



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



**2021 FASC. III
(ESTRATTO)**

MATTEO CALDIRONI

**LA GENITORIALITÀ INTENZIONALE E L'INTERESSE DEL
MINORE: UN VUOTO DI TUTELE INTOLLERABILE**

23 DICEMBRE 2021

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Matteo Caldironi
**La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore:
un vuoto di tutele intollerabile***

ABSTRACT: *The essay deals with the reconstruction of the main pronouncements of the Constitutional Court relating to the regulation of medically assisted procreation (law n. 40/2004). In particular, the analysis focuses on the two latest rulings (Constitutional Court, [sentences nos. 32 and 33 of 2021](#)) that specifically touch on the issue of recognition of the legal status of children conceived through heterologous fertilization procedures (by homosexual couples) and through surrogacy.*

SOMMARIO: 1. La legge 19 febbraio 2004, n. 40 e la Corte costituzionale. – 2. La sentenza [Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33](#). – 2.1. Il contrasto tra la giurisprudenza nazionale di legittimità e il parere della *Grand Chambre*. – 2.2. Interesse del minore e tutela della dignità della gestante: non esistono “diritti tiranni”. – 3. La sentenza [Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32](#): ancora sulla inadeguatezza dell'adozione in casi particolari. – 4. *Soltanto* un monito al legislatore.

1. *La legge 19 febbraio 2004, n. 40 e la Corte costituzionale*

La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40) è senza dubbio espressione di una particolare concezione etica¹ della procreazione e dell'embrione, tanto da essere stata definita una legge di lotta *contro* la pma². È bene precisare sin da subito che per 'procreazione medicalmente assistita' si intende un insieme eterogeneo di tecniche utilizzate per aiutare il concepimento nei casi in cui il esso sia impossibile o estremamente remoto (almeno spontaneamente-naturalmente) e nei casi in cui altri interventi farmacologici e/o chirurgici siano inadeguati. In breve, la pma si avvale di diversi tipi di tecniche che comportano la manipolazione di ovociti, spermatozoi o embrioni nell'ambito di un trattamento finalizzato a realizzare una gravidanza. È quindi evidente che vi siano pratiche decisamente diverse l'una dall'altra, sia dal punto di vista medico sia da quello della loro disciplina giuridica (proprio per far fronte a situazioni differenziate). Tutte queste tecniche possono essere però ricondotte a tre tipi generali: la fecondazione omologa, la fecondazione eterologa e la surrogazione di maternità.

In estrema sintesi, si parla di fecondazione assistita omologa quando si impiantano, nell'utero della gestante, uno o più embrioni formati esclusivamente con gameti appartenenti alla coppia richiedente. Caratteristica di tale tipo di fecondazione artificiale è, quindi, l'omogeneità dei soggetti che vi partecipano, dal momento in cui la madre biologica (*i.e.*: la gestante) sarà sempre coincidente sia con la madre genetica sia con la madre sociale. Difatti, è sempre questa che fornisce l'ovulo destinato alla formazione dell'embrione da impiantare nel proprio utero e a fornire il consenso per l'accesso alla tecnica di procreazione medicalmente assistita e per l'impianto dell'embrione formato anche grazie al proprio ovulo. Anche il padre genetico, ossia colui il quale fornisce il proprio seme per la

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ Non è un caso, infatti, che la legge n. 40/2004 sia il frutto di un lungo *iter* iniziato nel luglio del 1998, quando la Commissione Affari sociali della Camera presentò il progetto di legge che venne discusso soltanto ai primi di febbraio del 1999. Soltanto un anno più tardi il contrasto ideologico che animò il dibattito parlamentare e l'opinione pubblica sfociò in una campagna referendaria volta alla sua abrogazione. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità dei quesiti referendari, dichiarò inammissibile la richiesta di abrogazione totale ([sentenza n. 45 del 2005](#)) e, invece, ammissibili (sentenze nn. [46](#), [47](#), [48](#) e [49](#) del 2005) i quattro referendum parziali aventi ad oggetto gli aspetti più controversi (come l'accesso alla procreazione medicalmente assistita non soltanto alle coppie sterili, ma anche a quelle affette da patologie geneticamente trasmissibili e il divieto di fecondazione di tipo eterologo).

V. in particolare sulla posizione assunta dalla chiesa cattolica in relazione alla legge in esame: E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 27 novembre 2013, 3 ss.

² E. DOLCINI, *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione assistita*, in *Il corriere del merito*, 2007, 1425 ss.

formazione dell'embrione da impiantare nell'utero della propria partner, coinciderà poi sempre con il padre sociale (fornendo il consenso per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita). In questo particolare caso non si pone quindi nessun particolare problema intorno alla genitorialità e allo *status filiationis* rilevato che, in buona sostanza, la fecondazione omologa funge da vero e proprio sucedaneo dell'atto sessuale al fine di permettere la generazione di un essere umano anche a chi ne sarebbe naturalmente preclusa la possibilità³.

Ben diverse sono invece la fecondazione eterologa e la surrogazione di maternità.

La prima (fecondazione eterologa) è una tecnica di procreazione medicalmente assistita che consiste nell'impianto nell'utero della madre biologica – che *coincide* con quella sociale – di uno o più embrioni formati da gameti, in parte o in tutto, estranei alla coppia committente. Nel primo caso avremo una fecondazione eterologa parziale in quanto uno dei due gameti (maschile o femminile) apparterrà alla coppia committente mentre l'altro proverrà da un terzo donatore estraneo ad essa. Nel secondo avremo invece una fecondazione eterologa totale in quanto entrambi i gameti che formano l'embrione da impiantare nell'utero della gestante proverranno da donatori terzi alla coppia.

Per surrogazione di maternità (o “utero in affitto”) si intendono tutti quei casi in cui una donna porta a termine una gravidanza indotta artificialmente per conto di un'altra, la quale, dopo la nascita, assumerà il ruolo giuridico (e naturalmente sociale) di madre, con conseguente scissione tra maternità e gestazione. Il divieto assoluto di detta pratica si inserisce, come anticipato, in una legge organica del 2004, che disciplina e reprime tutta una serie ulteriore di condotte attinenti alla procreazione artificiale.

Nelle dichiarate intenzioni del legislatore del 2004, infatti, il ricorso alle pratiche di procreazione è consentito «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e dalla infertilità umana», ma pur sempre a condizioni e secondo modalità che assicurino «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». In ogni caso, il ricorso a dette pratiche è (*rectius*: era) consentito unicamente «in assenza di altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o di infertilità» (art. 1 l. 40/2004). Di particolare interesse per le vicende che saranno analizzate qui di seguito (e come si vedrà quindi più avanti), a tal riguardo, è il limite soggettivo previsto dall'art. 5 l. 40/2004 che circoscrive l'accesso alle tecniche di pma alle sole le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

Prima dell'intervento demolitore della Corte costituzionale, era espressamente vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, ossia realizzate non con gameti appartenenti ad ambedue i partner, ma con l'ausilio dei gameti di un donatore. Continua viceversa ad essere vietata la surrogazione di maternità, ossia la tecnica che prevede il coinvolgimento nella gestazione di un soggetto esterno alla coppia: l'embrione in questo caso viene creato impiegando il patrimonio genetico dei partner committenti o di solo uno dei due, cui viene associato il patrimonio genetico di altra donna ovo-donatrice (che potrebbe anche coincidere con la gestante) o di altro uomo donatore di seme, con successivo impianto dell'embrione nell'utero di una (seconda o terza) donna (c.d. madre gestazionale).

La disciplina è presidiata da un articolato sistema di illeciti che spazia da quelli amministrativi – relativi all'accesso alle tecniche di pma (sono punite con una sanzione pecuniaria le violazioni del divieto di fecondazione eterologa, del divieto di accesso ai minori ovvero a persone dello stesso sesso, non coniugate o non conviventi, dell'obbligo di raccogliere il consenso informato, del divieto di operare in strutture diverse da quelle autorizzate) – a quelli penali relativi all'embrione.

Non sono tuttavia punibili a livello amministrativo l'uomo e la donna a cui siano applicate le tecniche di pma: la minaccia delle (severe) sanzioni amministrative è rivolta a coloro che gestiscono e applicano dette pratiche. I richiedenti potranno al più rispondere, in caso di dichiarazioni mendaci sul possesso dei requisiti di accesso, ai sensi dell'art. 76, commi 1 e 2, del testo unico delle

³ Ciò, tuttavia, non significa che tale tecnica sia accessibile a tutti e indistintamente o che lo *status* giuridico del nato non trovi espressa disciplina, anzi. Più semplicemente non emergono qui le problematiche che in questa sede si intendono approfondire.

disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445).

Come anticipato, il contenuto della legge in esame è stato fortemente influenzato e talvolta radicalmente “riscritto” dagli interventi della Corte costituzionale che ha pronunciato tre notissime declaratorie di incostituzionalità, che qui ci si limita a ricordare prima di concentrarsi sulle più recenti pronunce.

Anzitutto, con la [sentenza n. 151/2009](#)⁴, la Corte ha accolto le questioni di legittimità costituzionale sollevate sull’art. 14, comma 2 e 3 il quale, nel disciplinare la produzione di embrioni e il trasferimento degli stessi nell’utero, poneva il divieto di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, numero comunque non superiore a tre.

