

Il diritto di essere figli: la Corte costituzionale tra consenso alla PMA delle coppie omosessuali e *best interests* del minore

Giurisprudenza
italiana

[Corte cost., sent. 10 marzo - 22 maggio 2025,
n. 68, red. Navarretta]

Martina Migliasso**

SOMMARIO: 1. Genitori per scelta: la Consulta e il nuovo paradigma della filiazione da PMA omosessuale. – 1.1. I criteri decisionali della Corte: volontà procreativa, *best interests* del nato e limiti dell'istituto dell'adozione in casi particolari. – 1.2. «Le colpe dei padri non ricadano sui figli»: tra illiceità della pratica e tutela dei diritti dei nati. – 2. Il nodo gordiano della maternità surrogata: tra dignità della donna e diritti del bambino. – 3. La dialettica dei poteri: attivismo giurisdizionale e inerzia legislativa.

ABSTRACT:

La sentenza n. 68 del 2025 della Corte costituzionale ridefinisce il paradigma della filiazione da PMA omosessuale, riconoscendo al consenso procreativo valore costitutivo dello *status filiationis* e dichiarando l'illegittimità della normativa che negava al nato il riconoscimento giuridico del rapporto con la madre intenzionale. La Consulta, nel solco del principio dei *best interests of the child*, afferma la centralità del diritto del minore a un'identità personale certa e stabile, svincolata dall'illiceità della pratica procreativa. Resta tuttavia irrisolta la questione della maternità surrogata, rispetto

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Dottoressa magistrale in Giurisprudenza, Università del Piemonte Orientale.

alla quale la Corte ribadisce il primato della tutela della dignità della donna, con esiti ambigui sul piano della protezione dei minori. La pronuncia si colloca così in una dialettica tra attivismo giurisdizionale e inerzia legislativa, confermando il ruolo di supplente della Consulta nell'elaborazione del diritto vivente in materia di nuove forme di genitorialità.

Constitutional Court's sentence no. 68/2025 reshapes the paradigm of parenthood arising from same-sex assisted reproduction, attributing constitutive value to procreative consent and striking down statutory rules that denied recognition of the intentional mother. Grounded in the best interests of the child, the Court affirms the minor's right to a stable and certain legal identity, independent from the illegality of the reproductive practice. Yet, the decision draws a sharp line on surrogacy, prioritizing the dignity of the gestational woman over the full protection of the children born through such practice, thereby generating normative asymmetries. The ruling thus highlights the tension between judicial activism and legislative inertia, consolidating the Court's supplementary role as a co-producer of living law in the evolving landscape of family relations.

1. Genitori per scelta: la Consulta e il nuovo paradigma della filiazione da PMA omosessuale

Nella sentenza in commento, la Corte costituzionale è tornata a occuparsi di filiazione conseguente a pratiche di procreazione medicalmente assistita vietate sul territorio nazionale ed eseguite all'estero, in particolare con riguardo ai figli nati da coppie omosessuali femminili.

Ai fini dell'analisi dei principali passi motivazionali, occorre preliminarmente illustrare il contesto giuridico in cui si inserisce tale pronuncia. La questione di legittimità costituzionale verte su alcune disposizioni normative (artt. 8 e 9, legge n. 40 del 2004 e art. 250 c.c.), nella parte in cui impediscono di attribuire al nato da tali tecniche procreative lo *status* di figlio della madre intenzionale o, come nel caso di specie, consentono l'impugnazione dell'atto di nascita recante il nome di entrambe le madri. Tale disciplina determinerebbe un vuoto di tutela e un'incertezza applicativa, tali da condurre la giurisprudenza – a partire dal 2014¹ – a riconoscere, tramite l'applicazione dell'istituto dell'adozione in casi particolari *ex art. 44, lett. d*, della legge n. 184 del 1983, una forma di tutela giuridica al legame affettivo già instaurato tra il minore e la madre intenzionale.

