

Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021

GIUSEPPINA BARCELLONA*

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 33 del 9 marzo 2021.

Disponibile agli indirizzi: www.giurcost.org/decisioni/2021/0033s-21.html.

Data della pubblicazione sul sito: 13 maggio 2021

Suggerimento di citazione

G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Professoressa associata di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Enna “Kore”. Indirizzo mail: giuseppina.barcellona@unikore.it.

1. Con la tanto attesa sentenza 33/2021 la Corte costituzionale torna a pronunciarsi su un tema – quello dello *status filiationis* del bambino nato all'estero da Gestazione Per Altri (di seguito GPA) – che divide giurisprudenza e dottrina e sul quale, da ultimo, si sono espresse tanto la *Grande Chambre* della Corte EDU¹ che le Sezioni Unite della Corte di cassazione².

La questione³ sulla quale il giudice costituzionale era chiamato a pronunciarsi - lo si ricorda - riguardava il contrasto fra il diritto vivente, che di recente le Sezioni Unite hanno consolidato, e gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, comma 1 della Costituzione (che rinvierebbe all'art. 8 CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di *best interests of child*). Più precisamente, il giudice rimettente riteneva che la pronuncia delle Sezioni Unite, elevando il divieto di surrogazione di maternità a principio di ordine pubblico internazionale⁴, determinasse una grave

¹ Il riferimento è al parere consultivo del 10 aprile 2019 reso su richiesta della Corte di cassazione francese.

² Corte cass., sez. un., 12193/2019. Sul punto v. F. FERRARI, *La legge "presa sul serio". Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale* (ord. 8325/2020), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020.

³ Il *thema decidendum* viene, così, circoscritto nell'ordinanza della Corte cass., I sez. civ., 99 del 29 Aprile 2019 (*cors. nos.*): «la questione di legittimità costituzionale degli articoli 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, 64, comma 1, lettera g), della legge n. 218 del 1995 e 18 del decreto del Presidente della Repubblica n. 396/00 [...], perché in contrasto con gli articoli 2, 3, 30, 31 e 117, comma 1 della Costituzione, *se interpretati, secondo l'attuale conformazione del diritto vivente*, come impeditivi, in via generale e senza valutazione concreta dell'interesse superiore del minore, la trascrizione dell'atto di nascita legalmente costituito all'estero di un bambino nato mediante gestazione per altri nella parte in cui esso attesta la filiazione dal genitore intenzionale non biologico».

⁴ Su divieto di surrogazione, ordine pubblico internazionale e *best interests of the child* si rimanda, senza alcuna pretesa di essere esaustivi, a: C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITTO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 119 ss.; F. FERRARI, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di cassazione in tema di PMA*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, pp. 169 ss.; G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2019, pp. 815 ss.; U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2019, pp. 737 ss.; A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, pp. 377 ss.

compressione dell'interesse del minore, cui veniva negato il riconoscimento dello *status* di figlio legittimo del genitore intenzionale non biologico.

Non è questa la sede nella quale ripercorrere il complesso percorso argomentativo posto a fondamento dell'ordinanza di rimessione; e tuttavia, può sembrare utile dar conto almeno di alcuni passaggi di esso, poiché forniscono un'indispensabile punto d'osservazione a partire dal quale saggiare il ragionamento della Corte e rilevarne, ove vi fossero, le criticità.

Nella prospettiva della prima sezione civile della Corte di cassazione, il diritto vivente violerebbe il principio del superiore interesse del minore per almeno un duplice ordine di motivi. Innanzitutto, esso sarebbe palesemente in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale ha recentemente ricordato che il diritto interno deve rendere possibile il riconoscimento del legame di filiazione fra il bambino nato all'estero da GPA e il genitore intenzionale non biologico⁵. Ad un tal proposito – si rammenta nell'ordinanza – la Corte EDU chiarisce che un tale riconoscimento può avvenire anche con mezzi alternativi alla trascrizione del provvedimento giudiziario (o dell'atto di nascita) straniero nei registri dello stato civile, a condizione, però, che sia sempre garantita «l'effettività del riconoscimento» e non si esponga «il minore a una protratta situazione di incertezza giuridica»⁶. Ed è proprio questo il punto. L'adozione in casi particolari, indicata dal diritto vivente come la sola possibile forma nella quale può trovare protezione l'interesse del bambino surrogato, non garantirebbe «quella effettività e celerità di attribuzione dello *status filiationis*»⁷ che la Corte di Strasburgo ha definito imprescindibile.

