

Elisabetta Lamarque e Giacomo Mingardo
Università degli Studi di Milano-Bicocca

**Gestazione per altri e *best interests of the child*.
La prospettiva della Corte costituzionale italiana* ****

SOMMARIO: 1. Partita chiusa, per ora. 2. Il significato del principio dei *best interests of the child* nella sentenza n. 33 del 2021 della Corte costituzionale. 3. Segue. Precisazioni, conferme e novità. 4 La Corte costituzionale e la gestazione per altri. Un precedente deciso (e decisivo). 5. “In prima battuta, al legislatore”: il monito rafforzato e la prima applicazione da parte del giudice comune.

1. Partita chiusa, per ora.

Si può forse dire che quando si discute di gestazione per altri¹ i grandi argomenti che vengono in rilievo per il diritto in generale, e per il diritto costituzionale in particolare, sono fondamentalmente soltanto due, anche se variamente articolabili al loro interno.

C'è innanzitutto il tema che potremmo chiamare della ammissibilità della pratica – e, qualora ammissibile, in quali delle sue forme – in un dato ordinamento.

C'è poi, in secondo luogo, per gli ordinamenti che non accettano la pratica, il tema degli effetti indiretti in quell'ordinamento della gestazione per altri portata a termine altrove, e soprattutto il problema cruciale della condizione giuridica delle persone che da essa siano state generate.

Nel presente breve contributo si darà conto delle posizioni assunte sui due temi dalla Corte costituzionale italiana.

Si tratta di posizioni molto nette, sintetizzabili in poche battute e formulate – per quanto riguarda il secondo tema – o ribadite – per quanto riguarda il primo tema – all'interno di una pronuncia molto recente, la nota sentenza n. 33 del 2021, la quale rappresenta quindi un punto di non ritorno, almeno per i prossimi anni, per l'ordinamento italiano su questa materia.

Quanto al primo profilo, la sentenza n. 33 ripete, senza mezzi termini, che il nostro ordinamento costituzionale non tollera la pratica della gestazione per altri.

Quanto al secondo profilo, la medesima sentenza, muovendo dall'implicito presupposto di fatto che le persone nate da questa pratica sono oggi tutte persone minori di età, afferma che la tutela giuridica che la legislazione italiana accorda loro – e cioè la possibilità di avere soltanto un genitore legale affiancato eventualmente da un genitore adottivo, ma alle restrittive condizioni e con gli effetti limitati dell'adozione in casi particolari disposta dall'art. 44 della legge n. 184 del 1983 – è una tutela del tutto insufficiente, non adeguata né ai parametri costituzionali né agli standard internazionali relativi alla protezione dei minori di età.

* Il contributo è destinato ad apparire all'interno del volume F. Pesce (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

** Il contributo è frutto della riflessione comune dei due autori. La stesura del testo è attribuibile a Elisabetta Lamarque per i parr. 1, 2 e 3 e a Giacomo Mingardo per i parr. 4 e 5.

¹ Nel presente scritto si preferisce ricorrere al termine ‘gestazione per altri’ il quale sottintende un'idea di neutralità. Non esprime dunque né un disvalore né un apprezzamento di tale tecnica, ma la considera nella sua oggettività.

Last but not least, a chiusura del cerchio, la stessa sentenza n. 33 avverte che da ora in poi è necessario che il dibattito politico sulla gestazione per altri, e le conseguenti necessarie modifiche legislative volte a garantire la pienezza dei diritti dei figli nei confronti di coloro che si sono assunti la responsabilità per la loro nascita e la loro crescita, mantengano sempre ben distinti i due profili, allo scopo di evitare di “strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata”.

Chi scrive ritiene che quest’ultima indicazione offerta dalla Corte costituzionale agli interpreti e al legislatore sia la più preziosa tra quelle contenute nella sentenza n. 33, perché risponde perfettamente al principio personalista, che è il cuore pulsante della nostra Costituzione². Se qualsiasi diritto fondamentale della persona umana, compreso lo stesso diritto alla vita, è bilanciabile con altri diritti di pari rango e con esigenze della collettività di livello costituzionale, non è tuttavia pensabile rendere la persona umana uno “strumento”, e cioè un “oggetto” di cui il potere pubblico possa disporre per raggiungere obiettivi, anche legittimi, di interesse generale³. In ossequio a tale indicazione, nel presente contributo si tratteranno distintamente i due temi.

Il secondo e il terzo paragrafo sono dedicati al percorso compiuto dalla giurisprudenza costituzionale sul principio dei *best interests of the child*, di cui la sentenza n. 33 costituisce il completamento e l’approdo definitivo, nel momento in cui fonda su quel principio il pressante invito al legislatore a intervenire sul tema della condizione giuridica dei nati da gestazione per altri praticata all’estero.

Il quarto paragrafo illustra la posizione assunta dalla Corte costituzionale sul tema della illiceità della gestazione per altri.

