

L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia

di Roberto Bin

1. Premessa

È inevitabile che un costituzionalista, che voglia affrontare il tema della famiglia in costituzione, si rivolga anzitutto alla giurisprudenza costituzionale. Male gliene incoglie, però, perché rischia di naufragare in una giurisprudenza di dimensioni tali da sfuggire ad una lettura sistematica. È necessario perciò reperire una chiave di lettura capace di venire a capo della matassa e reperire un filo abbastanza solido per sviluppare l'analisi.

Il filo me lo ha fornito un libretto di Walter Leisner dal cui titolo (*Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung*¹) ho tratto quello della mia relazione. Scrivendo nel 1964, Leisner mostrava lo stupore che non può non avvertire il costituzionalista, educato alla supremazia gerarchica del testo costituzionale rispetto all'ordinamento legislativo, nell'apprendere che se è vero che le leggi devono essere interpretate in conformità alla Costituzione – come tante volte ha ripetuto anche la nostra Corte costituzionale – non meno vero è che le nozioni di cui il testo costituzionale fa uso sono talvolta persino incomprensibili se non lette alla luce dei significati forniti dalla legislazione ordinaria. La nozione di 'famiglia' non fa affatto eccezione, ma anzi costituisce l'esempio più fulgido di questa osmosi semantica tra i livelli di normazione. L'interpretazione delle disposizioni costituzionali che riguardano la famiglia deve muovere e trarre il significato da ciò che la legislazione civile viene a fissare come regole dei rapporti tra i coniugi e tra essi e i figli.

2. Ragionevolezza senza eguaglianza?

La prima giurisprudenza della Corte costituzionale sugli artt. 29 e 30 Cost. è molto significativa. Essa mostra un'evidente "deferenza" nei confronti del codice civile vigente, che però andrà negli anni attenuandosi, trasformandosi nell'invocazione sempre più insistita di una profonda riforma del diritto di famiglia.

Il segno più conservatore della giurisprudenza dei primi anni lo si avverte laddove la Corte si trovi impegnata sul fronte dei rapporti tra i coniugi e dell'applicazione del principio di eguaglianza. La primissima giurisprudenza tende a contrapporre il generale principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., con preciso divieto di discriminazione basata sul sesso, alla specifica versione del principio contenuta nell'art. 29 Cost.: nel secondo caso, «l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi», su cui deve essere basata la disciplina del matrimonio, deve fare i conti «con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare». La legge non è solo la legislazione civile, ma anche il "fascistissimo" codice penale. È in questo corpo giuridico che la Corte cerca le radici morali delle differenze di trattamento dei coniugi, riconoscendo sistematicamente in esse le ragioni necessarie al mantenimento dell'unità della famiglia.

È però interessante notare che questa lettura dell'art. 29.2 Cost. contiene *in nuce* il primo nucleo del giudizio di ragionevolezza. Non di quello basato sul generale principio di cui all'art. 3, che a partire dagli anni '70 darà sostegno allo schema "triangolare" della ragionevolezza che, come poi si vedrà, è destinato a dominare per decenni la giurisprudenza costituzionale in materia di famiglia. Il primo nucleo si nasconde proprio nel nesso di *strumentalità* che lega la discriminazione di trattamento alla preservazione dell'unità della famiglia. La "deferenza" della Corte per l'impronta marcatamente discriminatoria che domina la legislazione ereditata dal fascismo viene a vacillare proprio quando ci si interroghi sulla funzionalità del trattamento deteriore riservato alla donna rispetto all'unità familiare. Questo giudizio di *congruità* del mezzo rispetto al fine (la *ratio legis* della norma discriminatrice), che è destinato in seguito a confluire nel sindacato di ragionevolezza e farne parte, si sviluppa già proprio in questa giurisprudenza iniziale di applicazione dell'art. 29.2 Cost. È un giudizio che, come ovvio, non può celarsi dietro le sembianze "neutre" dell'interpretazione giuridica, ma apre le porte a valutazioni che si pretendono coerenti con il «comune sentire» della società: e che perciò non sono affatto statiche, essendo soggette al mutamento costante della società. Per cui, quello che inizialmente è stato lo schema giustificativo delle tante discriminazioni subite dalle donne in nome della

¹ J.C.B. Mohr, Tübingen, 1964.

necessità di preservare l'unità della famiglia più tradizionale è divenuto nel tempo, mutato il «comune sentire», lo schema giustificativo di numerosi *revirement* della giurisprudenza costituzionale.

Il più clamoroso di questi *revirement* è probabilmente il caso della repressione penale dell'adulterio femminile. In un primo tempo, con la sent. 64/1961, la Corte aveva ritenuto che non fosse affatto discriminatorio che l'adulterio costituisse reato solo per la donna: attorno ad essa veniva costruita l'immagine della sposa, madre e angelo del focolare, perciò presupposto e condizione dell'unità familiare: mentre all'uomo, in altri intenti affaccendato, non si poteva pretendere lo stesso comportamento. Ma in pochi anni la Corte mutò radicalmente la visione del problema: «Il principio che il marito possa violare impunemente l'obbligo della fedeltà coniugale, mentre la moglie debba essere punita - più o meno severamente - rimonta ai tempi remoti nei quali la donna, considerata perfino giuridicamente incapace e privata di molti diritti, si trovava in stato di soggezione alla potestà maritale. Da allora molto è mutato nella vita sociale: la donna ha acquistato pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e della intera collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere piena parità con l'uomo; mentre il trattamento differenziato in tema di adulterio è rimasto immutato, nonostante che in alcuni stati di avanzata civiltà sia prevalso il principio della non ingerenza del legislatore nella delicata materia» (sent. 126/1968). Nel ragionamento della Corte, però, l'art. 3 non ha affatto soppiantato l'art. 29: il primo riguarda i rapporti tra gli individui, mentre il secondo valuta i diritti individuali nell'ambito della famiglia e alla luce della difesa della sua unità. Ciò che ora la Corte contesta non è pertanto la discriminazione tra i coniugi, ma la strumentalità di essa rispetto all'unità della famiglia. «Ritiene la Corte, alla stregua dell'attuale realtà sociale, che la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grave nocimento alla concordia ed alla unità della famiglia... Per l'unità familiare costituisce indubbiamente un pericolo l'adulterio del marito e della moglie, ma, quando la legge faccia un differente trattamento, questo pericolo assume proporzioni più gravi, sia per i riflessi sul comportamento di entrambi i coniugi, sia per le conseguenze psicologiche sui soggetti». Non si parla ancora di *ragionevolezza*, ma la struttura del ragionamento ne è un evidente anticipo.