Ma non è solo questo. Il giudice rimettente sembra anche ritenere che la statuizione delle Sezioni Unite ed i termini dicotomici un cui vi è rappresentato il rapporto fra diritto interno e *best interests of the child* siano il prodotto di un «difetto di prospettiva»: «la tutela dell'interesse superiore del minore [...] e il principio di ordine pubblico – si ragiona - solo apparentemente possono apparire due entità contrapposte perché, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano»⁸.

⁵ Così Corte EDU, paragrafo 46 del parere consultivo del 10 Aprile 2019. Ad un tal proposito si rimanda a M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3, 2019, pp. 1 ss.; R.G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte EDU (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione Giustizia*, 28 Maggio 2019.

⁶ Corte cass., I sez. civ., 99 del 29 Aprile 2019.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

La prioritaria tutela dei diritti del minore, quindi, non verrebbe “imposta” dall’esterno, dalla CEDU cioè, e a rischio di provocare una frattura nell’ordinamento nazionale, ma sarebbe il portato dell’insieme dei principi fondamentali custoditi nella Costituzione ed implementati, nel tempo, dalla legislazione e dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Sarebbero proprio tali principi ad escludere la legittimità dell’opzione ermeneutica adottata dalle Sezioni Unite, perché persegue «un bilanciamento fra i diritti inviolabili del minore e l’interesse dello Stato a impedire una forma di procreazione che ritiene lesiva della dignità della donna [che] appare del tutto improprio»⁹. Un bilanciamento, questo, che produce come solo effetto «quello di far ricadere gli effetti negativi sul soggetto che non ha alcuna responsabilità per le modalità in cui è stato concepito ed è nato»; e che – prosegue ancora il giudice *a quo* - «non trova conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale che in varie pronunce ha affermato con chiarezza che il disvalore che la legge attribuisce alla condotta dei genitori, al punto anche di sanzionarla penalmente, non può riverberarsi sulla condizione giuridica del figlio»¹⁰.

È, dunque, questa l’interrogazione rivolta alla Corte e che trova risposta in una sentenza di inammissibilità ed in un invito al legislatore¹¹ perché adegui «il diritto

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Un analogo “invito” al legislatore lo si trova anche nella sentenza, temporalmente gemella, n. 32/2021 (sul punto v. A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore. (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta Online – Studi*, 1, 2021, pp. 221 ss.)

Sebbene non sia questa la sede nella quale soffermarsi sulle numerose questioni che questa decisione solleva, può, tuttavia, sembrare utile accennarvi, anche se al solo fine di marcare la profonda distanza che la separa dalla pronuncia in commento e dal “tipo di problema” che ne costituisce l’oggetto.

Per vero, quando si vada al di là dei *nomina* utilizzati dal giudice *a quo* e dalla stessa Corte, può sembrare siano molte le differenze che separano tanto le “coordinate giuridiche” delle vicende sfociate nelle due sentenze, che gli interessi riferibili al minore di cui si reclama una più adeguata tutela.

Nel caso che ha dato origine alla sentenza 32/2021, infatti, non si dà alcun documento ufficiale (rilasciato dallo Stato italiano o da uno Stato estero), che attesti l’esistenza di un rapporto di filiazione fra le bambine nate in Italia da PMA eterologa realizzata all’estero e la madre non biologica. Parimenti, stando a quanto si evince dall’esposizione dei fatti recata dall’ordinanza di rimessione (Tribunale di Padova, ord. n. 79 del 9 Dicembre 2019), l’esistenza di un progetto genitoriale riferibile alla “coppia” non risulterebbe da alcun documento ufficiale: le due donne non erano unite civilmente in Italia, né avevano contratto matrimonio nello Stato estero in cui si erano recate per accedere alla fecondazione eterologa, né, da ultimo, il contratto stipulato con la clinica straniera, nel

vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata»¹². Un invito – si precisa nella parte motiva della decisione – “obbligato”, dal momento che nasce dalle diverse, e tutte legittime, forme nelle quali un tale adeguamento del diritto interno può essere perseguito e dalla conseguente necessità di «cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore»¹³.

