



ALMA MATER STUDIORUM  
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

## ARCHIVIO ISTITUZIONALE DELLA RICERCA

### Alma Mater Studiorum Università di Bologna Archivio istituzionale della ricerca

La vita a comando

This is the final peer-reviewed author's accepted manuscript (postprint) of the following publication:

*Published Version:*

La vita a comando / Andrea, Zanotti. - In: QUADERNI DI DIRITTO E POLITICA ECCLESIASTICA. - ISSN 1122-0392. - STAMPA. - 3:dicembre 2021(2021), pp. 699-722. [10.1440/103117]

*Availability:*

This version is available at: <https://hdl.handle.net/11585/878353> since: 2024-03-25

*Published:*

DOI: <http://doi.org/10.1440/103117>

*Terms of use:*

Some rights reserved. The terms and conditions for the reuse of this version of the manuscript are specified in the publishing policy. For all terms of use and more information see the publisher's website.

This item was downloaded from IRIS Università di Bologna (<https://cris.unibo.it/>).  
When citing, please refer to the published version.

(Article begins on next page)

This is the final peer-reviewed accepted manuscript of:

***Andrea Zanotti, La vita a comando, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, Rivista trimestrale" 3/2021, pp. 699-723***

The final published version is available online at: [10.1440/103117](https://doi.org/10.1440/103117)

Rights / License:

The terms and conditions for the reuse of this version of the manuscript are specified in the publishing policy. For all terms of use and more information see the publisher's website.

*This item was downloaded from IRIS Università di Bologna (<https://cris.unibo.it/>)*

***When citing, please refer to the published version.***

## La vita a comando

di Andrea Zanotti

*The life on command*

### Abstract

The essay considers the separation, which has now taken place, between sexuality and procreation; and the progressive shift of human reproductive processes under the technical domain: medicine and biomedical engineering. A step on this path is represented by surrogacy and the problems posed by parenthood of the same sex. Law is crossed and questioned by these passages towards a new world: and this contribution analyzes the latest developments in Italian and European jurisprudence on the subject.

*Keywords:* (adoption, family, parenthood, procreation, surrogacy)

SOMMARIO: 1. Il dominio del corpo e la surrogabilità della vita: un orizzonte ideologico. – 2. I relitti del matrimonio e la volatilità dei legami. – 3. La rivendicata “liquidità” del corpo e le ambiguità della procreazione medicalmente assistita. – 4. La divaricazione, nei “progetti procreatici”, del profilo biologico e intenzionale della genitorialità – 5. La pretesa rilevanza totemica della formula *<the best interests of the child>* ed il bilanciamento di tale principio con l’intero quadro costituzionale. – 6. Le esili colonne d’Ercole erette dalla Corte costituzionale e la perentoria chiamata in causa del legislatore. – 7. Le “picconate” della giurisprudenza di merito e la fatale attrazione del *politically correct*: l’esasperazione dei diritti soggettivi. 8. Oltre *ad instar naturae*: la tolleranza repressiva come cieca porta d’ingresso (o cavallo di Troia?) di un mondo nuovo

### 1. *Il dominio del corpo e la surrogabilità della vita: un orizzonte ideologico*

Impressiona l’infittirsi incalzante e quasi geometrico delle pronunce giurisprudenziali a tutti i livelli dell’ordinamento giudiziario – sia di merito, non meno che di legittimità e costituzionalità – sul tema della omogenitorialità. Due volte si è pronunciata in corso d’anno, sin qui, la Corte costituzionale (sent. nn. 32 e 33 del 9 marzo 2021), tre la Corte di Cassazione (sent. nn. 23319, 23320, 23321 del 23 agosto 2021). Tale urgenza segnala, evidentemente, uno stato di difficoltà, un disagio di civiltà che va colto e amplificato. Al cospetto del diritto arrivano infatti nodi da sciogliere che, su questo tema, sono stati aggrovigliati altrove e da tempo. La sensazione è quella di trovarsi su di una frontiera mobile, che si sposta repentinamente sempre più in avanti. Qualche anno fa l’oggetto del contendere era quello relativo alle unioni omosessuali ed alla loro accoglienza nell’ordinamento, superando le sentinelle di pregiudizi e discriminazioni secolari; nello stesso torno di tempo si sono affacciate le rivendicazioni sulla legittimità di autodeterminazione della propria sessualità, seguendo i pendolarismi di desideri e volizioni non più resistibili. Il progressivo dilatarsi della sfera dei diritti soggettivi, in questo campo di interesse, sembra non conoscere limiti. Il dominio del proprio corpo e la fruizione più libera ed estesa possibile della propria sessualità sembrano rappresentare – in un’epoca post-secolare nella quale si davano per morte le ideologie – il punto ideologico più sensibile. L’avvenuta scissione tra sessualità e procreazione traina con sé una concezione non teleologica della sessualità, risolvendola in una logica di pura fruizione – di sé e degli altri – nell’immediatezza del proprio istinto.

Chi voglia cercare la linea di fuga di questa parabola, nella cultura occidentale, la può forse ritrovare – come già illustrato altrove – in De Sade, il primo ad inaugurare questa scissione tra sessualità, appunto, e procreazione (Zanotti 2007, 48 ss.). E non è certamente un caso che egli si muova, con spirito anticipatore non compreso, sul crinale della Rivoluzione francese: uno dei momenti ideologicamente più forti ed orientati nella storia degli ultimi tre secoli. È lui per primo a collegare direttamente il cervello alla genitalità, bypassando le regioni affettive del cuore ed interpretando l’*eros* come gioco della pura ragione, piegando il corpo al dominio della fantasia.

Certo a De Sade non era estraneo il tema della possibile fine del genere umano orfano di una sessualità vocata alla procreazione: e, da quest'angolo prospettico già egli inaugurava un'idea di natura del tutto estranea all'accezione cristiana, anticipando, da quell'idea, il definitivo congedo sancito dal contesto post-secolare (De Sade 1997, 78 ss.).

È dunque evidente che queste due tematiche, vale a dire l'affermata, totale signoria dell'uomo sulla propria sfera psico-sessuale da un lato, e il tentativo di affermare l'avvento di metodiche non naturali di procreazione, dall'altro, sono strettamente relate. La natura è ormai tecnicamente surrogabile nel processo procreativo: ed il desiderio di dare origine ad una nuova vita, a prescindere dalle modalità utilizzate, tende ad assumere, oggi, le sembianze di un vero e proprio diritto fondamentale non preteribile.