Anche nel campo della disciplina privatistica dei rapporti tra i coniugi i mutamenti di giurisprudenza sono clamorosi. Emblematica è la giurisprudenza costituzionale in tema di obblighi di mantenimento. In un primo tempo (sent. 46/1966), la Corte si era limitata al solo obbligo di mantenimento a carico del marito nell'ipotesi di separazione consensuale senza colpa: qui l'obiettivo dell'unità della famiglia per definizione neppure si pone. L'illegittimità avrebbe dovuto essere pronunciata per violazione dell'art. 3 Cost.: ma, anche se la Corte non è esplicita sul punto, è mantenuto il riferimento all'art. 29 perché l'illegittimità stessa è ristretta all'ipotesi che l'obbligo di mantenimento gravi sul marito senza alcuna considerazione dei mezzi di cui la moglie disponga, e quindi anche oltre l'obbligo di garantirle «quello stesso tenore di vita che avrebbe goduto se non fosse intervenuta la separazione». L'unità della famiglia allunga sin qui la sua ombra².

Poco dopo (sent. 144/1967) la Corte conferma il ragionamento che ho appena tratteggiato respingendo le censure mosse all'art. 145 cod.civ. L'obbligo di mantenimento posto a carico del marito non contrasta con la costituzione «poiché la diversità della distribuzione degli oneri fra i due coniugi trova fondamento nella diversa posizione che il vigente Codice di diritto privato, ritenendola necessaria ad assicurare l'unità della famiglia, conferisce loro». È il codice civile a spiegarci che cosa sia la «unità della famiglia» su cui si impernia la disposizione costituzionale dell'art. 29. Ma di ciò la Corte non è (più) pienamente convinta: e ce lo rivela nel finale della motivazione:

«Può convenirsi nell'opinione che considera il sistema del Codice non aderente in ogni sua parte allo spirito informatore della sopravvenuta costituzione repubblicana, la quale ha tenuto conto della trasformazione verificatasi nella posizione della donna nella moderna società. Sull'esigenza di una sollecita adeguazione del sistema al nuovo ordine sociale la Corte ha ripetutamente richiamato l'attenzione del legislatore (v. sentenze n. 101 del 1965, nn. 49 e 71 del 1966) senza tuttavia che abbia ritenuto possibile farne

² Mentre ad essa non si fa neppure cenno nella sent. 91/1973, in cui si censura il divieto di donazione tra coniugi (art. 781 cod.civ.): essendo palesemente inconferente in questo caso il riferimento all'unità della famiglia, l'annullamento della disposizione è causato da "irragionevolezza intrinseca", «mancando ogni ragionevole motivo per fare ai cittadini coniugati con il donante un trattamento diverso da quello dei cittadini non coniugati o non coniugati con il donante, creando situazioni di svantaggio in difetto di una fondata o almeno plausibile giustificazione del precetto o desumibile da effettive esigenze oggettive». Merita di essere segnalato perché allora la dichiarazione di illegittimità per "irragionevolezza intrinseca" era ipotesi assai rara.

decadere singole disposizioni, per l'incertezza che ne sarebbe derivata, data l'intima connessione che le lega fra loro e ne fa un tutto unitario».

Passano pochi anni e la Corte si decide a ribaltare il suo precedente. Il monito con cui questo si concludeva è rimasto inascoltato. Constatato che «l'auspicata riforma del diritto di famiglia è rimasta tuttora inattuata» e ricordato il suo *revirement* in materia di adulterio della donna, la Corte procede alla dichiarazione di illegittimità dell'art. 145.1 cod. civ. «nella parte in cui non subordina alla condizione che la moglie non abbia mezzi sufficienti il dovere del marito di somministrarle, in proporzione delle sue sostanze, tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita». La disposizione comporta «una sostanziale ed assai rilevante diseguaglianza giuridica fra i due coniugi»; e la disparità di trattamento non è giustificabile in funzione dell'unità familiare perché, anzi, «quando si tratti dei rapporti patrimoniali fra i coniugi, è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo». Un bel rovesciamento di prospettiva, davvero! La prospettiva adottata dal codice non è più «conforme all'odierna valutazione dei rapporti familiari»: in attesa della auspicata riforma legislativa, la Corte assume l'onere dell'adeguamento.

3. La riforma del diritto di famiglia e il ruolo della ragionevolezza

E finalmente arrivò la tanto attesa riforma del diritto di famiglia (legge 19 maggio 1975, n. 151). Nuovi contenuti vengono trasfusi dalla legge di riforma nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali. Infatti, «nessuna parte dell'ordinamento giuridico risente come il diritto familiare delle contemporanee ed opposte sollecitazioni della tradizione da un lato e del costume in evoluzione dall'altro»³: sebbene la Corte non manchi mai di sottolineare che l'evoluzione della coscienza sociale e l'esigenza di equiparazione giuridica dei coniugi erano state riconosciute dalla Corte già prima che il parlamento provvedesse ad adeguare la disciplina legislativa⁴. La giurisprudenza imperniata sull'art. 29.2 Cost. viene abbandonata, e il giudizio della Corte si sposta sull'art. 3 e sulla funzione di «mantenimento» del nuovo diritto di famiglia assicurata dal *giudizio di ragionevolezza*.