2. Nell'affrontare la *quaestio* sollevata dalla prima sezione civile della Corte di cassazione, il giudice costituzionale tiene a precisare che la tutela del “preminente” interesse del minore non è certo sconosciuta all’ordinamento italiano e che, sotto molteplici profili, si dà una perfetta convergenza fra i parametri costituzionali e quelli sovranazionali¹⁴: entrambi riconoscono al *best interests* del minore prioritaria tutela, ma entrambi ammettono che una tale preminenza non può considerarsi assoluta e che i diritti del bambino, al pari di ogni altro diritto, «dovranno essere bilanciati»¹⁵. In questa prospettiva – prosegue il giudice costituzionale – vero è che

quale figura anche il consenso della donna che vorrebbe essere riconosciuta come madre legittima, appare, di per sé, in grado di supplire a tali lacune.

Nella prospettiva dell’ordinamento giuridico italiano, dunque, la posizione della donna, che rivendica la qualifica di madre (seppur solo intenzionale), sembra essere – e non si vede come potrebbe non essere – assimilabile a quella di un qualsiasi soggetto “terzo”, ad es. una zia, che conviva stabilmente con la madre biologica e le sue due figlie e che di queste ultime si prenda cura *come fosse* un genitore.

Ma se così, alle minori non può, in modo alcuno, riferirsi l’interesse ad ottenere il riconoscimento in Italia di uno *status filiationis* già acquisito (in uno Stato estero); semmai ad esse è ascrivibile il ben diverso interesse alla conservazione dei legami meramente “affettivi” con una persona con la quale non si dava alcun rapporto giuridico e che, però, si era presa cura di loro come un genitore per un, anche lungo, periodo di tempo. Il problema che una tale vicenda prospetta, perciò, non può assolutamente essere assimilato a quello che costituisce l’oggetto della sentenza in commento: il *vulnus* arrecato all’interesse dei bambini nati all’estero da GPA si dà nella perdita dello *status* già attestato da un documento ufficiale di uno Stato estero, nella differente minore tutela che è loro garantita dall’ordinamento italiano e – come si vedrà – nel *minus* sociale che la qualifica giuridica così negatagli simboleggia.

¹² Corte cost., 33/2021, 5.9 del *considerato in diritto*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Corte cost., 33/2021, 5.4 del *considerato in diritto*.

¹⁵ Corte cost., 33/2021, 5.5 del *considerato in diritto*. In merito all’esigenza di bilanciare l’interesse del minore nato all’estero da GPA e un interesse alla verità «che abbia anche natura pubblica», cui si faceva già riferimento in Corte cost. 272/2017, v. F. ANGELINI, *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*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, pp. 149 ss.; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*,

l'ordinamento nazionale deve farsi carico di garantire «la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il “genitore d'intenzione”»¹⁶, ma è anche vero, però, che una tale istanza «non può essere considerat[a] automaticamente prevalente rispetto a ogni altro interesse in gioco»¹⁷. D'altronde – si rammenta nel dispositivo della sentenza – la stessa Corte EDU riconosce che i singoli stati godono, in questa materia, di un certo margine di apprezzamento e possono, perciò, vietare la trascrizione dei provvedimenti giudiziari stranieri che attestano «sin dalla nascita del bambino lo *status* di padre o di madre al “genitore d'intenzione”; e ciò allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato può ben considerare lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne»¹⁸.

Sono, allora, questi i principi a partire dai quali il giudice costituzionale si appresta ad analizzare il bilanciamento implementato dalla statuizione delle Sezioni unite per accertarne la ragionevolezza, per verificare, cioè, se l'interesse dello Stato a scoraggiare il ricorso alla surrogazione di maternità sia stato realmente perseguito imponendo ai diritti del bambino il minor sacrificio possibile. Nell'accostarsi ad una tale valutazione la Corte procede, innanzitutto, ad una sorta di “separazione dei piani”: essa, infatti, giudica il diritto vivente coerente con i parametri costituzionali e sovranazionali *nella parte in cui* esclude la «trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, e *a fortiori* dell'atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il “padre d'intenzione”»¹⁹; di contro, lo reputa (il diritto vivente) insufficiente laddove affida la tutela dei diritti del bambino nato all'estero da GPA allo strumento dell'adozione in casi particolari²⁰.

