

Il ruolo dell'amicus curiae nelle decisioni nn. 32 e 33/2021.

di Costanza Masciotta

Intervento al Seminario annuale - Milano, 12 novembre 2021 “Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative”.

1. Introduzione

La modifica del gennaio 2020 delle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» rende opportuna una riflessione circa il “rendimento” di alcune novità introdotte per favorire l’apertura della Corte alla società civile.

Tra tali aperture assume particolare rilievo la previsione di quel “secondo binario” attraverso il quale si muove la partecipazione al processo costituzionale, ossia la disciplina dell’*amicus curiae*.

Gli *amici curiae* sono definiti dall’art. 4-ter come «formazioni sociali senza scopo di lucro e soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità» e, sulla scia del modello della Corte europea dei diritti dell’uomo, l’*amicus* deve offrire ai fini dell’ammissibilità «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità» (commi 2 e 3).

La *ratio* dell’istituto sembra, quindi, quella di offrire alla Corte elementi utili, quindi, innovativi¹ nell’ambito del giudizio costituzionale, come nuove conoscenze extra-giuridiche, sociologiche, elementi di diritto internazionale e comparato che potranno trovare ingresso nella argomentazione della Corte, con un arricchimento del processo deliberativo.

L’apporto degli *amici curiae*, come ha rimarcato il Presidente della Corte costituzionale, potrà fornire «elementi utili [...], derivanti dalla loro esperienza “sul campo”, soprattutto in relazione ad aspetti pratici dell’applicazione delle norme»², permettendo di accertare quali sono gli effetti prodotti, anche prima ed oltre l’interpretazione fornita nelle aule giudiziarie.

In definitiva, l’intervento sarà ammissibile in quanto si rivelerà in grado di «arricchire» e di «mettere a disposizione dei giudici conoscenze nuove o aspetti che, in una società sempre più complessa come quella attuale, potrebbero anche restare sotto traccia»³.

Occorre osservare che la natura di questo istituto varia nei diversi ordinamenti: si pensi alla concezione statunitense dell’*amicus* come soggetto fortemente interessato che mira a influenzare la decisione giudiziale, tanto che spesso sono le parti in causa a richiedere la predisposizione di un

¹ Cfr. M. D’Amico, Gli amici curiae, in *Questione Giustizia*, 4, 2020, p. 130.

² *Relazione sull’attività della Corte costituzionale nell’anno 2019*, 28 aprile 2020, p. 3.

³ L. Violini, *Accesso alla Corte costituzionale: quale ruolo per gli enti di terzo settore*, *Vita*, 5.02.2020.

amicus brief al fine di dare sostegno alla propria posizione, con il rischio di una ripetizione delle argomentazioni enunciate dalle parti.

Diversa è, invece, la definizione inglese di un soggetto al servizio della Corte, «a friend of the Court». Al contempo nel sistema convenzionale la Corte edu tiene un orientamento restrittivo rispetto all'istituto, non permettendo agli intervenienti di prendere posizione sui fatti o sul merito della controversia e richiedendo informazioni aggiuntive, spesso di carattere tecnico-scientifico, a integrazione di quelle prodotte dal ricorrente (i.e caso *Parrillo c. Italia*).

Scopo del contributo è, quindi, verificare attraverso l'analisi di alcuni casi pratici se le ragioni che hanno spinto all'introduzione dell'*amicus* nel processo costituzionale si siano concretizzate nella prassi applicativa dell'istituto.

In tal senso occorre verificare se gli *amici* siano intervenuti nel merito della controversia e dei fatti di causa, o, viceversa, sulla scia del modello convenzionale, abbiano addotto elementi innovativi, ulteriori rispetto a quelli già presentati, ad esempio di natura scientifica, sociologica, statistica, senza tralasciare anche una valutazione dei rischi insiti nell'apertura all'*amicus*, come il pericolo di una "cattura" della Corte nell'agone politico.

La mia indagine ha ad oggetto l'analisi delle opinioni presentate da alcuni *amici curiae* nell'ambito dei casi poi decisi con le sentenze nn. 32 e 33/2021 aventi ad oggetto il riconoscimento dello *status filiationis* del minore rispetto al genitore intenzionale rispettivamente in un caso di ricorso all'estero alla fecondazione eterologa e alla maternità surrogata.

Questa delimitazione *ratione materiae* si spiega perché, come afferma la stessa Corte costituzionale, le suddette questioni di costituzionalità sono complesse, hanno carattere eticamente sensibile, dividono la coscienza sociale e, pertanto, l'*amicus*, può assumere un ruolo fondamentale per sensibilizzare la Corte verso le istanze sociali esistenti e può fornire ulteriori argomenti con i quali confrontarsi nell'adottare la decisione.

