche possano essere tenute in considerazione nel giudizio costituzionale, anche in relazione a questioni sociali o

---

<sup>13</sup>La Corte afferma infatti che «Non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarlo vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango».

<sup>14</sup>A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, op. cit.

<sup>15</sup>G. RAGONE, *Scienza e diritto nell'argomentazione della Corte Costituzionale*, Quaderni del Gruppo di Pisa, 2015, 17 ss.

etiche coinvolte. È evidente che la valutazione delle scelte del legislatore, al quale appartiene la primaria funzione di bilanciare i vari interessi proprio alla luce dei convincimenti scientifici, risulta sottoposta successivamente ad un esame, ad un test di coerenza logico-argomentativa, che prende a parametro non solamente l'utilizzo delle risultanze scientifiche bensì la loro interpretazione e la loro applicazione nel caso concreto. Le acquisizioni della scienza, e le sue varie applicazioni ed interpretazioni, spesso anche contrastanti, hanno esse stesse un valore innovativo al quale il legislatore deve rispondere con la propria attività poiché, rendendo maggiormente accessibili i diritti della persona umana e in alcuni casi modificando o "creando" nuovi diritti, rappresentano uno strumento che può essere utilizzato al fine dell'analisi sulla ragionevolezza e sulla coerenza logico-sistematica del bilanciamento effettuato<sup>16</sup>.

Nella stessa sentenza è la Corte che richiama l'evoluzione storica della normativa affermando che questa non rappresenterebbe una scelta consolidata nel tempo (mettendo quindi in allerta il fatto che il legislatore non basa le proprie convinzioni in materia su un orientamento consolidato nel tempo) e che tale divieto non è conseguito da obblighi derivanti da atti internazionali.

La scelta della coppia di avere figli trova il suo fondamento negli artt. 2, 3 e 31 Cost. nella misura in cui si tutela la sfera privata e familiare e come espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminazione. La Corte afferma che «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. In tal senso va ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge n. 40 del 2004 sia appunto preordinata alla «tutela delle esigenze di procreazione», da contemperare con

---

<sup>16</sup>La Corte afferma infatti che «Le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano».

ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi.

Tale impostazione viene confermata nella successiva sentenza n. 96 del 2015<sup>17</sup> dove la Corte, richiamando gli artt. 3 e 32 Cost. dichiara l'irragionevolezza dell'indiscriminato divieto all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, da parte di coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili (secondo le evidenze scientifiche) di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni. Nella sentenza la Corte, oltre a richiamare il suo precedente, invita il legislatore a predisporre, anche alla luce delle evoluzioni scientifiche, apposite disposizioni che regolino tale fenomeno. Una giurisprudenza che in parte verrà modificata sia nel metodo di analisi che di ragionamento logico-giuridico che nel merito con la sentenza n. 221 del 2019 in commento.

### 3. *Le principali novità della sentenza n. 221 del 2019.*

La Corte, con la sentenza n. 221 del 2019, dichiara infondata la questione, non aprendo alla possibilità di utilizzare tale tecnica di procreazione tra persone dello stesso sesso. L'effetto della sentenza, infatti, è quello di non eliminare il limite dei requisiti soggettivi di accesso, anche al fine di non legittimare una possibile apertura nei confronti di coppie maschili, con il rischio di riprendere una discussione in relazione al divieto di maternità surrogata<sup>18</sup>.

La parte innovativa della decisione, che si inserisce nell'ampio dibattito sulla

---

<sup>17</sup>La sent. n. 96 del 2015 è stata affrontata da E. Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Giurcost.it, Studi*, 2015/II, 533 ss.; G. Repetto, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, *Diritti Comparati*, 2015; M. Giacomini, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015; C. Tripodina, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 2015.

<sup>18</sup>Sul tema si vedano, *ex multis*, F. Angelini, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2020, 1 ss.; B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *costituzionalismo.it*, 2017, I, 183; B. Liberali, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 1 del 2019.

costituzionalità della legge n. 40 del 2004<sup>19</sup>, anche in rapporto al diritto eurounitario e al dialogo tra le Corti<sup>20</sup>, è rappresentata dal metodo con il quale la Corte affronta un argomento di tale portata etica, spostando il punto di giudizio e di osservazione dalla coerenza logico-sistematica della scelta del legislatore in applicazione di risultanze scientifiche, così come aveva fatto nelle precedenti decisioni sulla PMA<sup>21</sup>, a quello della valutazione del fatto nell'ampio contesto sociale. In questo caso la scienza non ha più un ruolo oggettivizzante, ma risulta essere una tecnica che, seppur posta come elemento di giudizio, può essere limitata se il legislatore ritiene che i suoi effetti possano andare contro ad una coscienza sociale non ben definita<sup>22</sup>.

