

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*

di Lavinia Del Corona – Dottoressa di Ricerca in Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Milano

ABSTRACT: The paper analyses Constitutional Court's decision no. 221 of 2019, which ruled out the constitutional illegitimacy of the prohibition for same-sex female couples to have access to medically assisted procreation. The author highlights how certain elements of the ruling seem to be in discontinuity with previous rulings on medically assisted procreation, in particular with regard to the constitutional relevance of procreative needs. The paper also reflects on the impact that any development of scientific knowledge in this field may have on the discipline in question.

SOMMARIO: 1. Le questioni sottoposte alla Corte – 2. Lo sviluppo tecnico e la tutela dei diritti: quale spazio per la discrezionalità legislativa? – 2.1. La PMA: nuovi interessi costituzionalmente rilevanti ed esigenze di tutela del nascituro – 3. Sulla finalità terapeutica della PMA – 3.1. La duplice rilevanza del diritto alla salute – 4. Sulla garanzia delle migliori condizioni “di partenza” per il nascituro. La valutazione scientifica sottesa alla scelta legislativa necessita di essere comprovata? – 5. Possibili scenari futuri in materia di PMA e di adozione

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. Le questioni sottoposte alla Corte

La sentenza in commento si aggiunge a un'ormai lunga serie di pronunce della Corte costituzionale aventi ad oggetto le disposizioni della legge n. 40 del 2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita). La Corte è stata infatti nel tempo più volte chiamata ad intervenire in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA) e, accogliendo molte delle questioni sottoposte al suo scrutinio, ha determinato una progressiva rimodulazione della disciplina in materia. Nel caso di specie, qualora la Corte avesse accolto le questioni sollevate dal Tribunale di Pordenone e dal Tribunale di Bolzano si sarebbe addirittura determinato un vero e proprio stravolgimento delle scelte di fondo operate dal legislatore del 2004. Così non è però stato, avendo la Corte deciso nel senso dell'infondatezza delle questioni sottoposte.

I due giudici rimettenti avevano sollevato questioni analoghe, sorte nell'ambito di procedimenti cautelari, promossi *ex art. 700 del c.p.c.*, da coppie di donne, parti di un'unione civile, in seguito al rifiuto opposto dalle Aziende sanitarie locali alla loro richiesta di accesso alla PMA. I dubbi di legittimità costituzionale attenevano in particolare le norme della legge n. 40 del 2004 che non consentono l'accesso alla PMA alle coppie formate da persone dello stesso sesso¹ e che, di riflesso, sanzionano chiunque applichi tali tecniche a persone dello stesso sesso.

Entrambi i giudici rimettenti ritenevano suddetti articoli potenzialmente contrastanti con una serie di parametri costituzionali.

In primo luogo, si è prospettato un contrasto con l'art. 2 Cost., che tutela ogni formazione sociale idonea a consentire lo sviluppo della persona, tra cui anche l'unione civile tra persone dello stesso sesso. In secondo luogo, i giudici rimettenti reputavano violato sotto molteplici profili l'art. 3 Cost., sostenendo che la disciplina in questione avesse effetti discriminatori in quanto generatrice, da un lato, di una non giustificata disparità di trattamento, sotto il profilo della possibilità di accedere alla PMA, tra coppie di persone dello stesso sesso unite civilmente e coppie di persone di diverso sesso unite in matrimonio, e, d'altro lato, in quanto determinante anche una discriminazione tra

¹ Mentre il Tribunale di Bolzano aveva espressamente limitato il *petitum* alle coppie omosessuali femminili, il Tribunale di Pordenone aveva invece chiesto l'ablazione in modo indifferenziato del requisito della diversità di sesso, coinvolgendo così apparentemente anche le coppie omosessuali maschili. Nella sentenza la Corte ha tuttavia ritenuto che dal tenore complessivo dell'ordinanza di rimessione emergesse che anche le censure del Tribunale friulano fossero da intendersi limitate alle coppie formate da sole donne.

coppie omosessuali abbienti, che dispongono delle risorse economiche necessarie per recarsi in Stati in cui è loro consentito l'accesso alla PMA e coppie invece prive di mezzi economici sufficienti a consentire loro di realizzare in tal modo il desiderio di formare una famiglia con figli.

Veniva inoltre prospettata una violazione dell'art. 31, comma 2, Cost. che protegge la maternità e dell'art. 32 Cost., in considerazione del danno psicofisico che l'impossibilità di formare una famiglia con figli assieme al proprio partner cagionerebbe alla coppia.

Il Tribunale di Bolzano, viste le peculiarità del giudizio a quo, riteneva violato l'art. 32 Cost. anche sotto il diverso profilo del pregiudizio che le disposizioni normative censurate arrecherebbero ai singoli componenti della coppia omosessuale femminile qualora affetti da patologie che impediscono loro di procreare in modo naturale.

Infine, in entrambe le ordinanze di rimessione si ritenevano violati gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., in quanto il divieto legislativo sarebbe stato in contrasto con gli artt. 8 e 14 CEDU, che prevedono, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita privata familiare e il divieto di discriminazione.

2. Lo sviluppo tecnico e la tutela dei diritti: quale spazio per la discrezionalità legislativa?

La Corte costituzionale è stata così chiamata a decidere su di un tema da cui emerge in maniera particolarmente evidente la complessità del rapporto tra progresso scientifico e diritto, specie costituzionale. È noto, a riguardo, come lo sviluppo del sapere scientifico possa progressivamente incrementare le possibilità di tutela e soddisfazione di diritti fondamentali, e finanche determinare la nascita di nuovi diritti, ma come anche proprio allo sviluppo scientifico frequentemente si associno del tutto inedite minacce e pericoli per preesistenti diritti².