La struttura triangolare del giudizio di ragionevolezza, così ben illustrata da Livio Paladin⁵, consente alla Corte di operare con un bisturi affilato, rimuovendo le specifiche parti del tessuto normativo messe a fuoco dall'ordinanza del giudice remittente. Questi impugna una disposizione di legge perché ritiene che essa includa o escluda arbitrariamente una determinata fattispecie (quella da applicare nel caso che ha di fronte); la norma impugnata deve essere giudicata alla luce della *ratio legis* (il vertice del ragionamento triangolare), delle finalità che l'hanno ispirata (qui di inserisce la considerazione del nesso di strumentalità tra mezzo e fine che abbiamo visto applicato nei giudizi imperniati sull'art. 29.2 Cost.); è solo assumendo la *ratio legis* come punto di osservazione che si può valutare se la specifica fattispecie individuata dal giudice *a quo* debba o meno essere inclusa nella disciplina impugnata (il *tertium comparationis*).

È evidente che questa operazione ha ben poco da fare con quello che comunemente si indica come «interpretazione» della costituzione: ma consente al giudice costituzionale di svolgere un'incessante opera di manutenzione dell'ordinamento giuridico senza eccessive sovrapposizioni delle sue valutazioni rispetto a quelle fissate dal legislatore. Sono gli «infiniti casi della vita» a sfidare le classificazioni tracciate dal legislatore chiedendo alla Corte costituzionale di includerli o escluderli da esse: la coerenza del quadro normativo voluto dal legislatore opera attraverso un restauro costante, che avviene per «rime obbligate», secondo la nota espressione coniata da Vezio Crisafulli: «la Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita o specifica qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore»⁶.

L'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia segna un'importante cesura: non solo nei rapporti tra i coniugi, ma anche in quelli tra figli nati dentro e fuori del matrimonio. L'esigenza di ridurre le diseguaglianze, già avvertita dalla Corte prima della riforma, ora può essere superata in forza della nuova

³ Così, citando i lavori preparatori della legge di riforma, la sent. 179/1976.

⁴ Come afferma la sent. 179/1976, «la posizione di capo famiglia attribuita al marito può apparire, sotto certi aspetti, di incerta conformità a Costituzione e ad ogni modo risulta superata dalla riforma del diritto di famiglia». Ed anzi, aggiunge pochi anni dopo (sent. 6/1980), «già prima e indipendentemente da questo intervento legislativo, l'esigenza di un'assoluta equiparazione risultava, sul piano del fondamento normativo, direttamente dal principio di parità dei coniugi sancito dagli articoli 3 e 29 della Carta costituzionale; sicché la riforma del diritto di famiglia non ha fatto che estrinsecare quanto era implicito nel dettato costituzionale».

⁵ Cfr. L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, t. 1, Padova, 1985, 605 ss.

⁶ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur.cost.* 1976, I, 1707.

legge e della sua re-interpretazione alla luce del principio di eguaglianza: con la conseguente opera di smussamento dell'ordinamento attraverso pronunce di accoglimento «nella parte in cui...», in nome della «ineludibile istanza di un intervento additivo, che raccordi la vecchia normativa con i valori costituzionali, compiutamente inverte dalla nuova» (sent. 6/1987); sempreché non sia possibile raggiungere lo stesso risultato attraverso un'interpretazione conforme a costituzione⁷. Operazione che si rivela più agevole sul fronte delle relazioni tra i coniugi⁸, molto meno su quello della filiazione - soprattutto, dei rapporti successori tra figli legittimi e naturali⁹ - e del disconoscimento di paternità¹⁰.

4. La famiglia tradizionale sotto attacco

La legge di riforma del diritto di famiglia e, qualche anno dopo, quella di riforma dell'adozione e dell'affidamento dei minori (legge 4 maggio 1983, n. 184) forniscono alla Corte costituzionale gli elementi necessari ad un'interpretazione gli artt. 29 e 30 Cost. più adeguata ai tempi. Gli aggiustamenti che la Corte apporta alla legislazione vigente servono essenzialmente a proseguire le linee tracciate dal legislatore, migliorarne la coerenza, farle evolvere in modo da corrispondere «a quella dinamica evolutiva dei rapporti sociali, che attualizza il precetto costituzionale» in modo da indirizzare anche il giudice comune, nell'interpretazione delle fattispecie vigenti, ad «una valutazione costituzionalmente orientata, la quale appunto non può ignorare (ma deve necessariamente prendere in considerazione) la naturale evoluzione nel tempo della coscienza sociale e dei costumi»¹¹. La Corte può cogliere l'evoluzione della coscienza sociale «anche indipendentemente dai segnali del legislatore»¹²: ed è quanto viene invitata a fare in alcuni casi clamorosi. Ho selezionato le tre sentenze più rilevanti e, probabilmente, più note.