La Corte, prendendo atto del fatto che da tale disposizione ben può desumersi che il legislatore abbia discrezionalmente optato per una tutela non assoluta dell’embrione (considerato che ben si ammette che taluno di essi non dia luogo a gravidanza e che il numero di embrioni sia volto ad assicurare aspettative concrete di gravidanza), evidenzia l’esistenza, dietro tale automatismo numerico, di una violazione del diritto alla salute della donna e dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza⁵.

Infatti, il limite legislativo di tre embrioni e dell’unico e contemporaneo impianto possono produrre, alternativamente due pregiudizi per la donna: da un lato, essendo necessario il ricorso alla reiterazione di più cicli di stimolazione ovarica (ove il primo abbia condotto alla creazione di tre embrioni che non si siano poi attecchiti), aumenta il rischio di insorgenza di patologie nella donna, legate a tale iperstimolazione; dall’altro, qualora viceversa l’attecchimento sia andato a buon fine, anche per le condizioni soggettive della donna, quest’ultima sarà esposta al rischio di gravidanze plurime, talvolta pregiudizievoli per la sua salute. Il punto costituzionalmente stigmatizzabile è rappresentato dunque dal fatto che il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili, in possibile pregiudizio della salute della donna e del feto. Infatti, scrive la Corte, «la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto».

Cinque anni più tardi, la Corte costituzionale⁶ si è nuovamente pronunciata sulla l. n. 40/2004, questa volta dichiarando l’illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, per tutti i casi in cui siano state diagnosticate una sterilità o una infertilità assolute e irreversibili⁷.

⁴ Annotata tra i tanti da M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita; una political question disinnescata* e C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la “Costituzione che non vale più la pena di difendere”*, entrambe in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 1656 ss.; D. CHINNI, [La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla Legge n. 40/2004](#), e L. TRUCCO, [Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di \(almeno in parte\) decidere](#), entrambe in questa *Rivista*, 2009, rispettivamente 20 settembre e 15 luglio 2009; E. DOLCINI, *Embrioni nel numero “strettamente necessario”: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2/2009, 950-966; M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1/2009, 28 maggio 2009, 1 ss.

⁵ Diffusamente, sul principio di proporzionalità in tema di procreazione medicalmente assistita, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020, 185 ss.

⁶ [Corte cost., sent. n. 10 giugno 2014, n. 162](#).

⁷ P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 5 marzo 2015; v. anche le riflessioni precedenti alla sentenza della Corte di M. D’AMICO, *Sull’incostituzionalità del divieto di “fecondazione eterologa” fra i principi costituzionali ed europei*, in M. D’Amico, B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione di gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, Milano, Franco Angeli, 2011, 18 ss.

La scelta di una tale coppia di diventare genitori costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, peraltro riconducibile agli artt. 2 (principio di solidarietà sociale), 3 (principio di uguaglianza) e 31 (salute quale diritto fondamentale) della Costituzione. Di conseguenza, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango. In questo caso, al contrario, dal libero accesso alla fecondazione eterologa non si registrerebbe un violazione di altri valori costituzionali, né della salute dei donanti (per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti) né del nato, posto che la limitazione dell'accesso all'eterologa ai casi di sterilità e/o infertilità permette di escludere in radice un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici. Inoltre, l'art. 9 prevede peraltro già una tutela del diritto del minore al legame di filiazione e del diritto a conoscere le proprie origini, considerato che, da un lato, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità e, dall'altro, la madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata.

Il divieto posto dalla normativa italiana realizzava in definitiva un ingiustificato diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, «in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi».

Nel 2015 la Corte costituzionale ha ulteriormente "riscritto" il testo della l. n. 40/2004 affermando la caduta del divieto di fecondazione eterologa per la coppia fertile, ma portatrice di malattie geneticamente trasmissibili, ove con la diagnosi pre-impianto sia accertata l'avvenuta trasmissione della malattia all'embrione sviluppato con la fecondazione omologa ([sentenza 5 giugno 2015, n. 96](#)). Infatti, tale divieto si risolverebbe in un pregiudizio per la salute tanto del nascituro quanto della partoriente, da cui il carattere irragionevole di detto divieto. Esso dà luogo a una «palese antinomia normativa» considerato che «il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali [...] quando, dalle ormai normali indagini prenatali, siano, appunto "accertati processi patologici [...] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna"».

La Corte costituzionale si è invece arrestata, pronunciando una sentenza di rigetto ([sent. 23 ottobre 2019, n. 221](#)), dinanzi alla supposta illegittimità del divieto di accesso alle pratiche di fecondazione eterologa da parte di due donne dello stesso sesso. Si tratterebbe in questo caso, secondo la Corte, di una legittima e – soprattutto – insindacabile scelta discrezionale del legislatore. L'ammissione alla pma delle coppie omosessuali comporterebbe la diretta sconfessione delle linee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004, caratterizzato dal bilanciamento tra interesse alla genitorialità e interesse al mantenimento di un legame biologico tra il nascituro e gli aspiranti genitori⁸.

Peraltro, non vi sarebbe alcuna incongruenza interna alla disciplina legislativa della materia, considerato che l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. «Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla pma delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale»⁹ ma di una scelta volta a riconoscere alla pma una finalità prettamente ed esclusivamente terapeutica.

⁸ S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 3/2015, 2 febbraio 2016.

⁹ [Corte cost., sent. n. 221/2019](#), § 12 Considerato in diritto.

Mai è stato toccato dalla Corte costituzionale invece il divieto di maternità surrogata, considerato che non è mai stato oggetto diretto di una questione di legittimità costituzionale; nondimeno, in un *obiter dictum* del 2017¹⁰, quella dell'“utero in affitto” è stata definita pratica che, nel prevedere la gestazione e la conseguente cessione per contratto del nato alla coppia committente, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»; mentre la già menzionata [sentenza n. 221/2019](#) si è limitata a ricordare come esso sia considerato dalla giurisprudenza espressivo di un principio di ordine pubblico. Al contrario il ruolo principale in relazione all'individuazione delle *rationes* e delle conseguenze del divieto è stato giocato dalla giurisprudenza dei giudici comuni. Non è tollerabile, secondo questa interpretazione, che una donna si presti a intraprendere e a portare a termine una gravidanza per conto di altri: viene infatti in rilievo in questo caso, come si chiarirà a breve, l'esigenza di garantire e proteggere la dignità della donna. Permane dunque in tutta la sua estensione il divieto penale di maternità surrogata.

La problematica principale è rappresentata però dalla liceità di questa pratica in altri Paesi, anche europei, dove spesso coppie eterosessuali o omosessuali si recano per realizzare il proprio sogno di genitorialità (c.d. turismo procreativo), con la conseguenza che spesso ci si è interrogati, da un lato, sull'applicabilità del reato di surrogazione di maternità *ex art. 12, comma 6, l. n. 40/2004* anche ai fatti commessi all'estero e, dall'altro, sulla trascrivibilità in Italia dei provvedimenti (amministrativi o giurisdizionali) stranieri che riconoscono la genitorialità del genitore solo di intenzione. Ma analogo problema esiste anche per i casi in cui coppie di donne omosessuali vogliano avvalersi dei trattamenti di fecondazione eterologa per le quali tale pratica sarebbe vietata dall'art. 5 della l. 40/2004, almeno per i problemi relativi al riconoscimento del rapporto di genitorialità con il genitore d'intenzione¹¹.

Proprio su tali questioni è stata interpellata di recente la Corte costituzionale, la quale si è pronunciata con due sentenze che sembrano di particolare rilevanza per diversi motivi. Infatti, se da un lato chiariscono alcuni punti centrali relativi allo *status filiationis* del nato, dall'altro ripropongono interrogativi, per così dire processuali, per la particolare tecnica utilizzata.

2. [La sentenza della Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33](#)

2.1. *Il contrasto tra la giurisprudenza nazionale di legittimità e il parere della Grand Chambre*

Con l'ordinanza 29 aprile 2020, n. 8325¹² la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha sollevato una questione di legittimità costituzionale in riferimento alla disciplina in materia di riconoscimento del figlio nato (all'estero) tramite il procedimento di “maternità surrogata”¹³. In

¹⁰ [Corte cost., sent. 18 dicembre 2017, n. 272](#), relativa ad un caso di surrogazione di maternità effettuata da una coppia eterosessuale all'estero, nel quale la madre intenzionale aveva riconosciuto la figlia come propria e il PM aveva impugnato il riconoscimento (art. 263 c.c.) perché non veritiero (di qui la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c.). Tra i vari commenti ci si limita qui a segnalare E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2018, 2 marzo 2018.

¹¹ Si ricorda infatti che non essendo tale pratica penalmente sanzionata in Italia non sussiste il problema dell'applicabilità del reato commesso all'estero (sul punto v. la recente Cass., sez. III, sent. 28 ottobre 2020, n. 5198, ma anche Cass., sez. V, sent. 10 marzo 2016, n. 13525).

¹² Sin da subito segnalata da F. SEVERGNINI, *Genitorialità surrogata: la Cassazione interPELLa la Corte costituzionale per superare la propria dottrina*, in [Bollettino delle questioni pendenti](#), n. 4/2020, di [Forum di Quaderni costituzionali](#), 22-23.