## *2. I relitti del matrimonio e la volatilità dei legami*

In questa regione, impervia e straniera alle avanguardie degli esploratori, giacciono i relitti di quelli che a lungo furono, e non solo nella realtà italiana, gli istituti di riferimento nella definizione dei rapporti tra uomo e donna: il matrimonio, canonico e civile. Per molto tempo, questi due istituti sono stati informati entrambi, al fondo, dagli stessi valori: rendendo, per ciò stesso, i relativi modelli quasi indistinguibili. La loro rivendicata esistenza rappresentava infatti, a ben vedere, uno degli elementi che alimentava la contesa giurisdizionale – e tutta, per così dire, politica – che opponeva, nei loro equilibri combattenti, lo Stato alla Chiesa. In questo quadro di riferimento, uno dei tratti salienti che ha accomunato questi due paradigmi di matrimonio era rappresentato – fino all'introduzione del divorzio nell'ordinamento italiano nel 1970 confermato poi definitivamente dal referendum del 1974 – dall'indissolubilità. Tale proprietà del negozio matrimoniale traduceva il bisogno di stabilità degli individui non meno che di una società legata, nelle sue statiche economiche, alla rendita fondiaria ed immobiliare. Il perdurare del matrimonio proiettava così nel tempo i legami di sangue della famiglia cui soggiacevano anche i diritti successori. L'accelerazione della storia ha travolto completamente, nel giro di pochi anni, queste architetture: inaugurando una stagione, quella presente, caratterizzata – sulla scorta di quanto detto in apertura – da un'estrema volatilità dei rapporti sentimentali e dalla generale inclinazione, indotta dalle incidenze del progresso tecnologico, a rifiutare impegni di lungo periodo. Riducendosi la dimensione del tempo sostanzialmente al presente, la soglia di resistenza alla durata si è ridotta, di conseguenza, drasticamente, decretando così la rapidissima obsolescenza del matrimonio: non solo di quello canonico, rimasto – almeno sulla carta del suo statuto sostanziale – indissolubile, ma anche del civile, pollone tutto sommato tra i più recenti dell'albero del nostro ordinamento giuridico (Dalla Torre 2012, 211). La volatilità dei legami affettivi induce a scegliere schemi molto liberi: convivenze strutturate o non strutturate giuridicamente, quando non anche – e preferenzialmente – *status* di *single* che non ipotichino una reiterata quotidianità necessariamente condivisa. Certo la stabilità dei vincoli familiari caratterizzava il matrimonio anche e soprattutto in funzione della prole, incardinando i diritti del nascituro e del nato nel contesto di un quadro di riferimento tendenzialmente sicuro, entro la cui cornice sviluppare un'affettività certa dei propri punti di riferimento. È di percezione comune – oltre che oggetto di riflessioni scientifiche in varie branche del sapere – come la presenza costante delle figure genitoriali, che tradizionalmente si identificavano nelle figure materna e paterna, favorisca lo sviluppo di un equilibrio complessivo della personalità (Zanniello 2016, 145 ss.). La famiglia generata da un vincolo stabile e orientato alla procreazione, quale era ed è la figura del matrimonio eterosessuale, ha rappresentato dunque il luogo concreto dell'esercizio dei diritti – ivi compreso quello ad una genitorialità naturale – del concepito e del nato: l'ambito nel quale la collaborazione materiale e spirituale nella costruzione del futuro si costituisce in garanzia umana e giuridica a tutela delle vite chiamate ad esistenza. Non dunque un profilo solo e squisitamente personale: il diritto di famiglia si è sin qui evoluto sulla scorta di un'attenzione istituzionale volta a tutelare e calibrare tutti gli interessi in gioco,

dispiegandosi positivamente a proteggere le posizioni tendenzialmente più deboli, valorizzando ed emancipando, ad un tempo, la figura femminile e quelle dei minori; quelle cioè messe tradizionalmente in secondo piano dalla preponderanza maschile nel modello di matrimonio proveniente dalla tradizione. La progressiva affermazione di una visione orientata verso i lidi di un soggettivismo sempre più accentuato, ha finito per disarticolare l'istituto del matrimonio civile, divenuto quasi non più definibile dalla dottrina giuridica, che lo qualifica non da oggi – con dizione evidentemente tanto vaga ed evanescente da non nascondere l'imbarazzo evidente – come un «contratto a fini generali» (Lipari 1996, 1 ss.).

### 3. La rivendicata “liquidità” del corpo e le ambiguità della procreazione medicalmente assistita

Questo rivolgimento profondo della percezione della propria sfera psicosessuale è caratterizzato dalla rivendicazione di un dominio radicale della volizione soggettiva che non tollera ostacoli al suo dispiegarsi: nemmeno quelli relativi alla propria morfologia di genere. Anzi, proprio il tema del cambiamento di genere – spesso rivendicato dai movimenti di *gender queer* nella sua forma più ampia che postula una libertà totale di “pendolarismo” tra i molti generi nei quali ormai si classifica la sessualità umana – ha assunto non di rado i toni aspri di una polemica rivolta ad un passato del quale ci si vuole liberare. Su questo nodo si è peraltro già pronunciata – fondando un orientamento, crediamo, definitivo – la Corte di Cassazione con la sentenza 20 luglio 2015, n. 15138 (Patti 2015; Angiolini 2016; Greco 2016; Posteraro 2016; Angiolini 2017; Posteraro 2017; Guarini 2018; Serio 2018; Grisi 2019). Essa ribalta un indirizzo consolidato ed accoglie una diversa interpretazione della legge 164 del 1982, non richiedendosi più, ai fini della registrazione presso i pubblici uffici del cambiamento di identità sessuale, l'intervento chirurgico pure esplicitamente previsto dall'art. 1 della legge in parola. Questo adeguamento del *soma* alla *psiche* viene ora affidato soprattutto alla percezione del soggetto richiedente; e si ritiene sufficiente, per ottenere la rettificazione dell'atto di nascita, la modificazione dei soli caratteri sessuali secondari (il timbro di voce, gli atteggiamenti e i comportamenti esteriori percepibili dai terzi, etc.) e non più di quelli morfologici primari (l'aspetto strettamente anatomico della persona) (Palazzani 2011, 30 ss.). Il punto di passaggio è tutto incentrato sulla considerazione unica ed esclusiva della persona in gioco, divenendo irrilevante qualsiasi altro ordine di considerazioni, ivi comprese quelle relazionali e sociali, considerate un tempo determinanti: «L'identità di genere è un profilo rilevantissimo, anzi costitutivo dell'identità personale. Lo Stato non può incidere in senso restrittivo sull'esplicazione di tale profilo a meno che non vi siano interessi superiori da tutelare. Tali non possono essere né la certezza delle relazioni giuridiche né la diversità sessuale delle relazioni familiari non più considerate né dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea né dalla Convenzione Europea dei diritti umani un presupposto naturalistico del negozio matrimoniale...» (Zanotti 2015, 9 ss.).

Per questa via la transessualità – e in generale qualsivoglia inclinazione sessuale: che possa rispondere ad una fase definitiva o temporanea, che sia reversibile oppure no, che abbia dato luogo o no a famiglia e filiazione – non investe solo un ambito privato: ma diviene diritto fondamentale che pretende di essere pubblicamente riconosciuto e tutelato.

Se da un lato risulta evidente che la procreazione medicalmente assistita (PMA), di per sé, risulta essere questione concettualmente distinta sia dalla autodeterminazione del genere sessuale di appartenenza, sia dalla possibilità di contrarre convivenze omosessuali riconosciute e protette dall'ordinamento, è altrettanto palese come vi sia una correlazione stretta tra questi aspetti che concorrono a definire scenari inediti nei quali inevitabilmente finisce per disegnarsi la trasmissione e la tutela della vita umana. Non è chi non veda come la cruna dell'ago attraverso la quale passa questo capovolgimento d'orizzonte sia rappresentato dalla libertà incondizionata di accedere alla PMA, consentendo così di dar vita a progetti genitoriali altrimenti impossibili.

Ed è proprio questo punto a sollecitare, non a caso, l'attenzione della giurisprudenza. In realtà, i pochi decenni trascorsi tra il primo apparire delle metodiche procreative non naturali e la loro definitiva affermazione ha decantato e fatto emergere il dato per il quale esse difficilmente possono definirsi oggi asetticamente come un rimedio contro l'infertilità: qualificandosi progressivamente tale pratica, peraltro obbligatoriamente ricorsiva alla maternità surrogata nel caso di coppie omosessuali maschili, non come un *aiuto* alla fertilità naturale ma come un *sostituto* della fertilità naturale. In questo senso la PMA è latrice, per come entra in scena, di un alto tasso di ambiguità, non esaurendo affatto la potenzialità della sua portata all'esclusiva «soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», come recita l'articolo 1 della legge 19 febbraio 2004, n. 40<sup>1</sup>. In verità, tale potenzialità è perimetrata, in Italia, dalla stessa legge: riservandosi, il ricorso alla PMA, a soggetti formanti coppie eterosessuali coniugate o conviventi, maggiorenni, affetti da problemi documentati di sterilità o infertilità non diversamente curabili, in età fertile ed entrambi viventi. L'azione di contenimento sancisce, inoltre all'articolo 4 comma 3, il divieto di fecondazioni eterologhe<sup>2</sup>, per quanto la relativa violazione preveda, all'art.9, esclusivamente sanzioni amministrative pecuniarie; si fa invece esplicito divieto, nel medesimo articolo, di disconoscimento della paternità e di dichiarazione di anonimato della madre. L'ultimo comma del medesimo articolo esclude, nell'ipotesi di fecondazione eterologa ed il conseguente intervento di un donatore di gameti, qualsiasi relazione parentale tra il donatore ed il nato, non potendo dunque far valere nei suoi confronti né diritti, né obblighi. I soggetti dovranno essere informati sulle procedure per l'adozione e l'affidamento familiare; ed è interessante notare come la legge preveda che «...Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita». Qui il legislatore cerca di far emergere lo spirito della norma: ribadendo il principio secondo il quale la PMA si qualifica, come dichiarato all'articolo 1, quale aiuto ultimo al superamento della sterilità, indicando nell'adozione uno strumento apprezzabile per ovviare ad una propria impossibilità procreatica. La legge 40 del 2004 contiene però i germi di una inevitabile fragilità, per quanto abbia resistito al referendum abrogativo proposto ancora nel 2004 e svoltosi nel 2005. Il referendum non raggiunse, come si ricorderà, il *quorum* previsto per effetto dell'astensione di massa dal voto dei cattolici, così come patrocinato dall'allora Presidente della Conferenza episcopale italiana, Cardinal Ruini. Com'era del tutto pronosticabile in un mondo divenuto villaggio globale, a valle del referendum si cominciò a praticare quella sorta di “turismo procreatico” che porta le coppie omosessuali intenzionate ad avere una progenie in paesi dove la PMA eterologa e la surrogazione di maternità sono invece consentite. Ed ecco, dunque, esattamente il punto del guado dinanzi al quale oggi ci troviamo: rientrando dalla finestra ciò che la legge 40 del 2004 aveva fatto uscire dalla porta.