Il quinto e ultimo paragrafo riguarda la tecnica decisoria scelta dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 33, per veicolare questi contenuti e illustra anche la prima applicazione da parte di un giudice comune del monito emesso.

2. Il significato del principio dei best interests of the child nella sentenza n. 33 del 2021 della Corte costituzionale.

La sentenza prende posizione sulla portata e sul modo di operare del principio dei *best interests of the child* nel nostro ordinamento con una straordinaria chiarezza. L’intento della Corte costituzionale è evidente. Il principio da molti anni viene invocato in tutte le sedi nelle quali si discute della posizione delle persone di minore età, ma troppo spesso gli stessi operatori del diritto lo richiamano in modo poco avvertito, superficiale, generico e dunque retorico, se non errato o addirittura strumentale, allo scopo di ‘coprire’ scelte che favoriscono gli interessi degli adulti. La Corte se ne mostra ben consapevole e provvede a sgombrare il campo perlomeno dai più macroscopici fraintendimenti.

Chi scrive ritiene meritorio l’intento che muove il giudice delle leggi e lo condivide nei suoi contenuti⁴. Vediamone i passaggi essenziali.

² Sia consentito il rinvio, sul punto, a E. Lamarque, *Il principio personalista*, in *Trattato di diritto costituzionale italiano. Volume II. I principi fondamentali*, a cura M. Benvenuti e R. Bifulco, in corso di pubblicazione per la casa editrice Giappichelli.

³ In senso analogo G. Silvestri, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in *Scritti in onore di Francesco Guizzi*, II, Torino, 2013, pp. 838 ss.

⁴ In alcuni passaggi della più recente giurisprudenza costituzionale sul tema, anzi, sembra che siano stati ripresi e sviluppati alcuni degli spunti offerti da chi scrive in uno studio di qualche anno fa (E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; in linea di continuità con quel primo studio si vedano poi anche,

In primo luogo, la Corte costituzionale afferma che il principio dei *best interests of the child* è sì enunciato espressamente soltanto da strumenti internazionali e sovranazionali di tutela dei diritti umani – all’interno dei quali fa la sua apparizione in forma non vincolante nel 1959 per poi essere richiamato in documenti vincolanti, quali innanzitutto la Convenzione Onu sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza del 1989 e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, oltre che nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo – ma è anche, o forse soprattutto, un principio ricavabile in via interpretativa dalla nostra Costituzione (sulla base degli artt. 30 e 31 Cost., oltre che dell’art. 2 Cost.).

Lo testimonia, a dire della Corte stessa, una importante pronuncia costituzionale in tema di adozione del lontano 1981, e dunque antecedente alla stessa Convenzione Onu del 1989 che introduce il principio per la prima volta in modo vincolante in ambito internazionale⁵.

In secondo luogo, la Corte costituzionale assegna al principio dei *best interests* un significato preciso, ben lontano da quello accolto dalla maggior parte degli interpreti che operano nel nostro ordinamento.

La Corte, infatti, facendo leva su una lettura attenta e ragionata dell’espressione utilizzata dagli strumenti internazionali e sulla riformulazione del principio contenuta proprio nella sentenza costituzionale del 1981, propone di tradurre in italiano il principio dei *best interests* come il “*principio della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l’interesse del minore*” (così il punto 5.4. del Considerato in diritto della sentenza n. 33).

Gli interpreti, invece, di solito fanno propria in modo acritico la traduzione italiana dell’espressione accolta negli strumenti internazionali, e dunque ripetono che l’interesse e gli stessi diritti del bambino devono sempre essere considerati “superiori” o “preminenti”, e cioè tali da prevalere sempre e comunque, in modo automatico, su ogni altro interesse o esigenza della collettività, anche di rango costituzionale, e su ogni interesse e diritto delle persone adulte che si trovano in relazione con quel bambino.

La nuova traduzione del principio proposta dalla Corte rende evidente, invece, che la considerazione dell’interesse e dei diritti della persona di minore età non li sottrae al consueto bilanciamento, a cui tutti i diritti fondamentali vanno soggetti, con altri beni o diritti di rango costituzionale⁶. In particolare, tornando al tema oggetto della sentenza n. 33, il principio dei *best interests of the child*, se correttamente inteso, non sottrae gli interessi del minore nato all’estero da una pratica di gestazione per altri al bilanciamento con “la legittima finalità” perseguita dall’ordinamento italiano di disincentivare il ricorso a tale pratica.

volendo, Eadem, *Il principio dei best interests of the child nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Minorigiustizia*, n. 2/2017, pp. 19 ss. ed Eadem, *I best interests of the child*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall’adozione*, a cura dell’Autorità Garante per l’Infanzia e l’Adolescenza, Roma, 2019, pp. 140 ss., in *open access* all’indirizzo www.garanteinfanzia.org).

⁵ Corte cost., sent. n. 11 del 1981, redattore Leopoldo Elia. Così il punto 5.3. del Considerato in diritto di Corte cost., sent. n. 33 del 2021 (e, volendo, ancor prima, E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, cit., pp. 14-15).