¹³ Il caso che ha dato origine al giudizio riguardava un bambino nato in Canada da una donna nella quale era stato impiantato un embrione formato con i gameti di una donatrice anonima e di un uomo di cittadinanza italiana unito in matrimonio in Canada – con atto poi trascritto in Italia nel registro delle unioni civili – con altro uomo, pure di cittadinanza italiana, con il quale aveva condiviso il progetto genitoriale. Al momento della nascita del bambino, le autorità canadesi avevano formato un atto di nascita che indicava come genitore solo il primo, mentre non erano stati menzionati né il c.d. genitore di intenzione né la madre surrogata che aveva partorito il bambino (né la donatrice dell'ovocita). In seguito, la Corte Suprema della British Columbia aveva dichiarato che entrambi i ricorrenti dovevano essere considerati genitori del bambino, e aveva disposto la corrispondente rettifica dell'atto di nascita in Canada. I due uomini avevano quindi chiesto all'ufficiale di stato civile italiano di rettificare anche l'atto di nascita del bambino in Italia, sulla base del provvedimento

particolare, si dubitava della compatibilità con gli artt. 2, 3, 30, 31, 117, primo comma, della Costituzione – quest’ultimo in relazione all’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo¹⁴, e all’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – dell’art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, dell’art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 e dell’art. 18 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, nella parte in cui non consentono, secondo l’interpretazione attuale del diritto vivente (*i.e.* sent. Sezioni Unite 8 maggio 2019, n. 12193¹⁵), «che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l’ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all’inserimento nell’atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d’intenzione non biologico»¹⁶.

Più nel dettaglio, il contrasto con la normativa europea risulterebbe insuperabile alla luce del sopravvenuto parere del 10 aprile 2019 della *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti umani (caso c.d. Mennesson), con il quale essa ha riconosciuto che in caso di ricorso a tecniche di maternità surrogata all’estero lo Stato di origine *deve* riconoscere il rapporto di filiazione, a tutela del superiore interesse dei minori, anche se tale tecnica è vietata dalle leggi nazionali. Quanto allo strumento utilizzabile, la Corte ribadisce come i singoli Stati godano di ampi margini di discrezionalità – sia la trascrizione del certificato sia procedure di adozione da parte del genitore non biologico sono esplicitamente ritenute equivalenti – tuttavia avverte come il procedimento di adozione possa considerarsi uno strumento rispettoso dell’art. 8 della Convenzione, solo se ci sia un *effettivo* riconoscimento del legame di filiazione, e la procedura sia *rapida* e non esponga il minore a una prolungata situazione di incertezza.

Secondo la Cassazione ci sarebbero due profili di conflitto non superabili con l’attuale situazione in Italia, come configurata dalla citata pronuncia delle Sezioni Unite. In primo luogo, non è consentito agli Stati di adottare misure che incidano negativamente sulla situazione soggettiva di chi nasce da una gestazione per altri e abbiano l’effetto di negare i diritti inviolabili connessi all’identità personale del minore e alla sua appartenenza al nucleo familiare di origine, e pertanto sarebbe illegittima la prevalenza *a priori* del divieto di maternità surrogata (come ostacolo di ordine pubblico) rispetto all’interesse del minore. In secondo luogo, il principio della preminenza dell’interesse del minore impedisce al legislatore di imporre una sua compressione in via generale e astratta e di determinare conseguentemente un affievolimento *ex lege* del diritto al riconoscimento dello *status* legalmente acquisito all’estero¹⁷. Infatti, in tal modo il bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti

della Corte Suprema della British Columbia. In seguito al rifiuto opposto a tale richiesta, essi avevano chiesto alla Corte d’appello di Venezia il riconoscimento del provvedimento canadese in Italia ai sensi dell’art. 67 della legge n. 218 del 1995. Nel 2018 la Corte d’appello di Venezia aveva accolto il ricorso, riconoscendo l’efficacia in Italia del provvedimento. L’Avvocatura dello Stato aveva tuttavia interposto ricorso per cassazione nell’interesse del Ministero dell’interno e del Sindaco del Comune ove era stato trascritto l’originario atto di nascita del minore.

¹⁴ La c.d. Convenzione di New York, del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176.

¹⁵ Secondo le Sezioni Unite, infatti, non può essere trascritto nei registri dello stato civile italiano il provvedimento di un giudice straniero con cui è stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all’estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed un soggetto che non abbia con lo stesso alcun rapporto biologico (c.d. genitore d’intenzione). Per questo la Cassazione ha rigettato la domanda di riconoscimento dell’efficacia del provvedimento, riguardante due minori concepiti da uno dei componenti di una coppia omosessuale mediante surrogazione di maternità. La Corte ha ritenuto che il riconoscimento del rapporto di filiazione con l’altro componente della coppia si ponesse in contrasto con il divieto della surrogazione di maternità, previsto dall’art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, ravvisando in tale disposizione un principio di ordine pubblico, posto a tutela della dignità della gestante e dell’istituto dell’adozione. In proposito, è stato chiarito che la compatibilità con l’ordine pubblico, richiesta ai fini del riconoscimento dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995, dev’essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi hanno trovato attuazione nella legislazione ordinaria, nonché dell’interpretazione fornita dalla giurisprudenza.

¹⁶ Nel dispositivo Cass., ord. n. 8325/2020.

¹⁷ Sotto questo profilo la Corte costituzionale ricorda anch’essa come con la [sent. 28 novembre 2002, n. 494](#) (con note di A. RENDA, *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza n. 494/2002 della Consulta*,

posto dal legislatore causerebbe un sacrificio e una compressione dell'interesse del minore incompatibile con il dettato costituzionale e «comunque con modalità e in una misura irrazionale sproporzionata ed eccessiva con l'effetto di ribaltare la gerarchia di valori sottesa alla Carta costituzionale, incentrata sul principio personalistico di tutela dei diritti fondamentali della persona».

2.2. Interesse del minore e tutela della dignità della gestante: non esistono “diritti tiranni”

In sostanza, le questioni di costituzionalità che la Corte costituzionale è stata chiamata ad analizzare riguardano lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata (vietata nell'ordinamento italiano dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004), e più in particolare la possibilità di trascrivere l'atto di nascita del bambino procreato attraverso una tale procedura nel quale non compare soltanto il nome del genitore biologico (ossia del genitore che ha fornito i propri gameti), ma anche del genitore c.d. di intenzione (art. 65, legge 31 maggio 1995, n. 218), che ha condiviso il progetto genitoriale pur non partecipando biologicamente alla procreazione. Pertanto, essa è chiamata a fornire una risposta all'interrogativo se quanto stabilito dalle Sezioni unite civili nell'esercizio della loro funzione nomofilattica sia compatibile con i diritti del minore sanciti dalle norme costituzionali e sovranazionali invocate dal giudice *a quo*¹⁸.

La Corte, in apertura, riconosce che il divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità sia stato correttamente qualificato dalla giurisprudenza di legittimità come *principio di ordine pubblico*¹⁹ (e quindi ostativo del riconoscimento del provvedimento straniero nell'ordinamento

in *Famiglia e diritto*, 2004, 1, 96-104; L. DE GRAZIA, *I diritti dei "figli incestuosi" al vaglio della Corte Costituzionale. Osservazioni a margine della sentenza n. 494/2002*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, 1, 15-18; R. PANOZZO, *La filiazione incestuosa tra inerzia del legislatore e interventi della consulta (Nota a Corte Costituzionale 28 novembre 2002, n. 494)*, in *Lo stato civile italiano*, n. 12/2005, 88-95) abbia già ritenuto incostituzionale la norma che vietava il riconoscimento dei figli nati da incesto precludendo loro l'acquisizione di un pieno status filiationis in ragione soltanto della condotta penalmente illecita dei loro genitori), e ancora, come con la [sent. 29 maggio 2020, n. 102](#) abbia fatto venire meno l'automatismo della sanzione accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale in capo al genitore autore di un grave delitto a danno del figlio, perché questo automatismo potrebbe determinare un pregiudizio per gli interessi del minore. del legislatore nella, ormai, indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficienza di tutela del minore. Riprende questo parallelismo con i “figli incestuosi” 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](#), 13 maggio 2021.

¹⁸ Si segnala che sono intervenuti in giudizio (in qualità di *amici curiae*), con l'opinione presentata l'11 settembre 2020, l'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica a.p.s. e l'Associazione radicale Certi Diritti a.p.s. auspicando l'accoglimento delle questioni, e, con l'opinione presentata il 14 settembre 2020, l'Associazione Nazionale Famiglie Adottive e Affidatarie (ANFAA), auspicando invece la reiezione delle questioni, osservando che l'istituto dell'adozione, disciplinato dalla legge n. 184 del 1983, realizza il diritto del minore ad avere una famiglia, nell'ambito di un procedimento che impone una previa rigorosa verifica dell'idoneità dei genitori affidatari e adottivi e nel quadro di un sistema che prevede severe sanzioni penali a presidio del rispetto delle procedure di adozione. Naturalmente non è possibile approfondire in questa sede la questione riguardante la possibilità di intervenire nel giudizio davanti alla Corte costituzionale tuttavia v. almeno tra i contributi più recenti: C. DELLA GIUSTINA, *Amicus curiae: dalle origini alle modifiche delle “Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in [Osservatorio AIC](#), n. 3/2020, 2 giugno 2020, 506-520; M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in [Questione Giustizia](#), n. 4/2020, 122-136; M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2020, 30 maggio 2020, 402-425; A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, [Rivista AIC](#), n. 2/2020, 1 giugno, 426-437; P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2019, 4 marzo 2019, 120-122.