La prima è la notissima decisione sui figli incestuosi (sent. 494/2002). Questa sentenza è particolarmente interessante ai miei fini perché riguarda un argomento - la *capitis deminutio* «perpetua e irrimediabile» (per usare le parole della Corte) che grava sulla prole nata da un rapporto incestuoso - creando una sovrapposizione tra fattispecie civile (l'art. 251 cod.civ., che pone il drastico divieto di riconoscimento dei nati da quel rapporto, a cui si ricollega l'art. 278 che vieta che si svolgano indagini sulla maternità e la paternità di essi) e quella penale (l'art. 564, che punisce l'incesto). È una decisione interessante proprio perché la stessa sovrapposizione tra le drastiche conseguenze civili per la prole e le sanzioni penali che colpiscono i genitori si ripropone di recente a proposito della surrogazione di maternità. Ma di questo in seguito.

La sent. 494/2002 dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 278.1 cod. civ., «nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, primo comma, del codice civile, il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato». La Corte si oppone al principio biblico per cui la colpa dei padri ricade sui figli: destituisce di fondamento un

⁷ Vedi per es. sentt. 99/1997, in tema di sequestro *ex art.* 156 cod.civ. disposto a tutela di un figlio naturale riconosciuto, e 166/1998, in materia di assegnazione in godimento dell'abitazione.

⁸ Vedi per es. sentt. 143/1967 (opposizione della moglie del debitore), 171/1976 (domicilio legale), 179/1976 (cumulo dei redditi), 6/1980 (obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia), 105/1980 e 365/1988 (assegni familiari), 16/1982 (matrimonio concordatario del minore), 30/1983 e 71/1987 (acquisto della cittadinanza *jure sanguinis*), 6/1987 (separazione della dote dai beni del marito), 61/2006 (attribuzione del cognome), 214/1984 e 439/1988 (pensione di reversibilità), 73/1985 (indennità di buonuscita), 116/1990 (assegni familiari per i figli a carico). Questi ultimi esempi mostrano come la Corte costituzionale inseguiva casi di discriminazione tra i coniugi nella legislazione speciale, dando luogo a veri propri filoni di giurisprudenza: come quello relativo ai requisiti per l'adozione a seguito della riforma introdotta dalla legge 4 maggio 1983, n. 184 (per es., sentt. 198/1986, 44/1990, 303/1996, 349/1998, 283/1999) o la «saga» dei riposi giornalieri nel primo anno di vita del bambino, riconosciuti dalla legge 1204/1971 (sentt. 1/1987, 215/1990, 341/1991, 150/1994).

⁹ La Corte adotta un dichiarato *self restraint* quanto all'inserimento dei fratelli e delle sorelle naturali negli ordini successori dei parenti nella sent. 377/1994 (mentre non aveva esitato nella precedente sent. 184/1990 a dichiarare illegittima la norma che non prevede la successione legittima tra fratelli e sorelle naturali quando non vi siano alterazioni nell'ordine successorio della parentela del defunto).

¹⁰ Anche a seguito della riforma dell'art. 265 cod.civ., introdotta con il d.lgs. 154/2013, che ha superato il *favor veritatis* che dominava la disciplina codicistica. La Corte adegua la sua giurisprudenza rinviando al «bilanciamento in concreto» tra verità biologica e stabilità dello *status filiationis*, di cui è incaricato il giudice ordinario (sent. 133/2021), poiché «il bilanciamento tra il concreto interesse del soggetto riconosciuto e il favore per la verità del rapporto di filiazione non può costituire il risultato di una valutazione astratta e predeterminata e non può implicare *ex se* il sacrificio dell'uno in nome dell'altro»: sent. 127/2020 (sulla figura della delega di bilanciamento in concreto sia consentito rinviare a R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992, 120 ss.). Sull'azione di disconoscimento si vedano per altro anche le precedenti sentt. 64/1982, 134/1985 e 170/1999 e, più di recente, 266/2006, che fa i conti con «i progressi della scienza biomedica che, ormai, attraverso le prove genetiche od ematologiche, consentono di accertare la esistenza o la non esistenza del rapporto di filiazione»

¹¹ Sent. 335/2009, in tema di commutazione.

¹² Come ammoniva già la sent. 134/1985.

supposto «ordine pubblico familiare» posto a tutela della «concezione costituzionale stessa della famiglia», che verrebbe minata da fatti di endogamia dalla «coscienza sociale» considerati «alla stregua di attentati all'ordine naturale dei rapporti interpersonali». Come è stato ben messo in luce, «l'ordine pubblico non è un concetto ma, piuttosto, un *dispositivo*, un congegno deputato... ad un'operazione ermeneutica volta a conservare estendendo»¹³. La sentenza della Corte rompe questo dispositivo, e impedisce di trasferire sul piano più astratto della «concezione costituzionale della famiglia» la giustificazione di una misura legislativa che colpisce «soggetti totalmente privi di responsabilità... meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori». La Corte sbarrata la strada a quella interpretazione ideologica della «famiglia costituzionale» («la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti») avvalorando il diritto del figlio al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*, elemento costitutivo dell'identità personale di cui la famiglia dovrebbe, secondo costituzione, promuovere la realizzazione.

La riforma legislativa della filiazione (legge 219/2012) sembra recepire il lungo percorso seguito dalla Corte costituzionale, iniziato dalla parificazione dei figli naturali a quelli legittimi e culminato nella sentenza sui figli incestuosi, appena citata. «Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico» è uno dei principi che guidano il Governo nella attuazione della delega al coordinamento normativo che la legge gli conferisce. Ma è anche il problema con cui deve fare i conti la giurisprudenza costituzionale più recente a proposito dei figli nati da surrogazione di maternità, come fra un poco si dirà.

La seconda sentenza è quella sul matrimonio omosessuale (sent. 138/2010). È una decisione troppo nota perché debba qui illustrarla. Mi limiterò a segnalare quello che mi sembra il nucleo della motivazione, che si compone di due asserzioni: la prima riguarda la «pietrificazione» del concetto di «famiglia»; la seconda i poteri di un giudice.