⁶ Al limite, secondo la Corte, gli aggettivi suggeriscono all’interprete di riconoscere agli interessi del minore un peso “speciale” in quel bilanciamento, al quale comunque tali interessi devono soggiacere. È davvero curioso notare che, ben diversamente, nella giurisprudenza costituzionale più antica, precedente alla sentenza n. 11 del 1981, lo speciale “peso” nel bilanciamento con gli interessi della persona minore di età sembrava doversi assegnare “al superiore interesse della società” (così Corte cost., sent. n. 156 del 1967, tra l’altro relativa al delicatissimo tema dell’ispezione corporale del imputato minorenni).

In terzo e ultimo luogo, la Corte costituzionale sostiene che allo stato attuale la legge non assicura al minore quella tutela che invece sarebbe invece richiesta dalla Costituzione e dalla Cedu, nella interpretazione accolta dalla Corte di Strasburgo, dato che l'istituto che oggi soccorre – e cioè l'adozione in casi particolari – è per vari motivi insufficiente.

Secondo la Corte, “ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance” del riconoscimento di un legame di filiazione pieno, “sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice [circa il fatto che l'aspirante genitore abbia accudito il bambino fin dalla nascita e abbia di fatto esercitato la responsabilità genitoriale], finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata.

Tuttavia, essendo tali “materie di grande complessità sistematica”, l'individuazione di una soluzione normativa adeguata alla Costituzione e ai vincoli internazionali spetta “in prima battuta” il legislatore, il cui intervento, tuttavia, dice la Corte, si presenta già come “ormai indifferibile”. Di qui l'inammissibilità, allo stato, della questione.

3. *Segue. Precisazioni, conferme e novità.*

La sentenza n. 33 del 2021 segna davvero il punto di arrivo dell'intera giurisprudenza costituzionale sul principio dei *best interests*.

Da una parte, in questa sentenza la Corte costituzionale ripercorre e contemporaneamente precisa e sistematizza i propri precedenti, e lo fa anche correggendo leggermente il tiro di alcune sue affermazioni. Dall'altra parte, essa compie un passo ulteriore, che va oltre i precedenti, e completa così il quadro dei significati che assume il principio dei *best interests* nel nostro ordinamento.

Quanto al primo aspetto, nella sentenza si riscontra soprattutto una particolare cura nell'inquadramento concettuale del principio e nella stessa terminologia utilizzata.

Non solo nella sentenza si legge, come si è già detto, un'accurata traduzione in italiano del principio di origine internazionale⁷, ma anche la versione inglese del principio è correttamente richiamata con *interests* al plurale, mentre purtroppo molti provvedimenti giurisdizionali e alcuni commentatori utilizzano il singolare, compiendo una strana ri-traduzione in inglese del termine “interesse” che in italiano è accompagnato dagli aggettivi “superiore” o “preminente”⁸.

C'è poi, nella sentenza n. 33, la massima attenzione a sottolineare la circostanza che gli interessi del bambino non sono destinati sempre e comunque a prevalere su ogni altro bene in gioco, come la superficiale e sviante traduzione in termini di “preminente” e “superiore” suggerirebbe⁹, ma possono e devono essere sottoposti a un bilanciamento con esigenze e interessi di pari rango costituzionale. In questo senso è interessante notare come i termini “bilanciamento” e “bilanciati” ricorrano ben cinque volte nel Considerato in diritto della sentenza.

⁷ Anticipata già da Corte cost., sentt. n. 102 del 2020 e n. 32 del 2021.

⁸ Nel medesimo errore in passato era caduta, peraltro, la medesima Corte costituzionale (Corte cost., sentt. n. 93 del 2018 e n. 230 del 2020).

⁹ Nella stessa giurisprudenza costituzionale si era affacciato il medesimo uso poco accorto di “preminente” e di “superiore” (si vedano ad esempio Corte cost., sentt. n. 31 del 2012 e n. 239 del 2014). La Corte costituzionale inizia a discorrere della necessità di bilanciare l'interesse del minore con altre esigenze solo a decorrere da Corte cost., sent. n. 17 del 2017, seguita poi, nel medesimo senso, tra le altre, da Corte cost., sentt. n. 76 del 2017, n. 272 del 2017, n. 92 del 2018 e n. 127 del 2020.

Infine, c'è la sottolineatura, compiuta anche attraverso il richiamo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, della necessità che ogni giudice possa stabile quale sia la soluzione che corrisponde al *best interests of the child* tenendo conto, di volta in volta, della situazione di fatto in cui il bambino si trova e dei legami affettivi già esistenti¹⁰.

Detto altrimenti, secondo la Corte costituzionale il principio dei *best interests* richiede che l'organo pubblico chiamato a decidere della vita di una persona di minore età debba assicurare e garantire, con la sua decisione, "i migliori" – e cioè i più significativi, i più importanti (*best*) – tra i numerosi bisogni/esigenze/interessi/diritti (ecco qui il significato del plurale *interests*) di quello specifico bambino, a seguito di una comparazione in concreto svolta tutta all'interno del novero di quei bisogni/esigenze/interessi/diritti nutriti dal minore stesso.