Il giudice *a quo* solleva, quindi, una questione di legittimità costituzionale adducendo la violazione di molteplici parametri costituzionali. *In primis* viene indicato l'art. 2 Cost., in quanto sarebbe negato al nato il diritto a crescere stabilmente nel proprio nucleo familiare e a vedere riconosciuta la propria identità sociale. Risulterebbe poi leso l'art. 3 Cost., sia sotto il profilo dell'uguaglianza formale, poiché i figli nati da PMA in coppie di donne subiscono una discriminazione rispetto agli altri, sia sotto quello dell'uguaglianza sostan-

¹ La prima sentenza è la sent. n. 299 del 30 luglio 2014 del Tribunale per i minorenni di Roma.

ziale, per le disparità di trattamento che derivano dal luogo di nascita (Italia o estero)² o dall'atteggiamento delle autorità competenti. Viene inoltre in rilievo l'art. 30 Cost., perché la mancata attribuzione dello *status filiale* nei confronti della madre intenzionale impedisce l'esercizio del diritto-dovere genitoriale e non assicura al figlio le tutele riconosciute anche ai nati fuori dal matrimonio. Ne risulterebbe compromesso anche l'art. 31, che tutela i *best interests* del minore, principio che trova ulteriore conferma nell'art. 117 Cost., per il tramite delle fonti internazionali e sovranazionali vincolanti per lo Stato³.

Con questa pronuncia, la Corte coglie occasione per tracciare un sentiero argomentativo diretto a evidenziare i limiti e le aporie della disciplina vigente, interrogandosi sulla reale tenuta dello strumento adottivo: un rimedio che rischia più di somigliare a una toppa provvisoria che a una forma effettiva di tutela. La necessità di questi nati, infatti, non è solo quella di vedersi garantito un nome sull'atto di nascita, ma anche radici giuridiche stabili e un futuro affettivo al riparo dalle incertezze e dalle fratture di un sistema normativo ancora incompleto.

1.1. I criteri decisionali della Corte: volontà procreativa, best interests del nato e limiti dell'istituto dell'adozione in casi particolari

La motivazione della Consulta si fonda principalmente su tre argomenti.

Il primo risiede nella costatazione secondo cui l'evoluzione delle tecniche di PMA – come già messo in luce dalla giurisprudenza di legittimità⁴ e da quella costituzionale⁵ – ha determinato una ridefinizione del paradigma della responsabilità genitoriale, sganciandola dal mero dato biologico e radicandola nella volontà procreativa, espressa attraverso il consenso alla procedura. Si tratta di un consenso, quello prestato alla PMA, che si distingue qualitativamente rispetto al consenso informato che si presta generalmente in ambito medico, perché costituisce «un atto finalisticamente orientato a fondare lo stato di figlio»⁶. In quanto tale, esso pone dinnanzi a una nuova frontiera della filiazione e della genitorialità.

² Nel caso di nascita all'estero, appare consolidato il principio per cui il bambino nato da due madri debba essere riconosciuto figlio di entrambe, anche nel caso in cui la partoriente non abbia prestato il suo contributo biologico. Secondo la giurisprudenza della Cassazione (a partire da Cass. civ., Sez. I, sent. n. 7668 e n. 8029 del 2020), invece, non potrebbe formarsi un atto di nascita riportante il nome di entrambi le madri se – come nel caso in esame – il bambino, concepito all'estero, nascesse in Italia. Ad ostare a questa soluzione sarebbero gli artt. 16 e 17 della legge n. 218 del 1995, che impediscono l'applicazione della legge straniera per la formazione di un atto interno.

³ In particolare, risulterebbero violati gli artt. 8 e 14 CEDU, l'art. 24 della Carta di Nizza, diversi articoli della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (artt. 2, 3, 7, 8, 18) e gli artt. 1 e 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli.

⁴ Cass. civ., Sez. I, sent. n. 13000 del 2019, Ragioni della decisione, § 7.8.5.1: «assoluta centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati da PMA [...] mostrando in tal modo una preminenza della tutela del nascituro, sotto il peculiare profilo dello *status filiationis*».