Uno dei motivi di particolare interesse della sentenza in commento è rappresentato dalle modalità con le quali la Corte motiva la propria decisione, utilizzando le rilevanze scientifiche in modo differente da come aveva fatto in precedenza. La Corte, fin da subito, chiarisce l'approccio differente evidenziando primariamente che la legge 40 riguarda un delicato settore che ha subito uno sviluppo correlato con la ricerca e le

---

<sup>19</sup>La dottrina prima di tali decisioni era copiosa e si segnalano M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, Pol. Dir., 2004, 453 ss.; V. CAGGIA, *Procreazione assistita, realizzazione esistenziale dei soggetti e funzione del diritto (brevi riflessioni su alcuni problemi di costituzionalità della L. 19 febbraio 2004, n. 40)*, Giur. It., 2004, 2093 ss.; L. TRUCCO, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale*, Rivista GiurCost, 2007, 1617 ss.

<sup>20</sup>A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in Forum di Quaderni costituzionali, 14 giugno 2014; F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Ordine internazionale e diritti umani, 2014, 603 ss.

<sup>21</sup>Le sentenze da richiamare principalmente sono la n. 151 del 2009, la n. 162 del 2014 e la n. 96 del 2015. Vedi par. 2.

<sup>22</sup>Parte della dottrina ha criticato la decisione della Corte, evidenziandone l'eccessivo utilizzo di un approccio culturale al tema quali G. CASABURI, «*Qui sto. Non posso fare altrimenti*»: la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali (femminili), in *Il Foro italiano*, 12/2019, I, 3798 ss., e in parte L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, Osservatorio Costituzionale, n. 2 del 2020; riflessione estremamente interessante è quella di F. RINALDI, *Giustizia, famiglia ed eguaglianza: due madri, due padri ed il "figlio dell'uomo"*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1 del 2020, 1401 ss., dove non solamente si ripercorre l'evoluzione della giurisprudenza in materia, ma si effettua altresì un'approfondita analisi su concetti quali "ordine pubblico" e "famiglia" alla luce delle evoluzioni dottrinali e sociali, arrivando ad affermare l'esistenza di un "diritto d'amore" e di un "amore genitoriale responsabile", aprendo quindi ad una riflessione sulla necessità di rivalutare l'impostazione del legislatore (e della stessa Corte); di diverso avviso è, invece, G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement"*, in *Corriere giuridico*, 12/2019, 1460 ss., che richiama un interesse superiore del minore.

tecniche scientifiche e, in subordine, che spetta al legislatore un primo bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenuto conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale<sup>23</sup>. La Corte richiama altresì la giurisprudenza euronitaria al fine di sostenere che rimane in capo al legislatore la possibilità di disciplinare tale materia, anche bilanciando gli interessi costituzionali, ed affronta da subito la *ratio* che il legislatore ha seguito e che lo ha portato ad esprimere un divieto assoluto. Secondo la Corte, infatti, il legislatore è stato mosso dalla volontà di assicurare i diritti di tutti i soggetti, compreso il concepito, e solamente nei casi di infertilità accertati dal medico, oltre alla garanzia che il nucleo familiare scaturente riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre<sup>24</sup>.

#### 4. *La salute e la genitorialità nell'attenzione della Corte.*

La Corte, seppur richiami la «valorizzazione della finalità (*lato sensu*) terapeutica» della normativa, tuttavia ne fornisce un'interpretazione in parte contrastante con il concetto di salute e con quella dell'art. 32 Cost. adottata negli anni dalla giurisprudenza e dottrina poiché non tiene di conto, ad esempio, delle implicazioni psicologiche degli eventi connessi alla tecnica procreativa<sup>25</sup>. La Corte non affronta il tema del diritto alla salute e quello della genitorialità quale espressione della libertà di autodeterminazione personale ma sembra porsi la questione, che in parte accenna, dell'eventuale apertura a coppie maschili e sviluppa tutta la sua argomentazione sul processo logico seguito dal legislatore in virtù della coscienza sociale nella quale opera.

Così, fin da subito, la Corte affronta il punto su cui svilupperà gran parte della propria argomentazione: vi sono questioni non solamente sensibili ma soprattutto etiche che,

---

<sup>23</sup>La Corte richiama la sentenza n. 84 del 2016 ove, valutando come principio non bilanciabile e quindi supremo la garanzia della dignità dell'embrione, faceva riferimento ad una generale coscienza sociale che vedrebbe negativamente l'utilizzo dello stesso ai fini della ricerca e scientifica. Sul punto si veda A. RUGGERI, *Mutamenti di contesto politico-istituzionale*, op. cit., 151 ss.

<sup>24</sup>L'art. 5 della legge n. 40 stabilisce infatti che possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

<sup>25</sup>Sul punto è costante la giurisprudenza della Corte Costituzionale ove si afferma che il diritto alla salute va inteso come comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica. Si fa riferimento principalmente alla sentenza n. 251 del 2008 e, in modo analogo, alle nn. 113 del 2004 e 253 del 2003.

qualora superate, «esigerebbero la diretta sconfezione, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le linee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004»<sup>26</sup>. La questione critica, sostiene la Corte, è rappresentata anche dal fatto che, come detto, qualora si permettesse l'eterologa per le coppie omosessuali femminili, dovrebbe essere prevista anche per le coppie maschili, mettendo in dubbio i limiti sulla maternità surrogata. *Rebus sic stantibus*, questa sentenza, rappresenta un precedente dal quale sarà complesso discostarsi.