#### 4. La divaricazione, nei “progetti procreatici”, del profilo biologico e intenzionale della genitorialità

<sup>1</sup> Va rilevato come tale articolo della legge n.40 del 2004, così come il comma 1 dell'art.4, siano stati dichiarati incostituzionali dalla Corte con sentenza n. 96 del 2015 (in G.U. 1<sup>a</sup> s.s. 10/6/2015, n. 23), nella parte in cui “*le previsioni ivi contenute non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194, accertate da apposite strutture pubbliche*”.

<sup>2</sup> Va ricordato come anche a questo proposito sia intervenuta la Corte costituzionale, con sentenza n.162 del 2014 (in G.U.1<sup>a</sup> s.s.18/06/2014, n. 26),dichiarando l'illegittimità costituzionale di tale norma “*nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assoluta ed irreversibili*”.

La giurisprudenza si trova quindi ad affrontare, con una accelerazione evidente in quest'ultima fase, una casistica variegata di situazioni derivanti dalla richiesta di riconoscimento presso lo stato civile italiano, dello *status* di figlio riconosciuto non solo dal genitore biologico ma anche da quello cosiddetto intenzionale. Le ipotesi possono riguardare sia l'indicazione dei genitori nella redazione di un atto di nascita, sia la sua trascrizione se redatto all'estero, ipotesi nella quale le norme implicate – ed in particolare quelle riguardanti l'ordine pubblico – si riferiscono alla sfera non del diritto interno ma del diritto internazionale privato.

Le risposte date dai giudici di merito oscillano tra polarità diverse, stante la molteplicità di fattispecie che si prospettano alla loro attenzione: e stante, soprattutto, la diversità di visioni che informa il loro orientamento in una materia dal profilo etico così pronunciato.

Nel concreto, le fattispecie possono poi concernere casi di coppie di donne che siano entrambe partecipi biologicamente del progetto genitoriale oppure no, o di coppie maschili ricorse necessariamente alla maternità surrogata.

Si sprigiona, da questa complessità di situazioni, una galassia di problematiche nelle quali risulta assai difficile comporre un bilanciamento dei diritti in gioco: ed inevitabilmente questa matassa aggrovigliata è finita a più riprese al cospetto della Corte di Cassazione non meno che della Corte Costituzionale. Ci occuperemo qui degli approdi ultimi di questo percorso giurisprudenziale, colti nei passaggi essenziali.

I requisiti per accedere alle pratiche di PMA, prima di tutto. Qui la sentenza n. 23320 del 2021 ribadisce quanto già stabilito dalla legge e sottolineando come ipotesi diverse si pongano «in contrasto con l'art. 4, comma terzo, della legge n. 40 del 2004 e con l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentita al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto (cfr. Cass., Sez. I, 22/04/2020 n. 8029; 3/04/2020, n. 7668)». Nel caso qui trattato dalla Cassazione, si trattava di minore in possesso della cittadinanza italiana, essendo nato in Italia da madre italiana, per quanto concepito all'estero: ragione per la quale si escludeva, per ciò che concerneva l'atto di nascita con l'inclusione di un genitore intenzionale, qualsiasi ricorso alla nozione di ordine pubblico internazionale. Ed in ogni caso, la Cassazione evidenzia, in proposito, non solo la mancanza di contrasto con i principi sanciti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ma anche l'allineamento con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU). Essa, pur riconoscendo alla coppia omosessuale il diritto al rispetto della decisione di diventare genitore e del modo di diventarlo, ha escluso la possibilità «di ravvisare un trattamento discriminatorio nella legge nazionale che attribuisca alla procreazione medicalmente assistita finalità esclusivamente terapeutiche, riservando alle coppie eterosessuali sterili il ricorso alle relative tecniche (cfr. Corte EDU, sent. 15/03/2012, Gas e Dubois c. Francia), ed ha riconosciuto che in tale materia gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento, soprattutto con riguardo a quei profili in relazione ai quali non si riscontra un generale consenso a livello europeo...».

I diritti del minore, poi, per quanto nato in spregio di una norma che vieta il ricorso alla PMA per le coppie omosessuali.

A questo proposito, la sentenza n. 23319 del 2021 della Cassazione fa riferimento al principio fondamentale della prevalenza dell'interesse del minore che si sostanzia nel suo diritto a conservare lo *status* di figlio risultante da un atto validamente formatosi in un altro Paese. La madre biologica, inglese, unita civilmente con una compagna italiana, aveva fatto ricorso al seme di donatore per dar vita ad un progetto genitoriale condiviso dalla convivente che aveva avanzato la richiesta di riconoscimento di genitore intenzionale. E il giudice della legittimità accede a tale soluzione, «...non esistendo a livello costituzionale un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e anche di generare figli», e interpretando, a monte, il portato dell'art. 269 terzo comma c.c. su di un piano squisitamente probatorio: «la regola [per la quale] è madre soltanto colei che partorisce, non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale, ma è una norma

riguardante la prova della maternità, dalla quale non può desumersi un principio di ordine pubblico».

Tale conclusione non si pone in contrasto con una precedente sentenza della Cassazione a Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 08/05/2019, n. 12193) escludente il riconoscimento di un provvedimento straniero concernente l'accertamento del rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore intenzionale di nazionalità italiana. Qui, recita la sentenza 23319, l'esclusione si giustifica per il contrasto con l'art. 12 della legge 40/2004 che prevede il divieto della surrogazione di maternità. Tale principio viene «qualificato come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore». In sostanza, gli interessi da tutelare sono quelli del minore da un lato, e quelli in capo alla madre surrogata dall'altro: non entrando mai in gioco la nozione di famiglia e/o di natura.

Anzi, la già citata sentenza 23320 della Cassazione, facendo proprio il pronunciamento della Corte costituzionale n. 221 del 2019 afferma che «a fronte della possibilità, dischiusa dai progressi scientifici e tecnologici, di una scissione tra atto sessuale e procreazione, mediata dall'intervento del medico, spetta alla razionalità del legislatore la ponderazione degli interessi in gioco, escludendo comunque l'arbitrarietà o l'irrazionalità dell'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia *ad instar naturae* rappresenti, in linea di principio, il luogo più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato». La soglia giuridica di non valicabilità è dunque sancita dal rinvio alle disposizioni sul matrimonio contenute nell'art. 1 della legge 76 del 2016. Per esso, pur riconoscendo la dignità sociale e giuridica delle coppie formate da persone dello stesso sesso, non viene consentita loro la filiazione, sia adottiva sia per PMA. Questa norma di sbarramento non si percepisce tuttavia radicata in un universo di riferimento coeso e forte: anzi, il procedere dei giudici, sia di legittimità sia costituzionali, pare semplicemente prendere atto e arrestarsi semplicemente davanti alla percezione per la quale il comune sentire, in questa contingenza storica, non sia pronto per accogliere un salto di paradigma in ordine alla famiglia e all'ordine procreatico in essa insito e consolidato, sin qui, dall'ordinamento giuridico.