¹⁹ Sul limite dell'ordine pubblico in relazione alle questioni che riguardano i rapporti di filiazione-genitorialità v. almeno: 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. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, 119 ss.; F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, ivi, 31 ss.; J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma si utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, ivi, 145 ss.; O.

interno), in quanto posto a tutela di valori fondamentali, tra cui segnatamente la dignità umana della gestante. Infatti, la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»²⁰. Inoltre, gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita. In aggiunta si rileva che tali preoccupazioni sono state espresse anche dal Parlamento europeo che ha espressamente condannato «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali»²¹.

Pur riconoscendo tutto ciò, la Corte individua il *focus* principale della questione, piuttosto, negli interessi del bambino nato mediante maternità surrogata, nei suoi rapporti con la coppia (omosessuale, come nel caso che ha dato origine al giudizio *a quo*, ovvero eterosessuale) che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non è contraria alla legge; e che ha quindi portato in Italia il bambino, per poi qui prendersene quotidianamente cura²². Il principio valorizzato dal Giudice costituzionale è che in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei “migliori interessi”²³ o dell’“interesse superiore”²⁴ del minore²⁵. Difatti, nelle decisioni concernenti il minore deve essere sempre ricercata «la soluzione ottimale “in concreto” per l’interesse del minore, quella

FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello “status” di figlio “nato da due madri” all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 1, 2017, spec. 171 ss.; S. TONOLO, *Ordine pubblico internazionale e atti di nascita stranieri in caso di gravidanza per altre*, in [Articolo29](#), 31 ottobre 2018; A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2/2108; A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.*, in [Articolo29](#), 21 settembre 2018; F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2020, 3 marzo 2020, 185-211; 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](#), 31 maggio 2020.

In prospettiva più ampia: F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2, 2018, 268 ss.; V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, in [Articolo29](#), 15 luglio 2018, 2; F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, Cedam, 2007; F. CAROCCIA, *Ordine pubblico. La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, Jovene, 2018; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005; S. GUZZI, *L'incidenza della CEDU sull'eccezione dell'ordine pubblico*, in *La comunità internazionale*, n. 3/2016.

²⁰ [Corte cost., sent. 18 dicembre 2017, n. 272](#) (4.2. *Considerato in diritto*). Tra i numerosi commenti di questa importante pronuncia ci si limita qui a ricordare: O. SPORTELLI, *Maternità surrogata: occorre bilanciare favor veritatis e favor minoris*, in [Il Diritto Amministrativo](#); G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 15 febbraio 2018; G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 9 marzo 2018; 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](#), n. 1/2018, 149-177; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2/2018.

²¹ Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015 (2016/2009 INI) (paragrafo 82).

²² Si noti che «non è qui in discussione un preteso “diritto alla genitorialità” in capo a coloro che si prendono cura del bambino. Ciò che è qui in discussione è unicamente l’interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l’ordinamento considera inscindibilmente legati all’esercizio di responsabilità genitoriali» ([Corte cost., sent. 33/2021](#), § 5.4. *Considerato in diritto*).

²³ «best interests».

²⁴ «intérêt supérieur».

²⁵ [Corte cost., sentenza n. 102/2020](#). Sul tema v. L. VINCENZO, *L'evoluzione giurisprudenziale del “best interests of the child” tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo in I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2014, fasc. 2, 343-362.

cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”»²⁶. E non v'è dubbio che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia. Legami che sono parte integrante della stessa identità del bambino²⁷, che vive e cresce in una determinata famiglia, o comunque nell'ambito di una determinata comunità di affetti, essa stessa dotata di riconoscimento giuridico²⁸, e certamente riconducibile al novero delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost.²⁹. Sicché è indiscutibile l'interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso – dalla cura della sua salute, alla sua educazione scolastica, alla tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi stessi diritti ereditari –; ma anche, e prima ancora, allo scopo di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte. E ciò anche laddove il nucleo in questione sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento che l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale³⁰.

Sotto un altro profilo, vi è anche «l'interesse del minore a che sia affermata in capo ai genitori la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento

²⁶ Così relativamente all'art. 30 Cost. v. [Corte cost., sentenza 10 febbraio 1981, n. 11](#); ed è stato ricondotto da plurime pronunce altresì all'ambito di tutela dell'art. 31 Cost.: [Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272](#); [12 aprile 2017, n. 76](#) (v. sul punto E. FARINELLI, *Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello “speciale interesse del minore”*, in [Processo penale e Giustizia](#), n. 5/2017, 10; D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2017, 15 novembre 2017, 1-56; A. MENGHINI, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art 47 “quinquies” ord. penit.*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 8, 1047-1057; L. PACE, *Premminente interesse del minore e automatismi legislativi alla luce della sentenza costituzionale n. 76 del 2017*, in *Studium Iuris*, 2017, 12, 1453-1461; A. PUGIOTTO, *Tre telegrammi in tema di ergastolo ostativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 4, 1518-1521; P. SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2, 733-741; M. TIBERIO, *La detenzione domiciliare speciale nella lettura della Corte costituzionale*, in *Archivio della nuova procedura penale*, n. 6/2017, 593-598); [24 gennaio 2017, n. 17](#) (v., sul punto, E. APRILE, *Per la Consulta è legittima la scelta di limitare ai figli fino a sei anni il divieto dell'applicazione ai genitori della custodia in carcere*, in *Cassazione penale*, 2017, 4, 1465-1467; G. BELLANTONI, *Deroghe al carcere connesse all'età della prole (a proposito di una recente decisione della Corte costituzionale)*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2017, 5, 465-468; A. GASPARRE, *Presunzione di adeguatezza della custodia cautelare e tutela del minore*, in *Cassazione penale*, 2017, 9, 3174-3191) e [n. 239 del 2014](#) (v. sul punto: E. APRILE, *Per la Consulta la detenzione domiciliare speciale ex art. 47-quinquies ord. penit. non può essere aprioristicamente negata alla condannata per gravi reati*, in *Cassazione penale*, 2015, 1, 141 ss.; M. DALL'AMICO, *Se la detenuta è madre di un minore (riflessioni dopo la sentenza costituzionale n. 239/2014)*, in *Studium Iuris*, 2015, 11, 1262-1268; D.M. SCHIRÒ, *La “carcerazione degli infanti” nella lettura della Corte costituzionale*, in *Cassazione penale*, 2015, 3, 1067-1088; S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2/2015, 1-36; U. ZINGALES, *Benefici penitenziari alle madri di bambini con età inferiore a 10 anni. Commento alla sentenza n. 239 del 22 ottobre 2014 della Corte Costituzionale*, in *Minorigiustizia*, 2015, 2, 186-194; S. CIUFFOLETTI, *Le politiche legislative sulla detenzione femminile in Italia. Tra effettività e propaganda*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 3/2014, 47-71; L. PACE, *La “scure della flessibilità” colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 5, 2948-2956; F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 5, 3940-3948).

²⁷ Corte EDU, sentenza 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, paragrafo 96.

²⁸ Per ciò che concerne le unioni civili.

²⁹ [Corte cost., sent. 23 ottobre 2019, n. 221](#). Per un commento alla sentenza v., ad es., tra i tanti, M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 2/2020, 16 aprile 2020, 143 ss.; L. DEL CORONA, *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*, in [Osservatorio AIC](#), n. 2/2020, 7 aprile 2020, 227-247.

³⁰ Così [Corte cost., sent. n. 221/2019](#); Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962; sezione prima civile, sentenza 11 gennaio 2013, n. 601.

considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano ad libitum sottrarsi»³¹. Proprio per queste ragioni, del resto, l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte EDU afferma la necessità, al metro dell'art. 8 CEDU³², che i bambini nati mediante maternità surrogata, anche negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, ottengano un riconoscimento giuridico del "legame di filiazione"³³ con entrambi³⁴ i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita, e che se ne sia poi presa concretamente cura³⁵.

Tuttavia, secondo il Giudice delle leggi, l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco³⁶.

La sua "preminenza" ne segnala sì l'importanza, e lo speciale "peso" in qualsiasi bilanciamento³⁷; ma anche rispetto all'interesse del minore non può non rammentarsi che «[t]utti i diritti fondamentali

³¹ [Corte cost., sent. 33/2021](#), § 5.4. *Considerato in diritto*. Per una analoga sottolineatura, si veda la [sentenza 26 settembre 1998, n. 347](#) (con note di L. BALESTRA, *Fecondazione artificiale eterologa e azione di disconoscimento della paternità: è possibile prospettare una soluzione sul piano processuale?*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, 4/2, 366-374; G. FERRANDO, *Regole e principi del disconoscimento del figlio nato da inseminazione eterologa*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, 4/2, 360-366; S. PATTI, *Lacune "sopravvenute", presunzioni e finzioni: la difficile ricerca di una norma per l'inseminazione artificiale eterologa*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, 4/2, 347-350; M. SESTA, *Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso nella fecondazione assistita eterologa*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, 4/2, 350-360; M.T. ANNECCA, *La Corte Costituzionale ha sentenziato: il diritto all'identità ed alla serenità del minore divengono le concrete speranze di una sua piena tutela*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1999, 1-2, 315-322; G. FERRANDO, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità tra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, 4/2, 223-229.; M. MIDIRI, *Il passo lento delle Camere e le due Corti (a proposito dell'inseminazione artificiale e del disconoscimento di paternità)*, in *Politica del diritto*, n. 2/1999, 291-30; G. GRASSO, *Il crepuscolo del disconoscimento, nel caso di fecondazione assistita eterologa*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1998, 3-4, 526-536), che – seppur nel diverso contesto della fecondazione eterologa – già evocava i diritti del minore «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità» (§ 3. *Considerato in diritto*).