Il primo motivo, quello dell'incongruenza interna tra rimedi in caso di infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale femminile (relativamente al caso sollevato dal Tribunale di Bolzano) e quella della coppia eterosessuale, viene superato affermando che sono fenomeni differenti. Tuttavia, seppur di fronte alla presenza di differenze *de facto*, come affermato anche dai giudici di Bolzano, occorre valutare se le eventuali differenze in punta di diritto siano coerentemente paramtrate alle prime e garantiscano la piena applicazione del principio di eguaglianza sostanziale. In particolare occorre verificare se, premesse le suddette differenze, non risultino, a giudizio della Corte, e anche con l'utilizzo di risultanze scientifiche, simili o assimilabili i diritti coinvolti, considerando altresì gli effetti che una simile assolutezza del divieto può causare nei confronti di una coppia che, sterile ma dello stesso sesso, non può veder soddisfatto il proprio diritto alla genitorialità senza che sia richiamato in modo certo e preciso un interesse costituzionale coinvolto. Superato questo punto e richiamata la giurisprudenza euronitaria, dove si afferma meramente che in astratto una legge che identifichi la finalità terapeutica come propria dell'inseminazione artificiale e che quindi si applichi solo a casi in cui, in potenza, le coppie avrebbero potuto concepire, non può essere a priori ingiustificata. La Corte affronta subito l'eventuale violazione dell'art. 2 ed è proprio in questo punto che risulta evidente come la decisione sia stata il frutto di un difficile *labor limae* che lascia tuttavia aperta la porta

---

<sup>26</sup>Si veda il punto 12 dove si afferma «L'ammissione alla PMA delle coppie omosessuali, conseguente al loro accoglimento, esigerebbe, infatti, la diretta sconfezione, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le idee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004, con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive (oltre che con interrogativi particolarmente delicati quanto alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologazione alle femminili – in punto di diritto alla genitorialità – richiederebbe, come già accennato, che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata)».

ad un intervento legislativo che non può non tenere conto di alcuni punti esposti nel pregevole sistema di argomentazione e dell'evoluzione storica della coscienza nella società. La Corte richiama il diritto alla genitorialità (che era tuttavia stato affermato con maggiore centralità nelle precedenti pronunce ponendolo come una delle ragioni che avevano condotto alla dichiarazione d'incostituzionalità della normativa)<sup>27</sup> e lo mette in relazione con limiti che, evidentemente, devono essere bilanciati con «interessi costituzionalmente protetti». Nella sent. n. 162 del 2014, gli stessi vengono richiamati come «interessi di rango costituzionale» (quindi ben diversi e più limitati) e servono non come parametro di eventuale esclusione, come nella decisione recente, nel caso sia l'unico modo per garantirli, ma come eccezione sulla quale valutare anche i limiti che seppur «ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto». Quei convincimenti che diventano per la Corte, con la sentenza n. 221, «paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30, 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico». Si tratta di un'asserzione che mette in evidenza non solamente il carattere storico dell'interpretazione di articoli, che hanno visto tuttavia recentemente una loro innovativa interpretazione giurisprudenziale (ed anche legislativa), ma che lascia anche aperti interrogativi circa l'assolutezza con la quale viene fatta<sup>28</sup>. La Corte non pone alla base della propria argomentazione una valutazione scientifica, impostando buona parte della propria scelta sull'ontologica differenza tra adozione e filiazione. Seppur sia condivisibile *de*

---

<sup>27</sup>Sul tema sono numerose e differenti le posizioni accolte dalla dottrina. In particolare si vedano V. BALDINI, *Diritto alla Genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in *Dirittifondamentali.it*, 2014; M. G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, in *confronticostituzionali.eu*, 17 giugno 2014; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, *Rivista di BioDiritto*, n. 2 del 2014; C. TRIPODINA, *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, *Rivista di BioDiritto*, n. 2 del 2014; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

<sup>28</sup>Preme ricordare come nella sentenza n. 162 del 2014 la stessa Corte afferma al punto 5 del cons. in dir. che quanto stabilito nella legge 40 non rappresenta una scelta consolidata nel tempo in quanto anche prima di tale normativa non era presente un tale divieto e vi erano molti centri privati che operavano nel rispetto delle varie circolari Ministeriali.

