

# — *The best interest of the child* e il monito al legislatore su temi eticamente sensibili

*The best interest of the child and a warning to the legislator on ethically sensitive issues*

*di Maria Rosaria Donnarumma*

---

**Abstract.** La Corte costituzionale, in due recenti sentenze del 2021 (n. 32 e n. 33), è intervenuta su temi eticamente sensibili, quali la fecondazione eterologa e la maternità "surrogata", indirizzando un duro monito al legislatore perché colmi senza indugio le lacune normative. Ciò alla luce di una lettura evolutiva del testo costituzionale, in nome della tutela del best interest of the child. È lecito pertanto interrogarsi sui possibili sviluppi della giurisprudenza della Corte, ove nuovamente interpellata in presenza di un persistente immobilismo legislativo, e nulla esclude che questa volta il giudice intervenga adottando la innovativa tecnica decisoria inaugurata nel caso "Cappato".

**Abstract.** The Constitutional Court, in two recent judgments of 2021 (no. 32 and no. 33), intervened on ethically sensitive issues, such as heterologous fertilization and "surrogate" motherhood, addressing a harsh warning to the legislator to fill the regulatory gap without delay. This in the light of an evolutionary reading of the constitutional text, in the name of protecting the best interest of the child.

It is therefore legitimate to question the possible developments of the Court's jurisprudence, when questioned again in the presence of persistent legislative immobility, and nothing excludes that this time the judge will intervene by adopting the innovative decision-making technique inaugurated in the "Cappato" case.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2021. Le coppie omosessuali femminili e la fecondazione eterologa, l'inerzia del legislatore «non più tollerabile». – 3. La sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2021. La maternità "surrogata", la responsabilità genitoriale, l'intervento del legislatore «ormai indifferibile». – 4. Considerazioni conclusive. Possibili sviluppi della giurisprudenza costituzionale in caso di persistente immobilismo del legislatore.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The judgment of the Constitutional Court no. 32 of 2021. Female homosexual couples and heterologous fertilization, the «no longer tolerable» inertia of the legislator. – 3. The judgment of the Constitutional Court no. 33 of 2021. "Surrogate" motherhood, parental responsibility, the intervention of the legislator «no longer deferrable». – 4. Concluding remarks. Possible developments of the constitutional jurisprudence in case of persistent immobility of the legislator.

## 1. Introduzione.

Come auspicato in un precedente scritto<sup>1</sup>, due recenti decisioni della Corte costituzionale, entrambe depositate in cancelleria il 9 marzo 2021<sup>2</sup>, si avvalgono dello strumento della sentenza "monitoria" per sollecitare il legislatore ad un intervento «ormai indifferibile»<sup>3</sup>.

Le due decisioni sono estremamente importanti perché, in nome dell'interesse preminente del minore, intervengono su temi eticamente sensibili, quali la fecondazione eterologa e la maternità surrogata, definendo il protrarsi dell'inerzia legislativa «non più tollerabile»<sup>4</sup>.

Affermazioni quali «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia»<sup>5</sup>, «l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale»<sup>6</sup>, formulate dalla Corte come criteri sintetici della sua giurisprudenza in materia, confermano la lettura evolutiva del testo costituzionale, senza tradirne lo spirito, e la funzione di intelligente stimolo alla discrezionalità legislativa.

## 2. La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2021. Le coppie omosessuali femminili e la fecondazione eterologa, l'inerzia del legislatore «non più tollerabile».

L'interesse preminente del minore in ogni decisione che lo riguardi, e il vuoto di un'adeguata ed effettiva tutela, nell'ordinamento italiano, nel caso di fecondazione

---

<sup>1</sup> Cfr. M.R. Donnarumma, *Le "questions de société": confine tra sindacato di costituzionalità e discrezionalità del legislatore*, in questa rivista, 1/2021.

<sup>2</sup> Cfr. Corte cost., sentt. n. 32 e n. 33 del 28 gennaio 2021.