Con un simile sforzo di chiarezza e sistematicità, la sentenza n. 33 compie anche meritoria opera pedagogica nei confronti dei molti giudici, operatori del settore minorile e commentatori che purtroppo ancora oggi trovano molto comodo usare il principio del preminente, o superiore, interesse del minore come uno *slogan*, e continuano ad appellarsi a una astratta, automatica e tirannica prevalenza dell'interesse del minore su ogni altro bene, interesse o diritto in gioco per sottrarsi all'onere di una motivazione approfondita e rigorosa delle proprie scelte.

Quando si afferma, erroneamente, che secondo il principio dei *best interests* il bene del bambino deve automaticamente prevalere sempre e comunque su ogni altra considerazione, infatti, si autorizza l'interprete a omettere o a relegare in secondo piano, nella motivazione del proprio provvedimento, gli altri elementi che pure egli forse ha valutato per giungere alla soluzione finale. L'effetto perverso di questo atteggiamento può essere duplice. Se il bilanciamento dell'interesse del minore, nella situazione concreta in cui egli si trova, con altri interessi e diritti è stato comunque correttamente effettuato, si rischia che dalla motivazione non emergano i beni che sono stati bilanciati e i motivi reali della decisione; mentre se il bilanciamento non è stato corretto, o addirittura se l'interprete ha voluto tutelare interessi diversi e opposti a quelli del minore, l'erroneità di questa operazione resta coperta dall'immotivato, apodittico, assorbente richiamo al principio del superiore interesse del minore come fondamento della decisione.

Quanto invece al passo ulteriore compiuto dalla sentenza n. 33 rispetto ai precedenti, bisogna ricordare che fino a quella pronuncia la Corte costituzionale aveva preso posizione sulle regole legislative già esistenti, verificando se fossero abbastanza elastiche da consentire al giudice di ritagliare una soluzione su misura del bambino di cui in quel momento era chiamato a occuparsi.

Con la sentenza n. 33, invece, la Corte va oltre, perché chiede al legislatore di introdurre *un nuovo istituto* – sembra di capire un nuovo tipo di adozione piena, basata su presupposti differenti da quelli oggi previsti per quest'ultima – capace di garantire la posizione giuridica di tutti i bambini nati a seguito di una pratica di gestazione per altri.

Ecco così delineato in modo compiuto il principio costituzionale dei *best interests of the child* secondo l'*Italian style*.

¹⁰ In questo senso la giurisprudenza costituzionale appariva già da molto tempo consolidata, a partire almeno dalle risalenti Corte cost., sentt. n. 198 del 1986 e n. 361 del 1985 (e poi, proprio in riferimento al principio dei *best interests*, a partire da Corte cost., sentt. n. 31 del 2012 e n. 7 del 2013).

Si presenta come un principio complesso, o meglio ancipite, che da una parte pretende flessibilità, perché appunto impone di attribuire al giudice la possibilità di scegliere di volta in volta, come afferma la sentenza costituzionale del 1981, la “soluzione più idonea per lo sviluppo educativo del minore”, inteso come persona concreta, inserita al centro di relazioni sociali (il *child*); ma che dall’altra parte, e contemporaneamente, esige regole legislative rigorose, che prevedano appositi istituti di tutela dei minori di età considerati astrattamente come gruppo sociale o come categoria (i *children*: nel nostro caso tutti i minori di età nati a seguito della pratica di gestazione per altri), così come testualmente prevede l’art. 31 Cost., quando impone alla Repubblica di proteggere l’infanzia e la gioventù nel suo complesso, “favorendo gli istituti necessari a tale scopo”¹¹.

La versione italiana del principio, in altre parole, richiede una difficile ma necessaria sintesi tra le due opposte esigenze di elasticità, da una parte, e di rigore, dall’altra, delle regole legislative relative ai minori di età, vietando ogni irragionevole e ingiustificato squilibrio nell’una o nell’altra direzione.

Sembrerebbe che con quest’ultimo tassello la Corte costituzionale abbia completato la ricostruzione del principio dei *best interests of the child* vigente nel nostro ordinamento.

A questa costruzione giurisprudenziale così coerente manca forse soltanto un piccolo dettaglio, che la Corte potrebbe introdurre alla prossima occasione utile, e cioè il fatto che il principio dei *best interests* non possa essere invocato in tutti quegli ambiti nei quali una persona minore di età (ancora) non c’è.

In realtà la Corte lo ha già in qualche modo suggerito quando si è pronunciata sulle questioni relative alla mancata ammissione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di una coppia di due donne, dichiarandole non fondate¹². Sarebbe tuttavia utile che la Corte precisasse, in linea generale e una volta per tutte, che quando si discute della liceità o della illiceità di una certa pratica procreativa, compresa naturalmente la gestazione per altri, il richiamo al principio dei *best interests* risulta sempre inconferente, perché sul piatto della bilancia, in quei casi, non si trovano tanto gli interessi di un minore, quanto piuttosto i diritti – come ad esempio il diritto a non essere venduto o donato come un oggetto¹³ o il diritto a conoscere le proprie origini¹⁴ – della persona *tout court* che da quella pratica prenderà vita.