In questa sorta di sospensione, di un'attesa orfana di indicazioni forti – giustamente sollecitate al legislatore – è chiaro che la stessa legge 40/2004, lasciata in balia di un'interpretazione contraddittoria da parte delle corti di merito, rischia di sfrangiarsi e di frammentarsi nella sua fase applicativa, depotenziando così il suo senso complessivo. Su questo punto specifico si sofferma la Cassazione (Cass., Sez. I, 23/08/2021, n. 23321) in una sentenza nella quale viene respinto il ricorso volto a chiedere il riconoscimento come genitore intenzionale di una convivente che aveva dato il proprio consenso all'altra di procedere alla PMA tramite seme di donatore terzo. Essa ribadisce dapprima come la legge 40/2004 agli articoli 4 e 5 preveda solo il ricorso alla PMA in caso di patologie che impediscano la fertilità nell'intento di «garantire che il nucleo familiare scaturente dalla loro applicazione riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre»; per proseguire poi escludendo la desumibilità dall'art. 9 della legge medesima – astratto dal suo contesto – del principio per il quale basterebbe il dato volontaristico ed intenzionale del consenso ad un comune progetto procreatico per acquisire un ruolo genitoriale a prescindere da un legame biologico con il minore nato. Ma, più in generale, la Cassazione stigmatizza «l'arbitrario frazionamento della disciplina dettata dalla legge 40 del 2004», volto a distinguere le disposizioni che individuano i requisiti per l'accesso alla PMA da quelle volte a delineare lo stato giuridico del minore nato con l'aiuto di queste tecniche: proponendo, soprattutto con riferimento a quest'ultimo aspetto, interpretazioni svincolate dai principi ispiratori della medesima legge 40/2004 e orientate, viceversa, ad individuare «il fondamento di una nuova forma di filiazione, caratterizzata da uno statuto giuridico diverso da quella biologica e quella adottiva, ma produttiva dei medesimi effetti. Tale frazionamento si pone in contrasto con l'unitarietà della disciplina in esame...». Ed in riferimento ai tentativi di elusione e di superamento dei limiti entro i quali il ricorso alla PMA è consentito, i toni diventano molto fermi: «esso non può ritenersi

autorizzato dalla portata circoscritta delle sanzioni comminate dalla legge per l'inosservanza dei predetti limiti, la quale non esclude, al di fuori delle ipotesi espressamente previste, la necessità di un rapporto biologico, ai fini della costituzione del rapporto giuridico di filiazione tra il nato e colui che ha prestato il proprio consenso all'utilizzazione di dette tecniche».

##### 5. *La pretesa rilevanza totemica della formula “the best interests of the child” ed il bilanciamento di tale principio con l'intero quadro costituzionale*

In questo quadro di riferimento è evidente come le sollecitazioni che arrivano alla Corte costituzionale contengano aspettative dense di futuro e urgano alla coscienza sia individuale sia collettiva. Non c'è dubbio, infatti, che l'oggetto di cui ci stiamo occupando incarna un passaggio epocale; e, allo stesso tempo, è chiaro come la Carta costituzionale rappresenti il faro cui guardare, il documento che racchiude il patto sociale sul quale ancora continuiamo a costruire la nostra convivenza: l'insieme di quei principi condivisi attraverso i quali poter entrare nel futuro portando con noi la tavola valoriale che il passato ha consegnato nelle nostre mani. Affievolendosi progressivamente i legami di sangue che la famiglia garantiva nel loro trasmettersi attraverso un padre e una madre, la focale si stringe sul *best interest of the child* e sulla preoccupazione che non vi sia discriminazione, assicurandogli comunque una bigenitorialità: fondandosi sul dato, non di rado richiamato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità (ma non suffragato dal rinvio a fonti scientifico-statistiche che sostengano tale assunto) secondo il quale l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale né sul percorso educativo e di formazione della personalità (Cass., Sez. I, 11/01/2013 di cassazione, I, n. 601; Cass., Sez. I, 22/06/2016, n. 12962) (Franco 2013; Buzzelli 2014; Belletti 2015a; Belletti 2015b; Berloco 2016; Rivera 2016; Farina 2017; Troisi 2017). La mancanza di riscontri in questo senso – e non è lacuna di poco momento se rapportata proprio al *best interest of the child* – viene rilevata dalla Corte costituzionale in una recente sentenza (la n. 221 del 2019), laddove si recensisce un'indeterminatezza, al riguardo, tutt'altro che risolta: «...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» (Binda 2019; Recinto 2019; Berloco 2020; Del Corona 2020).

La stessa Corte, come ricordato, è intervenuta due volte, sul punto, nell'anno in corso, con due sentenze: la n. 32 e la n. 33 (D'Aloia 2021; Gorgoni 2021; Mannella 2021; Rivera 2021; Veronesi 2021). La prima si incentra sul preteso riconoscimento di genitorialità intenzionale a favore di una donna che aveva consentito il ricorso alla PMA della convivente, avvalendosi del seme di donatore.

A tale proposito, con ordinanza del 9 dicembre 2019, il Tribunale di Padova aveva sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 e 250 del Codice civile, in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, e agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

La ricorrente aveva convissuto con la bambina nata da tale pratica per quattro anni, e, pur avendo rotto la relazione con la madre genetica che aveva rifiutato il consenso nell'ipotesi di adozione, rivendicava la qualifica di genitore intenzionale. Tuttavia il giudice costituzionale, dopo aver menzionato l'indirizzo assunto dalla Corte EDU «che ha ripetutamente ricondotto all'art. 8 CEDU la garanzia di legami affettivi stabili con chi, indipendentemente dal vincolo biologico, abbia in concreto svolto una funzione genitoriale, prendendosi cura del minore per un lasso di tempo sufficientemente ampio... ed ha inoltre assimilato al rapporto di filiazione il legame esistente tra la madre d'intenzione e la figlia nata per procreazione assistita, cui si era sottoposta l'allora partner»

ed ulteriormente ribadito che l'elusione del limite stabilito dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, come già detto, «non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali», non se la sente, comunque, di saltare il fosso. Essa, peraltro, esclude – pur apprezzando lo sforzo della giurisprudenza di legittimità pronunciatisi in questo senso – l'applicabilità in questi contesti e per via estensiva dell'istituto dell'adozione non legittimante (art. 44 della legge 184 del 1983) al *partner* dello stesso sesso del genitore biologico del minore. Non solo perché esso presuppone il consenso di quest'ultimo – che nel caso di specie non esisteva, stante l'intervenuta crisi della coppia – ma perché non assicura, per sua stessa natura, la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante e non interrompe i rapporti con la famiglia di origine. Il portato di questo stato di cose si risolve in una condizione peggiore dei nati da PMA eterologa praticata da due donne dal momento che essi sono destinati, nella situazione attuale, ad essere incardinati nel rapporto con un solo genitore. E l'unica ragione discriminante consisterebbe nell'orientamento sessuale delle persone che avrebbero dato avvio al progetto procreatico: di qui l'assimilazione, operata dalla Corte costituzionale, dello *status* di questi soggetti alla pregressa condizione dei figli incestuosi (problema risolto dalla Corte costituzionale con sentenza n. 494 del 2002), cui era precluso il riconoscimento di figli unicamente in virtù della condotta dei genitori (Cicero 2003; Romagno 2003; De Grazia 2004; Panozzo 2004; Renda 2004; Zavaglia 2004).

Ma questa volta la stessa Corte non soccorre a colmare questo vuoto di tutela, anzi: «...un intervento puntuale di questa Corte rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato».

Al solo legislatore compete risolvere questo problema: disciplinando in maniera organica questa materia ed ovviando alla frammentarietà ed inadeguatezza della normazione, onde tutelare *the best interests of the child*. Si tratterebbe – imbecca la Corte un improbabile (sotto tutti i profili) legislatore – di introdurre una nuova tipologia d'adozione che assicuri la pienezza dei diritti connessi alla filiazione. Il protrarsi dell'inerzia del legislatore, biasima la Corte, «non sarebbe più tollerabile».

## 6. *Le esili colonne d'Ercole erette dalla Corte costituzionale e la perentoria chiamata in causa del legislatore*

A conclusione analoga, ma seguendo un diverso itinerario, approda anche la citata sentenza, “gemella” per così dire, n. 33.