La Corte ha sempre negato che le nozioni costituzionali siano definitivamente fissate dal significato che esse avevano ai tempi della formazione costituzionale e non più soggette ad evoluzione¹⁴, secondo una linea interpretativa che si è sviluppata in altri ordinamenti¹⁵. La Corte afferma risolutamente che «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi»; tuttavia, subito dopo, aggiunge che l'interpretazione «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»; per cui la nozione di matrimonio definita dal codice civile del 1942, che «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso», è insita nel concetto di famiglia a cui si riferivano i costituenti quando scrissero l'art. 29. Qualcosa di «pietrificato» dunque c'è: «questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa».

Dietro alla interpretazione del concetto di famiglia che avevano in mente i costituenti guidati dal codice civile del 1942, e al dichiarato *self restraint* della Corte si profila un ragionamento, certo non esplicito, circa la funzione e i limiti della giurisdizione, sia pure di quella particolare giurisdizione che si intesta la Corte costituzionale. L'atteggiamento restrittivo che essa dichiara di assumere mi ha sempre ricordato l'analogo atteggiamento assunto e dichiarato dalla Corte di cassazione, nel 1906, di fronte all'ardita decisione del Tribunale di Ancona (pres. Lodovico Mortara) che aveva ritenuto che nessuna norma si opponesse al riconoscimento del diritto di voto alle donne: «riforme di questa natura nella sfera del pubblico diritto – osserva la Cassazione – non possono senza una lunga e studiata preparazione e senza una matura ponderazione di tutte le conseguenze che in qualunque senso potranno da esse derivare e ripercuotersi su tutta la vita dello Stato; e basterebbe questo soltanto a dimostrare la vanità di ogni sforzo che voglia farsi mediante la interpretazione di qualche singola disposizione per giungere alla conclusione che l'altra metà della intera

¹³ M. BARCELLONA, *Ordine pubblico (diritto privato)*, in *Enc. Dir. [I Tematici, I – Contratto, 2021]*, 767.

¹⁴ Si veda per es. le sentt. 211/1988, 63/1990, sulle materie di competenza regionale, e 135/2002, in tema di limitazioni della libertà di domicilio.

¹⁵ Mi riferisco alla *Versteinerungstheorie* che è stata adottata in Austria (cfr. H. SCHÄFER, *Verfassungsinterpretation in Österreich*, Wien-New York 1971, 97 ss.); ma altrettanto si potrebbe dire della teoria dell'*original intent* che tanta fortuna ha ancora negli Stati Uniti d'America.

popolazione del Regno si trovasse già in possesso di un diritto politico che nessuna legge ha finora riconosciuto, determinandone le condizioni e regolarne l'esercizio, e che per contrario apparisce escluso da tutto il diritto pubblico vigente, non solo nelle disposizioni scritte, ma anche nelle norme, nelle consuetudini e nelle tradizioni sempre riconosciute, che le completano e ne formano parte integrante». Ci sono cose che il giudice non può fare, si collocano fuori dei limiti dell'interpretazione.

La terza sentenza (170/2014), anch'essa molto nota, affronta il problema degli effetti della pronuncia di rettificazione di sesso su un matrimonio preesistente, nell'ipotesi in cui nessuno dei due coniugi abbia intenzione di sciogliere il rapporto coniugale. Ad essere contestata era la legittimità delle norme che fanno discendere dalla sentenza di rettificazione di sesso l'effetto automatico di scioglimento del matrimonio, dubitando che tali norme realizzino un bilanciamento adeguato tra l'interesse dello Stato a mantenere fermo il modello eterosessuale del matrimonio ed i contrapposti diritti maturati dai due coniugi nel contesto della precedente vita di coppia.

La Corte accoglie la questione, sottolineando più volte che essa si riferisce ad un caso peculiare, «sul piano fattuale innegabilmente infrequente», ma trasferisce al legislatore il compito di trovare una soluzione che non comporti il sacrificio del «pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili». Ma il legislatore deve trovare una forma di «vita di coppia» per i due coniugi che non si collochi nella fattispecie matrimoniale dell'art. 29 Cost., ma nelle «formazioni sociali» di cui all'art. 2 Cost. La «pietrificazione» del modello di famiglia che dal codice 1942 è transitato in costituzione riceve in questa sentenza una conferma e – forse – un ulteriore indurimento: infatti in un passaggio la Corte sembra voler sbarrare allo stesso legislatore la strada di un'estensione del modello familiare fuori dal postulato eterosessuale accreditato nella sent. 138/2010, poiché il «compito del legislatore» sarà di «introdurre una forma alternativa (e *diversa dal matrimonio*) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminazione»¹⁶. L'inciso evidenziato in corsivo vuole dire che il modello eterosessuale fissato nel codice civile non potrebbe essere modificato con legge ordinaria? E che ciò non si potrebbe fare neppure per casi tanto infrequenti come quello esaminato? La risposta non può che essere negativa, se è vero quanto affermato dalla sent. 494/2002: «la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti».

5. Tecniche procreative inedite

Le istanze di riconoscimento dei figli nati all'estero da coppie omosessuali introducono la stagione più recente della giurisprudenza costituzionale in tema di famiglia, contrassegnata dai problemi suscitati dall'impiego delle tecniche di procreazione assistita, in cui la «naturalità» della procreazione è sfidata dal progresso scientifico e tecnologico. Come è noto, il tema fu affrontato dal legislatore con una legge dominata da una visione ideologica dei problemi connessi alla PMA (legge 40/2004). Era inevitabile che la legge fosse oggetto di una serie di sentenze con cui la Corte costituzionale ha spianato le maggiori asperità di essa, cioè le norme che non garantivano un equilibrato bilanciamento degli interessi e dei diritti coinvolti. La prima di queste sentenze ha tolto il divieto di fecondazione eterologa (162/2014), aprendo la strada ad una serie di problemi che intersecavano il tema dell'omosessualità.