Questa comprensione dell'orientamento delle Sezioni Unite, e i due autonomi piani in cui esso viene scomposto, chiarisce anche il senso della “terza via” indicata dal giudice costituzionale, che si propone, così, di tenere insieme l'interesse del bambino surrogato e quello dello Stato, conciliandoli. Ancora una volta le due Corti – quella italiana e quella di Strasburgo – si muovono all'unisono: «il punto

2, 2018, pp. 1 ss.; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore* (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 15 febbraio 2018; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, pp. 1 ss.

¹⁶ Corte cost., 33/2021, 5.6 del *considerato in diritto*.

¹⁷ Corte cost., 33/2021, 5.5 del *considerato in diritto*.

¹⁸ Corte cost., 33/2021, 5.6 del *considerato in diritto*.

¹⁹ Corte cost., 33/2021, 5.7 del *considerato in diritto*.

²⁰ Il giudice costituzionale ritiene, infatti, (Sent. 33/2021, 5.8 del *considerato in diritto*) che «il possibile ricorso all'adozione in casi particolari [...] costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati».

di equilibrio raggiunto dalla Corte EDU – si legge nel dispositivo della sentenza – appare corrispondente anche all’insieme dei principi sanciti in materia dalla Costituzione italiana»²¹. Questo “punto d’equilibrio” – come vi viene definito – è indicato in «un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino»²². Dunque, non la trascrizione dell’atto di nascita (o del provvedimento giudiziario) straniero che attesta, *ab origine*, il rapporto di filiazione fra bambino surrogato e genitore non biologico, ma un procedimento in grado di “mimarne” gli effetti, perché capace di garantire i diritti del bambino «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità»²³. La soluzione suggerita dalla Corte italiana è, quindi, realizzata correggendo il diritto vivente *nella sola parte in cui* vi è predisposta un’insufficiente tutela dei diritti del bambino, con la convinzione che si possa, così, scongiurare il rischio di strumentalizzare «la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata»²⁴.

Il problema è che questa “terza via” ed il compromesso di cui è latrice può sembrare poggiare su un’illusione ottica e si traducano, proprio per questa ragione, in un bilanciamento che, seppur coerente con le indicazioni della Corte EDU, non è detto sia in grado di reggere la prova dei principi costituzionali.

La disarticolazione in due piani autonomi – che fanno rispettivamente capo all’interesse dello Stato ed a quello del bambino - della soluzione prospettata dal diritto vivente rappresenta come scindibile ciò che, nella realtà, tale non è: lo “strumento” di cui ci si avvale per scoraggiare il ricorso ad una “pratica procreativa ritenuta lesiva dei diritti e della stessa dignità della donna” è, ancora una volta, lo *status* del bambino; i piani che si erano presentati come autonomi finiscono, così, con il sovrapporsi e le conseguenze delle azioni compiute dal mondo adulto finiscono, inesorabilmente, con il ricadere sul figlio. Certo, la “terza via” indicata dalla Corte attenua, e considerevolmente, la compressione del *best interests* del minore, che, qui, troverebbe protezione in una forma di adozione celere e sovrapponibile, nei contenuti, a quella legittimante. E tuttavia, è difficile non accorgersi che la protezione dei diritti e della dignità della donna passa attraverso la negazione della dignità del bambino, che diviene il “mezzo” su cui si costruiscono le politiche di deterrenza statali. Il contrasto fra la protezione della dignità della donna e la strumentalizzazione di quella del figlio diviene, se possibile, perfino più stridente quando si pensi che la prima, seppur costretta dalle

²¹ Corte cost., 33/2021, 5.7 del *considerato in diritto*.

²² *Ibidem*.

²³ Così si esprimeva la Corte costituzionale nella storica sentenza 347/1998.