⁵ Corte cost., sent. n. 161 del 2023, *Considerato in diritto*, § 11.4: «il consenso, manifestando l'intenzione di avere un figlio, esprime una fondamentale assunzione di responsabilità, che riveste un ruolo centrale ai fini dell'acquisizione dello *status filiationis*».

⁶ *Ibidem*.

lità: non più per natura, ma per scelta. Si tratta quindi di un rapporto che – trascendendo il principio del *favor veritatis* – nasce dall'espressione di un consenso preventivo esplicito, in sé e per sé capace di far acquisire la qualifica di genitore e di figlio. In questo senso, la Corte ha rinvenuto un punto di emersione normativa nel già vigente art. 9 della legge n. 40 del 2004, che – disciplinando i casi di fecondazione eterologa – ha escluso l'azione di disconoscimento per il partner della madre biologica, «anche in assenza di legame genetico», sancendo così l'irrevocabilità degli obblighi inderogabili di responsabilità genitoriale⁷, cui corrispondono molteplici diritti in capo al minore⁸.

Il secondo argomento sposta l'attenzione sulla centralità dei *best interests* del minore, che devono orientare l'interprete e il legislatore nella ricostruzione dei suoi legami familiari, con particolare riferimento al principio di unicità dello *status filiationis* (principio che trova consacrazione a livello legislativo nell'art. 315 c.c., così come modificato dalla l. n. 219 del 2012, e che ha il merito di attribuire a tutte le forme di filiazione la medesima considerazione). In tale prospettiva, è stato ribadito che il minore ha diritto di «vedersi riconoscere lo stato di figlio di entrambe le figure – la madre biologica e la madre intenzionale – che abbiano assunto e condiviso l'impegno genitoriale attraverso il ricorso a tecniche di procreazione assistita»⁹, diritto che assurge a componente fondamentale nella costruzione della propria identità personale (tutelata sia dagli artt. 7 e 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo sia dall'art. 2 Cost.).

Non può inoltre costituire causa impeditiva al riconoscimento di tali diritti del minore l'orientamento omosessuale della coppia genitoriale, atteso che, in numerose pronunce della Corte, è stato affermato che tale elemento non incide – in via autonoma e di per sé considerato – sulla capacità e idoneità ad assumere la responsabilità genitoriale.

A fronte di questa ricostruzione, la Consulta si è nuovamente trovata innanzi alla necessità di una riflessione critica sull'idoneità dell'adozione in casi particolari quale strumento di tutela giuridica del minore nato da tecniche procreative vietate in Italia. Nonostante le più recenti ricostruzioni ermeneutiche dell'istituto operate dalla giurisprudenza, che hanno cercato di risolvere alcune criticità già messe in luce dalla stessa Corte costituzionale¹⁰, sono residuati alcuni limiti. Anzitutto, si fa riferimento al fatto che «l'acquisizione

⁷ Corte cost., sent. n. 68 del 2025, *Considerato in diritto*, § 7. Ci si riferisce a quei doveri che si evincono dal combinato disposto dell'art. 174 c.c. e dell'art. 30 Cost., tra cui l'obbligo di mantenimento, istruzione ed educazione dei figli.

⁸ *Ibidem*: si tratta del «diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni»; del «diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti» (art. 315- bis cod. civ.) e del «diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale» (art. 337- ter cod. civ.).

⁹ *Ibidem*, § 9.1.

¹⁰ Si fa riferimento alla sent. n. 79 del 2022 della Corte costituzionale e alla sent. n. 38162 del 2022 delle Sezioni Unite. Con la prima pronuncia, la Consulta ha garantito ai minori adottati in casi particolari il riconoscimento giuridico dei rapporti di parentela non solo con il genitore intenzionale, ma anche con i suoi congiunti. In tal modo, ha rimosso uno degli ostacoli che impediva all'adozione in casi particolari di assumere quel carattere di effettività, richiesto dalla Corte