Il progresso del sapere scientifico, e con esso delle capacità della tecnica, spingono quindi spesso il legislatore a disciplinare l'impiego che di tale sapere si possa legittimamente fare, tramite un'opera di bilanciamento tra diritti che dallo sviluppo scientifico possono trarre giovamento e

² Sul rapporto tra la tutela dei diritti fondamentali e lo sviluppo scientifico e tecnologico N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, XV; R. BIN, *La Corte e la scienza*, in AA. VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, a cura di A. D'ALOIA, Torino, 2005, 1 ss.; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, II, 2016; A. RUGGERI, *La "federalizzazione" del diritto fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in *Rivista di diritto dei media*, II, 2018.

interessi che invece possono esserne pregiudicati. La complessità del compito è peraltro in molti casi accentuata dalle contrastanti valutazioni di ordine etico e morale cui il progresso scientifico può dare luogo, aventi ad oggetto, in particolare, la definizione di ciò che l'uomo potrebbe spingersi a fare tramite la tecnica e ciò che invece dovrebbe ritenersi inaccettabile da un punto di vista etico.

A riguardo, è da evidenziarsi come le Corti nazionali e internazionali abbiano frequentemente fatto riferimento proprio alla delicatezza delle questioni etiche connesse a determinate scelte per giustificare ampi spazi di discrezionalità legislativa³, ma come anche, allo stesso tempo, la giurisprudenza abbia in più occasioni chiarito che le convinzioni etiche non possono comunque assumere un valore tale da giustificare preclusioni all'utilizzo di tecniche che consentirebbero di tutelare diritti e interessi di rilievo costituzionale, ove tale scelta non si accompagni all'esigenza di evitare una qualche forma di lesione o pericolo per interessi di pari valore⁴.

2.1. La PMA: nuovi interessi costituzionalmente rilevanti ed esigenze di tutela del nascituro

Sul tema le vicende relative alla legge n. 40 del 2004 sono particolarmente esemplificative. Con la disciplina in questione il legislatore ha voluto disciplinare l'utilizzo di una tecnica, quella della procreazione medicalmente assistita, potenzialmente idonea a consentire un enorme ampliamento delle possibilità procreative del genere umano.

Una delle questioni su cui il legislatore ha dovuto decidere, e che più rileva ai fini dell'analisi della sentenza in commento, è stata quella della definizione dei soggetti ammessi all'accesso a tal tipo di tecnica. Nessun dubbio infatti che limiti "all'ingresso" siano necessari per la tutela di una serie di valori costituzionali, e in particolare per la tutela dei diritti del concepito e del nascituro.

A riguardo la l. n. 40 del 2004, nella sua originaria formulazione, volta ad assicurare massima tutela a specifici valori etici e morali⁵, ha adottato soluzioni estremamente restrittive.

³ Si vedano sul punto CEDU, 3 novembre 2011, 57813/00, *S.H. e altri c. Austria*, in materia di fecondazione eterologa e Corte di Giustizia, Grande Camera, *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015 (ricorso n. 46470/11); Corte cost., sent., 13 aprile 2016, n. 84, in materia di ricerca scientifica su embrioni umani.

⁴ Si vedano Corte cost., sent., 18 febbraio 1975, n. 27 e Corte cost., sent., 10 giugno 2014, n. 162.

⁵ Sul tema V. SCALISI, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Categorie e istituti del diritto civile*, Milano, 2005, 120; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *Rivista di Biodiritto*, II, 2016, 173.

In particolare, come posto in evidenza nella sentenza in commento, due sono le principali direttrici cui può ricondursi la ragione di fondo delle limitazioni introdotte dalla legge n. 40 del 2004.

In primo luogo, il legislatore ha optato per una qualificazione della PMA quale strumento terapeutico per la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana⁶: ossia come “cura” riservata a soggetti che a causa di patologie fisiche si trovino nell'impossibilità di avere altrimenti figli⁷. È stato pertanto precluso l'accesso alla PMA alle persone fertili, che necessitino della tecnica in questione per ragioni diverse dalla propria incapacità fisica di concepire naturalmente un figlio.

In secondo luogo, le scelte legislative sono state improntate al perseguimento dell'intento di garantire che l'impiego della tecnica della PMA porti alla formazione di un nucleo familiare che riproduca il modello di famiglia, caratterizzato dalla presenza di una madre e di un padre, che si avrebbe all'esito di un concepimento naturale. Di qui la *ratio* dell'esclusione, a prescindere dal fatto che siano portatori di patologie che ne determinino la sterilità o infertilità, di una serie di soggetti, quali le donne *single*, le coppie non più in età potenzialmente fertile, le coppie di persone dello stesso sesso femminile, nonché le donne il cui partner sia venuto a mancare dopo la formazione degli embrioni ma prima dell'impianto degli stessi. Anche l'originario assoluto divieto di ricorso alle tecniche della fecondazione eterologa si inseriva nel solco di tale *ratio*: si voleva infatti assicurare il mantenimento del legame biologico tra il nascituro e gli aspiranti genitori che è presente in caso di concepimento naturale.

Tale restrittivo approccio, giustificato, nell'ottica del legislatore del 2004, dall'esigenza di garantire massima tutela all'embrione e al nascituro, chiaramente pregiudica le aspirazioni alla genitorialità di molti soggetti.

⁶ Art. 1, comma 1, l. n. 40 del 2004.

⁷ In tal senso milita quanto prescritto all'art. 4, comma 1, della l. n. 40 del 2004, in base a cui «*il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico*».

La Corte costituzionale è in più occasioni intervenuta per attenuare la rigidità delle disposizioni legislative, riequilibrando il bilanciamento nel senso di una maggior considerazione di altri interessi di rilievo costituzionale coinvolti, oltre che delle caratteristiche proprie del sapere scientifico⁸.

Alcuni di tali interventi hanno comportato un progressivo ampliamento della cerchia dei soggetti ammessi alla PMA: l'eliminazione, per effetto della sentenza n. 162 del 2014⁹, del divieto assoluto al ricorso alla donazione di gameti esterni alla coppia ha permesso l'accesso alla PMA anche a coppie colpite da sterilità o infertilità assoluta e irreversibile; a distanza di un anno, la sentenza n. 96 del 2015¹⁰, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consentivano 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, ha inoltre consentito l'accesso alla PMA anche a suddette coppie, benché fertili e non sterili.