Inoltre, tra i fattori che caratterizzano lo Stato pluralista nell'attualità e che sembrano aver spinto la Corte verso una maggiore apertura alla partecipazione, vi è lo sviluppo tecnico-scientifico e i suoi riflessi su diritti fondamentali, pertanto, un'indagine approfondita in tale ambito risulta particolarmente utile al fine di valutare il ruolo dell'*amicus* nel giudizio costituzionale.

Dal punto di vista metodologico occorre evidenziare che le opinioni degli *amici* non sono pubbliche ed è stato necessario contattare le singole associazioni per avere cognizione delle diverse opinioni e qualche associazione, in nome di esigenze di riservatezza, non ha condiviso i suoi atti processuali.

2. L'Opinion di Rete Lenford nel caso della sentenza n. 32/2021

Nel caso deciso con sentenza 32/2021 il tribunale rimettente dubitava della legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9, legge n. 40/2004, poiché non consentirebbero al nato da pma eterologa praticata da una coppia dello stesso sesso l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il proprio consenso alla pratica, ove non si possa accedere all'adozione in casi particolari a causa del mancato assenso del genitore biologico.

L' avvocatura per i diritti LGBTI, nota anche come Rete Lenford, e il Centro Studi Rosario Livatino hanno presentato opinione scritta e la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibili tali due opinioni, su tre presentate, con decreto del 3 dicembre 2020.

L'opinione di avvocatura per i diritti LGBTI si concentra su un profilo strettamente giuridico quale l'applicabilità dell'art. 8, legge n. 40/2004 alla fattispecie. L'*amicus* afferma la necessità di distinguere il profilo dell'accesso alla pma da quello della tutela del nato in caso di inosservanza dei requisiti di accesso, argomentazione già adottata dal giudice *a quo*.

In alternativa, l'associazione sostiene l'accoglimento della questione a tutela in particolare del diritto fondamentale del minore all'identità personale, elemento anche questo già valorizzato dal rimettente. La considerazione della diretta applicabilità dell'art. 8, legge n. 40/2004 al caso di specie, però, non è condivisa dalla Corte costituzionale secondo la quale il collegio rimettente ha correttamente censurato gli artt. 8 e 9, legge n. 40/2004 dai quali si desume l'impossibilità di riconoscere lo *status* di figli ai nati da pma eterologa nell'ambito di una coppia di donne e da essi discende il vuoto di tutela.

Anche l'elemento discriminatorio addotto dall'*amicus* era stato ampiamente sottolineato dal giudice *a quo* ed è accolto dal giudice costituzionale che, però, non richiama espressamente l'opinione dell'associazione.

Un elemento parzialmente innovativo dell'opinione consta nella ricostruzione comparatistica di alcune decisioni straniere e dei principi di diritto ivi affermati, principi che, tuttavia, non possono integrare un parametro interposto di legittimità costituzionale.

Ciò che sembra mancare, invece, nella *opinion* sono informazioni aggiuntive di tipo statistico, sociologico o tecnico-scientifico, sulla scia di quanto accade a Strasburgo, ad esempio in ordine all'entità "sociale" del fenomeno al fine di evidenziare il carattere sistemico del vuoto di tutela del minore, oppure circa l'idoneità della coppia di persone dello stesso sesso a contribuire allo sviluppo equilibrato del minore.

3. *Le opinioni nella sentenza n. 33/2021*

La sentenza n. 33/2021 interviene su una questione diversa dalla precedente: il giudice rimettente dubitava della legittimità costituzionale del diritto vivente, risultante dalla sentenza delle sezioni unite

n. 12193/2019 che esclude il riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento interno del provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato dichiarato un rapporto di filiazione tra minore nato da *surrogacy* all'estero e il genitore intenzionale, per contrasto con il divieto di surrogazione di maternità, qualificabile per le sezioni unite come principio di ordine pubblico.

Con decreto del 2 dicembre 2020 sono state ammesse tutte le opinioni presentate tranne una, quella di Rete italiana contro l'utero in affitto: ciò dimostra l'ampia apertura della Corte costituzionale rispetto alla partecipazione di associazioni della società civile. Inoltre, nel considerato in fatto della sentenza la Corte riporta le argomentazioni principali addotte dagli *amici*, dimostrando di avere piena conoscenza del materiale informativo da essi presentato.

Alcune associazioni sostengono che la repressione penale della maternità surrogata intenda tutelare il minore, la relazione con la madre e la donna quale madre. Indubbiamente il giudice costituzionale, pur non richiamandole espressamente, tiene conto di tali argomentazioni là dove ribadisce che la pratica offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane. Secondo gli *amici*, inoltre, il riconoscimento dello *status* costituito all'estero legittimerebbe la surrogazione di maternità e ciò rischierebbe di indebolire gli istituti dell'affidamento e dell'adozione. Si tratta, tuttavia, di affermazioni che la Consulta non sembra accogliere, poiché sovrappongono il piano della condotta dei genitori alla questione dello *status filiationis* né la Corte si esprime sulla eventuale compromissione degli istituti adottivi.