dello *status* di figlio è fisiologicamente subordinata all'iniziativa dell'aspirante adottante e allo svolgimento di un procedimento, caratterizzato da costi, tempi e alea propri di tutti i procedimenti¹¹. In secondo luogo, gli effetti dell'adozione si producono solo dal momento del suo perfezionamento, con il risultato di lasciare a lungo «il minore in uno stato di incertezza e imprevedibilità in ordine al suo stato, e, quindi, alla sua identità personale»¹², esponendolo a eventuali mutamenti della volontà della coppia, e in particolare della madre intenzionale. Tale rischio si potrebbe concretizzare nel momento in cui la madre intenzionale, pur avendo prestato il consenso alla PMA, decida di sottrarsi successivamente agli obblighi genitoriali, lasciando il minore privo di qualsivoglia forma di tutela, data la mancanza della previsione da parte dell'ordinamento di uno strumento – riconosciuto in capo alla madre biologica o al minore stesso – capace di far fronte a queste situazioni. Situazione di precarietà questa, aggravata ulteriormente dal comportamento disomogeneo dei pubblici ufficiali e dei pubblici ministeri, che, in assenza di vincoli normativi, godono di un ampio margine di discrezionalità sia nell'iscrizione della madre intenzionale nell'atto di nascita, sia nella successiva possibilità – potenzialmente illimitata nel tempo – di promuovere la rettifica¹³.

Alla luce di queste considerazioni – e non individuando alcun interesse contrario da bilanciare con quello del minore – la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 8 della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consente il riconoscimento dello *status filiationis* del nato da PMA compiuta da una coppia omosessuale, in presenza del consenso della madre intenzionale alla pratica. In particolare, ha ravvisato la violazione dell'art. 2 Cost., in relazione al diritto del minore all'identità personale e a una condizione giuridica certa fin dalla nascita; dell'art. 3 Cost., per l'irragionevole disparità di trattamento rispetto ai nati da coppie eterosessuali; dell'art. 30 Cost., per la negazione al minore dei diritti connessi alla responsabilità genitoriale.

europea dei diritti dell'uomo. La seconda pronuncia ha effettuato un'interpretazione costituzionalmente conforme del requisito dell'assenso del genitore biologico, stabilendo che esso possa essere negato solo nell'ipotesi in cui il partner non abbia intrattenuto alcun rapporto di cura e affetto con il nato, oppure lo abbia abbandonato.

¹¹ Corte cost., sent. n. 68 del 2025, *Considerato in diritto*, § 9.3.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*. L'incertezza sarebbe proprio messa in luce dal caso oggetto del giudizio. Le due donne avevano, in precedenza, già avuto una figlia con PMA all'estero, il cui atto di nascita riportava anche la madre intenzionale e non era ancora stato oggetto di rettificazione (anzi, la richiesta al pubblico ministero di estendere l'istanza di rettificazione era stata negata). Come conseguenza, se l'istanza di rettificazione dell'atto di nascita del secondo figlio fosse stata accolta, i due bambini, seppur risultato di un identico percorso procreativo, avrebbero avuto un diverso status poiché la prima sarebbe stata figli di entrambe le madri (con la possibilità comunque che il proprio atto di nascita potesse diventare oggetto di un'istanza di rettificazione e quindi di perdere ogni legame con il secondogenito, attesa la diversità delle madri biologiche), mentre il secondo solo della madre biologica.

1.2. «Le colpe dei padri non ricadano sui figli»: tra illicetità della pratica e tutela dei diritti dei nati

Il cuore della decisione risiede nella netta scissione tra il piano della liceità della pratica riproduttiva e quello – ontologicamente distinto – concernente la garanzia dei diritti fondamentali dei minori già nati da queste procedure. La Consulta, con acume, ha compiuto una raffinata delimitazione dell'oggetto del giudizio, sottolineando come la questione dibattuta nella pronuncia fosse marcatamente diversa da quella relativa alla convalida o meno della compatibilità della PMA, così come effettuata in ordinamenti giuridici alieni, con le attuali coordinate normative interne. L'obiettivo della sentenza non è quindi regolamentare la PMA per le coppie dello stesso sesso, né sanare ipotetiche “frodi alla legge” compiute a livello internazionale o discutere dell'esistenza o meno di un diritto all'omogenitorialità – questioni, queste, che restano nell'alveo della discrezionalità legislativa, in attesa di un intervento organico del Parlamento – ma l'interesse del figlio a veder attribuita la titolarità di alcuni doveri connessi alla figura del genitore.

