

L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'Ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021

Fabio Ferrari*

THE BEST INTERESTS OF THE CHILD BETWEEN PROTOCOL 16 AND LEGISLATIVE DISCRETION (PASSING THROUGH THE REGISTRAR). NOTES ON JUDGEMENT NO. 33/2021 OF THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: The essay analyzes the recent decision n. 33 of 2021 of the Constitutional Court in the field of surrogate motherhood and best interests of the child, having particular regard to the different role played by the merit Courts (which remains subject to the law in adjudicating concrete cases) and Parliament (which has the constitutional power – and the duty as well – to regulate those very delicate issues from a more general perspective)

KEYWORDS: Medically Assisted Reproduction; international public order; procreative tourism; separation of powers; adoption law

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il giudice *a quo*: la I sez. civ. della Cassazione dalla sent. n. 19599 del 2016 all'ord. n. 8325 del 2020 – 3. Il Protocollo 16 tra mancata ratifica e interpretazione convenzionalmente consolidata – 4. Il preminente interesse del minore tra giudice comune (*rectius*: ufficiale di stato civile) e legislatore.

1. Premessa

La sentenza in oggetto appare di grande importanza per lo stretto merito della q.l.c., ma altresì per alcune affermazioni di carattere teorico-generale sul rapporto tra legislatore e giudice delle leggi: la Corte ribadisce, difatti, i limiti della propria supplenza all'inerzia legislativa, e così i confini di ammissibilità delle conseguenti decisioni manipolative; al contempo, lascia intendere però la volontà di – e ancor più importante l'implicito titolo costituzionale per – intervenire comunque in seconda battuta, qualora il monito al Parlamento dovesse rimanere inascoltato. Rispetto ai recenti e noti casi ove il superamento del classico argine delle "rime obbligate" è avvenuto tramite una tecnica decisionale letteralmente innovativa¹, nella sentenza in esame si perviene ad

* *Ricercatore senior di diritto costituzionale*, art. 24, co. 3, lett. b), L. 240/2010, presso il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università degli studi di Verona. fabio.ferrari@univr.it. La pubblicazione rientra tra le attività del team di ricerca «Processi decisionali e fonti del diritto» del Progetto di Eccellenza MIUR 2018/2022 del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Com'è evidente, il riferimento è al c.d. caso "Cappato": C. cost. n. 207 del 2018 e n. 242 del 2019, a cui si aggiunge, in attesa della sentenza definitiva, C. cost. nn. 132 del 2020 e 97 del 2021. Su questa nuova tecnica decisoria, entro una riflessione di più ampio respiro sull'evoluzione dei rapporti tra giudice costituzionale e

un tradizionale dispositivo di inammissibilità; si tratta di un dato importante, da sottolineare, che non impedisce però di cogliere quei brevi ma significativi passaggi della motivazione nei quali la Corte sembra, pur senza precisa scadenza temporale, condizionare il proprio *self-restraint* all'effettivo intervento legislativo, giudicato ormai «indefferibile»². Ma è bene procedere con ordine.

2. Il giudice a quo: la I sez. civ. della Cassazione dalla sent. n. 19599 del 2016 all'ord. n. 8325 del 2020

L'ordinanza di rimessione posta a base della decisione qui annotata chiedeva un intervento additivo alla Corte costituzionale, con il quale dichiarare illegittime le norme oggetto

«[...] nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione 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 gestazione per altri [...] del c.d. genitore d'intenzione non biologico»³

Il “diritto vivente” a cui la I sezione aveva ritenuto di non potersi adeguare si era formato a seguito di un'importante pronuncia delle Sezioni Unite (n. 12193 del 2019, in relazione ad un caso di maternità surrogata con genitorialità di due padri⁴), la quale sembrava una risposta indiretta, ma netta, ad una nota sentenza della stessa I sezione, la n. 19599 del 2016⁵. In quest'ultima, si era riconosciuto il rapporto di filiazione tra un figlio e le sue due madri (l'una gestante, l'altra donatrice dell'ovulo), le quali erano ricorse alle necessarie tecniche procreative all'estero, stante l'esplicita preclusione della l. n. 40 del 2004⁶; a tale risultato, la I sezione era giunta attraverso un'impegnativa ricostruzione teorica del ruolo del giudice nella tutela dei diritti fondamentali, ed un uso quantomeno opinabile di alcune delicate categorie elaborate dalla Corte costituzionale:

- i) l'ordine pubblico internazionale, affermava la I sezione, corrispondeva esclusivamente a quello ricavabile dai «principi fondamentali e/o supremi» dell'uomo consacrati nella Costituzione, nella Carta di Nizza, nei Trattati UE e nella CEDU⁷;

legislatore, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 3, 2021, in particolare 91 ss.