Qui l'eccezione di costituzionalità era stata invece sollevata dalla prima sezione civile della Corte di Cassazione in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 8 della CEDU, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE). Le questioni di legittimità costituzionale riguardavano in particolare l'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 (*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*) e dell'art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127*), «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 gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d'intenzione non biologico».

Il caso di specie riguardava una coppia omosessuale maschile che aveva dato origine ad un cosiddetto progetto genitoriale al quale uno dei due aveva fornito i propri gameti uniti nella fecondazione in vitro con l'ovocita di una donatrice: l'embrione risultante era poi stato trasferito nell'utero di una madre surrogata. Il bambino così concepito era nato in Canada, Paese nel quale i

due uomini si erano uniti in matrimonio, con relativa trascrizione in Italia. L'atto di nascita, redatto in Canada, menzionava come genitore solo la figura del donatore. La Corte suprema della *British Columbia* – adita dalla coppia – aveva sancito che entrambi i ricorrenti dovevano figurare come genitori del bambino, ordinando la rettifica del medesimo atto di nascita. Impugnando in appello il rifiuto di trascriverlo in Italia, essi avevano ottenuto una sentenza favorevole da parte della Corte d'Appello di Venezia, finita in Cassazione ove era ricorsa l'Avvocatura dello Stato. Nel frattempo, già era intervenuta la sentenza delle Sezioni Unite civili n. 12193, del 8 maggio 2019, per la quale non può essere accolto nel nostro ordinamento un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il genitore “d'intenzione”. E ciò per effetto del divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità contenuto nell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004: esso è infatti qualificabile come principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione (Feraci 2019; Ferrando 2019; Liberali 2019; Winkler 2019; Angelini 2020).

Proprio della compatibilità di questo assunto con le previsioni costituzionali dubitava la prima sezione civile della Cassazione, risolvendosi a chiedere alla Corte costituzionale di pronunciarsi: eccependo, tra gli altri motivi, il carattere non vincolante del parere consultivo richiesto dalla Francia e reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 10 aprile 2019, ampiamente citato nell'ordinanza di rimessione.

Tale parere, richiama tuttavia il giudice delle leggi, ha comunque ispirato una linea giurisprudenziale nutrita da una serie di pronunce successive da parte della Corte EDU: l'ultima delle quali (sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia) ha stabilito due principi assai rilevanti. Il primo, richiamando il divieto di maternità surrogata, stabiliva come la differenza di trattamento tra i minori francesi nati all'estero a seguito del ricorso a maternità surrogata e gli altri minori francesi nati all'estero per quel che concerne il riconoscimento dei legami di filiazione con la loro madre genetica sia basato su di una giustificazione obiettiva e ragionevole; il secondo statuiva che l'interesse del minore fosse sufficientemente tutelato dalla possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione, fugando il timore che possa sussistere, al proposito, una violazione degli articoli 8 e 14 CEDU.

Sul punto focale rappresentato dal divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità, la Corte costituzionale non ha alcun tentennamento: e richiama una propria sentenza (la n. 272 del 2017) nella quale si afferma a chiare lettere come la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», aprendo ad un «...rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate...», condizionando «pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita» (Angelini 2018; Schillaci 2018; Cecchini 2019). Ed è proprio sulla scorta di queste preoccupazioni che il Parlamento europeo ha condannato «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali» nella propria Risoluzione del 13 dicembre 2016<sup>3</sup>. Anche laddove si dovesse gabellare, sotto le mentite e nobili spoglie della “generosità” umana, un prestito d'utero aggirando la finalità commerciale semplicemente mascherandola con un “mero” rimborso spese.

Posto questo punto fermo, la Corte indirizza la propria attenzione sul bambino, comunque nato, nei suoi rapporti con la coppia (di cui uno solo risulta essere genitore biologico): tenendo conto che la salvaguardia dei “migliori interessi” del minore – secondo la formula espressa nella Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959 – deve essere la stella polare che guida il ragionamento.

Per esso il fulcro si sposta da una pretesa di genitorialità, all'interesse del minore a vedere affermata in capo a chi ha partecipato al “varo”, per così dire, del processo procreatico, «la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali». E ciò perché questi legami

---

<sup>3</sup> Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015* (2016/2009(INI)), par. 82.

farebbero «parte integrante della stessa identità del bambino (Corte EDU, sentenza 26 giugno 2014, Mennesson contro Francia, paragrafo 96), che vive e cresce in una determinata famiglia, o comunque – per ciò che concerne le unioni civili – nell’ambito di una determinata comunità di affetti...». In questo senso, l’interesse del minore non potrebbe ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore biologico. Di qui – richiama la Corte – genera l’indirizzo della giurisprudenza EDU per la quale è necessario che «i bambini nati mediante maternità surrogata, anche negli Stati che vietino il ricorso a tali pratiche, ottengano un riconoscimento giuridico del “legame di filiazione” (*lien de filiation*) con entrambi i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita, e che se ne sia poi presa concretamente cura (sentenza Mennesson contro Francia, paragrafo 100; sentenza D. contro Francia, paragrafo 64)».

Ma anche in questa seconda sentenza, arrivata al punto, la Corte costituzionale si ritrae, decidendo di non attraversare il Rubicone. La trattiene, nel bilanciamento degli interessi, la considerazione che quello del bambino non può essere «automaticamente» considerato prevalente, travolgendo «lo scopo legittimo perseguito dall’ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore». E di tale finalità si fanno carico le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, nella già citata sentenza n. 12193, del 8 maggio 2019, allorché negano la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo *status* di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità senza però fornire i propri gameti.

E la tutela del bambino?

Essa dovrà essere assicurata attraverso un procedimento d’adozione «effettivo e celere»: da parte del genitore intenzionale, così come previsto nei casi particolari di cui all’art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184.

Certo questa forma di tutela degli interessi del minore non appare ancora adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati, dal momento che essa non attribuisce la genitorialità all’adottante e richiede il necessario assenso del genitore “biologico” che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia: situazioni, come abbiamo già visto, tutt’altro che rare.

Ma tale adeguamento dell’ordinamento alle esigenze dei bambini nati da maternità surrogate, questo difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica e l’imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori – ed eccoci di nuovo al punto – spetta al legislatore.

Così infatti, dichiarando l’inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale poste, conclude la Corte costituzionale: «Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all’attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore».

A ben vedere, due sono le colonne d’Ercole dinanzi alle quali si ferma la Corte costituzionale: la prima riguarda le remore ad abbandonare la boa rappresentata dal legame genetico tra genitore e figlio, la cui recisione obbliga ad una nuova definizione dei rapporti genitoriali e, al fondo, ad un definitivo superamento dell’idea di famiglia così come concepita dalla nostra cultura di provenienza. Tale opzione implica infatti, *a fortiori*, un congedo conclamato da quell’idea di natura posta sin qui a fondamento della nostra civiltà. Una pagina che, evidentemente, la Corte non si sente adeguata a girare: di qui il rinvio della palla al legislatore.

Il secondo, concerne la qualificazione penale, ad oggi vigente nell’ordinamento italiano, del ricorso alla maternità surrogata: la quale, abbiamo visto, integra un principio di ordine pubblico non preteribile. Ulteriormente, essa corrobora, diremmo per definizione, una nozione di PMA non già intesa come rimedio all’infertilità, ma come apertura iperumana ad un diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso: diritto che la stessa Corte, nelle sentenze n. 230/2020 e n. 32/2021, espressamente esclude (Apostoli 2020; Talini 2020; Berloco 2021; Olivito 2021).

Queste colonne d'Ercole appaiono, nella filigrana dei ragionamenti condotti dalla Corte, in verità assai esili: al di là di tali baluardi, infatti, si scorge già il mare aperto di un nuovo principio di civiltà che, proprio nella disarticolazione della famiglia in una comunità affettiva temporanea e nel taglio definitivo del nodo che ha legato sin qui indissolubilmente sessualità e procreazione, individua il bastione decisivo da espugnare.

Tutto sembra premere in quella direzione: ma la Corte correttamente ritiene che di questo cambio di passo si debba discutere in sede politica, affidando al confronto democratico, e per esso all'intera comunità, scelte di così rilevante significato.