La pronuncia si fa quindi portatrice di un insegnamento di matrice biblica¹⁴, sintetizzabile nel monito «le colpe dei padri non ricadano sui figli». Tale assunto consente di tracciare una netta distinzione tra la sfera giuridica dell'adulto e quella del minore, riconoscendo a quest'ultimo un'autonoma dignità giuridica, insuscettibile di compressione per finalità sanzionatorie indirette. In tal modo, la Consulta ha posto l'accento sull'illegittimità di ogni forma di responsabilità riflessa del nato, ribadendo che la condotta *contra legem* dei genitori non può tradursi in una limitazione dei diritti fondamentali del minore, *in primis* del diritto all'identità personale e familiare.

Questo monito aveva già trovato concreta applicazione nella giurisprudenza costituzionale con riferimento a una situazione analoga a quella dei nati da PMA praticata da coppie omosessuali, ossia quella dei figli incestuosi. Infatti, prima dell'intervento della Corte, entrambe le categorie – riconducibili ai c.d. “nati non riconoscibili” – risultavano di fatto esposte a una forma di *capitis demenutio* derivante unicamente da una condotta illecita imputabile ai genitori. La Corte richiama il caso, dal momento che già nel trattare la condizione dei nati da incesto, aveva chiarito che la preclusione alla possibilità di esperire l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità non poteva essere giustificata esclusivamente sulla base dell'illicetità della condotta dei genitori, poiché tale impostazione si sarebbe tradotta nell'affermazione di un concetto “totalitario” di famiglia, traditrice di quel principio personalista proclamato in Costituzione¹⁵.

Dalle due pronunce si può ricavare, quindi, che la vera fedeltà all'impianto costituzionale non sta nel difendere l'ordine formale delle condotte lecite, ma nel preservare la sostanza delle relazioni affettive e il riconoscimento giuridico di chi – pur non avendo scelto

¹⁴ Deuteronomio 24,16 e Ezechiele 18,20.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 494 del 2002, *Considerato in diritto*, § 6.1.

la propria origine – ha diritto a una cittadinanza familiare piena e non condizionata dal “peccato dei padri”.

2. Il nodo gordiano della maternità surrogata: tra dignità della donna e diritti del bambino

Il panorama giuridico che si dipana da questa sentenza in materia di genitorialità, pur illuminando nuovi sentieri, contemporaneamente getta dense ombre su territori contigui. In particolare, si fa riferimento alla filiazione conseguente a maternità surrogata realizzata all'estero, rispetto a cui – dal punto di vista della condizione in cui versano i nati - il confine di separazione con la fattispecie oggetto della pronuncia si fa straordinariamente poroso.

Nelle battute finali della decisione, la Corte ha tuttavia ribadito¹⁶ la netta distinzione tra PMA eterologa praticata da coppie omosessuali e surrogazione di maternità, richiamando il profilo penalmente rilevante di quest'ultima e confermando che essa offende la dignità della donna e configura una violazione dei principi fondamentali dell'ordine pubblico. Pertanto, se nella PMA tra donne non si pongono in conflitto interessi meritevoli di tutela contrapposti a quelli del minore, nella maternità surrogata torna a doversi tenere in considerazione quella «finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera meritevole di sanzione penale»¹⁷. Da qui la netta ed esplicita esclusione della possibilità di estendere la soluzione offerta dalla sentenza anche ai casi di minori nati da pratiche di surrogazione, generando – all'interno della stessa categoria dei nati da tecniche procreative vietate in Italia – una disparità di trattamento fondata esclusivamente sulla gravità dell'illecito commesso dai genitori.

