

## **PMA di tipo eterologo e maternità surrogata (ad una prima lettura di Corte cost. sentt. 32 e 33 del 2021)**

di  
Giulia Papa\*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione – 2. La Corte costituzionale si pronuncia sull'indifferibilità di una tutela effettiva dei minori nei confronti dei genitori intenzionali - 3. Considerazioni finali.

### **1. Introduzione**

Da tempo è acceso il dibattito, tanto dottrinale quanto politico, sulla salvaguardia dello status giuridico del nato da procreazione medicalmente assistita (PMA) eterologa e da maternità surrogata, che in Italia ha trovato un primo esito nella l. n. 40/2004. Ad oggi la normativa non è stata oggetto di interventi significativi, se non per effetto di pronunce della Corte costituzionale.

Tale legge ammette l'accesso alle tecniche di PMA solo alle coppie eterosessuali (art. 5) e vieta il ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo (art. 4, comma 3) con seme od ovulo di donatore/donatrice<sup>1</sup>. Dal 2014 la Corte costituzionale ha fatto cadere il divieto di fecondazione eterologa<sup>2</sup> e chi ha dato il consenso ai sensi degli

---

\* Dottoranda di ricerca in "Imprese, Istituzioni e Comportamenti" presso l'Università di Cassino e del Lazio meridionale.

<sup>1</sup> V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *dirittifondamentali.it*, 15 settembre 2014, p. 1

<sup>2</sup> Corte cost. sent. n. 162 del 2014. La Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità per contrasto con una serie di parametri costituzionali (artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.) dell' art. 4, comma 3 della legge in esame, con l' esito di estendere la possibilità di ricorso alla PMA anche alle coppie affette da patologie più gravi (come ad es., la azoospermia completa del coniuge maschile o la

artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004 assume irrevocabilmente il ruolo di genitore del bambino, genitore non in quanto biologico, ma in quanto intenzionale. Per quanto riguarda i single e le coppie omosessuali invece le tecniche di PMA sono ancora vietate.

Per contro, la maternità surrogata, ossia la tecnica che prevede il coinvolgimento nella gestazione di un soggetto esterno alla coppia, è una pratica che l'ordinamento eleva ad illecito penale fin dal 2004 (art. 12, comma 6). Ad oggi è in discussione al Senato una proposta legislativa che mira ad irrobustire il divieto esistente prevedendo la punibilità delle condotte di maternità surrogata realizzate anche all'estero.

Il punto di vista prevalente e di partenza della normativa sembra essere sempre quello dei genitori o degli aspiranti genitori, e non certo quello della persona di età minore. La giurisprudenza costituzionale però è concorde sull'esigenza che la disciplina sulla PMA eterologa e sulla maternità surrogata, anche se si risolve in un divieto assoluto, non debba incidere in modo pregiudizievole sul superiore interesse del minore a cui deve essere assicurato uno speciale "peso" nel bilanciamento tra gli interessi contrapposti. A questo proposito, non è inutile ricordare che il giudice delle leggi ha sempre ribadito la necessità, costituzionalmente imposta, di assicurare adeguata tutela al minore anche e soprattutto quando nato per effetto del ricorso da parte dei genitori a pratiche vietate dalla legge<sup>3</sup>.

---

sterilità assoluta causata da menopausa precoce, del coniuge femminile), che rendevano impossibile l'impiego della tecnica fecondativa di tipo omologo.

<sup>3</sup> Nella sentenza n. 347 del 1998, in tema di disconoscimento della paternità, la Corte aveva affermato significativamente che: "[n]on si tratta [...] di esprimersi sulla legittimità dell'inseminazione artificiale eterologa, nè di mettere in discussione il principio di indisponibilità degli status nel rapporto di filiazione, principio sul quale sono suscettibili di incidere le varie possibilità [...] offerte dalle tecniche applicate alla procreazione. [...]. Si tratta invece di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali. Preminenti in proposito sono le garanzie per il nuovo nato [...] non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all'art. 2 Cost. – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità [...]"