³² Rubricato "Diritto al rispetto della vita privata e familiare" e che stabilisce che:

«1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

³³ «lien de filiation».

³⁴ [Corte cost. n. 33/2021](#), § 5.4. *Considerato in diritto*: «Né l'interesse del minore potrebbe ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore "biologico", come è accaduto nel caso dal quale è scaturito il giudizio a quo, in cui l'originario atto di nascita canadese, che designava come genitore il solo P. F., era stato trascritto nei registri di stato civile italiani. Laddove, infatti, il minore viva e cresca nell'ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il progetto del suo concepimento, ma lo abbiano poi continuativamente accudito, esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale, è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe, e non solo con il genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata».

³⁵ *Mennesson v. Francia*, paragrafo 100; sentenza *D. v. Francia*, paragrafo 64.

³⁶ Sul tema del 'bilanciamento' fra i diritti la letteratura è sterminata. Pertanto, ci si limita a ricordare in questa sede nella "teoria generale", oltre agli irrinunciabili contributi di R. ALEXYS (v. almeno: *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012), G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010, spec. 173-199; e con riferimento anche alla giurisprudenza costituzionale: R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992. Sui particolari temi che qui si affrontano, e quindi sul caso della procreazione medicalmente assistita v. almeno S. FABIANELLI, F. MINNI, *Diritti e scienza medica: procreazione medicalmente assistita*, in A. Morrone (a cura di), *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2020, 200-214 le quali si soffermano nel dettaglio sulle sentenze nn. [151/2009](#), [162/2014](#), [96/2015](#), [221/2019](#); e ancora più nello specifico sul problema dello *status filiationis* in caso di maternità surrogata v. A. CHIUSOLO, F. MINNI, *Maternità surrogata e status filiationis: quale bilanciamento tra interesse del minore e tutela dell'identità genetica?*, in A. Morrone (a cura di), *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, cit., 215-222 i quali esaminano Corte cost., sentt. nn. [272/2017](#) e [237/2019](#).

³⁷ Sul punto v. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2016, 86 ss. ed E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2016, 77 ss.

tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»³⁸. Gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore; scopo di cui si fanno carico le Sezioni unite civili della Corte di cassazione, allorché negano la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo *status* di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti.

In questa operazione di bilanciamento la Corte non si espone direttamente nell'identificare un punto di equilibrio "nuovo", ma si limita ad individuarlo nella stessa giurisprudenza della Corte Edu: ossia nella necessità di un riconoscimento del «legame di filiazione» con entrambi i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura, ossia nella concreta possibilità di conseguire un riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il "genitore d'intenzione", quale che sia lo strumento (lasciato al libero apprezzamento dei singoli Stati). Perlomeno astrattamente un istituto di tal tipo parrebbe esistere nel nostro ordinamento, e sembrerebbe quello della c.d. adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184. Tuttavia, scendendo più nel dettaglio sembrano rinvenirsi le prime criticità. Innanzitutto, l'adozione in casi particolari *non* attribuisce la genitorialità all'adottante. Inoltre, pur a fronte della novella dell'art. 74 c.c., operata dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, che riconosce la generale idoneità dell'adozione a costituire rapporti di parentela, con la sola eccezione dell'adozione di persone di maggiore età, è ancora controverso – stante il perdurante richiamo operato dall'art. 55 della legge n. 184 del 1983 all'art. 330 c.c. – se anche l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. In ultimo, essa richiede per il suo perfezionamento anche l'assenso del genitore

³⁸ [Corte cost., sentenza 9 maggio 2013, n. 85](#) (per approfondire le problematiche in punto di bilanciamento evidenziate da questa pronuncia v. almeno: A. MARCHETTI, *Il caso Ilva tra giurisdizioni, pubblica amministrazione e legislatore: un "hard case" per il bilanciamento tra valori costituzionali*, in *Munus*, 2016, 1, 193-210; E. ZAFFALON, *Caso "Ilva". Compromesso tra diritto alla salute e diritto al lavoro*, in *Rivista penale*, 2015, 4, 299-301; M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e "ragionevole" compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, in [Federalismi.It](#), n. 3/2014, 25 febbraio 2014; C. GASPARRO, *La Corte costituzionale ed il ragionevole bilanciamento di interessi nel decreto Ilva*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2014, 1-2/1, 167-186; R. ROMBOLI, *In tema di leggi provvedimento: in particolare la prosecuzione dell'attività produttiva dello stabilimento siderurgico Ilva*, in *Il Foro italiano*, 2014, 2/1, 461-463; R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 3, 1505-1511; M. MASSA, *Il diritto del disastro. Appunti sul caso ILVA*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2013, 1-23; M. MAZZOTTA, *Il "caso Ilva" al vaglio della Corte costituzionale*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 10/1, 877-884; M. MEZZANOTTE, *Il "sistema normativo ambientale" nella sentenza Ilva, tra scelte discrezionali e bilanciamento dei diritti*, in *Rassegna parlamentare*, 2013, 3, 669-679; L. MILANI, *Caso ILVA: nella partita a scacchi tra autorità giudiziaria e legislatore la Corte Costituzionale prova a fare il punto della situazione*, in *La Legislazione penale*, 2013, 4, 1073-1083; G. NORI, *A proposito della sentenza ILVA*, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, 2013, 1, 77-80; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 3, 1494-1498; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2013, 20 settembre 2013; P. PASCUCCI, *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva". Diritto alla salute vs. diritto al lavoro*, in *Diritti lavori mercati*, 2013, 3, 671-688; D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 3, 1498-1505; U. SALANITRO, *Il decreto Ilva tra tutela della salute e salvaguardia dell'occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale*, in *Corriere giuridico*, 2013, 8-9, 1041-1049; E. VIVALDI, *Il caso Ilva: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in [Federalismi.It](#), n. 15/2013, 17 luglio 2013, 32.

“biologico”³⁹ che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall’inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita.

Se allora la Corte di Strasburgo non esclude a priori che l’istituto dell’adozione possa essere utilizzato per riconoscere questi particolari rapporti genitoriali e parentali del minore, la sua conformazione specifica nel nostro ordinamento lo impedisce (o comunque lo ostacola fortemente) di fatto. Non è un caso, allora, che proprio sulla inadeguatezza dello strumento dell’adozione in casi particolari si concentri l’analisi della Corte costituzionale nella [sentenza 9 marzo 2021, n. 32](#)⁴⁰.

3. La [sentenza Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32](#): ancora sulla inadeguatezza dell’adozione in casi particolari

Il Tribunale ordinario di Padova ha sollevato una questione di legittimità costituzionale relativa agli artt. 8 e 9 della l. 40/2004 e 250 c.c., in quanto, secondo la loro pacifica interpretazione, non consentirebbero al nato nell’ambito di una fecondazione eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso (*i.e.* due donne), l’attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all’adozione nei casi particolari pur essendo stato accertato giudizialmente l’interesse del minore⁴¹.

Infatti, l’interesse del nato rimarrebbe privo di tutela mancando l’assenso del genitore biologico-legale, previsto quale condizione insuperabile per procedere all’adozione in casi particolari. Si realizzerebbe così una ingiustificata disparità di trattamento sia rispetto ai nati da pma praticata da coppia eterosessuale (in ossequio delle condizioni poste dalla l. 40/2004 che ne consentono il riconoscimento), sia rispetto ai nati da pma praticata da coppie dello stesso sesso, che possano accedere all’adozione in casi particolari, in virtù del consenso prestato dalla madre biologica. Secondo la prospettazione del tribunale rimettente, in questo caso, i nati «sarebbero destinati perennemente a uno stato di figli con un solo genitore, non riconoscibili dall’altra persona che ha intenzionalmente contribuito al progetto procreativo. Essi si troverebbero in una situazione giuridica deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati (compresi i nati da rapporto incestuoso), per il solo fatto dell’orientamento sessuale delle persone che hanno condiviso la scelta di procreare con ricorso alle tecniche citate»⁴². In altri termini, non vengono contestati i limiti posti alle coppie omosessuali per accedere ai trattamenti di pma, bensì «l’illegittimità costituzionale della compressione dei diritti dei nati, su cui si farebbe ricadere la responsabilità inerente all’illiceità delle tecniche adottate nella procreazione»⁴³.

Nel caso in esame entrambe le madri hanno esercitato le funzioni genitoriali in modo congiunto per un lasso di tempo sufficientemente ampio per dar vita a una comunità di affetti e di cure con le figlie. Tuttavia, la decisione della madre biologica di recidere un tale legame nei confronti della madre intenzionale ha reciso anche il legame tra questa e le figlie, rendendo evidente un vuoto di tutela. Infatti, pur in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con la medesima madre intenzionale, nessuno strumento può essere utilmente adoperato per far valere i diritti delle minori – come il mantenimento, la cura, l’educazione,

³⁹ Art. 46 della legge 4 maggio 1983, n. 184 “Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori”.