<sup>3</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 33 del 2021, *considerato in diritto*, punto 5.9.

<sup>4</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2021, *considerato in diritto*, punto 2.4.1.4.

<sup>5</sup> *Idem*, punto 2.4.1.1, in cui la Corte richiama quanto affermato in precedente sentenza n. 162 del 2014.

<sup>6</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 33 del 2021, *considerato in diritto*, punto 5.4, in cui la Corte richiama quanto affermato in precedente sentenza n. 221 del 2019.

eterologa praticata nell'ambito di una coppia omosessuale femminile, sono al centro della recente sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2021.

Il giudice rimettente (Tribunale ordinario di Padova) era stato adito dalla madre "intenzionale" di due gemelle nate da fecondazione eterologa, cui si era sottoposta la *partner* (madre biologica) secondo un progetto condiviso di maternità. A seguito della cessazione dopo cinque anni della convivenza, nonché successivamente anche della relazione genitoriale di fatto, la madre biologica aveva negato il proprio consenso al riconoscimento della genitorialità da parte della ricorrente, nonché all'adozione "non legittimante"<sup>7</sup> prevista dall'articolo 44 della legge n. 184 del 1983.

La ricorrente chiedeva quindi al Tribunale di essere autorizzata a dichiarare all'ufficiale di stato civile il proprio *status* di genitore o di essere dichiarata tale dalla sentenza del Tribunale stesso, stante il consenso da lei prestato alla fecondazione eterologa.

Partendo dall'assunto che la normativa vigente non consente il riconoscimento del figlio da parte della madre "intenzionale" e, quindi, eccedendo un vuoto di tutela dell'interesse del minore, esorbitante dal margine di discrezionalità riservata al legislatore in materia, il Tribunale adito sollevava questione di legittimità costituzionale degli articoli 8 e 9<sup>8</sup> della legge n. 40 del 2004, nonché dell'articolo 250 del codice civile<sup>9</sup>, in riferimento agli articoli 2, 3 e 30 della Costituzione e, attraverso l'articolo 117, comma 1, della Costituzione, in riferimento alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (artt. 2 a 5 e 7 a 9) e alla Convenzione EDU (artt. 8 e 14).

In via preliminare la Corte deve esaminare le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla difesa statale: a) difetto di chiarezza circa la fattispecie sottoposta all'esame del Tribunale rimettente; b) *aberratio ictus*; c) materia rientrante nella sfera della discrezionalità legislativa<sup>10</sup>.

Dopo avere dichiarato priva di fondamento la prima eccezione, in quanto emerge chiaramente che oggetto del giudizio è la tutela dell'interesse del minore nel rapporto di genitorialità, la Corte respinge anche la seconda poiché – afferma testualmente – «il rimettente non contesta la legittimità costituzionale dei limiti posti alle coppie omosessuali nell'accesso alla PMA. Denuncia, piuttosto, l'illegittimità costituzionale della compressione dei diritti dei nati, su cui si farebbe ricadere la responsabilità inerente all'illiceità delle tecniche adottate nella procreazione»<sup>11</sup>.

La Corte quindi passa all'esame dell'eccezione più importante: la discrezionalità del legislatore alla luce di un corretto bilanciamento tra valori, non senza avere prima

---

<sup>7</sup> Così detta perché il minore non acquisisce la condizione di figlio legittimo dei genitori adottivi, con conseguenti effetti giuridici, a differenza dell'adozione legittimante in cui il minore adottato diventa figlio "legittimo".

<sup>8</sup> Sullo *status* giuridico del nato attraverso tecniche di PMA.

<sup>9</sup> Sul riconoscimento del figlio naturale.

<sup>10</sup> Cfr. sent. n. 32 del 2021, *considerato in diritto*, punto 2.

<sup>11</sup> *Idem*, punto 2.2.1.

altresì constatato che la possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa censurata è stata esplorata e consapevolmente scartata dal Collegio rimettente<sup>12</sup>.