Premesso che la scelta di una coppia di «diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi... riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare», è vero – aggiunge la Corte - che «la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli... Nondimeno, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione»; il che rende evidente «che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa». Almeno

¹⁶ Sugli effetti della sentenza «additiva di principio» pronunciata dalla Corte cfr., tra i tanti, B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Genius* 15 giugno 2014, e R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Foro it.*, 2014, fasc. 10.

per questo aspetto, dunque, la visione della “famiglia” non è quella “pietrificata” del Codice, ed è un’evoluzione di quella presupposta dalla riforma del ’75 e della legge sull’adozione.

Tuttavia due punti restano fermi, e la Corte li sottolinea: il carattere eterosessuale della coppia che cerca il bambino (è la legge 40 a indicarlo espressamente come condizione della PMA) e il divieto, penalmente sancito, della surrogazione. Proprio su questi due punti si addensa la giurisprudenza costituzionale successiva, sollecitata da numerose ordinanze dei giudici civili.

La questione dell’omogenitorialità femminile non implica (almeno non necessariamente) anche la surrogazione nella gestazione: avendo legittimato la fecondazione eterologa, il problema si è spostato su un nuovo terreno, quello della doppia genitorialità femminile. Il primo oggetto d’attacco, quindi, è la norma della legge 40 che impone come condizione della PMA la eterogeneità sessuale della coppia che chiede accesso al trattamento. La Corte (sent. 221/2019) avvalorava questa regola legislativa, pur riconoscendo che il ricorso a tecniche di PMA altera «le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui», e quindi apre «scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost.». Tuttavia la Corte è ferma nel ritenere che il *favor* per la formazione della famiglia «riguarda la maternità e non l’aspirazione a diventare genitore»; e che «la diversità di sesso dei componenti della coppia – condizione peraltro *chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia*» corrisponde anche al «grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità” nell’ambito della comunità sociale».

La sent. 221/2019 sembra voler ristabilire alcuni punti fermi, argini rispetto anche alle possibili forzature della sua stessa giurisprudenza¹⁷: ma soprattutto vuole ribattere alle tentazioni dei giudici comuni che, sui temi dell’adozione di minori da parte di coppie omosessuali e del riconoscimento in Italia di atti formati all’estero, sono spesso orientati a riconoscere il rapporto di filiazione in confronto a genitori dello stesso sesso; ad ammettere l’adozione cosiddetta non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore; ad escludere che una valutazione negativa circa la sussistenza del requisito dell’interesse del minore possa fondarsi esclusivamente sull’orientamento sessuale del richiedente l’adozione e del suo partner, perché l’orientamento sessuale della coppia non può pregiudicare l’idoneità dell’individuo all’assunzione della responsabilità genitoriale; e, infine, a consentire alla trascrizione, nel registro dello stato civile in Italia, di un atto straniero dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne, a seguito di tecniche di PMA, non essendovi ragioni di «ordine pubblico interno» che si oppongano a ciò. La Corte difende le attribuzioni del legislatore, cui spetta «il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale»; restando comunque fermo «il successivo sindacato sulle soluzioni adottate da parte di questa Corte, onde verificare che esse non decampino dall’alveo della ragionevolezza». Ma non c’è nulla di irragionevole – conclude la Corte - nell’idea «che una famiglia ad *instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato».

Un certo peso nel ragionamento della Corte (e ciò anche nelle sentenze successive), lo esercita anche la legge 76/2016, che regola le unioni civili, «che – pur riconoscendo la dignità sociale e giuridica delle coppie formate da persone dello stesso sesso – non consente, comunque, la filiazione, sia adottiva che per fecondazione assistita, in loro favore» (sent. 237/2019). Il che non significa che il legislatore non possa modificare in futuro l’attuale disciplina (sent. 230/2020), che quindi non sarebbe affatto “pietrificata”.

6. Il problema sono i figli “surrogati”

Ma questo schema di giudizio, che difende la discrezionalità del legislatore nel determinare i confini tra la famiglia tradizionale e il rapporto tra partner omosessuali coinvolti nella procreazione non tradizionale, subisce una inevitabile incrinatura quando entrino in gioco gli interessi dei figli prodotti per queste vie non “naturali”. Così come nella primissima giurisprudenza costituzionale la “funzionalizzazione” delle disegualianze di trattamento tra coniugi rispetto al fine dell’unità della famiglia avevano introdotto il giudizio di congruità tra mezzo (differenziazioni) e fine (unità), la tutela dell’interesse del minore diventa il fine rispetto

¹⁷ Così M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un’interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2020.

al quale va valutata la ragionevolezza degli assetti familiari “bloccati” dal legislatore: visto che, come ha affermato nella sent. 221/2019, la Corte costituzionale si riserva il sindacato sulle soluzioni adottate dalla legge «onde verificare che esse non decampino dall’alveo della ragionevolezza».

L’interesse del minore è un parametro di valutazione della legittimità delle leggi molto risalente nella giurisprudenza costituzionale in materia di famiglia. Già in alcuni filoni di tale giurisprudenza questo elemento finalistico aveva mostrato in passato la sua forza argomentativa. Si prenda ad esempio la giurisprudenza in materia di riposi giornalieri a seguito della maternità, citata in precedenza. Se questi permessi fossero stati giustificati *soltanto* dall’esigenza di tutelare la salute della madre, e non anche e forse prevalentemente l’interesse affettivo del neonato, tutta una serie di sentenze di accoglimento “nella parte in cui...” (modello tipico del controllo di ragionevolezza) non avrebbero avuto campo (si pensi al caso di grave malattia della madre o dell’adozione del figlio). Ora la tutela dei diritti dei minori si pone in maniera molto rilevante nel caso dei figli nati attraverso la surrogazione di gestazione, pratica vietata e sanzionata penalmente dalla legge 40/2004.