⁴⁰ Per una discussione di entrambi i casi e una messa a fuoco delle questioni civilistiche (con utili riferimenti a dottrina e giurisprudenza) si segnala il dibattito a più voci pubblicato in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4/2021, 919 ss.

⁴¹ Non si poneva quindi, in questo caso, il problema del contrasto tra surrogazione di maternità e ordine pubblico né quello del bilanciamento tra diritti del bambino ed esigenza pubblicistica di contrasto della surrogazione di maternità.

⁴² [Corte cost. n. 32/2021](#), § 1. *Considerato in diritto*.

⁴³ *Ivi*, § 2.2.1. *Considerato in diritto*.

l'istruzione, la successione, ma anche la continuità e il conforto di abitudini condivise – con la madre d'intenzione.

La questione rivela in maniera tangibile l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, che risulta «impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubbiamente, la crisi della coppia e la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale»⁴⁴. Allora è evidente che i nati a seguito di fecondazione eterologa praticata da due donne versano in una condizione peggiore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo, essendo destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore⁴⁵.

4. Soltanto *un monito al legislatore*

La Corte costituzionale rileva in entrambi i casi un *vulnus* di tutele del minore incompatibile con il dettato costituzionale. Cionondimeno ritiene di non poter intervenire direttamente con una declaratoria di incostituzionalità, in quanto nessuna soluzione si impone come costituzionalmente obbligata, ma al contrario sussiste in questo caso un ampio ventaglio di opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione.

Da un lato il Giudice delle leggi riconosce che il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata nel contesto del difficile bilanciamento con la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, non può che spettare al legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità politica ([sent. n. 33/2021](#)). Dall'altro ritiene che discorso analogo valga anche per individuare le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da pma praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale ([sent. n. 32/2021](#)). Un intervento mirato della Corte, volto a risolvere gli specifici problemi sottoposte, rischierebbe piuttosto di creare disarmonie. È allora al legislatore che deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione organica che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. In entrambi i casi, dunque, l'incostituzionalità è sì accertata, ma non è dichiarata. Anzi la questione è respinta, in ossequio al principio della discrezionalità del legislatore⁴⁶.

Tali modalità operative, non nuove alla giurisprudenza costituzionale, hanno indotto parte della dottrina⁴⁷ a ritenere questo tipo di decisioni quali segnali di una sostanziale rinuncia della Corte a svolgere la propria funzione di “custode della Costituzione”. Senonché, in queste ipotesi si riscontra quasi sempre la formulazione di un *monito* al legislatore. Il Giudice delle leggi, quindi, se non ritiene di poter intervenire apertamente su questioni che toccano piuttosto problemi “*de lege ferenda*” o di «politica legislativa»⁴⁸ non rinuncia a “richiamare” il legislatore, minacciando anche un suo ulteriore intervento⁴⁹ (qualora dovesse perdurare l'inerzia rispetto alla richiesta di modifica o di introduzione

⁴⁴ *Ivi*, § 2.4.1.3. *Considerato in diritto*.

⁴⁵ La stessa Corte riconosce come una simile «capitis deminutio perpetua e irrimediabile», leda il diritto al riconoscimento formale di un proprio status filiationis in modo sostanzialmente analogo a quanto avveniva in passato per i c.d. figli incestuosi (v. sul punto [Corte cost. 28 novembre 2002, n. 494](#)).

⁴⁶ Così anche A. CERVATI, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, cit., 134: «La Corte costituzionale in alcune ipotesi, pur non ritenendo fuori luogo rivolgere inviti al legislatore perché realizzi un pieno adeguamento a costituzione del diritto vigente, ritiene addirittura inammissibile la questione proposta perché il suo accoglimento imporrebbe scelte di tipo legislativo».

⁴⁷ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988, 305.

⁴⁸ Così [Corte cost., sent. 4 maggio 1973, n. 58](#).

⁴⁹ V. [Corte cost., sent. 25 marzo 1992, n. 125](#), § 5 *Considerato in diritto*: «L'illustrata disarmonia della norma impugnata rispetto ai principi costituzionali dianzi richiamati non può però condurre all'accoglimento della questione, dato che questa, secondo l'impostazione dell'ordinanza di rimessione, si risolve nella richiesta di una pronuncia additiva che modifichi le condizioni per la concessione ai minori delle misure dell'affidamento in prova al servizio sociale e della semilibertà. È evidente, infatti, che la scelta delle diverse modalità non può che essere rimessa alla discrezionalità del legislatore, data la possibilità, al fine di condurre la normativa a coerenza costituzionale, di una pluralità di soluzioni,

di una certa disciplina). Ed è ciò che è accaduto anche in questo particolare caso, in quanto il legislatore è stato espressamente invitato ad agire «nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all’attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»⁵⁰, in quanto «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell’inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore»⁵¹.

Siamo allora di fronte a due pronunce c.d. di inammissibilità-monito in quanto la Corte, pur avendo rilevato una situazione di criticità, ha ritenuto di non poter intervenire direttamente in una materia che richiede necessariamente una valutazione discrezionale del legislatore. Apparentemente si tratterebbe di un esempio di *self restraint* del Giudice delle leggi, che ha ceduto il passo al Legislatore e si è dichiarato “incompetente”⁵². Tuttavia, anche solo un esame sommario della giurisprudenza costituzionale evidenzia come in svariate occasioni la Corte, pur riconoscendo esplicitamente la propria incompetenza su particolari temi o questioni per l’esistenza di scelte di merito politico, non abbia poi esitato a pronunciarsi sul merito una volta investita nuovamente della medesima questione.

In effetti, la discrezionalità è in apparenza ritenuta un limite quando la Corte ritiene di non poter pronunciare una sentenza di accoglimento essendovi una pluralità di soluzioni alternative, nessuna delle quali risulti costituzionalmente imposta. La discrezionalità legislativa non sarebbe cioè surrogabile giudizialmente, in quanto la Costituzione non individua alcuna alternativa precisa da preferire rispetto all’altra, ma non per questo sancisce la validità della normativa. In questi casi, però «quando dichiara l’inammissibilità la Corte in definitiva riscontra o presuppone o almeno non esclude l’esistenza di un vizio di costituzionalità. Non sono rare, infatti, considerazioni sulla necessità di un intervento legislativo per eliminare gli inconvenienti che essa ritiene sussistano»⁵³ (come effettivamente accade nelle sentenze in commento). In altri termini, «la soluzione dell’inammissibilità [...] non “assolve” il legislatore, non fornisce un avallo di costituzionalità a leggi la cui compatibilità con i principi costituzionali è talora assai dubbia. Quando la Corte, per qualsiasi ragione, magari anche quella (in certa misura legittima) del timore di creare vuoti legislativi o squilibri normativi con la sua pronuncia, non se la sente di dichiarare illegittima la legge sottoposta al suo giudizio» e – come male minore – preferisce «una dichiarazione d’inammissibilità con cui, almeno, non prende posizione sul merito»⁵⁴. Nondimeno, questo limite non è ritenuto insuperabile⁵⁵. Difatti, di frequente il Giudice delle leggi ha poi agito accogliendo la questione, seppur in seconda

rinvenibili o ponendo limiti diversi da quelli ora previsti, per tutte o solo per talune delle misure alternative, o risolvendo il problema nell’ambito di una più organica regolamentazione della materia che consideri anche la disciplina della liberazione condizionale relativa ai minori. Stante questa impostazione del “*petitum*”, la questione non può che essere dichiarata inammissibile. D’altra parte, una pronunzia interamente caducatoria della norma condurrebbe ad un vuoto legislativo dei cui effetti la Corte ritiene di dover tener conto, posto che essi, allo stato, inciderebbero sulla stessa possibilità per i minori di usufruire delle misure alternative alla detenzione. Ma a tale conclusione si dovrebbe pur sempre giungere – non potendosi mantenere più a lungo nell’ordinamento una norma ai limiti della incostituzionalità – ove il legislatore non provvedesse tempestivamente a varare una normativa in materia, conforme ai principi costituzionali, alla luce dei criteri sopraindicati».

⁵⁰ [Corte cost. n. 33/2021](#), § 5.9. *Considerato in diritto*.

⁵¹ [Corte cost. n. 32/2021](#), § 2.4.1.4. *Considerato in diritto*.

⁵² Non è un caso che la pronuncia sia di “inammissibilità” non andando a toccare – direttamente – profili di merito.

⁵³ L. CARLASSARE, *Le decisioni d’inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 62.

⁵⁴ *Ivi*, 63-64.

⁵⁵ Sul superamento delle cosiddette rime obbligate e sul problema degli “sconfinamenti” del giudice costituzionale v. nello specifico S. CECCHINI, *Illecità del ricorso a tecniche di PMA da parte di coppie dello stesso sesso e tutela del preminente interesse del minore: la sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale*, in [Corti supreme e salute](#), n. 2/2021, 13 ss., e più in generale v. almeno A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 251 ss.; V. MARCENÒ, *Il giudice delle leggi in ascolto. «Coscienza sociale» e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, 377 ss; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020. IDEM, *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, in [Federalismi.It.](#), n. 3/2021, 27 gennaio 2021, 64-85.

battuta, per ovviare a mancanze di tutele inerenti a diritti di particolare rilevanza⁵⁶. Motivo per cui in dottrina queste pronunce di inammissibilità cui così spesso seguono pronunce di accoglimento sono state definite di “illegittimità accertata ma non dichiarata”⁵⁷.