La Corte costituzionale è giunta a tali risultati tramite il riconoscimento di una rilevanza costituzionale alle "esigenze di procreazione", alla cui tutela dovrebbe essere preordinata la l. n. 40 del 2004, sebbene attraverso un necessario contemperamento delle stesse «*con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi*»¹¹.

La rilevanza costituzionale dell'interesse a procreare tramite la PMA è stata ancorata, da un lato, alla configurazione della scelta di una coppia di diventare genitori e formare una famiglia che abbia anche dei figli quale «*espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che [...] è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e*

⁸ Particolarmente significative sono le osservazioni della Corte costituzionale nella sentenza, 1 aprile 2009, n.151 circa la necessità che le scelte in materia di PMA siano compiute dal legislatore nel rispetto dello stato delle conoscenze scientifiche e dell'autonomia del medico. Per un commento alla decisione si veda *ex multis* M. MANETTI, *Procreazione assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1688 ss.; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta decide (almeno in parte) di decidere*, in *Giur. it.*, 2010, 287 ss.; M. D'AMICO, *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche. Il punto di vista dei giuristi*, in M. D'AMICO-I. PELLIZZONE (a cura di), *I diritti delle coppie infertili*, Milano, 2010, 216 ss.

⁹ Corte cost., sent., 10 giugno 2014, n. 162.

¹⁰ Corte cost., sent., 14 maggio 2015, n. 96. Per un commento alla sentenza si veda 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 malattie genetiche*, in www.costituzionalismo.it, 2015, II; A. IANNUZZI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. Cost.*, III, 2015, 805 ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 161, ss.

¹¹ Corte cost., sent., 8 maggio 2009, n. 151 e Corte cost., sent., 10 giugno 2014, n. 162.

famigliare»¹², e, d'altro lato, alla considerazione di come «l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia»¹³, secondo un'accezione del diritto alla salute, ormai consolidata, comprensiva anche della salute psichica oltre che fisica.

La Corte è stata al contempo chiara nel precisare che gli spazi di rilevanza costituzionale dell'interesse alla procreazione non sono illimitati, e, in particolare, che esso deve essere bilanciato con altri interessi di rilievo costituzionale, quali la tutela dell'embrione e la tutela del nascituro: il fatto che le preclusioni legislative all'accesso alle tecniche di fecondazione assistita incidano sulla libertà della coppia di formare una famiglia con figli e sul diritto alla salute della coppia non è quindi di per sé sufficiente a rendere le disposizioni legislative illegittime, «*occorrendo a questo scopo accertare se l'assolutezza che lo connota sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame*»¹⁴.

Così nella sentenza n. 162 del 2014 la declaratoria di illegittimità costituzionale è conseguita all'accertamento dell'erroneità dell'assunto – che aveva spinto il legislatore all'introduzione di un divieto assoluto – per cui la tecnica della fecondazione eterologa sarebbe stata lesiva degli interessi della persona nata da PMA.

Secondo una logica non dissimile, nella successiva sentenza n. 96 del 2015 le disposizioni oggetto del giudizio sono state dichiarate costituzionalmente illegittime in quanto arrecanti un *vulnus* al diritto alla salute della donna, non giustificato, in termini di bilanciamento, da un'esigenza di tutela del nascituro, il quale rimaneva comunque esposto all'aborto.

In entrambe le pronunce, dunque, un'importanza fondamentale ai fini della declaratoria di incostituzionalità, e della conseguente estensione del novero delle coppie ammesse alla PMA, è stata assunta dall'accertamento della insussistenza, a giustificazione della preclusione legislativa, di un pericolo per gli interessi del nascituro.

¹² Corte cost., sent., 10 giugno 2014, n. 162.

¹³ Corte cost., sent., 10 giugno 2014, n. 162.

¹⁴ Corte cost., sent., 10 giugno 2014, n. 162.

3. Sulla finalità terapeutica della PMA

Con la sentenza in commento la Corte ha invece escluso che la preclusione legislativa che impedisce alle coppie dello stesso sesso femminili di realizzare la propria aspirazione alla formazione di una famiglia con figli tramite l'impiego della tecnica della PMA possa ritenersi costituzionalmente illegittima.

In primo luogo, infatti, la Corte ha ritenuto che il differente trattamento riservato dalla legge alle coppie eterosessuali – cui è consentito ricorrere alla fecondazione eterologa quando non possano diversamente soddisfare il proprio desiderio procreativo – rispetto alle coppie di persone dello stesso sesso femminili non possa considerarsi irragionevole, in quanto del tutto coerente con la finalità terapeutica che il legislatore, con una scelta giudicata ragionevole dalla Corte, ha attribuito alla PMA.

A sostegno della ragionevolezza di tale scelta la Corte ha ricordato come i suoi precedenti interventi non avessero mai inciso su tale profilo, ma come, anzi, proprio la valorizzazione della finalità terapeutica avesse portato a una più restrittiva delimitazione degli spazi di discrezionalità legislativa, e alla declaratoria dell'illegittimità costituzionale di alcuni dei divieti introdotti dalla legge n. 40 del 2004.

Non ha dunque trovato accoglimento la tesi secondo cui la PMA, non determinando una eliminazione della patologia riproduttiva, ma piuttosto l'aggiramento della stessa, non potrebbe considerarsi una "cura" in senso proprio.

Se dunque la PMA deve essere una "cura", richiedere come condizione per l'accesso a tale tecnica la presenza di una situazione patologica non potrebbe ritenersi discriminatorio. In questo senso, secondo la Corte costituzionale, la diversità di trattamento sussistente tra le situazioni di "infertilità fisiologica" delle coppie omosessuali e le situazioni di infertilità delle coppie eterosessuali affette da patologie riproduttive non determinerebbe una violazione dell'art. 3 Cost.

La discriminazione non sussisterebbe neanche nei casi – quale quello oggetto del giudizio istauratosi dinanzi al Tribunale di Bolzano – in cui entrambe le persone componenti la coppia omosessuale femminile siano affette da patologie che le rendono incapaci di procreare naturalmente, poiché *«la presenza di patologie riproduttive è un dato significativo nell'ambito della coppia eterosessuale, in quanto fa venir meno la normale fertilità di tale coppia. Rappresenta*

invece una variabile irrilevante – ai fini che qui interessano – nell’ambito della coppia omosessuale, la quale sarebbe infertile in ogni caso»¹⁵.