Al fine di accertare la fondatezza, e in che limiti, dell'eccezione *sub c)*, la Corte procede ad un esame dettagliato della sua giurisprudenza in tema di tutela dello *status filiationis* del concepito tramite fecondazione eterologa, nonché della giurisprudenza delle Corti europee, in particolare della Corte EDU<sup>13</sup>.

Fin dal 1998, con la sentenza n. 347, la Corte aveva segnalato «una situazione di carenza dell'[...]ordinamento, con implicazioni costituzionali», onde «l'urgenza di individuare idonei strumenti di tutela del nato a seguito di fecondazione assistita». Al che aveva fatto seguito l'adozione della legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita (PMA), nonché del decreto n. 154 del 2013 sulla revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione.

Con la sentenza n. 162 del 2014 la Corte aveva dichiarato illegittimo, in quanto frutto di una irragionevole scelta legislativa, il divieto assoluto di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo, di cui all'articolo 4, comma 3, della legge n. 40, considerato che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia». Conseguisce il rilievo giuridico riconosciuto, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento, alla genitorialità "sociale", ove non coincidente con la genitorialità biologica (sentenza n. 272 del 2017), e l'importanza data, nell'interesse del minore, all'assunzione di responsabilità e al mantenimento del legame genitoriale, indipendentemente dal dato biologico (sentenza n. 127 del 2020)<sup>14</sup>.

Quindi la Corte ricorda, come già fatto nella decisione n. 142 del 2020, gli strumenti internazionali in cui si sancisce il principio della preminenza dell'interesse del minore in ogni atto che lo riguardi, quali la Dichiarazione delle Nazioni Unite del 1959 sui diritti del fanciullo, la Convenzione di New York del 1989, nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, articolo 24, con riferimento al quale cita in particolare la sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2010 in causa *C-400/10 PPU, J.Mc B.*<sup>15</sup>.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, pur in assenza nella Convenzione EDU di una disposizione testuale riferita al minore, si è avvalsa dell'articolo 8 della Convenzione e della nozione di "vita familiare", spesso in combinato disposto con l'articolo 14 sul divieto di discriminazioni, per affermare il principio del *best interest of the child* in una ricca giurisprudenza sul tema, tra cui il giudice costituzionale italiano cita in particolare le sentenze: *Yousef c. Paesi Bassi* del 5 novembre 2002; *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo* del 28 giugno 2007; *X c. Lettonia* del 26 novembre 2013; *Menesson c. Francia e Labassee*

---

<sup>12</sup> *Idem*, punto 2.3.

<sup>13</sup> *Idem*, punto 2.4.1.

<sup>14</sup> La Corte cita altresì (cfr. *considerato in diritto*, punto 2,4.1.1.) il contributo dato dalla sua giurisprudenza all'evoluzione dell'originario istituto della *potestà* genitoriale in *responsabilità* genitoriale ai sensi dell'articolo 30 della Costituzione (sent. n. 394 del 2005 e sent. n. 308 del 2008).

<sup>15</sup> Cfr. sent. n. 32 del 2021, *considerato in diritto*, punto 2.4.1.2.

c. *Francia* del 26 giugno 2014; *Nazarenko c. Russia* del 16 luglio 2015; *Strand Lobben e altri c. Norvegia* del 10 settembre 2019; *D. c. Francia*; del 16 luglio 2020, *Honner c. Francia* del 12 novembre 2020<sup>16</sup>.

L'indirizzo della Corte EDU, espresso anche in un parere della Grande Camera del 10 aprile 2019, fonda sull'articolo 8 della Convenzione – riassume il giudice costituzionale italiano – «l'obbligo degli Stati di prevedere il riconoscimento legale del legame di filiazione tra il minore e i genitori intenzionali. Pur lasciando agli stessi un margine di discrezionalità circa i mezzi da adottare – fra cui anche l'adozione – per pervenire a tale riconoscimento, li vincola alla condizione che essi siano idonei a garantire la tutela dei diritti dei minori in maniera piena»<sup>17</sup>.