²⁴ Corte cost., 33/2021, 5.7 del *considerato in diritto*.

presumibili condizioni di bisogno, ha comunque dato il proprio consenso all'accordo di surrogazione, mentre il secondo, privo della possibilità stessa di esercitare una scelta, diviene «il portatore delle conseguenze del comportamento dei genitori»²⁵, perché la sua stessa nascita «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»²⁶.

Ma il punto non è solo questo. Il bilanciamento suggerito dalla Corte costituzionale e il doveroso richiamo al legislatore «perché adegui il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata»²⁷ poggiano sul presupposto che si dia, realmente, «un ventaglio di opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione»²⁸; che, dunque, lo “spazio” puntellato dalla tutela “minima” degli interessi dello Stato e del bambino sia “vuoto”, non sia, cioè, presidiato da principi (costituzionali) in grado di condizionare l'esercizio futuro della discrezionalità legislativa. Proprio quest'assunto, e la “terza via” che su di esso poggia, parrebbero, però, smentiti dall'insieme delle *rationes* desumibili dalla normativa in materia di *status filiationis* e da importanti pronunce della stessa Corte costituzionale. Sono diverse le decisioni del giudice costituzionale cui è fatto riferimento nell'ordinanza di rimessione e fra queste, di certo, risalta la sentenza 494/2002, che ha sanzionato l'illegittimità costituzionale degli artt. 251, comma 1 e 278, comma 1 c.c. con la seguente motivazione: l'adozione di misure sanzionatorie non può coinvolgere «soggetti totalmente privi di responsabilità – come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare»²⁹.

È questo un principio fondamentale del sistema costituzionale italiano, che concorre a formare – come pure rileva il giudice *a quo* - l'ordine pubblico internazionale al pari, e forse più, del divieto di surrogazione. Ma è anche un principio che le Sezioni unite e lo stesso giudice costituzionale si ostinano a non voler considerare pienamente, sebbene esso si presti a risolvere, nelle forme dell'*analogia juris*, proprio il “tipo di problema” sollevato dai certificati di nascita dei bambini nati all'estero da surrogazione di maternità. In quell'occasione, infatti, la Corte non si limitava ad enunciare il diritto del minore ad uno *status filiationis* ed alle garanzie che da esso discendono, ma si spingeva ben oltre: ciò che questa decisione istituisce è la radicale separazione fra la sfera giuridica del genitore e quella del bambino, e dunque l'assoluta *non bilanciabilità* dei diritti di quest'ultimo con l'interesse della comunità statale a punire la condotta di chi ne ha violato le

²⁵ Corte cost., 494/2002, 6.1 del *considerato in diritto*.

²⁶ Corte cost., 272/2017, 4.2 del *considerato in diritto*.

²⁷ Corte cost., 33/2021, 5.9 del *considerato in diritto*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Corte cost., 494/2002, 6 del *considerato in diritto*.

regole, anche quando queste fossero, come nel caso del divieto di incesto o di quello di surrogazione³⁰, assistite da una sanzione di natura penale.

Una *regula juris*, quella che così si enunciava, che trova, in seguito, conferma anche nell'art. 9 l. 40/2004, con il quale il legislatore blinda lo *status* del bambino nato dal ricorso alla, in principio vietata, fecondazione eterologa³¹ e la cui *ratio* è indicata dallo stesso giudice costituzionale nella necessità di garantire i diritti del figlio «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendosene le relative responsabilità»³². Anche in questo caso, si intendeva escludere che le conseguenze delle azioni del mondo adulto, pur punite nella forma della meno grave sanzione amministrativa, potessero riverberarsi sulla sfera giuridica del minore mettendone in forse i diritti. Anche in questo caso, un tale obiettivo era perseguito assicurando l'intangibilità dell'interesse del minore, e quindi escludendo che il suo *status* e l'interesse dello Stato a sanzionare la condotta dei genitori potessero formare oggetto di un qualche bilanciamento.