4. La Corte costituzionale e la gestazione per altri. Un precedente deciso (e decisivo).

Fino alla sentenza n. 33 del 2021, la Corte costituzionale non aveva avuto la possibilità di esprimersi direttamente sulla liceità della gestazione per altri. Questa sentenza, quindi, rappresenta una novità anche per quanto riguarda l’oggetto del giudizio di legittimità. Per la prima volta la Corte costituzionale si trova a vagliare

¹¹ Evidenzia bene questa doppia anima L. Lenti, “Best Interests of the child” o “best interests of the children”?, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, pp. 158-161.

¹² Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 13.2. del Considerato in diritto. In proposito, M. Bianca, *Il best interest of the child nel dialogo tra le Corti*, in *The best interest of the child*, a cura di M. Bianca, Roma, 2021, pp. 690-691, ritiene invece che in quella sentenza la Corte costituzionale abbia ritenuto il principio operante anche in relazione al tema della creazione di un essere umano tramite una tecnica di procreazione medicalmente assistita, sia pure in una versione astratta, ma chi scrive non concorda con questa lettura della sentenza.

¹³ Sul punto sia consentito il rinvio a E. Lamarque, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, in *Giudicedonna.it*, n. 1/2017.

¹⁴ Su come può articolarsi tale diritto si veda I. Carlotto, *La ricerca delle proprie origini nel bilanciamento dei diritti*, Napoli, 2020.

la costituzionalità dell'art. 12 co. 6 della legge 40, seppur limitatamente allo *status* del nato da gestazione per altri. Precedentemente, invece, si era pronunciata sul tema in sentenze che avevano a oggetto altre questioni, mediante interventi, caratterizzati per un accenno rapido e breve al tema, ma non per questo meno incisivi. La giurisprudenza costituzionale segue, come si vedrà, una «logica incrementale per gradi»¹⁵.

Un primo accenno al tema si è avuto con la sentenza n. 162 del 2014 riguardante la fecondazione eterologa¹⁶. La Corte in quell'occasione si è premurata di indicare come il suo intervento demolitorio non avesse coinvolto l'art. 12 co. 6 della legge 40. Brevi incisi per ribadire perciò la perdurante validità del divieto imposto¹⁷, nonostante il venir meno del divieto di fecondazione eterologa.

È la sentenza n. 272 del 2017 a essere il precedente «per eccellenza». La Corte ha preso una chiara posizione sulla gestazione per altri¹⁸, delineando quel doppio binario, poi confermato dalla sentenza n. 33 del 2021. Anche in quell'occasione oggetto del giudizio non era il divieto di gestazione per altri, bensì l'art. 263 c.c. Quest'ultimo era stato ritenuto dalla Corte d'appello di Milano in contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost. per violazione dell'art. 8 CEDU nella parte in cui non prevedeva che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità potesse essere accolta solo quando fosse rispondente all'interesse dello stesso.

La causa portata alla cognizione della Corte d'appello di Milano riguardava l'impugnazione del difetto di veridicità del riconoscimento compiuto dalla madre nei confronti di un minore nato all'estero. Il tribunale di prima istanza aveva infatti disposto la cancellazione del nominativo della madre intenzionale dagli atti dello stato civile, poiché il minore, nato all'estero da gestazione per altri, non aveva alcun legame genetico con la madre.

Il giudice *a quo* riteneva che nel caso di specie non fosse richiesta la trascrizione di uno *status filiationis* quanto piuttosto la rimozione di uno *status* già attribuito in considerazione della sua veridicità. Dovendosi applicare infatti un automatismo in favore della verità biologica, il rimettente lamentava l'impossibilità nel caso concreto di poter considerare il *best interests* del minore e richiedeva perciò un intervento manipolativo di tipo additivo¹⁹.

A tale richiesta, la Corte ha risposto con un'interpretativa di rigetto²⁰. Nel dichiarare non fondata la questione, in due *obiter dicta*, la Corte ha affermato chiaramente che la gestazione per altri «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» dovendosi riconoscere «un elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di

¹⁵ F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della maternità surrogata. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenza di giustizia*, Napoli, 2020, p. 212.

¹⁶ Corte cost. sent. n. 162 del 2014.

¹⁷ Considerato in diritto punti 9 e 11.1

¹⁸ Corte cost. sent. n. 272 del 2017.

¹⁹ Critica di tale richiesta F. Angelini, *op. cit.*, p. 219.