² C. cost. n. 33 del 2021, § 5.9, *cons. dir.* Forse con ancora più forza l'urgenza è espressa in C. cost. n. 32 del 2021, § 2.4.1.4, *cons. dir.*

³ C. cass., I sez. civ., ord. n. 8325 del 2020.

⁴ ...di poco seguente ad un'altra pronuncia, sempre a Sezioni Unite, concernente un tema diverso, ma con una ricostruzione dell'ordine pubblico prodromica a quella poi accolta nel 2019: C. cass., SS.UU. n. 16601 del 2017 in tema di *punitive damages*. Su entrambe, con dovizia di dettagli, M. TESCARO, *The notion of international public order and the worthy of approval recent decisions of the United Sections of the Italian Court of Cassation*, in *Eurojus*, 4, 2020, 345 ss.

⁵ In altra sede si è provato ad argomentare per quali ragioni la sentenza del 2019, nonostante il tentativo di apparire quasi un mero *distinguishing*, risulti in realtà assai lontana dall'approccio del 2016: sia consentito un rimando a F. FERRARI, *Profili costituzionale dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in *Biolaw Journal*, 2, 2020, in particolare 184 ss.

⁶ Cfr. artt. 5 e 12.

⁷ C. cass. I sez. civ., n. 19599 del 2016, § 7, diritto.

- ii) le scelte legislative integravano l'ordine pubblico solo ove espressive dei suddetti principi supremi, poiché in tali casi il legislatore era costretto ad agire senza alcuna discrezionalità⁸;
- iii) al giudice comune, dunque, era attribuito il compito di esercitare un controllo «simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale»⁹;
- iv) nel caso di specie, la scelta di precludere il ricorso a PMA a due donne, essendo espressiva di “mera” discrezionalità del legislatore italiano e non di un principio supremo, non integrava alcuna barriera di ordine pubblico¹⁰.

Al netto dell'assai lodevole e comprensibile sforzo finalizzato a garantire la massima tutela ai fanciulli nati da turismo procreativo¹¹, una tale ricostruzione destava perplessità in parte della dottrina: per una riduzione dell'ordine pubblico, sebbene internazionale, a parametro quasi inoperante; per la dubbia relazione, sotto il profilo teorico e pratico, tra principi supremi e sentenze additive; per la sovrapposizione dei ruoli tra Corte costituzionale e giudice comune; per un uso ‘eterodosso’ (in via sostanzialmente diffusa) dei principi supremi; per un richiamo non sempre rigoroso, in termini di teoria delle fonti e ambito di applicazione, al diritto internazionale pattizio; soprattutto, per lo svilimento del ruolo del legislatore, il cui dettato poteva e doveva essere direttamente aggirato in nome dei supremi principi costituzionali, senza che il giudice comune, a tal fine, fosse tenuto ad investire la Corte costituzionale¹².

La sentenza delle Sezioni Unite sopra richiamata riassetta – pare di poter dire correttamente – il rapporto tra giudice e legislatore, affermando come spetti a quest'ultimo il concreto invero dei principi costituzionali, e nello specifico la definizione dell'ordine pubblico quale barriera d'ingresso al riconoscimento degli effetti di norme e provvedimenti stranieri: dato legislativo che non può dunque essere autonomamente ignorato dal giudice (art. 101.2 Cost.), a maggior ragione ove vi sia sul punto un'esplicita preclusione penale¹³.