Il problema, affiorato soltanto negli ultimi anni, pone in grave imbarazzo la Corte costituzionale.

Lo ha affrontato una prima volta nella sent. 272/2017, che tratta del problema se l’impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all’interesse dello stesso. Il giudizio *a quo* ha per oggetto l’accertamento dell’inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità realizzata all’estero: ma non mette in dubbio la legittimità del divieto di tale pratica, e nemmeno la sua absolutezza. Per cui il problema della gestazione surrogata è lasciato ai margini della questione, benché poi incida profondamente sul ragionamento della Corte.

Infatti, la Corte ripercorre la legislazione e la giurisprudenza, anche della Corte EDU, che pone al centro l’affermazione della necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano: pur non negando la rilevanza in certi casi del *favor veritatis*. In particolare, «vi sono casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa»; e altri casi in cui «l’interesse alla verità» ha «natura pubblica», poiché si riferisce ad una pratica vietata dalla legge perché «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», e perciò impone «di tutelare l’interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità».

Insomma: la regola che il giudice è tenuto ad applicare deve tenere conto di «variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso»; tra essa acquistano particolare rilevanza «le modalità del concepimento e della gestazione». È una valutazione comparativa «della quale, nel silenzio della legge, fa parte necessariamente la considerazione dell’elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale».

La Corte non si fa carico del problema di quale *status* acquistino i figli nati da una pratica procreativa vietata: sono figli segnati dal peccato originale, che subiscono la colpa dei padri¹⁸ in forza di un divieto posto dalla legge e “rafforzato” da questa sentenza della Corte¹⁹. Del problema si libera con un fugace riferimento finale alla «presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l’adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela». E alla utilizzabilità di questo strumento fanno appello anche le sentenze che seguono, a partire dalla già citata sent. 230/2020.

Con la sent. 32/2021 la Corte affronta il problema del riconoscimento del figlio nato da procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, anche da parte della madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa. In Italia la PMA praticata da persone dello stesso sesso è vietata dalla legge 40, ma all’estero è ammessa in diversi Stati: il problema sollevato dal giudice remittente è che in Italia manca la tutela del minore nato da una pratica di PMA lecita nel paese in cui è stata praticata. Da qui discenderebbe l’illegittimità costituzionale della compressione dei diritti dei nati, su cui si

¹⁸ Così G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 marzo 2018.

¹⁹ In questo senso cfr. F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore ecc.*, in *Costituzionalismo.it* 1/2018, 176.

farebbe ricadere la responsabilità inerente all'illiceità delle tecniche adottate nella loro procreazione: diritti la cui precarietà emerge con evidenza nel caso di "separazione" tra la madre biologica e la madre intenzionale, e che certo lo strumento dell'adozione in casi particolari non può rimediare. La carenza di tutela è riconosciuta dalla Corte: «l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, per come attualmente regolato», che infatti «nello specifico caso è resa impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubabilmente, la crisi della coppia e la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale». E allora? Allora la Corte rinuncia, dichiara inammissibile la questione rinviando alla discrezionalità del legislatore il compito di trovare la soluzione. Il che significa che la lacuna nella tutela dei diritti non viene rimediata, pur essendo evidente «che i nati a seguito di PMA eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo».

Ho sempre sostenuto che la Corte costituzionale non può essere intesa come una «Corte dei diritti»: il compito di tutelare i diritti è – nel nostro ordinamento costituzionale – affidato ai giudici comuni, la Corte essendo lo strumento utile allo svolgimento della loro missione nei casi in cui la legge che essi devono applicare non tuteli correttamente i diritti garantiti dalla costituzione²⁰. Quando la Corte rifiuta di dare risposta al giudice, pur riconoscendo la violazione dei diritti costituzionali, lo lascia senza il suo supporto in attesa che sia il legislatore ad intervenire risolvendo il problema.

Nella sent. 33/2021, immediatamente successiva, la pronuncia di inammissibilità della questione produce effetti ancora più evidenti. In questo caso ad essere impugnate sono le norme vigenti (sorvolo sulla difficoltà di individuarle) che negano «secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico». La Corte si mostra particolarmente attenta a ricostruire il contesto internazionale, per altro assai noto, che esalta la prevalenza dell'interesse del minore nella valutazioni relative al riconoscimento dei suoi diritti. Ma poi, a sorpresa, interrompe questo dotto *excursus* con una affermazione che ne nega in radice il senso: «È peraltro vero che l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco». D'accordo, nessun diritto o interesse è assoluto, ci ripete la giurisprudenza storica della Corte. Ma in questo caso qual è l'interesse che prevale sulla bilancia a danno dell'interesse del minore? «Gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore».

Il concetto di «dignità dell'uomo» è molto difficile da definirsi: ma se c'è una strada che sempre trova tutti d'accordo è quella che porta a ritenere la dignità violata dall'uso strumentale della "persona" per raggiungere un determinato fine. È esemplare il caso deciso dal *Bundesverfassungsgericht* che ha annullato la «legge sulla sicurezza aerea» (*Luftsicherheitsgesetz*) proprio perché ammetteva il sacrificio dei passeggeri di un volo aereo al fine di preservare beni relevantissimi minacciati da eventuali dirottatori (1 *BvR* 357/05). Come si concilia allora il sacrificio di diritti fondamentali, chiaramente riconosciuti ai minori dalla stessa Corte, in nome dello «scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»²¹? Il rischio è chiaro alla Corte («ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento... finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata»); non può non venire in mente (e in effetti la Corte la richiama) la sentenza sui figli incestuosi, ricordata in precedenza: davvero la maternità surrogata, che in diversi ordinamenti è lecita, costituisce un "disvalore" sociale più grave dell'incesto, che credo sia ovunque vietato?