Proprio le parole della Corte sembrano già preannunciare l’alta probabilità di un tale esito nel caso in cui perduri l’inerzia del legislatore⁵⁸.

Come anticipato, un simile *modus operandi* – per quanto anche astrattamente criticabile – non è certamente nuovo alla Corte; e tuttavia, alla luce di alcune recenti pronunce, forse esso si presta ad essere ulteriormente discusso in rapporto a nuove alternative. Ci si riferisce, in particolare, all’[ordinanza 14 febbraio 2018, n. 207](#) (il riferimento è naturalmente alla nota vicenda Antoniani/Cappato), con la quale è stata introdotta una tecnica decisoria inedita. Il giudice delle leggi, infatti, nella citata pronuncia ha rinviato la trattazione della questione di legittimità dell’art. 580 c.p. (rubricato “Istigazione o aiuto al suicidio”) – pur rilevandone l’illegittimità – al fine di consentire al legislatore di provvedere a conformare tale disciplina alla Costituzione proprio per la natura evidentemente politica delle decisioni da prendere. In quella specifica circostanza, la strada dell’inammissibilità-monito (seguita da eventuale accoglimento) non è stata dunque considerata praticabile perché l’effetto di lasciare in vita una normativa non conforme per un periodo non preventivabile è stato reputato incompatibile con le peculiari caratteristiche e con la rilevanza dei valori coinvolti. Così si è preferito disporre un rinvio di quasi un anno con la contestuale sospensione del giudizio⁵⁹, in modo da evitare che la «disposizione continu[asse] a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiura[ndo] possibili vuoti di tutela di valori, anch’essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale». Per il tramite di tale particolarissima soluzione, molto discussa in dottrina⁶⁰, la Corte ha introdotto un vero e proprio strumento decisorio inedito.

⁵⁶ Sul tema, v. da ultimo M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?* in [Federalismi.It](#), n. 3/2021, 27 gennaio 2021, spec. 58 ss.

⁵⁷ Per una panoramica generale sulla questione v. M. Bellocchi, T. Giovannetti (a cura di), *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, al sito della [Corte costituzionale](#), convegni e seminari, 11 giugno, 2010, spec. Parte I, § 3.

⁵⁸ Per citare le espressioni più significative: «questa Corte ritiene di non poter ora porre rimedio», «per il rispetto dovuto alla *prioritaria* valutazione del legislatore» (entrambe al § 2.4.1.4. *Considerato in diritto* della [sent. 32/2021](#)), «non può che spettare, in *prima battuta*, al legislatore» (§ 5.9. *Considerato in diritto* della [sent. 33/2021](#)); tutti i corsivi miei.

⁵⁹ «Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio a quo. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l’applicazione della disposizione stessa in parte qua».

⁶⁰ Soltanto per mostrare l’ampio dibattito suscitato da questa ordinanza si ricordano alcuni dei numerosi interventi sul tema: A. Morrone (a cura di), *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale (testi provvisori delle relazioni orali al seminario di Bologna, 12 ottobre 2018)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 10/2018, 12 ottobre 2018, 1 ss.; AA.VV., *Sull’ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2019; F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#), 2018; C. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». *Considerazioni sull’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [Quaderni costituzionali](#), n. 3/2019, 567 ss.; M. CECCHETTI, *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul “caso Cappato”*, in [Federalismi.It](#), n. 17/2019, 18 settembre 2019, 1 ss.; V. MARCENÒ, *L’ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2019, 1217 ss.; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 4/2018, 1323 ss.; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in [Quaderni costituzionali](#), n. 3/2019, 531 ss.; P. VERONESI, *La Corte costituzionale “affina, frena e rilancia”: dubbi e conferme nella sentenza sul “caso Cappato”*, in [BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), n. 1/2020, 5-26; C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l’incostituzionalità differita e la dignità nell’autodeterminazione alla morte*, in *Cassazione penale*, n. 2/2019, 533-546; C. CUPELLI, *Il caso Cappato e la dignità nell’autodeterminazione alla morte*, in *Notizie di Politeia*, 2019, 133, 156-163; E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2019, 13 maggio 2019, 38-154; A. ANZON, *Un nuovo tipo di*

Questa ordinanza, invero, se da una parte riconosceva l'illegittimità della normativa impugnata e denunciava l'impossibilità per la Corte di intervenire direttamente su scelte di merito tramite apporti variamente manipolativi⁶¹, dall'altra imponeva al Parlamento una precisa scadenza entro il quale riportare il sistema a legalità. «In sostanza, la Corte, trattenendo presso di sé la questione e dunque lasciando in sospeso la definizione del giudizio *a quo*, chiede al legislatore di procedere tempestivamente, riservandosi altrimenti di intervenire in modo più penetrante di quanto il rispetto della discrezionalità del legislatore non consenta ordinariamente»⁶².

Con la [sentenza n. 242/2019](#), preso atto dell'inerzia, il Giudice delle leggi ha successivamente dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) [...], agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

La vicenda ora ricordata sembra dunque attestare la possibilità (e, dunque, l'opportunità), da parte dell'organo di giustizia costituzionale (quanto alla scelta del tipo di decisione da assumere), di tenere in considerazione anche il fattore tempo (caratterizzante, di per sé, anche lo schema inammissibilità-monito-incostituzionalità) in rapporto alla natura degli interessi in gioco: i diritti fondamentali non possono aspettare *sine die*, ma all'illegittimità bisogna necessariamente porre rimedio, in casi estremi anche a dispetto della tensione che in questo modo si viene a creare rispetto alla discrezionalità legislativa. E anche la progressiva presa di coscienza dell'insensibilità del legislatore ai moniti del Giudice delle leggi sembrerebbe avere avuto un ruolo in questa progressione. In altri termini, con la sentenza n. 242/2019 si è esplicitamente riconosciuto che, in determinate condizioni nelle quali siano in pericolo i diritti fondamentali, un intervento della Corte anche a discapito della discrezionalità del legislatore sia non soltanto (astrattamente) possibile, ma anche (in concreto) necessario⁶³.

decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata", in Giurisprudenza costituzionale, n. 6/2018, 2459 ss.; R. PINARDI, Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria), in Giurisprudenza costituzionale, 2018, 2465 ss.; G. REPETTO, Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità, in Giurisprudenza costituzionale, 2018, 2487 ss.; U. ADAMO, In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare, in [Diritti Comparati](#), 23 novembre 2018, 1 ss.; N. FIANO, L'ordinanza n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all'orizzonte?, in [Rivista italiana di diritto e procedura penale](#), n. 1/2019, 277 ss.; G. LEO, Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie dell'aiuto al suicidio, in [Rivista italiana di diritto e procedura penale](#), n. 1/2019, 241 ss.; M. PICCHI, "Leale e dialettica collaborazione" fra Corte costituzionale e Parlamento, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2018, 1 ss.; M. RAVERAIRA, La decisione della Corte costituzionale sul caso Cappato, in [Lo Stato](#), n. 11/2018, 433 ss.; P. CARNEVALE, [Incappare... in Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018](#), in questa [Rivista](#), 2019/II, 1 ss.; P. CARNEVALE, Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza 207 del 2018 della Corte costituzionale, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 28 giugno 2019, 1 ss.; C. MASCIOTTA, Innovazioni procedurali e "nuovi diritti", in [Federalismi.it](#), n. 6/2019, 20 marzo 2019, 1 ss.; G. RAZZANO, Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 2/2019, 1 luglio 2019, 1 ss.; G. SERGES, E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio?, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2/2019, 1 ss.; S. TALINI, Il controverso rapporto tra giurisprudenza costituzionale, scelte parlamentari e decisioni di Strasburgo: considerazioni di sistema a partire dalla nuova udienza sul "caso Cappato", in [Costituzionalismo.it](#), n. 2/2019, 1 ss.

⁶¹ Corte cost., ord. 207/2018, § 10. *Considerato in diritto* «il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica».

⁶² M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2019, 26 giugno 2019, 660.

⁶³ § 4. *Considerato in diritto*: «Decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione

Con l'[ordinanza n. 132 del 2020](#) ha replicato questo schema concedendo al Parlamento un anno di tempo⁶⁴ per approvare una nuova disciplina che operi l'opportuno bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione personale nel reato di diffamazione a mezzo stampa. Analogamente ha fatto con la recente decisione in materia di c.d. ergastolo ostativo, rinviando la decisione a maggio 2022⁶⁵.

È quindi evidente che allo strumento della doppia pronuncia – inammissibilità-monito e successiva sentenza di accoglimento – si è affiancata la nuova tecnica processuale dell'ordinanza motivata di rinvio della trattazione e successiva sentenza di accoglimento. In entrambi i casi comune è il presupposto, ovvero l'espreso accertamento di una violazione della Costituzione, (violazione) che la Corte intima al legislatore di rimuovere. La differenza, dal canto suo, sta nel fatto che essa «può accompagnare quell'intimazione dalla prospettazione di conseguenze chiare e a data certa dell'inesecuzione oppure non farlo. In altri termini può formulare un ordine o un monito»⁶⁶.