### 7. Le “picconate” della giurisprudenza di merito e la fatale attrazione del politically correct: l'exasperazione dei diritti soggettivi

Nondimeno, in questa grande indeterminatezza di fondo e nei varchi lasciati incustoditi, si espande un diritto vivente multiforme e contraddittorio, che sempre più assume come unico *thema decidendum* – pur dando per scontata l'illiceità dell'accesso alla PMA di una coppia omosessuale e con buona pace dei bilanciamenti operati dalla Corte costituzionale (e, in parte, dalla Corte di Cassazione) che dovrebbero viceversa fungere da pietre miliari – un'interpretazione della legislazione vigente orientata unicamente alla tutela del nato, cercando, con una creatività del tutto discutibile, una possibile *concordia discordantium canonum* tra questa urgenza e i precetti costituzionali.

Così, solo nove giorni dopo le due sentenze “gemelle”, il Tribunale di Bolzano emette un decreto con il quale si riconosce la genitorialità intenzionale di una donna che ha contribuito, per quanto non in via biologica, ad un progetto procreatico condiviso; un decreto di segno contrario viene invece emanato dal Tribunale di Pisa il 6 maggio 2021, preceduto, a sua volta, da un decreto della Corte d'Appello di Cagliari, prima sezione civile, del 29 aprile 2021, sul quale, per un breve momento, vale la pena soffermarsi (Gattuso 2021). *In primis* è da notare come lo spazio interpretativo necessariamente lasciato dal giudice delle leggi per le ragioni sopra descritte venga prontamente occupato dal giudice di merito, che si muove con solerzia e senza indugio nella direzione di dare un rilievo giuridico alla genitorialità sociale. Essa viene fondata «su intenzioni, volontà e consenso a cui il legislatore riconosce ampio valore»: perciò, se ne conclude, l'acquisto dello *status* di genitore è fondato sull'intenzione di diventarlo. Di più: quel consenso è stata la causa del concepimento e della nascita, è con esso che il genitore ha assunto la responsabilità nei confronti del prima (biologicamente da altri) concepito e poi nato; ed esso può essere contestato solo dimostrando che mancava (argomentazione sostenuta dal richiamo alle sentenze della Cassazione n. 13000/2019 e n. 30294/2017) (Casaburi 2019; Figone 2019; Giunchedi 2020). In questa logica la filiazione dipende, curiosamente come nella costruzione del matrimonio canonico, dal momento del consenso iniziale, e prescinde definitivamente, viceversa, da qualsiasi concetto di consumazione. Fuor di metafora, sparisce totalmente il corpo dalla determinazione procreatica e possiamo dunque affermare che *solus consensus facit filium*: e tale interno volere è presunto, con un'inversione evidente dell'onere della prova, finché non si dimostri il contrario.

Tradotto in altri termini, conta solo la volontà unilaterale soggettiva (e la determinazione feroce) di essere genitore, svincolata da qualsiasi impegno ad avere rapporti di coppia stabili, nei quali poter dar corso ad un plausibile percorso educativo. Anzi, per il giudice cagliaritano è assodato esattamente il contrario: «La rottura della relazione sentimentale dei componenti della coppia genitoriale... non può e non deve essere letta nei termini di un fallimento del progetto di genitorialità condivisa, progetto che, superando quelle iniziali situazioni di conflittualità che caratterizzano ogni separazione, dovrà essere comunque attuato. Sotto questo profilo la contrapposizione tra madre biologica e madre intenzionale non può rilevare ai fini della presente decisione». Persino la dimensione genitoriale rientra ormai in una pura volizione soggettiva, trasformando il nato, usando il linguaggio cinematografico di Buñuel, in un semplice ed oscuro

oggetto del desiderio. Sin qui la Corte d'Appello di Cagliari, cui fa recentissimamente eco il decreto del 9 novembre ultimo scorso con cui il Tribunale di Milano ha ordinato al competente Ufficiale dello stato civile del capoluogo lombardo di trascrivere integralmente, nei relativi registri, gli atti di nascita di due bambine nate negli USA attraverso il ricorso alla maternità surrogata e risultanti figlie di due padri (Melley 2021). Certo, lo abbiamo già rilevato, la giurisprudenza è altalenante: ed è pure vero che esistono segnali politico-istituzionali di diverso segno: giova qui ricordare come il Parlamento europeo, ancora con una risoluzione del 17 dicembre 2015, abbia condannato la maternità surrogata osservando che «compromette la dignità della donna, dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce»<sup>4</sup>.

#### 8. *Oltre ad instar naturae: la tolleranza repressiva come cieca porta d'ingresso (o cavallo di Troia?) di un mondo nuovo*

Alcune riflessioni, tuttavia, si impongono.

Intanto qualche notazione sul terreno previo del linguaggio.

Il modo con il quale si perimetra ormai il tema della procreazione, ha assunto – ed hanno trovato cittadinanza nella cittadella del diritto - i toni della tecnica ingegneristica. Ci si riferisce con naturalezza ad un “progetto genitoriale”, come se si trattasse dell'apertura di un cantiere. E, a ben pensarci, un po' è proprio così. La segmentazione del processo procreativo passa da diversi stadi che vanno medicalmente e finanziariamente ingegnerizzati e pianificati. Ed anche il diritto si attrezza a seguire le varie fasi in cui si articola il progetto: la scissione oramai avvenuta tra il desiderio e l'intenzione di diventare genitore ed il legame biologico porta necessariamente alla contrattualizzazione dei diversi stadi di avanzamento.

Ciò pone inevitabilmente in primo piano la determinazione soggettiva di due persone non necessariamente legate da un rapporto di stabilità giuridica in cui diritti e doveri sono codificati e garantiti dall'ordinamento: l'orizzonte temporale coincide con la volontà immediata di dar vita ad un progetto genitoriale, dove l'intenzione fonda l'impegno. Ed è una volontà che non tollera ostacoli né divieti, come quelli contenuti espressamente nella legge 40 del 2004. La sua affermazione avviene così al di fuori dei confini del diritto: implicando poi, necessariamente, la strumentalizzazione del frutto di quel progetto messo in campo, il nato, per rientrarsi. Il diritto allora, già da tempo orfano della giustizia, è invocato a gran voce per tutelare *the best interests* del bambino, che guarda caso e *nullo medio* vanno a coincidere – in molti provvedimenti giudiziali – con l'interesse ad avere, sempre e comunque, una doppia genitorialità, biologica ed intenzionale. La logica è quella, evidentemente, del piede nella porta, del fatto compiuto: un bimbo comunque c'è e non possiamo, valori costituzionali alla mano, che tutelarlo. In realtà, la socialità nella quale siamo immersi è contraddistinta, come sintetizzava con un'espressione efficace Bauman, dalla liquidità: dalla difficoltà, cioè, di accettare impegni di lungo periodo, che investano un tempo che non sia quello dello slancio sentimentale, il quale pretende di essere soddisfatto immediatamente (Bauman 2006, 41 ss.). Da qui deriva la crisi dell'istituto matrimoniale e l'affermarsi, proprio per la loro libertà di approccio, di costituzione e di soluzione, dalle semplici unioni, civili o di fatto. Non deve quindi stupire se il dato giurisprudenziale registra, statisticamente, come abbiamo visto, una percentuale elevata di coppie che danno origine ad un progetto genitoriale, realizzato il quale, entrano in crisi e si dividono; rivendicando comunque in sede giudiziale, il genitore intenzionale, il diritto ad una genitorialità in contrapposizione, anche processuale, con il genitore biologico: il quale scongiura questa ipotesi giudicandola pericolosa per il bambino. Da nessuna parte si fa più riferimento alla necessaria, certo tendenziale, stabilità della coppia come fattore educativo necessario: ritenendo preferibile – agitando la bandiera del *best interest of the child*, ma soddisfacendo in verità un diritto unilaterale alla genitorialità peraltro negato, come abbiamo

---

<sup>4</sup> Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2015 sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia* (2015/2229(INI)), par. 115.

constatato, dalla Corte costituzionale – una doppia genitorialità riottosa e conflittuale ad una unigenitorialità biologica. Il rischio implicito è che l'interesse del minore diventi quindi la coperta corta da stratonare per imporre un proprio desiderio che ambisce ad essere riconosciuto come diritto: fatto poi salvo il caso che entrambi i genitori, il biologico e l'intenzionale – come racconta un recente e triste fatto di cronaca – ritornino sulla loro determinazione, abbandonando così, senza preavviso, l'oscuro oggetto del desiderio ad una tata, non sentendosi più di assumere un impegno rivelatosi troppo gravoso (Martinenghi 2021).