⁸ *Ivi.*

⁹ *Ivi.*

¹⁰ *Ivi.*

¹¹ Tra coloro i quali hanno apprezzato la pronuncia in esame, senza alcuna pretesa di completezza, si vedano A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. la corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in *articolo29.it*, 2 ottobre 2016, *passim*; G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Il Corriere giuridico*, 2, 2017, 190 ss. e M. WINKLER, *Figlio di due madri: la cassazione, la genitorialità e l'ordine pubblico internazionale*, *Quotidianogiuridico.it*, 11 ottobre 2016, *passim*.

¹² Con la stessa avvertenza di cui sopra, tra gli altri C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 119-129; O. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, in particolare 1-11; O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello “status” di figlio “nato da due madri” all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1, 2017, in particolare 171 ss. Su questa linea, altresì, F. FERRARI, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale*, cit., 174 ss.

¹³ Sulla classica teoria del diritto penale quale «minimo etico» di una comunità politica si veda V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, I, Torino, 1985, 35 ss.

Da qui, l'ordinanza di rimessione che genera la sentenza in commento: il dissenso rispetto al "diritto vivente" delle Sezioni Unite atteneva essenzialmente a due punti.

Anzitutto, l'istituto dell'adozione¹⁴, per stessa indicazione della Corte E.D.U., poteva in linea di principio fungere da mezzo alternativo al riconoscimento diretto del rapporto di genitorialità, ma a patto da garantire una protezione efficace e tempestiva del minore; ed era proprio questa circostanza a non essere rispettata, secondo la I sezione, dati i limiti strutturali dello strumento: da qui, l'ipotesi di violazione dell'art. 8 della C.E.D.U., ovviamente per il tramite dell'art. 117.1 Cost.¹⁵

In secondo luogo, in ottemperanza agli artt. 2, 3, 30, 31 Cost., non poteva tollerarsi alcun pregiudizio al minore dalle scelte procreative dei genitori: per questo era opportuno distinguere tra un ordine pubblico "discrezionale", relativo alle norme interne preclusive del ricorso alla maternità surrogata, e un analogo "costituzionale", limitato invece ai «valori supremi e vincolanti della cultura giuridica [...] trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione europea del 1950 e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE»¹⁶ e quindi senz'altro idoneo, nell'interpretazione della I sezione, a riconoscere il pieno rapporto di filiazione tra i due padri e il minore.

Su queste basi, la richiesta di intervento additivo sopra descritta.

3. Il Protocollo 16 tra mancata ratifica e interpretazione convenzionalmente consolidata

Il primo aspetto che appare di grande importanza nella decisione è il ruolo esercitato, tramite l'art. 117.1 Cost., dall'art. 8 della C.E.D.U.

È questo parametro a guidare buona parte della motivazione della Corte costituzionale, a partire dal significato ad esso attribuito dalla Corte di Strasburgo nel noto caso *Mennesson*, trattato non solo in sede giurisdizionale, bensì anche come oggetto di parere consultivo reso ex Protocollo 16¹⁷; il giudice

¹⁴ Art. 44 della l. n. 184 del 1983: «Adozione in casi particolari».

¹⁵ «[...] non può ritenersi adeguato alle prescrizioni del parere consultivo del 9 aprile 2019 il modo alternativo di riconoscimento cui fa riferimento la decisione delle Sezioni Unite e cioè l'adozione della L. n. 184 del 1983, ex art. 44, lett. d) [...] L'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, lett. d), non crea legami parentali con i congiunti dell'adottante ed esclude il diritto a succedere nei loro confronti. In sostanza vi è – sempre che il procedimento di adozione in casi particolari si concluda positivamente – una sorta di declassamento (downgrade) della relazione genitoriale e dello *status filiationis* che non può legittimarsi in alcun modo paragonandolo a quello del matrimonio fra persone dello stesso sesso in unione civile previsto dal legislatore del 2016»: C. cass. I sez. civ., ord. n. 8325 del 2020.

¹⁶ «È quindi possibile affermare che la nozione di ordine pubblico internazionale, anche se intesa come comprensiva della rilevanza di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale, nella tradizione giuridica domestica (cd. ordine pubblico discrezionale) non possa mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (cd. ordine pubblico costituzionale)»: *ivi*. La distinzione in esame era stata teorizzata in dottrina da A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *Biolaw Journal*, 1, 2019, 388.