3.1. La duplice rilevanza del diritto alla salute

Pare importante evidenziare come nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di PMA precedente alla sentenza n. 221 del 2019 le esigenze di tutela del diritto alla salute dei soggetti richiedenti l’accesso a tale tecnica – che risultano aver sempre assunto rilievo centrale nella valutazione della correttezza del bilanciamento operato dalla disciplina legislativa – sembrano essere state prese in considerazione sotto un duplice profilo.

Da un lato, infatti, la Corte ha riconosciuto rilievo all’incidenza che le restrittive disposizioni legislative avevano sulla possibilità dei ricorrenti, affetti da una patologia, di “accedere a una cura” – quella della PMA appunto. In tal senso, la Corte costituzionale aveva rilevato che *«nel caso di patologie produttive di una disabilità – nozione che, per evidenti ragioni solidaristiche, va accolta in un’ampia accezione – la discrezionalità spettante al legislatore ordinario nell’individuare le misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra il limite del rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati»¹⁶.*

D’altro lato, il diritto alla salute è venuto in rilievo in relazione alle sofferenze psichiche cagionate dall’impossibilità, a causa dei divieti legislativi, di realizzare il proprio desiderio di creare una famiglia con figli¹⁷. Proprio l’incidenza sulla salute psichica che il divieto di accedere alla PMA cagionerebbe a chi non potrebbe in altro modo realizzare il proprio desiderio di procreare aveva portato la Corte a riconoscere la rilevanza costituzionale dell’interesse a procreare, e a individuare il fondamento di tale interesse, oltre che nella libertà di autodeterminazione, anche nell’art. 32 della Costituzione.

In particolare, nella sentenza n. 162 del 2014 si era osservato come il divieto assoluto di fecondazione eterologa incidesse *«sul diritto alla salute, che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, va inteso nel significato, proprio dell’art. 32 Cost., comprensivo anche della salute*

¹⁵ Corte cost., sent., 23 ottobre 2019, n. 221.

¹⁶ Corte cost., sent., 10 giugno 2014, n. 162

¹⁷ Sul tema si veda B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali*, cit., 2017, 62 ss.

psichica oltre che fisica (sentenza n. 251 del 2008; analogamente, sentenze n. 113 del 2004; n. 253 del 2003) e la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica» e come rispetto a tale profilo non fossero dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo – ossia il fatto che, a differenza della tecnica omologa, la tecnica eterologa non risolve in senso proprio, nemmeno in via temporanea, alcuna patologia¹⁸ – poiché «anche tenendo conto delle diversità che caratterizzano dette tecniche, è, infatti, certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data, secondo quanto sopra esposto». Nella sentenza si era quindi concluso che il legislatore non potesse decidere sulla base di mera discrezionalità legislativa ma fosse tenuto a tener conto «degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenza n. 8 del 2011), anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela», con la specificazione 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».

Da tale riferimento al dovere del legislatore di tener conto, da un lato, del pregiudizio al diritto alla salute che discende da patologie, anche psichiche, e, d'altro lato, dell'esistenza di tecniche idonee ad evitare tale lesione – benché reso nell'ambito di un giudizio concernente coppie eterosessuali affette da patologie riproduttive – poteva non essere del tutto peregrino dedurre la sussistenza di un dovere per il legislatore di tener conto delle sofferenze psichiche derivanti dall'impossibilità di procreare naturalmente anche in quei casi in cui l'impossibilità non sia dovuta a patologie incidenti sulle capacità riproduttive ma dia comunque luogo a una sofferenza psichica riconducibile nell'ambito di un'ampia nozione di patologia. Ferma restando, però, la legittimità di

¹⁸ B. LIBERALI, *Le legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile «diritto a procreare?»*, in corso di pubblicazione in *Studium Iuris*, 2020, evidenzia la differenza che sussiste sotto tale aspetto tra le due tecniche di procreazione.

limitazioni all'accesso alla PMA che siano necessarie per la tutela di altri valori e interessi di pari rilievo.

E, infatti, proprio tale deduzione si rinviene nelle ordinanze di rimessione che hanno sottoposto alla Corte la questione di legittimità costituzionale del divieto per le coppie omosessuali di accedere alla tecnica della fecondazione eterologa¹⁹.

Tuttavia, nella sentenza in commento i due profili di rilevanza del diritto alla salute – da un lato, quello legato all'esigenza di porre rimedio a patologie riproduttive e, d'altro lato, quello connesso alla sofferenza psichica causata dall'impossibilità di procreare in modo naturale – sono stati ricondotti ad unità. In particolare, la Corte costituzionale ha precisato che le affermazioni rese nella sentenza n. 162 del 2014 circa l'incidenza, anche di rilevante entità, che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA, può avere sulla salute della coppia, *«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)»*.

Le più recenti precisazioni della Corte sembrano quindi escludere che la sofferenza psichica che può associarsi all'impossibilità di vedere soddisfatto il proprio desiderio di genitorialità possa assumere autonomo rilievo come forma di lesione del diritto alla salute, a meno che tale impossibilità non sia conseguenza di una patologia riproduttiva che renda la coppia infertile o sterile. Trattasi di precisazioni che non possono che ostare a una lettura estensiva della finalità terapeutica dalla legge attribuita alla PMA, tale da consentire un accesso alla tecnica suddetta anche alle coppie di persone dello stesso sesso.

Partendo da suddette premesse, nella sentenza in commento si è quindi esclusa la sussistenza di una violazione dell'art. 32 Cost., osservando in particolare 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. [...] Se così non fosse, sarebbero destinate a cadere automaticamente, in quanto frustranti il desiderio di genitorialità, non solo la limitazione oggi in esame, ma tutte le altre limitazioni all'accesso alla*

¹⁹ In entrambe le ordinanze di rimessione, richiamando quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162 del 2014, i giudici hanno prospettato un contrasto del divieto legislativo in questione con l'art. 33 Cost. in ragione del *vulnus* che esso cagionerebbe al diritto alla salute nella sua dimensione psichica delle coppie omosessuali.