Attraverso tale *obiter dictum*, la Corte ha rafforzato il muro di protezione attorno alla donna gestante. Ma tale baluardo etico e normativo finisce per proiettare la sua ombra più scura proprio su colui che dovrebbe essere al centro della tutela: il minore. Il paradosso giuridico è lampante: l'ordinamento si fa scudo della dignità della gestante (una tutela peraltro meritevole e sacrosanta), ma in questo atto di difesa, abdica alla piena e incondizionata protezione del minore già nato. In questo senso, il suo *status* diventa lo “strumento” tramite il quale scoraggiare il ricorso alla maternità surrogata: è, infatti, proprio il figlio – soggetto moralmente e giuridicamente estraneo alla condotta illecita – a subire le conseguenze più gravi in termini identitari e di tutela dei diritti fondamentali, quale prez-

¹⁶ Già in Corte cost., sent. n. 32 del 2021, *Considerato in diritto*, § 2.4.1.2, la Consulta aveva mostrato un atteggiamento di maggior tolleranza nei confronti della PMA rispetto alla surrogazione di maternità, proprio in ragione del fatto che la prima «non evoca scenari di contrasto con i principi e valori costituzionali».

¹⁷ Corte cost., sent. n. 68 del 2025, *Considerato in diritto*, § 12.

zo pagato per la violazione normativa commessa dagli adulti¹⁸. In altri termini, il sistema finisce col punire più che l'adulto che ha tenuto la condotta illecita, il bambino che da quella condotta è nato, contraddicendo il principio giuridico appena enunciato dalla Corte, per il quale le colpe dei padri non devono ricadere sui figli.

Appare inoltre chiaro che questa conclusione diverga rispetto ai precedenti passaggi motivazionali della sentenza, quasi a creare una sorta di cortocircuito logico apparentemente insuperabile. Infatti, se si afferma che il fondamento di un legame genitoriale non è più inscritto nel codice genetico, ma si manifesta anche nell'assunzione di un ruolo di cura e nel principio dei *best interests of the child*, allora come si può motivare la tutela solo parziale dei diritti riservata al nato da maternità surrogata? È possibile bilanciare l'interesse del minore alla piena difesa dei propri diritti fondamentali con l'interesse pubblico alla repressione degli illeciti, senza che questo si traduca in una strumentalizzazione di un soggetto debole per fini esemplari? Com'è possibile accordare tutto ciò con il principio kantiano secondo cui l'individuo non può mai essere trattato come semplice strumento al servizio degli interessi dello Stato? Come può l'ordinamento, che fonda il proprio diritto di famiglia sul principio dell'unicità dello *status filiationis*, legittimare una discriminazione dei figli proprio sulla base delle modalità con cui sono venuti al mondo? Sul punto la pronuncia sembra aver riaperto un vaso di Pandora di interrogativi, a cui – per il momento – né la Corte né il legislatore hanno saputo dare risposta.

La sentenza, nonostante i limiti sopra enunciati, rappresenta sicuramente un passo avanti in tema di riconoscimento di nuove forme di filiazione e un'occasione per riflettere sulla possibilità di una tutela onnicomprensiva che ponga realmente il minore al centro del sistema. È quindi auspicabile che la pronuncia possa fungere almeno da pungolo per il legislatore, segnalando l'urgenza di affrontare con coerenza e lungimiranza le nuove configurazioni familiari e le complesse situazioni dei minori, spingendolo a un intervento normativo che li liberi dall'attuale quadro normativo lacunoso e frammentato. La pronuncia detta anche le linee guida di questo intervento, che dovrebbe svolgersi in modo da evitare l'interferenza del piano repressivo nella sfera dei diritti fondamentali del figlio, ossia facendo sì che la prevenzione avvenga esclusivamente su un diverso piano normativo, senza sacrificare la posizione soggettiva di chi da tali pratiche vietate è già nato.