*facto*, anche in questo caso, una differenza tra i due istituti, non possono tuttavia considerarsi differenti gli interessi costituzionalmente coinvolti. Nel caso contrario si arriverebbe al paradosso che se per eventuali adozioni la giurisprudenza risulterebbe attenta al fatto che le scelte restrittive del legislatore siano basate su una stretta logicità e coerenza scientifica (tanto da evidenziare che non possono fondarsi su assunti di carattere etico o ipotetico), nel caso invece di accesso a tecniche di PMA, il “desiderio di genitorialità”, come indicato dalla Corte nella sentenza n. 221 del 2019<sup>29</sup>, o il diritto all’autodeterminazione, come invece qualificato nella sentenza n. 162 del 2014 (risultando non solamente più ampio ma anche coinvolgente ulteriori profili quali, ad esempio, il diritto alla salute) sarebbe garantito sulla base degli «apprezzamenti correnti della comunità sociale che appaiono, in astratto, come le migliori condizioni di partenza». Tale impostazione, tuttavia, pare in parte superata nella recente sentenza n. 242 del 2019 sull’ormai celeberrimo “caso Cappato”. Nell’argomentazione della Corte, infatti, si susseguono una serie di richiami alla scienza (medica) e alla necessità che ogni limitazione debba avere un proprio fondamento proprio su quelle rilevanze scientifiche che alimentano il *discrimen* della legittimità di una scelta del legislatore. Non a caso quest’ultimo viene chiamato a disciplinare la materia seguendo quelli che sono punti già fissati nell’argomentazione della Corte e che, su molte questioni, risultano non solamente molto restrittivi ma altresì limitanti la discrezionalità del legislatore andando ad affrontare sia questioni etiche sia scientifiche e mediche<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup>Anche la terminologia è completamente differente. Mentre con le sentenze precedenti la Corte trattava con termini di certa fondamentalità del diritto ad essere genitori e autodeterminarsi, nei casi più recenti, fa spesso riferimento alla condizione di coloro che vogliono diventare genitori come fortemente condizionata e non qualificabile come diritto pieno. La Corte, ad esempio, afferma nella parte finale della sentenza che «La tutela costituzionale della «salute» non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale, così da rendere incompatibile con l’evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione. La contraria affermazione che pure si rinviene nella sentenza n. 162 del 2014 – richiamata dal rimettente – deve intendersi calibrata sulla specifica fattispecie alla quale la pronuncia si riferisce (la coppia eterosessuale cui sia stata diagnosticata una patologia produttiva di infertilità o sterilità assolute e irreversibili)».

<sup>30</sup>Sul punto A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in Giustiziainsieme.it., 2019.

### 5. *L'utilizzo della ragionevolezza.*

La ragionevolezza, quindi, non è valutata esclusivamente (né prevalentemente) alla luce delle risultanze scientifiche, ma alla stregua di valutazioni sociali compiute dal legislatore nella fase di elaborazione della disposizione normativa<sup>31</sup>. Facendo così estromette dall'analisi i due principali motivi che avevano indirizzato la Consulta nelle precedenti decisioni: il primo, quello dell'individuazione dell'esistenza di un interesse costituzionalmente rilevante e garantito che potesse limitare l'utilizzo di una determinata tecnica; il secondo, le cause e gli effetti che la scienza, intesa sia come insieme delle conoscenze empiriche dei fatti sia come innovazione tecnologica, ha sull'ordinamento e sull'apprezzamento sociale stesso. Quella «cultura sociale» richiamata dalla Corte rappresenta il fattore legittimante della scelta del legislatore e ciò che consente di affermarne oggi una sua «ancora costituzionalità».

L'infondatezza, come detto, trova però il proprio fondamento «nell'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata». Tutto ciò, come sostiene la Corte, al fine di garantire il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato, anche a fronte delle nuove tecniche procreative.

Seppure la Corte costituzionale sia un giudice per sua natura dotato di sensibilità politica, al fine di mantenere la propria autorevolezza, da cui deriva la propria legittimazione, è opportuno che compia le proprie valutazioni su un piano strettamente costituzionale, con un rigore che può certamente trovare giovamento nelle acquisizioni scientifiche. Rispetto alle scelte compiute dal legislatore nella normativa oggetto del presente giudizio, la Corte non ravvisa nessuna irragionevolezza, valutata, tuttavia, non alla luce delle evidenze scientifiche, ma semplicemente di un sentire sociale. In effetti, la Corte riconosce sul punto una piena discrezionalità del legislatore, evidenziando come «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 - deve ritenersi affidato in via

---

<sup>31</sup>La ragionevolezza della scelta del legislatore alla luce delle risultanze scientifiche ha rappresentato la base delle decisioni della Corte, trovando la sua massima espressione nella citata sentenza n. 162 del 2014. Sul punto C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 2014; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

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 si allontanino dall'alveo della ragionevolezza. Nella specie, peraltro, la scelta espressa dalle disposizioni censurate si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce *in subiecta materia*, pur rimanendo quest'ultima aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»<sup>32</sup>.

La Corte, come avvenuto anche nel recente "caso Cappato" rimette molto alla discrezionalità e alla valutazione del legislatore (e alla sua attività), richiamando una sua interpretazione della coscienza sociale e una sua competenza a modificare eventualmente l'impostazione. Nel caso in esame, infatti, non solamente riconosce come ragionevoli le valutazioni del legislatore, ma rifugge ogni possibile contrapposizione con esso, rimandando ogni eventuale modifica della normativa alla evoluzione dell'indirizzo politico dello stesso, basato sulla percezione che ha della coscienza sociale e dei convincimenti.