Ritornando alla propria linea giurisprudenziale la Corte sottolinea come essa abbia «già avuto occasione di affermare, in linea con la giurisprudenza di legittimità in materia di accesso alla PMA, che, da un lato, non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina; dall'altro, “non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore” (sentenza n. 221 del 2019)».

Ciò premesso, la Corte definisce «preoccupante» la lacuna in materia dell'ordinamento italiano, tanto più che la prevista adozione “non legittimante” in casi particolari è «impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore», come si evince dal caso portato alla sua attenzione<sup>18</sup>. Di qui l'urgenza di un intervento del legislatore, sia nel senso di «una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento» del minore, sia nel senso dell'«introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca [...] la pienezza dei diritti connessi alla filiazione»<sup>19</sup>.

La Corte conclude quindi per l'inammissibilità della questione sottoposta, «per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore», ma avverte che «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa».

### **3. La sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2021. La maternità “surrogata”, la responsabilità genitoriale, l'intervento del legislatore «ormai indifferibile».**

La sentenza affronta la problematica dei diritti del bambino nato mediante maternità “surrogata”, il cui divieto nell'ordinamento italiano (art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004) si fonda su un principio di diritto pubblico, a tutela della dignità della gestante, secondo l'interpretazione delle Sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza

---

<sup>16</sup> *Idem*, punto 2.4.1.2.

<sup>17</sup> *Idem*, punto 2.4.1.2.

<sup>18</sup> *Idem*, punto 2.4.1.3.

<sup>19</sup> *Idem*, punto 2.4.1.4.

n. 12193 dell' 8 maggio 2019), onde l'ostacolo insormontabile, sempre secondo il giudice di legittimità, al riconoscimento in Italia della genitorialità del padre "intenzionale".

Il caso di specie concerneva la vicenda di un bambino nato in Canada nel 2015 attraverso la c.d. maternità surrogata, nell'ambito di un progetto genitoriale di due cittadini italiani, uniti in matrimonio in Canada, con atto poi trascritto in Italia nel registro delle unioni civili.

L'atto di nascita, registrato in Canada inizialmente con la sola indicazione del genitore che aveva fornito i propri gameti, era stato rettificato nel 2017, su ricorso, con l'indicazione di entrambi i componenti la coppia quali genitori. Al che aveva fatto seguito la richiesta dei due uomini all'ufficiale di stato civile italiano di rettificare anche l'atto di nascita registrato in Italia. Al rifiuto opposto i richiedenti ricorrevano alla Corte di appello di Venezia, che nel 2018 accoglieva il ricorso, riconoscendo l'efficacia in Italia del provvedimento canadese ai sensi dell'articolo 67 della legge n. 218 del 1995. Contro la decisione l'Avvocatura dello Stato interponeva ricorso per cassazione.

La Sezione prima civile adita della Corte di cassazione sollevava a sua volta questione di legittimità costituzionale, dubitando della compatibilità con parametri costituzionali di quanto enunciato dalle Sezioni unite. In particolare la Sezione rimettente, con ordinanza del 29 aprile 2020, promuoveva un giudizio di costituzionalità dell'articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004<sup>20</sup>, dell'articolo 64, comma 1, *sub g*) della legge n. 218 del 1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato<sup>21</sup> e dell'articolo 18 del d.p.r. n. 396 del 2000<sup>22</sup>, nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, il riconoscimento del provvedimento straniero contemplante l'inserimento nell'atto di nascita di un minore, procreato attraverso la maternità "surrogata", del genitore "d'intenzione". Ciò in riferimento agli articoli 2, 3, 30 e 31 della Costituzione, e conseguente violazione dei principi di eguaglianza, non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità in tema di filiazione, nonché, attraverso l'articolo 117, comma 1, della Costituzione, in riferimento alla Convenzione EDU (art. 8), alla Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo (artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18) e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24). Si sottolineava altresì l'inadeguatezza dell'istituto dell'adozione "non legittimante" ai fini della tutela dei diritti del minore, in quanto tale adozione non crea «un vero rapporto di filiazione» ed è inoltre rimessa alla volontà del genitore "d'intenzione" e condizionata all'assenso del genitore biologico.