A sua volta ANFAA, Associazione nazionale famiglie adottive e affidatarie, presenta un'opinione ove auspica il rigetto delle questioni sulla base della assimilazione della maternità surrogata al traffico di minori.

L'associazione richiama alcune disposizioni della legge n. 184/1983 alla base delle quali vi sarebbe il riconoscimento che l'adozione si basa sul principio irrinunciabile «“comprare non è amare”».

Tuttavia, non sempre vi è una compravendita alla base della pratica e occorre tener conto delle specifiche modalità attraverso le quali la maternità surrogata è stata realizzata all'estero.

Inoltre, l'altro argomento dello sfruttamento delle donne coinvolte nella pratica, seppur accolto dal giudice costituzionale, è stato addotto anche dall'Avvocatura dello Stato, quindi, assume limitata portata innovativa.

Secondo ANFAA l'adozione realizza il diritto del minore ad avere una famiglia, nell'ambito di un procedimento di previa rigorosa verifica dell'idoneità dei genitori affidatari e adottivi, profili che in caso di maternità surrogata sarebbero capovolti a favore di un «inaccettabile e presunto diritto al figlio». Tale argomentazione non è, invece, accolta dalla Consulta che adotta una visione paidocentrica e circoscrive la *quaestio* allo *status* del minore.

Preme evidenziare un’“occasione mancata” dall’*amicus* che non ha addotto elementi aggiuntivi, ad esempio di natura statistica, per rendere edotta la Corte di quanto sia concreto il rischio di sfruttamento della vulnerabilità delle madri surrogate, soprattutto se in stato di indigenza, né sono stati offerti elementi tecnico-scientifici in ordine al pregiudizio che il minore potrebbe subire dal conoscere le circostanze della propria nascita.

Infine, l’opinione presentata da Rete Lenford auspica l’accoglimento delle questioni e si basa su argomentazioni prettamente giuridiche che riprendono prospettazioni già adottate dal giudice rimettente, come la distinzione proposta tra il divieto di surrogazione di maternità e la tutela del nato a seguito di tale pratica, l’importanza del riconoscimento di una responsabilità genitoriale e dell’identità personale del minore.

Inoltre, l’associazione evidenzia come i minori sarebbero gli unici soggetti a subire le conseguenze della condotta tenuta da altri. Questo profilo è indubbiamente considerato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2021 là dove ammonisce sul rischio di strumentalizzare il minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica, ma era già stato addotto dal giudice rimettente.

Secondo l’associazione, inoltre, la soluzione prospettata dalle sezioni unite, conduce a un ritorno ad una pluralità di *status filiationis* difficilmente giustificabile alla luce del principio di eguaglianza: un aspetto, quello discriminatorio già evidenziato dal giudice *a quo* e su cui la Corte costituzionale non si è soffermata.

Un elemento interessante consta nei riferimenti comparatistici presentati nella *opinion* per mostrare come ordinamenti, pur contrari alla surrogazione di maternità, abbiano comunque apprestato tutela alla stabilità dello *status filiationis* del minore.

La Corte costituzionale, tuttavia, nella sentenza n. 33/2021 non fa riferimenti *ad adiuvandum* alle esperienze francese e tedesca richiamate nella opinione, perché opta per una soluzione diversa dalla trascrizione dell’atto straniero.

Anche in questa fattispecie, infine, l’*amicus* non adduce elementi statistici, sociologici o tecnico-scientifici volti, ad esempio, a indicare la portata del fenomeno del mancato riconoscimento della filiazione in caso di maternità surrogata nell’ambito di coppie omoaffettive o inerenti al preminente interesse del minore al mantenimento dei rapporti con entrambi i componenti della coppia che abbiano esercitato la responsabilità genitoriale.

4. Considerazioni conclusive

Una prima considerazione riguarda l’accessibilità agli atti degli *amici*: alcune associazioni l’hanno negata in nome della riservatezza di tali opinioni come atti processuali, ma ciò sembra confliggere

con la funzione ontologica dell'istituto, teso a valorizzare l'apporto della società civile nel giudizio e, nondimeno, a sensibilizzare l'opinione pubblica soprattutto su temi divisivi.

È pur vero che anche nel giudizio convenzionale le opinioni non sono pubbliche, ma è altrettanto vero che di regola le varie associazioni intervenienti pubblicano le *opinions* nei rispettivi siti istituzionali.

Inoltre, occorre segnalare la declaratoria talvolta apodittica di ammissibilità delle opinioni da parte del giudice costituzionale.