## **2. La Corte costituzionale si pronuncia sull'indifferibilità di una tutela effettiva dei minori nei confronti dei genitori intenzionali**

Nel 2021 la Corte costituzionale, con le recenti sentenze n. 32 e 33, ha dichiarato indifferibile l'intervento del legislatore per colmare il vuoto di tutela dei diritti dei nati mediante PMA eterologa e maternità surrogata. Le questioni affrontate dalle due sentenze erano riconducibili alla necessità di garantire, a valle di modalità di concepimento e riproduzione non consentite dall'ordinamento italiano, una effettiva e concreta tutela dei *best interests* dei figli anche nei confronti del cd. genitore intenzionale (co-madre nella decisione n. 32 e co-padre, nella decisione n. 33). In particolare, le due sentenze affrontano il problema del riconoscimento dei legami di genitorialità dei bambini con i genitori intenzionali, intese come le persone che hanno condiviso con un padre o una madre biologici il progetto riproduttivo e di genitorialità. Questi genitori intenzionali agiscono sul piano sociale con i nati una relazione genitoriale a tutti gli effetti, una genitorialità sociale che si presta all'analogia con la genitorialità adottiva, che in effetti, anche la Corte costituzionale coglie e rilancia.

Le decisioni analizzano due esperienze di intenzionalità riproduttiva condivisa da coppie dello stesso sesso (una coppia di donne nella sentenza n. 32 e una coppia di uomini nella sentenza n. 33) che ricorrono a fecondazione eterologa e a maternità surrogata in Paesi diversi dall'Italia. Dopo il progetto riproduttivo e la nascita vi è stata una genitorialità di fatto condivisa tra i partner della coppia e il consolidarsi di un legame genitoriale con i genitori biologici (ossia la madre in senso genetico e di gravidanza nella coppia femminile e il padre genetico nella coppia maschile) e con i genitori intenzionali (co-madre e co-padre nelle rispettive coppie).

Il primo caso nasce da un'ordinanza di rimessione del Tribunale di Padova, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004 e 250 c.c.<sup>4</sup>. Il Tribunale osserva che secondo un'interpretazione sistematica con l'art.

---

<sup>4</sup> «Il Collegio rimettente correttamente censura gli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, poiché da essi si desume l'impossibilità di riconoscere lo status di figli ai nati da PMA eterologa, praticata da una coppia di donne, e da essi si fa discendere il vuoto di tutela, quando si manifesta il dissenso della madre biologica

5, che esclude il ricorso alle tecniche di PMA alle coppie dello stesso, tali norme non consentono al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia di donne, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche da parte della madre intenzionale che ha prestato il consenso alla fecondazione. L'unica via percorribile sarebbe procedere all'adozione nei casi particolari qualora sia accertato giudizialmente l'interesse del minore. Il contrasto ravvisato è con gli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, e agli artt. 8 e 14 CEDU).

Il dubbio di costituzionalità del giudice *a quo* riguarda dunque l'impossibilità di riconoscere lo status di figli ai nati da PMA eterologa praticata da una coppia di donne quando, come nel caso della sentenza 32, il dissenso espresso dalla madre biologica non consente l'accesso della madre intenzionale all'adozione in casi particolari. Di conseguenza il Tribunale di Padova auspica una pronuncia che, superando tale limite, consenta alla madre intenzionale di ottenere il riconoscimento del legame genitoriale sulla base dell'art. 8 della legge, in quanto componente di una coppia che «ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche» in questione<sup>5</sup>.

Nel secondo caso la I sezione civile della Corte di cassazione dubita della legittimità costituzionale dell'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004 per come interpretato in combinato disposto con l'art. 64, co. 1, lett. g) della l. 281/1995 e con l'art. 18 del d.p.r. 396/2000, n. 396 «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della

---

*all'accesso della madre intenzionale all'adozione in casi particolari, con conseguente pretesa lesione degli indicati parametri costituzionali.»*

<sup>5</sup> Il vuoto di tutela potrebbe essere colmato solo «*estendendo anche ai nati nell'ambito di un progetto di PMA, praticata da una coppia di donne, quel che già le disposizioni censurate garantiscono agli altri nati da fecondazione assistita, ossia l'attribuzione dello status di figlio e il riconoscimento della responsabilità genitoriale di ambedue i genitori, che siano tali per aver preso parte e aver consentito in condivisione al progetto di procreazione, quando sia accertato l'interesse del minore*»

gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d’intenzione non biologico».

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

In tale ipotesi è stata messa in discussione l’interpretazione del divieto ex art. 12 come principio di ordine pubblico ostativo al riconoscimento e trascrizione dei provvedimenti che all’estero attribuiscono al genitore intenzionale la qualità genitoriale<sup>6</sup>. Nel caso di specie si tratta del riconoscimento di una paternità intenzionale che si affiancherebbe a quella riconosciuta in quanto paternità biologica.