La Corte costituzionale, nell'esaminare le questioni di inammissibilità, tiene innanzi tutto a definire l'oggetto del giudizio: la tutela del *best interest of the child*, ivi compreso lo stato civile dei nati all'estero mediante maternità "surrogata", il che non mette in discussione il divieto, nell'ordinamento italiano, di una tale pratica, che «offende in modo

---

<sup>20</sup> Sul divieto della maternità "surrogata" e della commercializzazione di gameti o embrioni.

<sup>21</sup> Sul riconoscimento delle sentenze straniere.

<sup>22</sup> Sulla intrascrivibilità degli atti formati all'estero se contrari all'ordine pubblico.

intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane (sentenza n. 272 del 2017)»<sup>23</sup>.

Peraltro «il principio secondo cui in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali», debba «essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia [...] dell'“interesse superiore” [...] del minore», principio sancito in vari strumenti internazionali, ha costantemente ispirato la giurisprudenza costituzionale<sup>24</sup>.

È indubbio – prosegue la Corte – che ove il minore sia accudito sin dalla nascita da una coppia, che abbia condiviso il progetto del concepimento ed esercitato di fatto la responsabilità genitoriale – come nel caso del giudizio *a quo* – il riconoscimento del legame di filiazione non solo sociale, ma anche giuridico con entrambi i genitori, è essenziale ai fini dello sviluppo dell'identità stessa del bambino (Corte EDU, sentenza del 25 giugno 2014, *Menesson c. Francia*). E ciò anche nel caso di coppie omosessuali, perché «l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale» (sentenza n. 221 del 2019)<sup>25</sup>.

Quanto precede non pone in discussione un preteso “diritto alla genitorialità”, ma concerne la responsabilità genitoriale nell'interesse preminente del minore. Tale interesse non va comunque assunto in termini assoluti, ma bilanciato con altri valori da tutelare (come il disincentivare il ricorso alla maternità “surrogata”), entro il margine di apprezzamento che la giurisprudenza della Corte EDU riconosce agli Stati, fermo però restando il riconoscimento del rapporto di filiazione con entrambi i genitori che assumono la cura del minore.

Il punto di equilibrio potrebbe essere raggiunto, tra l'altro, con il ricorso all'istituto dell'adozione, purché concepito in termini tali da assicurare la pienezza del legame tra adottante e adottato<sup>26</sup>, profilo per cui l'attuale disciplina dell'adozione in casi particolari, ex articolo 44, comma 1, *sub d*) della legge n. 184 del 1983, è inadeguata<sup>27</sup>.

La Corte ricorda anche di avere dichiarato, in nome del preminente interesse del minore, «l'illegittimità costituzionale di una 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 (sentenza n. 494 del 2002)», nonché di avere dichiarato «costituzionalmente illegittima l'automatica applicazione della sanzione accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale in capo al genitore autore di un grave delitto commesso a danno del figlio, in ragione della possibilità che tale automatismo [...] finisse per risolversi in un pregiudizio per gli stessi interessi del minore (sentenza n. 102 del 2020)»<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr. sent. n. 33 del 2021, *considerato in diritto*, punti 5.1 e 5.2.

<sup>24</sup> *Idem*, punto 5.3.

<sup>25</sup> *Idem*, punto 5.4.

<sup>26</sup> *Idem*, punti 5.5, 5.6 e 5.7.