#### 6. *Il rapporto tra scienza e coscienza sociale.*

La Corte precisa che tale decisione di non irrazionalità si riferisce ad una materia specifica («*in subiecta materia*»), pur richiamando nella sua motivazione una possibile connessione ed evoluzione riguardo all'applicazione di tale tecniche a coppie di sesso maschile, e al fatto che il legislatore può adottare soluzioni diverse in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale, senza richiamare in alcun modo le valutazioni scientifiche né per verificare quale sia effettivamente l'apprezzamento sociale, né per verificare la coerenza logico-sistematica della scelta legislativa. Dalla motivazione si evince la possibilità di intendere che tale scelta si basi su un parametro (meglio un convincimento) mobile e quanto mai incerto<sup>33</sup>. Un'idea, citando la Corte, che si basa sull'assunto che «una famiglia ad *instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il "luogo" più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata,

---

<sup>32</sup>Si veda il punto cons. in dir. 13.1.

<sup>33</sup>Basti pensare, punto che la stessa Corte richiama, all'evoluzione che ha interessato negli anni il legislatore in tema di adozioni (anche per quanto riguarda il dibattito relativo alla *stepchild adoption*), riconoscimento dei figli e unioni civili.

a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali»<sup>34</sup>. Tale asserzione sembra stridere con quanto la Corte aveva affermato circa il carattere fondamentale della libertà di autodeterminarsi, la propensione dell'ordinamento giuridico a tutelare il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli (anche indipendentemente dal dato genetico), l'impossibilità che i convincimenti di carattere etico possano consistere in un divieto assoluto, la necessità di prendere in considerazione la salute psichica<sup>35</sup> (data dal divieto di poter accedere a una tecnica mediante la quale si potrebbe veder soddisfatto un proprio diritto), la necessità della verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali che possono essere limitate in caso di presenza di interessi di pari rango. Inoltre, la stessa asserzione sul "luogo" maggiormente idoneo ove far nascere e crescere un figlio pare essere in contrasto sia con la propria giurisprudenza<sup>36</sup> che con la recente evoluzione della giurisprudenza comune<sup>37</sup> oltre che non risulterebbe in alcun modo giustificata e motivata da studi scientifici che possano qualificare l'affermazione. Infatti, come richiamato anche in motivazione dalla Corte, non solamente l'orientamento sessuale non incide sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale, dovendo altresì equiparare i diritti e i doveri delle coppie senza alcuna discriminazione, ma non esisterebbero alcune certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello

---

<sup>34</sup>Si veda il punto cons. in dir. 13.1.

<sup>35</sup>Si veda, su tutte, la richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014. Tuttavia la Corte afferma a più riprese questi concetti nelle sentenze nn. 11 del 1981, 123 del 1990, 189 del 1991, 167 del 1999, 332 del 2000, 253 del 2003, 113 del 2004, 251 del 2008.

<sup>36</sup>A tal proposito basti ricordare che nella sentenza n. 162 la Corte affronta la questione del nascituro non nell'alveo del paradigma della "famiglia naturale" entro cui dovrebbe nascere e crescere ma, proprio per superare simili eccezioni che richiamavano ad un diritto a non incorrere in un rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale e alla conoscenza della propria identità genetica, afferma che già la disciplina riconosce gli strumenti per sopperire a eventuali pericoli legati alle relazioni parentali con altri soggetti e, nel richiamare l'adozione e le norme in materia di filiazione, riconosce come vi sia stata una evoluzione legislativa e sociale che ha portato a superare alcuni schemi.

<sup>37</sup>L'adozione cosiddetta non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore (ex art. 44, comma 1, lettera d), legge 4 maggio 1983, n. 184) è ritenuta dalla giurisprudenza predominante ammissibile.

sviluppo della personalità del minore, dovendo la dannosità di tale inserimento essere dimostrata in concreto<sup>38</sup>.

Tali asserzioni possono essere viste in parziale contrasto con quanto affermato nella giurisprudenza già citata poiché la Corte aveva affermato che la determinazione ad avere un figlio afferisce alla sfera più intima e intangibile della persona umana e, qualora la si volesse limitare, lo si deve fare solamente in virtù di una lesione di altri valori costituzionali. Tali “valori costituzionali”, tuttavia, non possono essere ricondotti a convincimenti che hanno spinto il legislatore ad interpretare il sentire collettivo in essere al momento dell’approvazione. Come detto, infatti, seppur sia la Corte che il legislatore siano coinvolte in un sistema temporale che ne condizionano in parte l’operato, le proprie scelte non possono non basarsi sull’analisi e il bilanciamento di interessi costituzionali di pari rango, soprattutto nei casi in cui viene fissato un divieto assoluto<sup>39</sup>.