In un'ottica di trasparenza potrebbe essere utile una motivazione costituzionale atta a definire meglio i criteri di ammissibilità dell'*amicus*, soprattutto in caso di rigetto del testo e anche al fine di distinguere i confini dei soggetti ammessi al contraddittorio (gli intervenienti) e di quelli che possono soltanto portare alla Corte un contributo di ragionamento e di idee (gli *amici curiae*).

A ciò si aggiunga che, nelle opinioni presentate, gli *amici* non spiegano in concreto quale potrebbe essere il loro effettivo contributo innovativo nel giudizio costituzionale: migliorare tale profilo potrebbe facilitare l'attività del giudice costituzionale onde evitare anche il pericolo di un'ipertrofia informativa.

Si può, inoltre, osservare che non si è concretizzato il rischio di una "cattura" della Corte, paventato in dottrina, pericoloso per la sua legittimazione: anche se talvolta le opinioni ammesse introducono contenuti ideologici, non strettamente giuridici, la Corte ha dimostrato una grande abilità nello scindere i due profili, riconoscendo ad esempio il pericolo di sfruttamento della donna nella maternità surrogata, ma non accogliendo l'assimilazione della pratica al traffico di minori.

Le opinioni rese nei giudizi analizzati mostrano, inoltre, come l'istituto sia ancora in fase di "rodaggio": sono diversi i "convitati di pietra" nelle opinioni analizzate, come la mancata presentazione di elementi di carattere statistico, sociologico o tecnico-scientifico tali da addurre profili innovativi nel giudizio costituzionale.

Si può osservare che nella sentenza n. 32/2021, seppur le argomentazioni dell'*amicus* siano indubbiamente confluite nei lavori istruttori della Corte, lo spazio ad esse dedicato nella sentenza è esiguo, segno che il rendimento dell'istituto non dipende tanto dalla sua proceduralizzazione quanto dalla capacità delle organizzazioni di cogliere la *ratio* sottesa all'istituto medesimo, ossia di produrre argomenti utili e nuovi nel giudizio costituzionale.

Nella sentenza n. 33/2021 la Corte costituzionale sembra accogliere alcune argomentazioni prospettate dall'associazione LGBTI che tuttavia erano già state presentate dal giudice *a quo*: si pensi alla necessità di assicurare la responsabilità genitoriale e l'identità personale del minore.

Alcune argomentazioni dell'associazione non sono, invece, condivise nella sentenza n. 33/2021 nella quale la Corte non si sofferma sul profilo della discriminazione dei figli per l'orientamento sessuale

dei genitori, ponendo piuttosto l'accento sulla necessità di bilanciare gli interessi del minore con lo scopo di disincentivare la *surrogacy*, e conseguentemente ritiene non illegittima la soluzione della non trascrivibilità dell'atto straniero: la Corte dimostra, così, un'ampia autonomia decisionale, svincolandosi dal rischio di una "cattura" nell'agone politico. Del pari, la soluzione suggerita dalla Corte è diversa da quella prospettata dall'associazione: una tutela dovrà essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere che riconosca pienamente il legame tra adottante e adottato.

Anche le prospettazioni degli altri *amici curiae* nella sentenza n. 33/2021 hanno avuto una "resa altalenante". L'argomentazione secondo la quale la repressione penale della maternità surrogata intende tutelare il minore, la relazione con la madre, nonché la donna quale madre, seppur non richiamata espressamente, è indubbiamente considerata dal giudice costituzionale là dove ribadisce come la pratica offenda in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane. Diversamente l'argomento circa un «preteso ma inesistente "diritto alla filiazione" ad ogni costo» non è condiviso dal giudice costituzionale che adotta una visione paidocentrica.

Rispetto alla funzione partecipativa dell'istituto, si può osservare che la Corte costituzionale ha ammesso un numero considerevole di opinioni nei due giudizi esaminati: sembra, dunque, potersi confermare una tendenza ad "aprire" il processo costituzionale al contributo esterno.

Occorre, tuttavia, chiedersi se le ragioni che hanno spinto la Corte all'introduzione di tale istituto, quali *in primis* l'utilità e l'innovatività del contributo dell'*amicus* nel giudizio costituzionale si siano concretizzate nelle fattispecie esaminate.

Le associazioni nei casi considerati sono entrate nel merito dei fatti e della causa e hanno cercato di offrire alla Corte argomenti a favore o contro l'accoglimento della questione, con il rischio di una sovrapposizione con le argomentazioni presentate dal rimettente e dalle parti, mostrando un interesse forte nel giudizio, piuttosto che addurre elementi di conoscenza ulteriori, di natura ad esempio statistica, sociologica o tecnico-scientifica, come accade nella prassi della Corte EDU.