Ma se così, il “punto d'equilibrio” indicato dal giudice di Strasburgo e sul quale la Corte costituzionale finisce con l'appiattirsi contraddice proprio un tale fondamentale principio, privando lo *status* del bambino surrogato di quell'impermeabilità che avrebbe, invece, dovuto garantirne il miglior interesse. La comunità statale – questa volta – esige che qualcuno sia chiamato a rispondere della grave offesa arrecata al valore della dignità della donna; e poco importa se a risponderne sarà un soggetto “totalmente privo di responsabilità” e se, per ottenere “giustizia”, si dovrà fare abiura e introdurre una “frattura” nell'ordinamento, ammettendo che in un caso – e solo in uno – delle colpe dei padri siano chiamati a rispondere i figli³³. L'atto di nascita del bambino nato da GPA non potrà essere

³⁰ Può sembrare opportuno ricordare che la sanzione prevista dall'art. 564 c.p. per il reato di incesto è ben più grave di quella prevista dall'art 12, comma 6, l. 40/2004 (divieto di surrogazione di maternità), e che i fatti che ne costituiscono l'oggetto – come pure ricordava, in quell'occasione, la Corte - «dalla coscienza sociale (sono) considerati alla stregua di attentati all'ordine naturale dei rapporti interpersonali».

³¹ L'art. 9 l. 40/2004, infatti, esclude che lo *status filiationis* del bambino nato da fecondazione eterologa possa essere oggetto delle azioni previste agli artt. 235, comma 1, nn. 1 e 2 e 265 c.c. da parte del genitore non biologico che abbia dato il proprio consenso alla fecondazione eterologa: la protezione predisposta dalla legge in favore del minore e dei suoi interessi presuppone, perciò, che questi abbia già acquisito lo *status* di figlio legittimo del genitore intenzionale. Proprio questa condizione, invece, mancherebbe nel caso, cui pure si è fatto cenno, delle due bambine nate in Italia da fecondazione eterologa, alle quali, dunque, non sembra possa estendersi la tutela predisposta dalla l. 40/2004.

³² V. Corte cost., 347/1998 (*cors. nos.*)

³³ Violando, così, il principio personalistico e quello di eguaglianza che erano serviti allo stesso giudice costituzionale (sent. 494/2002) per affermare l'inviolabile diritto allo *status* dei figli incestuosi.

trascritto, di modo che questi sarà costretto – se il legislatore dovesse conformarsi ai suggerimenti delle due corti – a seguire un percorso *ad hoc* per veder riconosciuto il rapporto affettivo che lo lega al genitore non biologico. Certo, sarà un percorso che lo condurrà, alla fine, a godere dei medesimi diritti del figlio legittimo, ma che continuerà comunque a marcarne lo *status*. Una distinzione, quella suggerita dalla Corte, che non trova appiglio in alcun principio costituzionale: non nella omosessualità della coppia che ha voluto la nascita del bambino, non nell'assenza di un legame genetico con il genitore d'intenzione. Dunque, un *discrimen* privo di fondamento normativo ed al quale non consegue un differente trattamento giuridico, ma, proprio per questa ragione, un *discrimen* che presenta, in modo chiaro ed incontrovertibile, un forte valore simbolico: esso testimonia la volontà di segnare questi figli, di additarne la diversità perché la loro nascita offende in modo intollerabile la comunità di cui desiderano far parte.

Della coerenza di questa “discriminazione” con il principio d'eguaglianza e con il canone della ragionevolezza è certo lecito dubitare; ma è questo un problema che si porrà, se mai si porrà, nel caso in cui il legislatore dovesse recepire i suggerimenti della Corte: bisognerà, allora, spiegare quale principio costituzionale può giustificare la “terza via” che i bambini nati da surrogazione si troveranno a percorrere e che sempre ne marcherà lo *status* distinguendoli da tutti gli altri “figli”.

Ma ciò che, soprattutto, preme sottolineare è che la Corte, con questa sentenza, ha trasformato la “bella bandiera” della dignità della donna in una “brutta bandiera”. “L'intollerabile offesa alla dignità della donna”³⁴ giustifica la strumentalizzazione dei diritti del minore, che, nel silenzio di tutti, diviene un “mezzo utile” a disincentivare il comportamento altrui. Essa diviene, perciò, il vessillo dietro il quale si dissimula l'abiura di un fondamentale principio di civiltà giuridica che lo stesso giudice costituzionale aveva contribuito a forgiare: la dignità della donna diviene la “brutta bandiera” che i bambini surrogati saranno chiamati a portare, simbolo indelebile delle colpe dei loro padri.

³⁴ Così Corte cost., 272/2017.