Così il richiamo ai paradigmi della famiglia radicati nella cultura sociale e alla valutazione che il legislatore deve compiere circa gli «orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale», portano la Corte a dichiarare infondata la questione senza tuttavia che siano sviluppati e argomentati quali valori costituzionali sono stati posti in bilanciamento ma affidandosi meramente a una sensibilità storica tutta da verificare.

La Corte infatti pone come centrale la questione della criticità che si potrebbe verificare mediante un accesso indiscriminato a tali tecniche da parte di coppie dello stesso sesso, spostando la discussione dagli aspetti relativi alla genitorialità (presa in considerazione come “luogo idoneo” ancorato ad alcuni pregiudizi piuttosto che interpretata alla luce

---

<sup>38</sup>La stessa Corte Costituzionale richiama la sentenza della Corte di cassazione, sezione prima civile, 22 giugno 2016, ove si «esclude che una valutazione negativa circa la sussistenza del requisito dell’interesse del minore possa fondarsi esclusivamente sull’orientamento sessuale del richiedente l’adozione e del suo partner, non incidendo l’orientamento sessuale della coppia sull’idoneità dell’individuo all’assunzione della responsabilità genitoriale». Viene altresì richiamata la sentenza, Corte di Cassazione, sezione prima civile, sentenza 30 settembre 2016, n. 19599, ove si afferma che «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l’inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore, dovendo la dannosità di tale inserimento essere dimostrata in concreto».

<sup>39</sup>Fissare maglie estremamente strette e severe rischia di non essere adeguato al fine di tutelare la “vita buona” né del nascituro né tantomeno dei genitori. Per il concetto di “vita buona” si faccia riferimento a A. CARNEVALE - B. HENRY, *Vita buona, vita vulnerabile*, in E. STRADELLA (a cura di) *Diritto alla salute e alla vita buona nel confine tra il vivere e il morire*, Edizioni Plus, Pisa, 2011, 42 e ss.

delle evoluzioni legislative, culturali e scientifiche) e alla salute, a quelli dell'ordine pubblico (correlato al divieto di maternità surrogata) e del «grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità” nell'ambito della comunità sociale<sup>40</sup> ancorata a concetti lontani nel tempo della decisione in commento<sup>41</sup>.

Una “coscienza sociale” che la Corte richiama ma che potrebbe risultare del tutto analizzata mediante l'utilizzo di chiari e determinati indicatori che ne fondino una sua oggettività.

Una ricerca di oggettività e chiarezza che aveva portato la stessa Corte, nella sentenza n. 84 del 2016, richiamata nella decisione in commento, ad affermare che la «scelta tragica, tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell'embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica» non si baserebbe su dati univoci ma su convincimenti divisivi sia sul piano etico che scientifico, non trovando soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea. In quel caso la Corte utilizzò l'inammissibilità constatando come numerosi fossero gli argomenti e gli indici contrastanti che alimentavano la divisione di giuristi, scienziati e società civile<sup>42</sup>.

Con la sentenza n. 221 invece la Corte utilizza il termine “coscienza sociale” declinandolo anche come “cultura sociale”, “apprezzamento sociale”, “accettazione della comunità sociale” senza tuttavia soffermarsi sulla contraddittorietà di argomentazioni (sia giuridiche che scientifiche e sociologiche) relative alla questione dell'applicazione della procreazione eterologa per coppie dello stesso sesso. La Corte pare assumere nell'argomentazione della sua decisione una convinzione secondo la quale, quel “grado di accettazione” dell'omogenitorialità che il legislatore aveva tenuto conto all'epoca del varo della legge, non avrebbe subito una sua evoluzione.

Una “coscienza sociale” che, nel caso di specie, pare forse rischiare di non contenere un riferimento a qualcosa di oggettivo. Si condivide pienamente l'impostazione secondo la quale «a ben vedere, anzi, identificare e interpretare la coscienza sociale e i suoi

---

<sup>40</sup>Vedi cons. dir. 13.1.

<sup>41</sup>A titolo di mero esempio, è la stessa Corte che richiama «entrambe le idee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004» al cons. in dir. punto 12.

<sup>42</sup> Così N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2017.

mutamenti è il contrario dell'arbitrio individuale di un singolo, o di quello di un collegio. Proprio perché sociale e collettiva, la coscienza è diffusa e oggettiva, e deve pur consistere di indici che dovrebbero essere a loro volta oggettivabili in dati identificati e rintracciabili. A sua volta, l'espressività di tali dati nell'indicare una evoluzione in una certa direzione dovrebbe essere chiara e razionalmente argomentabile»<sup>43</sup>.

In questo caso tuttavia non si ripercorre in modo profondo alcun indicatore che possa mettere in dubbio quella "coscienza sociale" radicata nel tempo e non inserita in un percorso evolutivo. Vi sono flebili riferimenti a norme sovranazionali e alla giurisprudenza euronitaria, mentre sembra mancare del tutto un'analisi del dibattito pubblico, delle numerose questioni giurisprudenziali sollevate e dei progetti di legge (oltre che alle stesse leggi) che si inseriscono nella scia di un ripensamento di questo concetto "*instar naturae*".