²⁰ La sentenza è stata accolta positivamente da 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, pp. 149-177. Ugualmente A. Schillaci, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso. Identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/17 della corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.1, 2028, p. 387 la ritiene una sentenza prudente idonea a garantire gli interessi in gioco.

maternità, vietata da apposita disposizione penale»²¹. Una chiara presa di posizione nei confronti dell'illiceità della pratica²², con cui la Corte ha esplicitato le ragioni del divieto legislativo posto, dunque, a presidio di beni giuridici fondamentali. Di fronte all'esigenza di tutelare il nato de gestazione per altri, la Corte indicava l'adozione in casi particolari come strumento idoneo a raggiungere tale scopo²³.

Pochi e brevi incisi per tracciare così quel doppio binario, mantenuto anche nella sentenza n. 33 del 2021, seppur con un parziale *revirement*. L'adozione per altri, inizialmente ritenuta un possibile strumento idoneo al riconoscimento del legame di filiazione tra genitore intenzionale e minore, è messa sotto accusa nella sentenza in esame. Occorre considerare che nel periodo intercorso tra le due sentenze, si sono verificati due importanti eventi: il parere consultivo della Corte EDU del 2018²⁴ e la sentenza delle Sezioni Unite del 2019²⁵.

Quanto al primo evento, la Corte di Strasburgo, aggiungendo un ulteriore tassello alla propria giurisprudenza sulla gestazione per altri, si è espressa sul riconoscimento del vincolo di filiazione con il genitore non biologico. Gli Stati possono rifiutare la trascrizione del genitore intenzionale nel certificato di nascita, purché prevedano forme alternative di riconoscimento di tale vincolo, come l'adozione, a condizione che siano celeri ed efficaci.

Quanto al secondo evento, le Sezioni Unite hanno dichiarato la gestazione per altri contraria all'ordine pubblico. Hanno riconosciuto, però, sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU, l'adozione nei casi particolari come strumento idoneo a tutelare il rapporto instauratosi tra il minore e il genitore intenzionale.

A fronte di questo scenario, la prima sezione della Cassazione, in evidente dissenso con le Sezioni Unite, dubita però che la soluzione elaborata possa corrispondere ai *best interests* del minore, dati i profili critici dell'istituto dell'adozione in casi particolari, e solleva quindi la questione di legittimità costituzionale²⁶ che sarà poi decisa con la sentenza n. 33.

Il rinvio di legittimità offre così alla Corte costituzionale la possibilità di ritornare sul proprio precedente. Ribadisce innanzitutto che la gestazione per altri non trova spazio nell'ordinamento costituzionale. Oltre al proprio inciso del 2017, infatti, la Corte richiama sia le Sezioni Unite del 2019, che avevano ritenuto che il divieto legislativo rispondesse a un principio di ordine pubblico, sia le inquietudini dell'Avvocatura di Stato e di alcuni *amici curiae*, relative al rischio di sfruttamento delle donne in condizioni sociali ed economiche disagiate²⁷.

È invece sulla tutela del nato che si registra il cambio di passo rispetto al proprio precedente²⁸. Ben consapevole del dialogo giurisprudenziale, la Corte si dimostra in grado di apprezzare il caso concreto, riconoscendo le difficoltà insite nell'adozione nei casi particolari: il necessario assenso del genitore biologico e

²¹ Considerato in diritto punti 4.2 e 4.3

²² Critica la modalità con cui la Corte si è espressa in un tema così delicato A. Schillaci, *op.cit.*, pp. 392-393.

²³ Considerato in diritto punto 4.3.

²⁴ Corte EDU, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, n. P16-2018-00.1.

²⁵ Cass. sez. un. sent. n. 12193 dell'8 maggio 2019.

²⁶ Cass. civ. se I, ord. n. 8325 del 29 aprile 2020.

²⁷ Considerato in diritto punto 5.1.

²⁸ E. Malfatti, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2021 pp. 398-399.

l'assenza di vincoli parentali tra il minore e la famiglia d'origine dell'adottante²⁹. Da qui, la richiesta pressante di una disciplina legislativa più aderente alla peculiare situazione del minore nato mediante gestazione per altri.

5. *“In prima battuta, al legislatore”*: il monito rafforzato e la prima applicazione da parte del giudice comune.

Come si è detto, la Corte costituzionale ha adottato una sentenza di inammissibilità con monito al legislatore, affinché introduca una disciplina che concili l'esigenza di disincentivare la pratica della gestazione per altri con la necessità di tutelare i diritti dei bambini nati dal ricorso a tale pratica.

Già in passato su temi eticamente sensibili la Corte aveva concluso che «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore»³⁰, aggiungendo in un'altra pronuncia che quest'ultimo «quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»³¹. A un'attenta analisi, tuttavia, il lessico utilizzato nella sentenza n. 33 evidenzia non un classico richiamo, ma un monito più incisivo e puntuale. La Corte, infatti, asserisce che «il compito non può che spettare, *in prima battuta*, al legislatore», non potendo «allo stato, che arrestarsi e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nell'ormai *indifferibile* individuazione delle soluzioni»³².

Ne emerge un monito *rafforzato* che lascia presagire un intervento della Corte *in seconda battuta*, magari neppure troppo lontano nel tempo – laddove tale situazione perdurasse.