Allo stato attuale, l'orientamento legislativo non sembra offrire prospettive favorevoli a un'evoluzione in senso più garantista della disciplina in materia. Con la legge n. 169 del 2024, il Parlamento ha esteso la perseguitabilità del reato di maternità surrogata anche al di fuori dei confini statali, introducendo quello che viene definito come "reato universale". Tale scelta normativa, si prevede, inciderà in maniera significativa anche sulla condizione dei minori, a partire dal procedimento adottivo, rendendone l'*iter* ancor più complesso e

¹⁸ P. VERONESI, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 2021, n. 3, p. 491.

incerto. In particolare, la nuova qualificazione giuridica della condotta incriminata non potrà non essere presa in considerazione dal Tribunale per i minorenni nel momento in cui sarà chiamato a valutare l'idoneità del genitore intenzionale e, relativamente, a determinare quale sia l'effettivo interesse superiore del minore. E anche laddove il procedimento adottivo si concludesse con esito positivo, persisterebbe comunque la criticità derivante da un contesto familiare segnato dal coinvolgimento dei genitori in un procedimento penale nonché dalla correlata percezione sociale del nato come "frutto del reato"¹⁹. Tutti questi elementi non potrebbero che collocare i minori nati da surrogazione di maternità in una posizione ulteriormente pregiudizievole rispetto a quella di tutti gli altri "figli".

3. La dialettica dei poteri: attivismo giurisdizionale e inerzia legislativa

Dall'analisi sin qui condotta emerge come, tanto in materia di PMA per le coppie omosessuali quanto in tema di maternità surrogata, il legislatore non abbia mai colto l'occasione per approntare una disciplina organica e sistematica, idonea a chiarire in modo definitivo lo *status* giuridico dei minori nati attraverso tali pratiche, demandando di fatto alla giurisprudenza il compito di orientarsi caso per caso tra le incertezze generate dalle nuove e complesse frontiere della genitorialità.

Questo mette in luce un ulteriore spunto di riflessione offerto da questa pronuncia, ossia la tensione tra *gubernaculum* e *iurisdictio* in tema dei c.d. nuovi diritti.

Infatti, la sentenza si inserisce in un *trend* - ormai consolidato - di attivismo della Corte costituzionale su questioni di elevato spessore etico e di marcata incidenza sul diritto della persona e di famiglia. Tale dinamismo viene spesso interpretato e giustificato come una sorta di ruolo di supplenza, che la Consulta riveste rispetto a un legislatore talora reticente e spesso incapace di confrontarsi con la rapidità dei mutamenti sociali e con il crescente numero di istanze di tutela costituzionale dei diritti.

Anche nella sentenza qui esaminata, la Corte è intervenuta con una pronuncia additiva, proprio in seguito al riconoscimento di una responsabilità omissiva del legislatore e alla luce dell'inammissibilità di ulteriori dilazioni nella tutela dei diritti fondamentali dei minori. Per il Giudice delle Leggi, infatti, non è stato più possibile «giustificare l'inerzia protrattasi per anni ed esimersi dal porre rimedio nell'immediato al *vulnus* riscontrato, garantendo il livello di protezione che la Costituzione esige che sia assicurato»²⁰.

¹⁹ G. BAROZZI REGGIANI, *Il reato universale di surrogazione di maternità e la sua incisione su diritti, interessi e dignità del minore*, in M. CALDIROLI, S. P. PERRINO (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights Into Rising Parenthood Issues*, Mucchi Editore, Modena, 2025, pp. 376-380.

²⁰ Corte cost., sent. n. 68 del 2025, *Considerato in diritto*, § 14.

Questo atteggiamento suscita alcune perplessità, in particolar modo sull'attualità dell'immagine kelseniana della Corte come mero "legislatore negativo". L'esperienza dimostra che oggi la Consulta, pur mantenendo salda la sua funzione di garanzia, è costretta a (o si auto-attribuisce) un ruolo sempre più attivo e propositivo, che trascende la mera attività demolitoria e tende a configurarla come autentica "co-produttrice" del diritto. E se la dottrina delle c.d. "rime obbligate", da un lato, fungeva da limite all'azione creatrice della Corte, d'altra parte la più recente prassi giurisprudenziale ha dimostrato come essa sia stata superata, e non possa più impedirle «di intervenire sia pure in "seconda battuta", ove la questione torni alla sua attenzione a seguito di un monito già rivolto al legislatore affinché questi eserciti la sua discrezionalità, trovando una soluzione conforme a Costituzione per rimediare alla già rilevata lacuna»²¹.