PMA poste dall'art. 5, comma 1, della legge n. 40 del 2004: limitazioni che la stessa sentenza n. 162 del 2014 ha, per converso, specificamente richiamato anche in rapporto alla fecondazione eterologa».

A ben vedere, tali considerazioni della Corte potrebbero prestare il fianco a taluni rilievi critici nella parte in cui presuppongono una connessione tra la posizione delle coppie omosessuali e quella degli altri soggetti cui è precluso l'accesso alla PMA (si pensi ad esempio alla donna sola e alle coppie eterosessuali in età avanzata), tale per cui la soddisfazione dell'interesse procreativo dei primi non potrebbe che rendere necessaria la soddisfazione anche degli interessi dei secondi.

Pare, infatti, che, trattandosi di situazioni ben distinte tra loro, il riconoscimento della rilevanza costituzionale delle esigenze procreative – anche in considerazione delle sofferenze psichiche cagionate dall'impossibilità di realizzare tramite la PMA la propria volontà di procreare – non necessariamente dovrebbe comportare la soddisfazione dell'interesse alla procreazione di qualsiasi soggetto. Dovrebbe piuttosto rimanere fermo quanto già affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162 del 2014, ossia che in ogni caso delle limitazioni all'interesse procreativo sarebbero comunque legittime se necessarie per la tutela di altri valori parimente rilevanti. In particolare, rimarrebbe ferma la necessità di verificare, in relazione alle diverse situazioni, se, e quando, sarebbe possibile evitare un danno alla salute psichica dei soggetti che aspirerebbero ad accedere alla PMA senza con ciò arrecare pregiudizio ad altri interessi costituzionalmente rilevanti, e in particolar modo alla tutela del nascituro.

Tra il riconoscimento della rilevanza costituzionale dell'interesse a procreare in capo a soggetti diversi dalle coppie eterosessuali in età fertile e l'abolizione delle preclusioni legislative all'accesso alla PMA dovrebbe, in altre parole, comunque inserirsi un'ulteriore valutazione che non necessariamente avrebbe medesimo esito per tutti i soggetti cui attualmente la legge impedisce di beneficiare della PMA.

4. Sulla garanzia delle migliori condizioni “di partenza” per il nascituro. La valutazione scientifica sottesa alla scelta legislativa necessita di essere comprovata?

Rispetto alla prospettata violazione degli artt. 2, 29, 30 e 31 Cost., nella sentenza in commento è stato anzitutto evidenziato come l'idea, sottostante alle disposizioni della legge n. 40 del 2004, per

cui la PMA debba portare alla formazione del nucleo familiare che normalmente si crea all'esito di un concepimento naturale tra persone conviventi o unite in matrimonio non possa che precludere l'accesso alla PMA alle coppie di persone dello stesso sesso.

La sentenza n. 162 del 2014 aveva in parte sconfessato tale direttrice. Infatti, in quell'occasione la Corte, facendo cadere il divieto di fecondazione eterologa, aveva aperto la strada alla nascita tramite PMA di famiglie in cui è assente un legame biologico tra genitori e figli. Tuttavia, tale pronuncia non aveva toccato, oltre che la scelta legislativa di attribuire alla PMA una finalità prettamente terapeutica, anche la decisione di consentire l'accesso alla PMA alle sole coppie dello stesso sesso e dunque la necessità che tramite tale tecnica si possano formare esclusivamente nuclei familiari caratterizzati dalla presenza di un padre e una madre. D'altronde, la Corte era stata chiamata a vagliare la legittimità del divieto assoluto di fecondazione eterologa solo con riferimento a coppie eterosessuali affette da infertilità assoluta²⁰, per cui il profilo della necessaria diversità dei sessi dei membri della coppia non era venuto in rilievo.

Chiamata invece ad esprimersi su tale specifico profilo, la Corte ha ritenuto che la decisione legislativa di limitare l'accesso alla PMA alle sole coppie eterosessuali non possa considerarsi arbitraria o irrazionale, né lesiva dell'art. 2 Cost. e degli articoli che la Costituzione dedica alla famiglia.

A riguardo, nella sentenza è stato evidenziato come a fondamento del divieto vi sia *«l'idea [...] 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»* e, quindi, la legittima *«preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo sociale della fenomenologia considerata»*.

Posto, quindi, che la Corte ha individuato nella tutela del nascituro la finalità del divieto in questione, non pare però che essa abbia anche provveduto a svolgere una verifica della fondatezza,

²⁰ Si legge nella sentenza Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162: *«l'accoglimento delle questioni, in coerenza con il petitum formulato dai rimettenti, comporta, infatti, l'illegittimità del divieto in esame, esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute. In particolare, secondo quanto stabilito dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, all'evidenza direttamente riferibili anche alla PMA di tipo eterologo, il ricorso alla stessa, una volta dichiarato illegittimo il censurato divieto, deve ritenersi consentito solo «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere» le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere «documentate da atto medico» e da questo certificate»*.

specie dal punto di vista scientifico, di tale assunto. Ciò benché proprio tale fondatezza fosse stata messa in dubbio dai giudici rimettenti, che avevano sul punto evidenziato come la Corte di Cassazione, riconoscendo la possibilità di adozione del figlio del partner omosessuale ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983 (Diritto del minore ad una famiglia), avesse affermato che *«non esistono 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»*²¹.

La Corte costituzionale ha escluso la rilevanza di tale giurisprudenza, considerandola afferente a situazioni differenti, in cui il minore è già nato, ed in cui la valutazione di ciò che corrisponde al suo migliore interesse segue logiche diverse da quelle che invece dovrebbero guidare il legislatore nella determinazione delle condizioni che meglio possano garantire l'interesse del nato da PMA: si è in particolare affermato che nella disciplina della PMA bisogna tener conto del fatto che *«il bambino deve ancora nascere»* e che *«non è, perciò, irragionevole [...] che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni “di partenza”»*.