Ma non è certo su questa fragilità umana – per quanto elemento assai incidente e da tenere in considerazione – che possiamo basare un ragionamento ultimo: sarebbe semplificatorio e fuorviante, oltretutto disonesto intellettualmente.

Il problema, a nostro avviso, è altro e diverso: e genera dall'avvenuta reificazione della vita persino nella sua fase prima. Le parole rivelano un mondo: il “progetto procreatico”, una volta pianificato dalla mera intenzionalità e varato dalla consensualità, si ri(con)duce ad un protocollo medico-burocratico, alla sua essenzialità ingegneristica, checché ne sia poi della genitorialità e della comunità affettiva nel quale è destinato ad innervarsi. Non è cosa, quest'ultima, che interessi alla logica inaugurata dal dominio tecnico, che spinge in maniera irresistibile in questa direzione: perché, semplicemente, è, di prospettiva, la più funzionale e controllabile. La procreazione viene così liberata dalle variabili incerte e vaghe dell'amore e della sua casualità: trasformando da un lato la sessualità in pura fruizione erotica di sé e degli altri come aveva preconizzato con largo anticipo De Sade, e trasferendo al contempo la procreazione, orfana del corpo, nel grembo più prevedibile e sicuro delle tecnoscienze biomediche. Qui, di prospettiva, tutto è più programmabile, verificabile *step by step* con controlli di qualità che evitino disdicevoli imperfezioni finali, e riportabile ai *desiderata* della committenza: essendo noto come ormai sia possibile scegliere, nel confezionare un essere umano, una serie di variabili che ne segneranno il destino: dal colore degli occhi, al genere, ad alcune attitudini e inclinazione del carattere<sup>5</sup>. Ma i tempi non sono ancora del tutto maturi: e a costruire il necessario consenso è volto l'universo, complice, della comunicazione. Così, in primo piano campeggiano le battaglie di libertà di *star* della musica e divi del cinema, non meno che di politici noti, pronti a sfidare i rigori occhiuti e retrogradi del diritto per sostenere, in tutta la sua estensione possibile, la sfera dei diritti soggettivi che non possono subire compressione alcuna. Anche per questa via si sta così affermando quella tolleranza repressiva, già intravista da Herbert Marcuse, per la quale il controllo sociale passa proprio attraverso la liberalizzazione di tutti i comportamenti da ogni trasgressività: omologando e indirizzando, proprio in nome di una libertà assoluta finalmente conquistata, verso quelli ritenuti più funzionali. (Marcuse 1968) Gli indicatori del gradimento si stanno spostando in fretta, così come la percezione di questo fenomeno che si va “normalizzando” nel suo diventare *trendy* e, ormai, oggetto routinario di dibattito nell'opinione pubblica non meno che nei *talk show*. Ed è a queste latitudini che il retroterra del diritto, da sempre proiezione di una sostanza antropologica, mostra i suoi limiti e le sue fragilità: che si rivelano sia nei timidi ancoraggi ai quali la Corte costituzionale affida la resistenza dei paletti di confine che pure non rinuncia a piantare, sia nella fuga in avanti del cosiddetto diritto vivente, pur animato dalle buone intenzioni – di cui gli facciamo credito – di aprire, finalmente, una via di transito compatibile con il nostro ordinamento giuridico, verso un nuovo mondo.

Perché proprio di questo si tratta: il cambio di paradigma antropologico inaugurato dalla signoria tecnica si annuncia qui in forte discontinuità con il passato (Severino 2009, *passim*). Non sfugge a tratti – almeno ad un orecchio attento – un velo d'imbarazzo in alcuni passaggi di ragionamenti giudiziari piegati ad interpretare novità così dirompenti alla luce di una armonizzazione con principi costituzionali che riflettono una realtà fattuale ed una sensibilità sociale ormai enormemente distanti dallo spirito di quel patto fondativo.

---

<sup>5</sup> Queste derive erano già tutte anticipate nel libro di Testart 1988, 102 ss. Anche per questi motivi, come ho avuto modo di capire nel corso di una conversazione personale molto risalente, Jacques Testart, “padre” per così dire di Amandine, prima bambina PMA francese, ha deciso di abbandonare la ricerca scientifica.

È il cordone ombelicale con la nostra stessa cultura di provenienza che si sta sfilacciando, dinanzi alla spinta poderosa verso un'organizzazione planetaria del tutto inedita. Siamo in una fase che potremmo definire come “prove tecniche di trasmissione” e che evoca all'orecchio una citazione di Paul Valéry, che così scriveva già nel 1912: «Una certa confusione regna ancora, ma ancora un po' di pazienza e tutto si chiarirà: vedremo infine apparire il miracolo di una società animale, un perfetto e definitivo formicaio» (Valéry 1994, 33). Se questa è la posta in gioco, bene fa la Corte costituzionale a chiamare in causa il legislatore: perché la decisione sulla direzione di marcia qui non può essere riservata alla funzione creativa di una magistratura che si senta depositaria delle nostre magnifiche sorti e progressive. Se dobbiamo entrare in un nuovo mondo, entriamoci, come ci indica Marguerite Yourcenar (Yourcenar 1988, 276), ad occhi bene aperti: e chiamando le cose, aggiungiamo noi, col loro nome.

Andrea Zanotti  
 Dipartimento di Scienze Giuridiche  
 Alma Mater Studiorum Università degli Studi di Bologna  
 Via Zamboni, 27/29 – 40126 Bologna  
 andrea.zanotti@unibo.it

#### Riferimenti bibliografici

- Angelini, Francesca. 2018. «Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca». *Costituzionalismo.it*, 2018, 148-177.
- Angelini, Francesca. 2020. «L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di Cassazione fanno il punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza». *Osservatorio costituzionale*, 2020, 185-211.
- Angiolini, Chiara. 2016. «La rettificazione del sesso alla luce della recente giurisprudenza dei Giudici di Legittimità». *Famiglia*, 2016, 146-159.
- Angiolini, Chiara. 2017. «Transessualismo e identità di genere. La rettificazione del sesso fra diritti della persona e interesse pubblico». *Europa e diritto privato*, 2017, 263-298.
- Apostoli, Adriana. 2020. «La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile». *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 2760-2768.
- Bauman, Zygmunt. 2006. *Amore liquido. Sulla fragilità dei legami affettivi*, trad. di S. Minucci. Bari: Laterza.
- Belletti, Michele. 2015a. «La sollecitazione del “fatto” nella conformazione delle unioni di persone dello stesso sesso». *Percorsi costituzionali*, 2015, 193-210.
- Belletti, Michele. 2015b. «Le unioni di persone dello stesso sesso – in attesa di un intervento legislativo – tra giurisprudenza costituzionale, dei giudici comuni e della Corte europea dei diritti dell'uomo». *Ephemerides iuris canonici*, 2015, 426-466.
- Berloto, Donato. 2016. «Adozione di minori in casi particolari da parte di coppia omosessuale. Legge n. 76 del 20 maggio 2016 e pronuncia della Cassazione n. 12962 del 22 giugno 2016». *Lo stato civile italiano*, 2016, 6-11.
- Berloto, Donato. 2020. «Corte Costituzionale. Sentenza n. 221 del 23 ottobre 2019. Fecondazione assistita per coppie dello stesso sesso. Legittimo il divieto». *Lo stato civile italiano*, 2020, 6-11.