La sent. 33/2021 mi sembra una classica «sentenza suicida». In essa è proclamata a chiare lettere la violazione dei diritti dei minori procreati con modalità vietate dalla legge italiana, ma – almeno per il

²⁰ Rinvio a *Giudice*, in *Biolaw Journal - Rivista di biodiritto* (Special Issue 2/2019 "La Costituzione e il biodiritto"), 187 ss. e *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC* 4/2018.

²¹ Come è messo bene in luce da G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali* 13.05.2021, 117.

momento²² - si trasferisce al legislatore il compito di rimediare («una tale tutela dovrà, in questo caso, essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato»), indicando anche la strada, cioè un adattamento dell'istituto dell'adozione in casi particolari, che però dovrebbe essere disciplinato «in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame». La violazione dei diritti c'è ed è riccamente argomentata: ma il giudice remittente che se ne può fare di un tale riconoscimento?

La via praticata dalla giurisprudenza civile non ha alternative: se sono i giudici comuni ad assicurare la tutela dei diritti; e se la Corte costituzionale si limita a dichiarare che la legislazione vigente viola i diritti, ma non toglie dall'ordinamento le norme che provocano la lesione: i giudici sono costretti a compiere ciò che non dovrebbero compiere (perché lo vieta l'art. 101.2 Cost.): disapplicare la legge. È esattamente quello che è avvenuto quasi subito. Il Tribunale di Milano²³, accertata la violazione dei diritti di un bambino nato con surrogazione da due padri negli Stati Uniti ha ordinato che l'atto vada trascritto e riconosciuto integralmente in quanto trattandosi di minori «la loro tutela non può essere sospesa a tempo indeterminato, nell'attesa che il legislatore vari la normativa». Ed ora la Cassazione ha chiesto alle Sezioni Unite «un chiaro orientamento giurisprudenziale di legittimità in questa materia particolarmente delicata, tenendo in debito conto delle osservazioni espresse dalla Corte costituzionale»: ha correttamente ritenuto che, nel vuoto normativo, vada individuata «una linea interpretativa diversa, rispondente all'esigenza immediata di tutela del minore pur in assenza dell'intervento del legislatore sollecitato dalla Consulta»²⁴.

7. Conclusione. Si può vivere senza il legislatore?

Alla radice dei problemi che, come risulta evidente dalla sua giurisprudenza più recente, la Corte fa tanta fatica ad affrontare c'è il problema irrisolto di come inquadrare le relazioni omosessuali nella famiglia. La chiusura dichiarata dalla sent. 138/2010, con la “pietrificazione” della famiglia del codice 1942, ha cementato premesse che non consentono di affrontare i problemi più difficili che la quotidianità propone: che non sono già quelli dei rapporti tra gli adulti, ma quelli dei diritti dei figli e della «ridefinizione globale dell'istituto familiare»²⁵.

È proprio vero che nessuna altra parte dell'ordinamento risente così profondamente dell'evoluzione dei costumi e della coscienza sociale come il diritto di famiglia. Ed è fuori dubbio che dovrebbe gravare sul legislatore il compito di farsi interprete di tale evoluzione e di adeguare ad essa l'ordinamento. Il malfunzionamento della produzione legislativa è la causa dell'eccessivo aggravio dell'onere gravante sui giudici e, di riflesso, sulla Corte costituzionale. È infatti dalla legge che prende spunto tutto il resto, dal compito dei giudici di assicurare agli individui la tutela dei diritti nei termini fissati dal legislatore, alla possibilità di promuovere il ricorso alla Corte costituzionale nei casi in cui la tutela legislativa risultasse insufficiente rispetto alle garanzie costituzionali. La richiesta sociale di riconoscimento dei diritti, specie dei c.d. nuovi diritti e di aggiornare il catalogo tradizionale, non dovrebbe di regola essere rivolta al giudice, ma al legislatore. Questa sarebbe la via maestra. Possiamo essere critici verso l'attivismo dei giudici e anche nei confronti della resistenza della Corte costituzionale alle sollecitazioni che dai giudici le arrivano di continuo. Ma non si può dimenticare che è il legislatore l'anello mancante, il segmento che blocca lo sviluppo dell'ordinamento e il suo costante adeguamento alla coscienza sociale. Un ordinamento in cui il continuo sviluppo dei costumi non trova nel circuito politico-rappresentativo una risposta capace di adeguare le leggi finisce inevitabilmente con intasare le aule giudiziarie di domande che fanno fatica a trovare una risposta: una risposta che possa essere fornita con gli strumenti limitati – costituzionalmente limitati - che giudici e Corte costituzionale hanno a disposizione.

²² A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*, in *Consulta on line* 1/2021, osserva sia in questa sentenza che nella precedente una velata minaccia di un futuro intervento “ablattivo” della Corte.

²³ Trib. Milano, sez. VIII civile, 23 settembre 2021.

²⁴ Cass. civ., sez. I, ord. interlocutoria, 21 gennaio 2022, n. 1842.

²⁵ Cfr. in questo senso, commentando le due ultime sentenze della Corte costituzionale citate, F. RIMOLI, *Diritto all'omogenitorialità, best interests of the child e famiglia “naturale”*: un problema ancora irrisolto, in *Giur.cost.* 2021, 341.