La scelta di una sentenza monito si dimostra anche coerente rispetto alle possibili tipologie di pronunce adottabili. Difficilmente, infatti, la Corte avrebbe potuto scegliere uno strumento diverso per declinare il rapporto tra discrezionalità legislativa ed esigenze di tutela dei diritti fondamentali³³.

Innanzitutto, sarebbe stato improbabile l'utilizzo dello schema della “incostituzionalità differita”³⁴ o “prospettata”³⁵ che ha visto la sua prima applicazione nel “caso Cappato”³⁶ perché è una tipologia di sentenza che non ha

²⁹ Considerato in diritto punto 5.8.

³⁰ Corte cost., sent. n. 347 del 1998.

³¹ Corte cost., sent. n. 84 del 2016 considerato in diritto punto 9.

³² Considerato in diritto punto 5.9. Corsivo aggiunto.

³³ Critico A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta Online*, n. 1, 2021 p. 221 il quale ritiene che la Corte sia sì di considerarsi *domina* del limite costituito dal rispetto della discrezionalità del legislatore e, perciò, di poterne in buona sostanza fare l'uso che vuole, a fisarmonica». Cfr., sul punto, P. Zicchittu, *Cosa resta della discrezionalità legislativa? A proposito di due recenti pronunce della Corte costituzionale in tema di maternità surrogata*, in *Passaggi Costituzionali*, n. 1, 2021 in cui segnala come il ricorso alla discrezionalità legislativa si tramuti in una vera e propria tecnica di giudizio.

³⁴ M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia* del 19 novembre 2018, § 1.

³⁵ Il termine è stato coniato nel corso della Conferenza stampa sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018 da parte dell'allora Presidente Giorgio Lattanzi.

³⁶ Ci si riferisce all'ordinanza n. 207 del 2018 e la sentenza n. 242 del 2019 della Corte cost.

avuto il successo sperato presso il legislatore³⁷. Nei primi due casi (si vedrà la sorte per la disciplina dell'ergastolo ostativo), infatti, il monito della Corte è caduto nel vuoto. Difficilmente uno schema che non ha prodotto gli effetti auspicati, non dando avvio a quel dialogo istituzionale tanto sperato, avrebbe potuto trovare applicazione in una materia così sensibile. Sembra quindi che la Corte abbia scelto di abbandonarlo in favore di una strategia più efficace.

D'altro canto, la Corte non avrebbe potuto ricorrere neppure a un'additiva di principio³⁸. In questo caso, infatti, la difficoltà applicativa di tale tipologia al caso concreto è derivata dall'ordinanza di remissione. Il peccato originale sembrerebbe l'oggetto dell'impugnazione, perché se la Cassazione avesse censurato la disciplina dell'adozione nei casi particolari, invece che la disposizione della legge sulla procreazione medicalmente assistita, forse ci sarebbe stato spazio per adottare una pronuncia di accoglimento manipolativa. Inoltre, memore delle vicende del divorzio imposto³⁹, la Corte ha forse voluto evitare che vi fossero applicazioni diversificate da parte dei giudici comuni in un tema così delicato⁴⁰.

Per questi motivi, la scelta di una sentenza di inammissibilità con monito appare come una scelta piuttosto obbligata, anche se non priva di conseguenze negative, prima tra tutte l'incertezza degli effetti sul giudizio principale. Infatti, una sentenza di inammissibilità per discrezionalità del legislatore produce un effetto preclusivo *inter partes* che impedisce di sollevare nuovamente la questione nonostante la permanenza del dubbio di legittimità costituzionale (e, anzi, nel caso di specie, nonostante il contrasto con la Costituzione espressamente ravvisato dalla Corte). Il giudice *a quo* si trova, dunque, davanti a una disciplina legislativa certamente non conforme a Costituzione senza disporre di una possibile interpretazione costituzionalmente orientata che gli consenta di decidere il caso concreto nel rispetto dei diritti costituzionali del figlio e, soprattutto, senza potere risollevarne nuovamente la questione⁴¹.

La criticità maggiore della sentenza monito, però, riguarda sempre e comunque l'inerzia del legislatore. In assenza di un intervento legislativo è necessario che la questione sia nuovamente sollevata, lasciando così sospeso per un tempo indefinito la tutela dei figli nati da gestazione per altri⁴².

Occorre però guardare la lettera della sentenza da una visuale più ampia. Nel 2017, la Corte costituzionale parlava ai giudici fornendo loro un criterio per poter «navigare a vista»⁴³. Nel 2021, la Corte parla invece al legislatore per renderlo consapevole che è suo compito dipanare la matassa.

³⁷ Al momento in base a tale tipologia sono state adottate tre ordinanze e due sentenze consequenziali di incostituzionalità. Oltre al «caso Cappato», si tratta dell'ordinanza n. 132 del 2020 e della successiva sentenza Corte cost., sent. n. 150 del 2021 sul carcere per i giornalisti nel caso di diffamazione. La terza ordinanza n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativa ha rinviato l'udienza a maggio 2022 in attesa di un intervento del legislatore sul tema.