- Berloco, Donato. 2021. «Figlio di due donne nato in Italia. Inammissibilità. Ulteriore conferma della Corte Costituzionale. Sentenza n. 230 del 4 novembre 2020». *Lo stato civile italiano*, 2021, 6-12.
- Binda, Marina. 2019. «Sul diritto alla felicità e dintorni. Note a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 221 del 23 ottobre 2019». *Cultura e diritti*, 2019, 37-50.
- Buzzelli, Dario. 2014. «Convivenza omosessuale del genitore, affidamento ed educazione del minore». *Il corriere giuridico*, 2014, 1528-1537.
- Casaburi, Geremia. «Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente». *Il foro italiano*, 2019, I, 2003-2024.
- Cecchini, Stefania. 2019. «Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale». *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 329-349.
- Cicero, Cristiano. 2003. «Il problema della filiazione incestuosa (osservazioni a margine di Corte Cost. 494/2002)». *Rivista giuridica sarda*, 2003, 851-870.
- D'Aloia, Antonio. 2021. «Essere genitori. Tra limiti legislativi e interessi (fondamentali) del minore». *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, 73-91.
- Dalla Torre, Giuseppe. 2012. *Veritas non auctoritas facit matrimonium*, in *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet*, a cura di G. Dalla Torre, C. Gullo e G. Boni. Città del Vaticano: Libreria editrice vaticana, 211-222.
- De Grazia, Luciana. 2004. «I diritti dei “figli incestuosi” al vaglio della Corte Costituzionale. Osservazioni a margine della sentenza n. 494/2002». *Giurisprudenza italiana*, 2004, 15-18.
- Del Corona, Lavinia. 2020. «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*, 2020, 227-247.
- De Sade, Donatien-Alphonse-François. 1997<sup>5</sup>. *La filosofia nel boudoir*, in Id., *Opere*, a cura di P. Caruso, prefazione di A. Moravia. Milano: Mondadori, 27-237.
- Farina, Marco. 2017. «Same-Sex Adoptions: The Italian Case». *The Italian Law Journal*, 2017, 207-219.
- Feraci, Ornella. 2019. «La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte di cassazione (sez. un. civ.), n. 12193/2019: tra “costituzionalizzazione attenuata” e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore». *Rivista di diritto internazionale*. 2019, 1137-1151.
- Ferrando, Gilda. 2019. «I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico». *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, 815-821.
- Figone, Alberto. 2019. «Revoca del consenso alla fecondazione eterologa». *Famiglia e diritto*, 2019, 22-24.
- Franco, Luigi. 2013. «Il “gesto di Ettore”: dalla tradizione al cambiamento antropologico. Coppie omosessuali tra affidamento e adozione». *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 506-522.
- Gattuso, Marco. 2021. «Cagliari e Roma: le prime due decisioni dopo le sentenze della Corte costituzionale». *articolo29. Famiglia, orientamento sessuale, identità di genere* ([www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)), 5 maggio 2021.
- Giunchedi, Diletta. 2020. «La procreazione assistita *post mortem* tra responsabilità procreativa e *favor stabilitatis*». *Famiglia e diritto*, 2020, 39-47.
- Gorgoni, Antonio. 2021. «Diritti e principi a proposito dello stato di figlio da procreazione medicalmente assistita». *Persona e mercato*, 2021, 295-322.
- Greco, Vincenzo. 2016. «Mutamento di sesso senza costringimento ai bisturi». *Studium iuris*, 2016, 400-407.
- Grisi, Giuseppe. 2019. «Sesso e genere: una dialettica alla ricerca di una sintesi». *Rivista critica del diritto privato*, 2019, 255-299.

- Guarini, Cosimo Pietro. 2018. «“Maschio e femmina li creò”... o, forse, no. La Corte costituzionale ancora sulla non necessità di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso». *federalismi.it*, 2018, 1-40.
- Liberali, Benedetta. 2019. «Il divieto di maternità e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?». *Osservatorio costituzionale*, 2019, 197-219.
- Lipari, Nicolò. 1996. *Il matrimonio*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di A. Belvedere e C. Granelli. Padova: Cedam, 1-23.
- Mannella, Federica. 2021. «Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di “nati non riconoscibili”. Nota alla sentenza n. 32 del 2021 della Corte costituzionale». *Nomos. Le attualità del diritto*, 2021, 1-10.
- Marcuse, Herbert. 1968. *L'uomo a una dimensione*. Torino: Einaudi.
- Martinenghi, Sarah. 2021. *La mamma mancata di Luna, bimba abbandonata in Ucraina. “Che c'entro con lei? Non me la sento di crescerla”*, in *la Repubblica Torino* (<https://torino.repubblica.it>), 14 novembre 2021.
- Melley, Massimiliano. 2021. *Figli di due padri, il Tribunale ordina al Comune di trascriverli: secondo caso in pochi giorni*, in *MilanoToday* ([www.milanotoday.it](http://www.milanotoday.it)), 10 novembre 2021.
- Olivito, Elisa. 2021. «(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga». *Osservatorio costituzionale*, 2021, 137-153.
- Palazzani, Laura. 2011. «Gender: presupposti filosofici e implicazioni giuridiche». *Cuadernos Kóre. Revista de historia y pensamiento de género*, 2011, 30-58.
- Panozzo, Rober. 2005. «La filiazione incestuosa tra inerzia del legislatore e interventi della Consulta (Nota a Corte Costituzionale 28 novembre 2002, n. 494)». *Lo stato civile italiano*, 2005, 88-95.
- Patti, Salvatore. 2015. «Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass., 20.7.2015, n. 15138». *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 643-651.
- Posteraro, Nicola, 2016. «Identità di genere, transessualismo ed effettività del diritto alla salute in Italia». *Diritto e società*, 2016, 736-805.
- Posteraro, Nicola. 2017. «Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari: riflessioni sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale». *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2017, 1349-1374.
- Recinto, Giuseppe. 2019. «La legittimità del divieto per le coppie *same sex* di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”». *Il corriere giuridico*, 2019, 1466-1472.
- Renda, Andrea. 2004. «Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza n. 494/2002 della Consulta». *Famiglia e diritto*, 2004, 96-104.
- Rivera, Ilaria. 2016. «L'adozione coparentale da parte del genitore sociale nella prospettiva della tutela del “*best interest of the child*”». *federalismi.it*, 2016, 1-18.
- Rivera, Ilaria. 2021. «Le ragioni del pluralismo e della complessità. La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla legge n. 40 in materia di procreazione medicalmente assistita». *Osservatorio costituzionale*, 2021, 336-355.
- Romagnolo, Giuseppe Werther. 2003. «La successione dei figli privi di stato alla luce di una recente sentenza della Corte Costituzionale». *Rivista di diritto civile*, 2003, 567-605.
- Schillaci, Angelo. 2018. «Oltre la “rigida alternativa” tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale». *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 385-393.
- Serio, Mauro. 2018. «Conditions of the recognition of the civil status of transexual and transgender people». *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2018, 473-491.

- Severino, Emanuele. 2009. *Il destino della tecnica*. Milano: Rizzoli.
- Talini, Silvia. 2020. «Unioni civili, omogenitorialità e Costituzione: tra discrezionalità legislativa e (altri) margini giurisprudenziali». *Diritto e società*, 2020, 895-934.
- Testart, Jacques. 1988. *L'uovo trasparente*, prefazione di M. Serres. Milano: Bompiani.
- Troisi, Claudia. 2017. «Dall'adozione in casi particolari alla tutela della coppia omoaffettiva». *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2017, 578-596.
- Valéry, Paul. 1994. *La crisi del pensiero e altri saggi quasi politici*, ed.it. a cura di S. Agosti, trad. di N. Agosti. Bologna: il Mulino.
- Veronesi, Paolo. 2021. «Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale». *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, 483-504.
- Winkler, Matteo. 2019. «A Tale of Two Fathers». *The Italian Law Journal*, 2019, 359-387.
- Yourcenar, Marguerite. 1988. *Memorie di Adriano*. Torino: Einaudi.
- Zanniello, Giuseppe. 2016. «L'integrazione dei compiti della madre e del padre nell'educazione dei figli e delle figlie». *Rivista italiana di educazione familiare*, 2016, 145-161.
- Zanotti, Andrea. 2007. *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*. Torino: Giappichelli.
- Zanotti, Andrea. 2015. «L'idea di natura, il diritto canonico e lo specchio infranto della sessualità umana. Riprendendo, un quarto di secolo (o qualche era geologica?) dopo un dialogo mai interrotto con Giuseppe Caputo». *Daimon. Diritto comparato delle religioni*. Numero speciale della Rivista *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2015, 9-44.
- Zavaglia, Daniela. 2004. «Filiazione incestuosa: riconoscimento e dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale». *Il nuovo diritto*, 2004, 947-958.