Un approccio ben diverso aveva invece caratterizzato la sentenza n. 162 del 2014. Anche il divieto assoluto della tecnica di procreazione eterologa era stato giustificato, in Parlamento, prima, e nel giudizio dinnanzi alla Corte costituzionale, dopo, principalmente facendo leva sull'esigenza di tutela della salute della persona nata da PMA, in base all'assunto per cui l'assenza di legame biologico con i genitori potesse creare un rischio psicologico per il nascituro.

In quell'occasione, però, nonostante la questione fosse eticamente molto complessa, la Corte non si era astenuta dal verificare, anche dal punto di vista scientifico, la fondatezza dell'assunto circa il pericolo di pregiudizio per gli interessi del minore. Peraltro, la disciplina esistente in materia di adozione aveva svolto un ruolo cruciale nel ragionamento della Corte: si era infatti rilevato come i rischi connessi all'assenza di un legame biologico fossero già stati presi in considerazione e avessero già ispirato una serie di interventi di regolamentazione in materia di adozione,

²¹ Cass., sez. I, sent., 30 settembre 2016, n. 19599, che aveva sul punto richiamato quanto affermato in precedenza nella sentenza Cass., sez. I, sent., 11 gennaio 2013, n. 601, in relazione al diverso caso di affidamento del minore, all'esito di una separazione, alla madre eterosessuale convivente con un'altra donna.

estensivamente applicabili anche in materia di procreazione eterologa²², e, soprattutto, come non fosse stato scientificamente comprovato, ma solo supposto dal legislatore, che tali rischi presentassero una portata maggiore in caso di procreazione eterologa. In tal modo la Corte era quindi giunta alla conclusione che la misura precauzionale non rispondeva a una effettiva esigenza di tutela della salute del nascituro ma piuttosto a un giudizio negativo, fondato principalmente su considerazioni di ordine etico, che aveva a priori investito la pratica della procreazione eterologa di per sé considerata²³. Tali conclusioni avevano portato alla dichiarazione dell'illegittimità del divieto, avendo la Corte escluso che mere considerazioni di ordine etico, non assistite da effettive esigenze di tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame, potessero giustificare il pregiudizio arrecato dalle disposizioni legislative alle esigenze procreative della coppia²⁴.

Nella sentenza in commento invece la Corte si è limitata ad affermare che l'idea sottesa alla disciplina – per cui la coppia eterosessuale sarebbe il “luogo” più idoneo per la crescita del minore – è da ritenersi ragionevole anche «*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*», quindi completamente prescindendo dalla verifica della sua fondatezza.

Si tratta di un approccio che pare incompatibile con il riconoscimento di una rilevanza costituzionale delle esigenze procreative – quantomeno delle coppie omosessuali – e che potrebbe porre in crisi l'idea, cui i precedenti arresti della stessa Corte costituzionale avevano contribuito a

²² Sul tema 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 *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017.

²³ Sul tema, M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Rivista di Biodiritto*, II, 2014; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali*, cit., 48.

²⁴ Nella sentenza si afferma che «*la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicitarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale*».

Da segnalare, inoltre, che mentre nella sentenza in commento è stato escluso che il divieto in questione potessi ritenersi lesivo dell'art. 3 Cost. perché determinante una disparità di trattamento in base alle capacità economiche delle coppie, avendo la Corte ritenuto che «*il solo fatto che il divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione*», nella sentenza n. 162 del 2014 la Corte aveva invece affermato che «*sotto un ulteriore profilo, la disciplina in esame discriminerebbe le coppie in base alla situazione patrimoniale. Quelle abbienti possono, infatti, praticare la fecondazione eterologa all'estero, ricorrendo ad una sorta di «turismo procreativo» che vanificherebbe il divieto censurato, nel quadro di una regolamentazione viziata da incoerenza, poiché, da un canto, stabilisce il divieto di tale tecnica terapeutica, dall'altro, prevede la non punibilità di coloro che vi fanno ricorso e disciplina compiutamente la situazione del nato*».

dare luogo, che nel nostro ordinamento sussista di un diritto, costituzionalmente rilevante, “alla procreazione”²⁵.

La rilevanza costituzionale dell’interesse alla procreazione delle coppie omosessuali avrebbe infatti imposto di verificare che la valutazione legislativa, evidentemente implicante un giudizio anche di carattere scientifico, potesse dirsi fondata alla luce dello stato delle conoscenze scientifiche. Ciò in base alla ormai consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di leggi *science based*, secondo cui le scelte legislative implicanti valutazioni di carattere tecnico-scientifico che incidono su beni costituzionalmente rilevanti devono essere fondate su una previa verifica dello stato delle conoscenze scientifiche ed essere aggiornate all’evolversi delle stesse²⁶.

Nel caso di specie, invece, la Corte non ha fatto nemmeno cenno a suddetta esigenza, né si è espressa nel senso della fondatezza scientifica dell’idea per cui le coppie omosessuali non garantirebbero le migliori condizioni “di partenza” per il minore. La Corte non ha neppure fatto riferimento all’incertezza scientifica vigente sul tema, che avrebbe potuto fornire una giustificazione alla riconducibilità della materia alla mera discrezionalità legislativa, in base a quella giurisprudenza delle Corti nazionali e internazionali secondo cui, specie nelle materie eticamente controverse, in assenza di indicazioni chiare provenienti dal mondo della scienza la scelta debba essere riservata al legislatore²⁷.

Una serie di osservazioni presenti nel testo della sentenza farebbero piuttosto supporre che un vaglio della fondatezza dell’assunto circa il pregiudizio che l’accesso alla PMA di coppie dello stesso sesso comporterebbe sugli interessi del nascituro non sia stato ritenuto necessario perché il divieto legislativo in questione non inciderebbe, nell’ottica della Corte, su interessi costituzionalmente rilevanti. Potrebbe cioè dirsi che la scelta in ordine alla tutela delle esigenze

²⁵ Sul tema della configurabilità di un diritto a procreare C. TRIPODINA, *Il “diritto al figlio” tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. Cost.*, III, 2014, 2593 ss.; C. CICERO, *L’incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovverosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*, in *Dir. fam. pers.*, IV, 2014, 1290 ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali*, cit.; ID., *Le legge n. 40 del 2004*, cit.