³⁸ La Sezione Unite nella sentenza n. 1946 del 2017 ha fornito, in una sentenza-trattato, una lettura delle sentenze additive in grado di guidare i giudici comuni. Tale ricostruzione è stata poi ripresa dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 105 del 2018.

³⁹ Trattasi della decisione della Corte cost., sent. n. 170 del 2014.

⁴⁰ In questo senso P. Veronesi, *op. cit.*, p. 504.

⁴¹ Al momento la Cassazione non si è ancora pronunciata. Tuttavia occorre segnalare che attualmente non si hanno notizie del proseguimento del giudizio.

⁴² Si pensi al caso del cd. doppio cognome. Dichiarata la questione inammissibile con la sent. n. 61 del 2006, la Corte è intervenuta nuovamente con una sentenza manipolativa a distanza di dieci anni nella sent. n. 286 del 2016.

⁴³ Il riferimento è a E. Lamarque, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, in *giudicedonna.it*, n. 1, 2017.

Ai giudici ora non resta altro compito che quello di interpellare ancora, appena possibile, la Corte costituzionale.

Purtroppo, tuttavia, non sembra che i giudici ne siano consapevoli, se si guarda al recente provvedimento del Tribunale di Milano che ha ordinato la trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato in Florida in seguito alla gestazione per altri⁴⁴. Due sono gli elementi che in questa sede vengono in rilievo.

Prima del deposito della sentenza n. 33, il Tribunale di Milano, pur dovendo decidere un caso del tutto simile a quello alla base dell'ordinanza di rimessione della Cassazione e pur nutrendo un analogo dubbio di legittimità costituzionale rilevante e non manifestamente infondato, aveva scelto di attendere la risposta della Corte costituzionale nel giudizio di legittimità costituzionale già pendente senza sollevare a sua volta la questione di costituzionalità. Aveva così percorso la strada della cosiddetta sospensione impropria, sia pure nella sua versione più *soft*⁴⁵.

Dopo la pubblicazione della sentenza n. 33, il collegio, preso atto della perdurante mancanza di una riforma legislativa, per garantire una piena tutela al minore, decide di aderire ad un'interpretazione del sistema legislativo in senso conforme a Costituzione, muovendosi in una direzione tuttavia ritenuta non praticabile dalla Corte costituzionale.

In entrambi i momenti il Tribunale di Milano commette lo stesso, grave, errore: quello di non adire la Corte costituzionale.

Infatti, *prima* della sentenza n. 33 del 2021, un'ulteriore questione di legittimità costituzionale avrebbe fornito alla Corte costituzionale uno spaccato maggiormente reale delle istanze sociali - istanze sociali che alla Corte costituzionale possono pervenire solo per il tramite dei giudici -, e forse avrebbe potuto contribuire a impostare diversamente la questione, evitando così la pronuncia di inammissibilità.

Dopo la sentenza n. 33, allo stesso modo, se il collegio milanese, forte del monito rafforzato emesso dalla Corte nei confronti del legislatore, e constatando la sua perdurante inerzia, avesse scelto di sollevare nuovamente questione di legittimità costituzionale, magari censurando la disciplina dell'adozione nei casi particolari, avrebbe potuto dare alla Corte costituzionale proprio l'occasione di pronunciarsi nuovamente, e questa volta nel senso dell'accoglimento manipolativo. Nella sentenza n. 33, infatti, come si è detto prima, la Corte costituzionale aveva lasciato presagire un proprio successivo provvedimento *in seconda battuta*, e non aveva indicato neppure il periodo di tempo minimo assegnato al legislatore, al contrario di quanto era accaduto quando essa aveva fatto ricorso al differente strumento dell'incostituzionalità differita⁴⁶.

A ciò si aggiunga che una nuova ordinanza di rimessione avrebbe potuto realizzare, tramite appunto un intervento in seconda battuta della Corte costituzionale nel senso dell'accoglimento della questione, i diritti di tutti i bambini nati da gestazione per altri, e non solamente quelli del bambino milanese nato in Florida.

⁴⁴ Tribunale di Milano, sez. VIII ordinanza del 23 settembre 2021.

⁴⁵ Gli argomenti che fanno dubitare della liceità, oltre che dell'opportunità, di percorrere questa strada sono esposti in E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 182-186.

⁴⁶ Cfr. P. Veronesi, *op. cit.*, p. 503 il quale sostiene che, a eccezione della scadenza, la sentenza di inammissibilità n. 33 è parzialmente fungibile rispetto alla pronuncia di rinvio dell'udienza a data fissa secondo lo schema della "incostituzionalità differita".

In definitiva, un uso più consapevole degli strumenti della giustizia costituzionale avrebbe potuto condurre (forse) a esiti diversi. Si riapre qui il tema della formazione del giurista e la corretta conoscenza dei meccanismi della giustizia costituzionale. Ma questa è tutta un'altra storia!