Ad oggi non è ancora possibile una tassonomia che aiuti a capire chiaramente (e dunque anche a prevedere) quali siano le differenze che portano la Corte ad adoperare questo “nuovo” strumento piuttosto che il “vecchio”: detto altrimenti, «non si comprende quale sia il discrimine fra *vulnus* ai diritti costituzionali della persona, ove alcuni, a quanto pare, giustificano la messa in mora del Parlamento e altri consentono al più la formulazione di un monito al legislatore»⁶⁷.

della materia, alla quale spetta la priorità. Come più volte si è avuto modo di rilevare, «posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio» (sentenze [n. 162 del 2014](#) e [n. 113 del 2011](#); analogamente [sentenza n. 96 del 2015](#)). Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò «specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore» ([sentenza n. 99 del 2019](#), sulla quale, più diffusamente: M. RUOTOLO, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il “reo folle”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 1103 ss.; F. SIRACUSANO, *Il “reo folle” davanti al giudice delle leggi: la Corte costituzionale supplisce all'ostinata inerzia del legislatore*, ivi, 1111 ss.; D. PICIONE, *Il silenzioso epitaffio per l'art. 148 c.p.: l'inizio della fine per la differenza di trattamento tra grave infermità fisica e psichica*, ivi, 1121 ss.; F. DALLA BALLA, *Squilibri trattamentali, verso l'uso della nosografia psichiatrica per la relativizzazione in senso soggettivo dell'afflizione penale?*, ivi, 1130 ss.). «Risalente, nella giurisprudenza di questa Corte, è l'affermazione per cui non può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti ([sentenza n. 59 del 1958](#)). Ove, però, i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischino di risolversi a loro volta – come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali (susceptibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa), questa Corte può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento “secco” della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento (in questo senso, sentenze n. [40 del 2019](#), n. [233](#) e [222 del 2018](#) e n. [236 del 2016](#))).»

⁶⁴ La Corte ha rinviato la trattazione della questione all'udienza del 22 giugno 2021. Poi, con la [sentenza 12 luglio 2021, n. 150](#) ha dichiarato incostituzionale l'articolo 13 della legge sulla stampa (n. 47 del 1948) che fa scattare obbligatoriamente, in caso di condanna per diffamazione a mezzo stampa compiuta mediante l'attribuzione di un fatto determinato, la reclusione da uno a sei anni insieme al pagamento di una multa.

⁶⁵ [Corte cost., ord. n. 97 del 2021](#), con la quale si è rilevato che «la vigente disciplina del cosiddetto ergastolo ostativo preclude in modo assoluto, a chi non abbia utilmente collaborato con la giustizia, la possibilità di accedere al procedimento per chiedere la liberazione condizionale, anche quando il suo ravvedimento risulti sicuro. Ha quindi osservato che tale disciplina ostativa, facendo della collaborazione l'unico modo per il condannato di recuperare la libertà, è in contrasto con gli articoli 3 e 27 della Costituzione e con l'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, l'accoglimento immediato delle questioni rischierebbe di inserirsi in modo inadeguato nell'attuale sistema di contrasto alla criminalità organizzata. La Corte ha perciò stabilito di rinviare la trattazione delle questioni a maggio 2022, per consentire al legislatore gli interventi che tengano conto sia della peculiare natura dei reati connessi alla criminalità organizzata di stampo mafioso, e delle relative regole penitenziarie, sia della necessità di preservare il valore della collaborazione con la giustizia in questi casi» (così Comunicato stampa della Corte cost. del 15 aprile 2021).

⁶⁶ A. MATTEONI, [Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?](#) in questa *Rivista*, [2021/II](#), 371.

⁶⁷ *Ibidem*. Analogamente si interroga sulle motivazioni che inducono la Corte a scegliere uno strumento piuttosto che l'altro A. FRONTONI, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in [Nomos](#), n. 2/2021, 7-8. Ma su altre soluzioni adottabili dalla Corte v. anche C.

A ben vedere, infatti, lo strumento “forte” è stato utilizzato in un caso – quello della diffamazione a mezzo stampa – che, anche solo nelle parole della stessa Corte, non sembrava da considerarsi *così* grave; mentre lo strumento “debole” è stato impiegato in riferimento a diritti del minore *esplicitamente* riconosciuti come di primaria importanza. Quello che lascia maggiormente perplessi rispetto a un atteggiamento finora abbastanza “altalenante” è che l’attuale *trend* non sembra trovare una spiegazione immediata (e tantomeno evidente) nelle motivazioni espresse dalla Corte in queste decisioni. Essa, infatti, si è limitata a dire che la tutela “forte” è possibile tutte le volte in cui emergano valori di primario rilievo e laddove – per le peculiarità del caso concreto (ossia quando si assiste ad una compressione rilevante degli importanti valori coinvolti) – non sia sufficiente un monito. Come già si accennava, tuttavia, ciò non è ancora sufficiente per comprendere appieno le valutazioni – di volta in volta – svolte dalla Corte, tanto che sembra difficoltoso prevedere in modo attendibile i possibili sviluppi di tale orientamento per il prossimo futuro, e non per caso c’è chi ha osservato come questa giurisprudenza testimoni, piuttosto, la «piena fungibilità dei tipi di decisione»⁶⁸.

Tale modo di operare evidenzia inevitabilmente alcune criticità anche per quanto concerne la vicenda giurisprudenziale della pma. Infatti, a fronte di un nuovo strumento che pare si sia oramai affermato, viene giocoforza da chiedersi quali siano stati i motivi che hanno indotto la Corte a preferire una pronuncia di inammissibilità-monito nei casi di cui alle sentt. [32](#) e [33](#). Proprio l’importanza degli interessi dei minori⁶⁹ poteva (e verosimilmente sembrava) suggerire la soluzione dell’“ordinanza di rinvio” come la più profittevole per una (anche solo temporanea, ma) effettiva tutela.

Dalle motivazioni di tutte queste diverse pronunce non è possibile comprendere quali siano state le specificità dei singoli casi valorizzate per prediligere l’uno piuttosto che l’altro strumento decisorio. Vero è che certamente la “nuova” tecnica è stata impiegata in troppo poche occasioni per poter avere una panoramica chiara del nuovo *modus operandi* della Corte. Forse, proprio per questo, sarebbe stato utile avere qualche indicazione in più in punto di motivazione, considerando che nell’ord. 132/2020 non si definisce mai la necessità di colmare il riscontro *vulnus* costituzionale come ‘*indifferibile*’, al contrario di quanto accade nelle sentenze qui in commento. L’unico argomento del rinvio ad una successiva udienza sembra possa rilevarsi nello «spirito di leale collaborazione istituzionale»⁷⁰, giustificato alla luce della esistenza di progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa. Tuttavia, neppure tale (ipotetica) motivazione parrebbe di per sé determinante, in quanto ben potrebbe prestarsi anche per argomentare la scelta opposta, ossia quella di una pronuncia di inammissibilità-monito. Più in generale, parrebbe che i motivi ad indurre il Giudice costituzionale a plasmare questa nuova tecnica decisoria siano stati, invece, la natura degli interessi in gioco (non sembra un caso, infatti, che la Corte abbia coniato tale tecnica per risolvere una delicata questione di “fine vita”). Per questo motivo appare plausibile concludere che la sua ammissibilità si fondi primariamente sul “peso” dei diritti e degli interessi oggetto della controversia.

Con ciò non si vuole sostenere che, rispetto alle delicate questioni sollevate in merito al riconoscimento del rapporto parentale con il genitore intenzionale, la Corte dovesse *necessariamente* propendere per il ricorso alla pronuncia di incostituzionalità prospettata inaugurata nel caso Antoniani/Cappato. Per certi versi, anzi, la decisione di lasciare ampi margini di intervento al legislatore (senza puntuali “messe in mora”) potrebbe anche costituire un *revirement* apprezzabile alla luce dell’intrinseca “politicità” di simili problematiche, in coerenza col disposto dell’art. 28 l. 87/1953. Ci si limita qui soltanto ad evidenziare come, in questo modo, rimanga incerta

MASCIOTTA, *La vexata quaestio della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali*, in [Federalismi.It](#), n. 22/2021, 22 settembre 2021, 194-197.

⁶⁸ 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 questa [Rivista](#), 2021/I, 221.

⁶⁹ «in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei “migliori interessi” (best interests) o dell’“interesse superiore” (intérêt supérieur) del minore» ([Corte cost., sent. n. 33/2021](#), § 5.3. *Considerato in diritto*).

⁷⁰ [Corte cost., ord. n. 132/2020](#), § 8 *Considerato in diritto*.

l'individuazione di criteri precisi e definiti che giustifichino la scelta di utilizzare, anche nel caso della pma, l'una o l'altra tecnica tra quelle astrattamente a disposizione. Situazione, questa, che ripropone una volta di più il problema di ordine generale sulle regole del processo costituzionale e sulla loro reale efficacia vincolante, atteso che il loro rispetto parrebbe essenziale per garantire non soltanto un orientamento prevedibile della Corte, ma anche un elevato livello di tutela sostanziale dei cittadini, consentendo loro di poter «individuare standard di comportamenti che offrano, nei limiti del possibile, prospettive di certezza»⁷¹.

⁷¹ L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario (Roma 13-14 novembre 1989)*, Milano, Giuffrè, 1990, 98.