²⁶ Il riferimento è alla giurisprudenza della Corte costituzionale, inaugurata con la sentenza n. 282 del 2002 e poi consolidatasi in successive pronunce (quali le sentenze n. 151 del 2009; n. 162 del 2014; n. 274 del 2014; n. 5 del 2018), in cui la Corte è parsa definire particolari “condizioni di legittimità costituzionale” delle leggi a contenuto tecnico-scientifico, rafforzando l’idea della scienza come limite alla discrezionalità legislativa. Sul tema A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, 2011, 53; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, II, 2016; R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto*, Napoli, 2018.

²⁷ Si veda sopra nota n. 3.

procreative delle coppie di persone dello stesso sia stata completamente rimessa alla discrezionalità legislativa in quanto incidente su esigenze prive di rilevanza costituzionale.

In tal senso depongono alcuni passaggi della sentenza: l'inciso, ad esempio, in cui si afferma che la scelta è ragionevole anche a prescindere dalla capacità della coppia omosessuale di svolgere le funzioni genitoriali; l'affermazione per cui la questione rimarrebbe *«aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»*; nonché, la considerazione, quale elemento indicativo della ragionevolezza della scelta legislativa, del fatto che il legislatore abbia tenuto conto *«del grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta "omogenitorialità" nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto*. Pare, infatti, difficilmente immaginabile che la Corte possa aver considerato un determinato interesse come costituzionalmente rilevante e, allo stesso tempo, aver rimesso la soddisfazione e la tutela dello stesso alla mera discrezionalità legislativa e alla evoluzione del sentire sociale.

Indice ancor più evidente nel senso del disconoscimento della rilevanza costituzionale delle esigenze procreative delle coppie omosessuali è poi l'inciso in cui si giunge addirittura ad affermare che la diversità di sesso dei componenti della coppia è *«condizione [...] chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia»*.

Alla luce di ciò, parrebbe dunque che la Corte, pur non avendo completamente escluso la rilevanza costituzionale delle esigenze procreative, abbia certamente limitato l'ambito entro cui, anche solo in via potenziale, di tale rilevanza si possa parlare, tramite un'operazione che potrebbe porre problemi di coordinamento sotto vari profili, e in particolare: rispetto alle precedenti sentenze rese in materia di PMA; al rilievo che è stato invece chiaramente riconosciuto alle esigenze procreative delle coppie eterosessuali; nonché all'evoluzione che si è avuta, e che si potrà avere, nella giurisprudenza dei giudici comuni in materia di adozione del figlio del partner dello stesso

Sesso²⁸ e di riconoscimento degli atti formati all'estero dichiarativi del rapporto di filiazione nei confronti di genitori dello stesso sesso²⁹.

5. Possibili scenari futuri in materia di PMA e di adozione

In conclusione, guardando al futuro, potrebbe dirsi che se la Corte costituzionale consoliderà tale orientamento, e quindi l'esclusione di una rilevanza costituzionale delle esigenze procreative delle coppie omosessuali, la possibilità per queste di accedere alle tecniche della PMA resterà completamente rimessa alla discrezionalità legislativa, e un cambiamento in termini di disciplina potrà eventualmente aversi a seguito di una netta evoluzione del sentire sociale e del "grado di accettazione del fenomeno della omogenitorialità". La stessa Corte costituzionale, infatti, nella sentenza in questione non ha considerato costituzionalmente precluso che il legislatore possa in futuro adottare soluzioni di segno diverso «*in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata*».

Ben diverse sarebbero invece le prospettive qualora la Corte costituzionale giungesse a riconoscere l'esistenza di un fondamento costituzionale valido anche per le esigenze procreative delle coppie omosessuali.

In tal caso, infatti, la discrezionalità legislativa non potrà che essere vincolata all'evoluzione del sapere scientifico. L'eventuale aumento degli studi e dei dati sconvolgenti l'assunto per cui le coppie omosessuali non fornirebbero pari garanzie in ordine all'equilibrato sviluppo del minore rispetto alle coppie eterosessuali potrebbe imporre una rimediazione della scelta legislativa, e, in caso di inerzia del legislatore, aprirebbe spazi per un intervento della Corte costituzionale di segno ben diverso rispetto a quello avutosi con la sentenza in commento³⁰.

²⁸ Cass, sez. I, sent., 22 giugno 2016, n. 12962, sulla possibilità di adozione, ex art. art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184 del 1983, (adozione in casi particolari), del figlio del partner dello stesso sesso. Sul tema A. PENTA, *Stepchild adoption: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra valori costituzionalmente confliggenti*, in *Studium Iuris*, 2016, A. FIGONE, *La Cassazione dice sì alla stepchild adoption*, in *Dir. giust.*, 29, 2016, 61 ss.; S. VERONESI, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, in *Fam. dir.*, 2016.

²⁹ Cass, sez. I, sent., 30 settembre 2016, n. 19599; Cass., sez. I, sent., 31 maggio 2018, n. 14007; Cass. civ., S.U., sent., 08 maggio 2019, n. 12193.

³⁰ La quale nell'accertamento della compatibilità della scelta legislativa con lo stato delle conoscenze scientifiche potrebbe avvalersi dei poteri istruttori di cui dispone, che, peraltro, sono stati recentemente potenziati a seguito della delibera dell'8 gennaio 2019, recante modifiche alle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

A riguardo, bisogna anche rilevare che l'eventuale riconoscimento delle esigenze procreative delle coppie di persone dello stesso sesso femminile come interesse costituzionalmente rilevante non potrebbe che accompagnarsi al riconoscimento di una pari rilevanza delle medesime esigenze sussistenti in capo a coppie dello stesso sesso maschili. Sicché, il soddisfacimento delle prime tramite l'accesso alla PMA – ove consentito dall'evolversi del sapere scientifico – aprirebbe inevitabilmente interrogativi in ordine alla sorte delle seconde³¹.