<sup>27</sup> *Idem*, punto 5.8.

<sup>28</sup> *Idem*, punto 5.7.

In conclusione, la Corte riconosce che, «in prima battuta», «il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata» spetta al legislatore, onde la dichiarazione di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sottoposte, ma ammonisce nel contempo il legislatore che l'intervento è «ormai indifferibile»<sup>29</sup>.

#### **4. Considerazioni conclusive. Possibili sviluppi della giurisprudenza costituzionale in caso di persistente immobilismo del legislatore.**

La Corte costituzionale, dopo alcune sentenze di paziente attesa, nel rispetto della competenza prioritaria del legislatore ad intervenire nelle “*questions de société*”, valutando le istanze sociali ed operando il necessario bilanciamento tra valori in giuoco, alla luce di una possibile lettura evolutiva dei parametri costituzionali, prospettata dalla stessa Corte<sup>30</sup>, rompe gli indugi, nelle due ultime sentenze, di fronte all'immobilismo parlamentare, rivolgendo un duro monito al legislatore.

È il caso, quindi, di interrogarsi su quali potranno essere le future tappe della giurisprudenza della Corte, ove nuovamente interpellata in presenza del protrarsi dell'inerzia legislativa.

Gli strumenti che la pregressa giurisprudenza della Corte offre sono due: a) una sentenza monitoria ancor più incisiva, con la minaccia esplicita di una declaratoria di incostituzionalità; b) la tecnica decisoria inaugurata con l'ordinanza n. 207 del 2018 e successiva sentenza n. 242 del 2019 nel caso *Cappato*<sup>31</sup>, e confermata più recentemente con l'ordinanza n. 132 del 2020 in tema di reato di diffamazione a mezzo stampa<sup>32</sup>.

Ci soffermiamo su quest'ultima tecnica stante il carattere innovativo.

Nel caso *Cappato*, concernente il suicidio medicalmente assistito e, in particolare, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 580 del codice penale, che equiparava all'istigazione il mero aiuto al suicidio<sup>33</sup>, la Corte non ritiene di poter risolvere il caso ad essa sottoposto con una pronuncia meramente ablativa, né con una sentenza monitoria, perché ciò avrebbe lasciato sussistere un vuoto normativo ed un *vulnus* in una materia incidente su diritti fondamentali dell'individuo. Decide quindi di inaugurare una nuova tecnica, rinviando la trattazione della questione di legittimità sollevata dal giudice *a quo*

---

<sup>29</sup> *Idem*, punto 5.9.

<sup>30</sup> Cfr., da ultimo, sent. n. 230 del 2020, *considerato in diritto*, punto 7.

<sup>31</sup> Cfr. M.R. Donnarumma, *Il suicidio medicalmente assistito. Una scelta responsabile della Corte costituzionale di fronte all'immobilismo del parlamento*, in *Giurisprudenza penale*, 1/2020 e, in tale rivista, il fascicolo 1-bis/2019, consacrato all'argomento “Questioni di fine vita”.

<sup>32</sup> Cfr. P. Bonora, *Carcere per i giornalisti. (Forse) c'è una via d'uscita*, in *questa rivista*, 12/2020.

<sup>33</sup> Onde il procedimento penale a carico di Marco Cappato per avere accompagnato in auto, presso una clinica elvetica, Fabiano Antoniani, tetraplegico ed affetto da cecità bilaterale a seguito di un grave incidente stradale occorso nel giugno 2014, il quale, in piena autonomia e consapevolezza, aveva deciso di porre fine al proprio calvario recandosi in Svizzera, stante la depenalizzazione in tale paese del suicidio assistito.

(Corte di assise di Milano) e dando al parlamento undici mesi per legiferare alla luce dei criteri da essa stessa enunciati (ordinanza n. 207 del 24 ottobre 2018).