In questo caso, infatti, non risultano essere del tutto evidenti gli elementi che qualificerebbero la coscienza sociale nel momento storico della decisione così come invece avvenuto in altri casi dove, la Corte, anche cambiando il proprio orientamento, la ha posta alla base dell'interpretazione della norma, evidenziandone in alcuni casi una evoluzione e in altri una sua contraddittorietà<sup>44</sup>.

In questo caso la coscienza sociale e il suo apprezzamento vengono declinati come elementi strettamente collegati alla volontà del legislatore senza che siano tuttavia del tutto evidenziati gli eventuali indicatori che ne qualificerebbero una loro evoluzione (o una loro astratta immutabilità nel caso di specie). Nella recente relazione sulla

---

<sup>43</sup> N. ZANON, ult. op. cit., 14.

<sup>44</sup> Si veda, ad esempio, l'utilizzo che la Corte fa della coscienza sociale nelle decisioni che hanno riguardato il reato di adulterio. La Corte, con sentenza n. 126 del 1968, infatti, afferma che «da allora molto è mutato nella vita sociale: la donna ha acquistato pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e della intera collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere piena parità con l'uomo». I valori sociali così analizzati e a seguito di una effettiva presa di coscienza basata su numerose questioni sollevate, su una evoluzione del riconoscimento dei diritti e della stessa giurisprudenza, divengono valori giuridici e sono determinati nel processo di ordinamento. Così M. COSSUTTA, *Note sull'applicazione del principio di non contraddizione nell'ambito dell'esperienza giuridica fra antinomie proprie e antinomie improprie*, in F. Puppo (a cura di), *La contraddizione che nol consente*, ed. F. Angeli, 2010, 214 ss.; Su un altro argomento, si veda l'evoluzione della coscienza sociale e la valutazione effettuata dalla Corte in relazione all'evoluzione dei diritti delle persone disabili in C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020.

giurisprudenza costituzionale elaborata dalla Corte si afferma solamente, in relazione al caso in commento, che «le previste limitazioni soggettive all'accesso alla PMA rivelano il trasparente intento di garantire che il nucleo familiare scaturente dalle relative tecniche riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre». Una affermazione che pare essere tanto laconica quanto limitata rispetto all'ampia argomentazione riservata invece agli altri motivi ostativi all'accoglimento. Il ruolo che svolge la Corte nelle maglie della società e delle tensioni sociali è un tema ampio e dibattuto che necessiterebbe un ampio approfondimento anche alla luce delle recenti evoluzioni. Tuttavia le parole del Presidente Lattanzi nella sua relazione dell'attività della Corte nel 2018 riecheggiano con forza determinando anche nuovi interrogativi sull'utilizzo che la Corte può fare del "sentire sociale". La giurisdizione costituzionale, si afferma nella relazione, ha come tratto peculiare quello di «trovarsi continuamente immersa nel flusso della legislazione ordinaria, ovvero, in altre parole, di doversi raccordare con l'incessante azione del legislatore. Così il significato delle disposizioni costituzionali è posto in costante interazione con l'evolversi della sensibilità sociale, di cui la legge è il punto terminale di ricezione, e ciò attribuisce alla giurisdizione costituzionale un benefico tratto di dinamicità. Che spetti infatti al legislatore farsi carico, nel rispetto delle garanzie, di rendere vivo il disegno costituzionale è affermazione che va di pari passo con il dovere della Corte di offrire un'indefettibile tutela, non solo quando sono state prodotte disposizioni costituzionalmente illegittime, ma anche quando la Costituzione impone un obbligo di normare, con più o meno ampia discrezionalità, uno o più settori della vita sociale, dai quali la legge si è indebitamente ritratta. Ciò fa sì che le pronunce costituzionali siano molto spesso, più che il punto conclusivo di una certa vicenda, il punto intermedio di uno sviluppo normativo che trova compimento solo quando il legislatore lo conclude». Così, in definitiva, la Corte giustifica l'assolutezza del divieto imposto del legislatore in virtù di un astratto "luogo" maggiormente idoneo ad accogliere il minore, individuato come la famiglia formata da persone di sesso differente, e limitando quindi l'accesso a tali tecniche per motivi legati alla capacità di essere genitori nei fenomeni di omogenitorialità.

## 7. Alcune considerazioni conclusive.

In conclusione, con questa decisione, vengono affrontate importanti questioni legate a problemi di carattere etico e morale che, pur non potendo essere assunte come obiettive, generali e stabili, rischiano di prendere in parte il posto della scienza (o del contributo che essa stessa può dare) rischiando di mettere in secondo piano un'analisi sia sul procedimento adottato dal legislatore che sugli interessi costituzionali in gioco. La scienza, in questo modo, non viene presa in considerazione dalla Corte anche nella fase istruttoria e la decisione si lega sempre di più ad una "temporanea legittimità" basata su convincimenti etici della società e del legislatore, rischiando altresì di creare disuguaglianze sociali ed economiche<sup>45</sup>.