In entrambe le pronunce in questione il giudice delle leggi, pur concludendo con un dispositivo di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, ha contemporaneamente rivolto a quest’ultimo forti sollecitazioni a intervenire nella materia per colmare un vuoto normativo riconosciuto come intollerabile e ha fornito indicazioni che orientano l’attività legislativa, suggerendo in particolare la via di un’idonea estensione delle forme di adozione legittimate. In altre parole, il Giudice delle leggi ha riconosciuto alcune criticità nell’attuale disciplina dell’adozione “in casi particolari”, affermando che il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da procreazione medicalmente assistita di tipo eterologa e da maternità surrogata spetta, in prima battuta, al legislatore, al quale solo deve essere riconosciuto il potere di intervento per individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco.

---

<sup>6</sup> Interpretazione che il giudice a quo ritiene consolidata come diritto vivente nella pronuncia delle SS.UU. Cassazione n.12193/2019 e tale da impedire una diversa interpretazione adeguatrice.

In entrambi i casi la Corte articola e ampiamente argomenta le proprie sollecitazioni nella forma di veri e propri moniti<sup>7</sup>. Pur costruendoli in maniera particolarmente incisiva, non si spinge sino ad adottare la “versione più forte” introdotta dal caso Cappato e poi replicata con le ordinanze in materia di diffamazione a mezzo stampa e di ergastolo ostativo<sup>8</sup>: versione che prevede una sequenza unitaria, costituita da un’ordinanza di rinvio con accertamento dell’incostituzionalità e monito al legislatore seguita dalla dichiarazione dell’incostituzionalità in una sentenza di accoglimento qualora alla data del rinvio la situazione normativa sia rimasta immutata<sup>9</sup>. Nei casi in esame invece permane, allo stato, il disagio per la mancanza di una tutela che le sentenze 32 e 33 hanno riconosciuto come doverosa.

### 3. Considerazioni finali

Ma intanto? Come può giustificarsi la mancata tutela proprio dei *best interests* dei minori coinvolti nei giudizi *a quibus*? L’equilibrio costituzionale dei rapporti tra legislatore e Corte costituzionale – che riconosce la priorità del primo negli interventi additivi – può ben spiegare la cautela nell’ottica di un giudice delle leggi necessariamente consapevole di tutti gli equilibri di sistema<sup>10</sup>. Dunque, la lacuna normativa viene per il momento ancora tollerata per un bilanciamento con contrapposte esigenze che attengono fondamentalmente all’equilibrio fra organi costituzionali e poteri: ma la condizione della persona i cui diritti fondamentali sono violati può tollerare questo sacrificio?

---

<sup>7</sup> L’evoluzione delle tipologie monitorie è stata sottolineata esplicitamente nelle più recenti *Relazioni annuali* della Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia sul 2019 e del Presidente Coraggio sul 2020 (v. in particolare nell’*Annuario 2020, l’Intervista al Presidente* e il quaderno *Dialogo con il legislatore: moniti, auspici e richiami nella giurisprudenza costituzionale dell’anno 2020*, STU 321, aprile 2021, in <https://www.cortecostituzionale.it/annuario2020/index.html>).

<sup>8</sup> Corte cost., ordd. n. 207 del 2018, 132 del 2020 e 97 del 2021

<sup>9</sup> Per un’analisi di tale modulo monitorio vd. R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020, p. 343.

<sup>10</sup> Vd. la relazione sulla giustizia costituzionale del 2019 di Marta Cartabia: «il rispetto della necessaria separazione dei poteri» deve ritenersi altrettanto essenziale del «rapporto di collaborazione tra la Corte costituzionale e il Legislatore – Governo e Parlamento. [...] Separazione e cooperazione tra poteri sono due pilastri coessenziali e complementari che reggono l’architettura costituzionale repubblicana».

Si tratta di questioni problematiche che le due sentenze sollevano con forza e che accompagneranno necessariamente la riflessione sugli sviluppi nell'utilizzo delle tipologie monitorie. La vicenda, come visto assai complessa e densa di implicazioni anche dal punto di vista istituzionale, però interessa in questa sede per ribadire l'urgenza di un intervento da parte del legislatore, che sappia però assicurare, con uno standard di certezza ed effettività più alto, la protezione degli interessi del minore coinvolto nelle pratiche di procreazione medicalmente assistita eterologa e di maternità surrogata. Da questo punto di vista, guardando la disciplina non pare che sia garantita la posizione del minore.

*dirittifondamentali.it*