La soddisfazione di un eventuale diritto procreativo delle coppie omosessuali maschili dovrebbe però passare necessariamente per una pratica ulteriore e diversa dalla PMA, ossia la gestazione per altri (o maternità surrogata), attualmente vietata nel nostro ordinamento³² e, inoltre, considerata dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità contraria ai principi costituzionali fondamentali³³. Nell'ambito del bilanciamento si inserirebbero dunque ulteriori esigenze di tutela che ben potrebbero giustificare una disciplina più restrittiva per le coppie di persone dello stesso sesso maschili.

Si potrebbe forse sostenere che una, seppur parziale, attenuazione di tale aspetto problematico – ma più in generale della stessa esigenza delle coppie omosessuali di ricorrere alla PMA – potrebbe aversi per effetto di una rimediazione delle scelte legislative in materia di adozione³⁴.

In tale materia l'evoluzione del sapere scientifico potrebbe peraltro giocare un ruolo ancor più importante: se, infatti, può essere dubbio – specie alla luce della sentenza in commento – che una certa evoluzione delle conoscenze scientifiche debba necessariamente comportare un ripensamento delle scelte legislative in materia di PMA, non pare invece potersi dubitare che ciò debba avvenire rispetto a talune disposizioni legislative sull'adozione.

L'adozione dei minori è disciplinata da una legge – la legge n. 184 del 1983 (Diritto del minore ad una famiglia) – che ha come finalità preminente quella di assicurare il diritto del minore ad avere

³¹ Si tratta di un elemento problematico non passato inosservato alla Corte costituzionale nella sentenza in commento. In un inciso della sentenza si osserva infatti come l'accoglimento delle questioni sottoposte avrebbe dato luogo a «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».

³² Art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004.

³³ Si vedano Corte Cost., sent., 18 dicembre 2017, n. 272, e Corte Cass., S.U., sent., 8 maggio 2019, n. 12193.

³⁴ Come osservato da B. LIBERALI, *La legge n. 41 del 2004*, cit., nonostante la diversità di *ratio* sottesa alle due discipline «si deve cionondimeno anche considerare che è la stessa legge n. 40 ad “accostarsi” alla normativa sulle adozioni laddove, nel disciplinare i contenuti del consenso informato, prevede espressamente che fra le altre informazioni alla coppia debba anche essere «prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento [...] come alternativa alla procreazione medicalmente assistita» (art. 6)».

una famiglia. Tale scopo viene perseguito, in primo luogo, attraverso la predisposizione di strumenti di sostegno alla famiglia di origine del minore e, in secondo luogo, attraverso la disciplina dell'adozione, ossia di un istituto volto a garantire il diritto del minore ad una famiglia "sostitutiva" nel caso in cui quella di origine sia in modo definitivo non in grado di provvedere a lui.

L'adozione, tanto nazionale che internazionale, risulta consentita solo ai coniugi uniti in matrimonio e non separati nemmeno di fatto da almeno tre anni³⁵: non sono quindi ammesse le coppie omosessuali, anche ove unite civilmente.

Alla base della scelta legislativa vi è chiaramente l'assunto per cui la coppia omosessuale non sarebbe in grado di svolgere le funzioni genitoriali e di assicurare un sano sviluppo del minore in modo equivalente alla coppia eterosessuale.

Si tratta di una valutazione che incide sul diritto – circa la cui rilevanza costituzionale non può esservi dubbio – del minore ad avere una famiglia, e che, pertanto dovrebbe essere oggetto di ripensamento, qualora sconfessata dal progredire delle conoscenze scientifiche.

E, infatti, proprio l'accertamento dell'assenza di certezza scientifica e di dati di esperienza a supporto dell'assunto per cui l'inserimento del minore in una famiglia formata da una coppia omosessuale avrebbe per lui ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità ha portato la giurisprudenza a riconoscere l'ammissibilità dell'adozione del figlio del partner³⁶.

Si tratta di un'evoluzione giurisprudenziale resa possibile dalla indeterminatezza che connota una delle quattro fattispecie contemplate dall'art. 44 della l. n. 184/1983, che disciplina l'istituto dell'adozione in casi particolari. Se, infatti, l'adozione del figlio del partner omosessuale non è possibile *ex art. 44, comma 1, lett. b)*, essendo per questa fattispecie richiesto che i membri della coppia siano uniti in matrimonio, non altrettanto può dirsi ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), dove manca una riserva ai soli coniugi, ed è prevista quale unica *condicio legis* la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

Rispetto invece all'adozione nazionale e internazionale, ossia alle forme di adozione "piena", le disposizioni legislative non lasciano però alcuno spazio per una interpretazione estensiva: la legge n. 184/1983 è chiara nel riservare tali istituti solo ai coniugi e l'art. 1, comma 20, della legge n.

³⁵ Artt. 6 e 29 *bis*, l. n. 184 del 1983.

³⁶ Si veda in particolare Cass, sez. I, sent., 22 giugno 2016, n. 12962.

76/2016 ha inoltre espressamente escluso che le previsioni relative al coniuge contemplate in disposizioni normative diverse dal codice civile siano estensibili alla parte dell'unione civile.

Un'apertura anche alle coppie dello stesso sesso richiederebbe dunque necessariamente un apposito intervento legislativo, o eventualmente della Corte costituzionale. Intervento che, ove i dati di esperienza e gli studi specialistici dovessero nettamente sconfessare l'assunto circa l'incapacità delle coppie omosessuali di garantire un sano sviluppo del minore in modo pari alle coppie eterosessuali, si renderebbe costituzionalmente necessario, vista, in primo luogo, la rilevanza costituzionale del diritto – del minore ad avere una famiglia – su cui le disposizioni in materia di adozione incidono.

Come si è accennato sopra, è invece meno scontato che uno sviluppo del sapere scientifico di tal tipo automaticamente inciderebbe sulla legittimità costituzionale delle restrittive disposizioni in materia di PMA, poiché per aversi un tale risultato rimarrebbe comunque imprescindibile un riconoscimento da parte delle Corte della rilevanza costituzionale all'interesse a procreare delle coppie di persone dello stesso sesso. Riconoscimento che nella sentenza in commento è certamente mancato.