Risulta evidente a chi scrive che non tutte le soluzioni che la scienza rende possibili siano da ritenere sempre conformi ai parametri costituzionali. Tuttavia, nei casi in cui la scienza risponda ad un interesse di un individuo e il legislatore volesse negarne l'utilizzo, è necessario individuare con certezza e in termini assoluti quali siano i valori costituzionali che si vedrebbero violati mediante un'argomentazione logica e

---

<sup>45</sup>Si veda, ad esempio, il differente approccio che la Corte ha tenuto con il cosiddetto "turismo sanitario", ossia la possibilità che le coppie si rechino all'estero per sottoporsi a tali interventi. Nella sentenza n. 162 del 2014, infatti, la Corte affermava che «la regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole. In definitiva, le norme censurate, pur nell'obiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale, stabiliscono una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, giungendo a realizzare una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi, in violazione dei parametri costituzionali sopra richiamati». Nella sentenza n. 221 del 2019 si afferma invece che «in assenza di altri *vulnera* costituzionali, il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione. La circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione». Si può pure condividere nel merito che non possa rappresentare motivo di illegittimità il fatto che in un altro Stato sia consentito qualcosa che non lo è nel nostro ordinamento (seppur si debba osservare curiosamente un cambio di prospettiva), tuttavia in questo caso sembra non convincere del tutto proprio la motivazione in seno ai "*vulnera* costituzionali" che legittimano il divieto assoluto.

ricostruttiva sia dell'utilizzo che il legislatore ha fatto della scienza sia dell'interpretazione che essa può fornire in relazione a fenomeni che si sono evoluti nel tempo. Nella sentenza in commento risulta invece poco utilizzata l'argomentazione scientifica e non chiaro il paradigma al quale ci si riferisce per vietarne l'utilizzo in virtù di una tutela del minore.

Timidi sono infatti i riferimenti alle due preoccupazione che sembrano (anche in parte legittimamente) caratterizzare la decisione dei giudici: la tutela del minore, per il quale si idealizza un "luogo" che rappresenterebbe il miglior punto di partenza, compiendo altresì una differenza netta tra adozione e procreazione in contrasto con quanto affermato dalla sua stessa giurisprudenza, e la maternità surrogata, alla quale si fa un breve riferimento richiamando l'eventualità che possano accedervi anche coppie di sesso maschile.

La Corte quindi sul punto avrebbe potuto affrontare un'analisi approfondita sugli effetti e sui possibili limiti che potrebbero Permettere l'utilizzo di tale tecnica da parte delle coppie dello stesso sesso, evitandone una rigida preclusione. Una tale analisi potrebbe avere il pregio di rappresentare l'argine ad una caduca temporaneità degli astratti e presupposti "apprezzamenti" della società dai quali ne derivano un'assolutezza dei divieti ma una transitorietà di fondo dei diritti.

La Corte ritiene invece ragionevoli le valutazioni compiute dal legislatore nel momento dell'approvazione, sulla base di analisi della concezione sociale storica, difficilmente verificabile (e comunque non precisamente verificata), rispetto alla quale non sembra essersi preoccupata dell'evoluzione che ha avuto negli anni successivi anni. Negli ultimi anni, infatti, numerosi sono stati gli interventi del legislatore e dei giudici (la legge sulle unioni civili, numerosi casi di affidamento omogenitoriale o di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero del nato da surrogazione di maternità o di PMA omogenitoriale) e quelli della dottrina o emersi nel semplice dibattito pubblico (ad esempio, sul matrimonio ugualitario e sull'adozione da parte della coppia omosessuale), anche alla luce delle nuove conoscenze scientifiche e delle nuove tecnologie, che la Corte sembra trascurare<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Sul punto risulta di estremo interesse F. RINALDI, *Giustizia, famiglia ed eguaglianza*, op cit., 1148 ss., dove ci si interroga sull'esigenza da parte del legislatore e della Corte di analizzare la normativa alla luce di nozioni che hanno subito una loro evoluzione sia sociale che giuridica. Lo

In conclusione, quindi, se sembra che, anche rispetto ai propri precedenti, la Corte abbia decisamente trascurato la scienza (che, invece, proprio nelle ultime settimane, a seguito della pandemia da covid-19 ha rappresentato per il legislatore un elemento sul quale si è spesso addirittura appiattito), anche dal punto di vista del sentire sociale le valutazioni compiute, pur essendo state quelle che hanno guidato la decisione, risultano poco approfondite e altrettanto poco motivate.

---

stesso A. riprende proprio la nozione di famiglia che negli anni non solamente si è modificata ma ha reso evidente l'evoluzione verso un «diritto di famiglia di quarta generazione [...] che sembra generare una nuova dinamica concezione dello status *personae et familiae*».