Il monito cui si fa qui riferimento è quello rivolto dalla Consulta al legislatore in una pronuncia del 2021, resa proprio in relazione al medesimo tema oggetto della sentenza in commento. Già in quell'occasione, la Corte aveva rilevato un *vulnus* di costituzionalità, ma – evitando di dichiararlo, con una pronuncia di inammissibilità²² – aveva conferito un mandato esplicito al legislatore per un intervento sul piano normativo, capace di individuare il «ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana»²³. Il monito era caratterizzato da una particolare perentorietà²⁴, unita all'individuazione da parte della Corte di alcune linee guida per l'intervento del Parlamento. Le soluzioni proposte al legislatore spaziavano notevolmente: si andava da una modifica della legge n. 40 del 2004 a una riforma delle norme codistiche, oltre che all'introduzione di una nuova forma di adozione, capace di attribuire la pienezza dei diritti connessi alla filiazione, in modo tempestivo ed efficace.

Dalle parole usate in quella pronuncia²⁵ era facilmente deducibile che l'atteggiamento di *self restraint* del Giudice delle leggi, che cedeva il passo al legislatore e si dichiarava «incompetente», non escludesse una possibilità di ritornare sulla questione in caso di prolungata inerzia del Parlamento, questa volta con una sentenza di accoglimento. Ed è proprio in tale prospettiva che si colloca la pronuncia qui esaminata, che infatti non si è fatta attendere a lungo.

Il *modus operandi* della Consulta indubbiamente genera importanti questioni di opportunità sistemica e politica. Agendo in questo modo, la Corte si trova a dettare politiche so-

²¹ M. RUOTOLI, *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*, 2019, n. 2, pp. 653-654.

²² Rientrante nella categoria dottrinale delle sentenze di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata.

²³ Corte cost., sent. n. 32 del 2021, *Considerato in diritto*, § 2.4.1.4.

²⁴ *Ibidem*: la Corte afferma la necessità che l'intervento del legislatore avvenga «al più presto», sostenendo l'intollerabilità del protrarsi dell'inerzia legislativa, data la gravità del vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia.

²⁵ *Ibidem*. La Corte «ritiene di non poter ora porre rimedio» (corsivo aggiunto) ma che «non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela».

ciali e familiari che, per loro insita natura, dovrebbero essere il frutto di un bilanciamento di interessi prerogativa del Parlamento, organo democraticamente eletto ed espressione della volontà popolare. La preoccupazione è che un'eccessiva espansione della funzione giurisprudenziale di creazione del diritto possa minare le fondamenta del principio di rappresentanza democratica, conducendo a un progressivo svuotamento delle prerogative legislative. E il timore non risiede esclusivamente nella possibilità che così si vada a creare un c.d. "governo dei giudici", ma anche nella deresponsabilizzazione sistematica del legislatore, che trova nella disponibilità della Consulta un alibi per non affrontare i temi che lo espongono maggiormente a conflitti interni e costi elettorali²⁶.

È per questo che dall'analisi di questa sentenza si potrebbe ricavare anche un avvertimento rivolto a una politica che – troppo spesso – si rifugia nel silenzio, lasciando che siano gli altri a prendere decisioni che le competerebbero. Un invito urgente e una profonda riflessione sul futuro del nostro sistema costituzionale, il cui equilibrio rischia di essere seriamente compromesso. Quello che ora sembra un rimedio, funzionale a colmare lacune e a garantire la rapida tutela dei diritti fondamentali degli individui (specialmente dei più deboli), sul lungo periodo potrebbe trasformarsi in una patologia: un'alterazione permanente della struttura costituzionale, in cui la supplenza giudiziaria diventa la regola e la responsabilità politica l'eccezione.

²⁶ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 207 ss.