Scaduto il termine e messa di fronte al persistere dell'immobilismo del parlamento, la Corte, con una sentenza considerata storica (n. 242 del 25 settembre 2019), non esita – testualmente – «a farsi carico» dell'esigenza di evitare un vuoto normativo risolvendosi «in una menomata protezione di diritti fondamentali». Interviene, quindi, «non limitandosi a un annullamento “secco” della normativa incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari» per legittimare il suicidio medicalmente assistito, «fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento»<sup>34</sup>.

Alla stessa tecnica la Corte ha fatto appello con l'ordinanza n. 132 del 9 giugno 2020, rinviando la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate dai Tribunali ordinari di Salerno e di Bari, all'udienza pubblica del 22 giugno 2021, con la conseguente sospensione dei giudizi *a quibus*.

I Tribunali rimettenti si interrogavano sulla legittimità della normativa vigente in tema di reato di diffamazione a mezzo stampa (legge n. 47 del 1948, art. 13, e codice penale, art. 595, comma 3), in particolare sulla previsione della pena della reclusione, e invocavano, tra l'altro, i principi di ragionevolezza e proporzionalità nel bilanciamento dei valori in giuoco, con ampi richiami altresì alla giurisprudenza della Corte EDU, in particolare alla sentenza della Grande Camera del 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*<sup>35</sup>.

In sintesi, la Corte costituzionale confronta i due valori in causa che vanno bilanciati: da un lato, la libertà di manifestazione del pensiero, «pietra angolare dell'ordine democratico», nel cui ambito «la libertà di stampa assume un'importanza peculiare», anche alla luce del diritto all'informazione dei cittadini; dall'altro, la tutela della reputazione individuale, strettamente connessa con la dignità della persona. Il punto di equilibrio tra questi due valori non può ritenersi cristallizzato nel tempo, «tanto più alla luce della rapida evoluzione tecnologica e dei mezzi di comunicazione verificatasi negli ultimi decenni», onde la necessità ed urgenza di «una complessa rimeditazione del bilanciamento»<sup>36</sup>.

Un tale compito «spetta in primo luogo al legislatore», cui la Corte, «in uno spirito di leale collaborazione istituzionale», assegna un congruo termine per «disegnare un equilibrato sistema di tutela dei diritti in giuoco», che contempli il ricorso a sanzioni penali non detentive, a rimedi civilistici ed efficaci misure disciplinari, e riservi la pena detentiva ai casi di eccezionale gravità; in termini sintetici, per approvare in tale lasso di tempo «una nuova disciplina in linea con i principi costituzionali e convenzionali»<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. sent. n. 242 del 2019, *considerato in diritto*, punto 4.

<sup>35</sup> In tale occasione la Corte EDU, adita da due giornalisti condannati per diffamazione a mezzo stampa nei confronti di un giudice, pur riconoscendo la legittimità dell'affermazione di responsabilità penale degli imputati, aveva ritenuto la pena detentiva inferta (sette mesi di reclusione) sproporzionata alla luce di un corretto bilanciamento con l'altro valore in giuoco, quale il diritto alla libertà di espressione tutelato dall'articolo 10, par. 1, della Convenzione EDU.

<sup>36</sup> Cfr. ord. n. 132 del 2020, *considerato in diritto*, punto 7.

<sup>37</sup> *Idem*, punto 8.

Ritornando alle sentenze oggetto del presente studio e alla individuazione del possibile sviluppo della giurisprudenza costituzionale in caso di immobilismo parlamentare, riteniamo molto probabile il ricorso alla tecnica innovativa testé esaminata, stante la dura posizione assunta dalla Corte (inerzia del legislatore «non più tollerabile»; intervento «ormai indifferibile»).

Naturalmente una tale tecnica va opportunamente dosata e adottata solo in casi limite, stante il necessario rispetto degli equilibri istituzionali, in cui l'azione di impulso e stimolo al legislatore da parte del giudice costituzionale non deve mai travalicare, traducendosi in un indebito sconfinamento nel merito politico.