¹⁷ Req. n. P16-2018-001. Sul caso, tra i molti, M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, *Osservatorio AIC*, 3, 2019, 181 ss.; R.G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019, § 4 ss.; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019, in particolare 13 ss.

delle leggi riconosce che la procedura d'adozione in casi particolari¹⁸ oggi prevista non risponde a quei criteri di efficacia e celerità indicati come necessari dalla Corte E.D.U.: difatti, essa non può prescindere dal consenso del genitore biologico, non attribuisce comunque il rapporto di genitorialità al genitore intenzionale, non chiarisce quale rapporto giuridico si costituisca tra il fanciullo adottato e i parenti anche più stretti dell'adottante¹⁹.

Questi limiti della disciplina interna non sembrano ottemperare, dunque, all'art. 8 della C.E.D.U.

È però interessante notare come la Corte E.D.U. abbia costruito un tale significato del "parametro" convenzionale a partire dal suo primo parere consultivo, attraverso cioè uno strumento – il Protocollo 16 – non ancora ratificato dal nostro Paese; l'ordinanza di rimessione aveva in effetti centrato i propri dubbi di costituzionalità anche, e a dire il vero in buona parte, su quella pronuncia, e proprio per questo l'Avvocatura di Stato ne aveva sottolineato immediatamente l'inammissibilità²⁰. La Corte costituzionale ha ritenuto di poter superare l'obiezione, poiché il contenuto di quel parere è poi stato confermato in successive sentenze della Corte E.D.U.²¹

Il che sembra svelare qualche crepa nella concreta effettività della scelta di uno Stato di non ratificare il Protocollo in esame: se i pareri espressi in via consultiva divengono poi la *ratio decidendi* di altre sentenze della Corte di Strasburgo, il giudice nazionale difficilmente può ignorarne il contenuto²². Ciò non significa, ovviamente, che la mancata ratifica, ove ritenuta opportuna, perda completamente di senso, essendo plurimi i dubbi espressi in merito alla positiva funzionalità del Protocollo 16²³; ma certo appare difficile pensare che i pareri consultivi possano rimanere monadi "applicabili" al solo "giudizio a quo", senza la capacità di condizionare e orientare successivamente quella stessa Corte che li

¹⁸ L. n. 184 del 1983, art. 44, c. 1, lett. d). I possibili limiti dell'istituto, quantomeno se utilizzato ai fini qui in discussione, erano già stati ampiamente sottolineati in dottrina: M.C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di cassazione italiana e di altre Corti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale.*, 2, 2020, 316-317. Ancora, con specifico riferimento anche alle sent. nn. 32 e 33 della Corte costituzionale, A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BiolawJournal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, in corso di pubblicazione, § 4 ss.

¹⁹ C. cost. n. 33 del 2021, § 5.8, *cons. dir.*

²⁰ C. cost. n. 33 del 2021, § 2.1, *rit. fat.*

²¹ C. cost. n. 33 del 2021, § 3.1, *cons. dir.*: «[...] non v'è dubbio che il parere consultivo reso dalla Corte EDU su richiesta della Corte di cassazione francese non sia vincolante, come espressamente stabilisce l'art. 5 del Protocollo n. 16 alla CEDU: né per lo Stato cui appartiene la giurisdizione richiedente, né a fortiori per gli altri Stati, tanto meno per quelli – come l'Italia – che non hanno ratificato il protocollo in questione. Ciò nondimeno, tale parere è confluito in pronunce successive, adottate in sede contenziosa dalla Corte EDU (sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia; decisione 19 novembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia)»

²² Come sottolinea E. ALBANESI, *Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?*, in *Consultaonline*, 1, 2021, 234 ss., la possibile influenza dei pareri consultivi sulla giurisprudenza della Corte E.D.U. è latente, o quantomeno potenzialmente ammessa, nelle stesse ragioni che portarono a concepire lo strumento.

²³ M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei protocolli n. 15 e n. 16 della Cedu. Appunti per l'audizione innanzi la 2^a Commissione – Giustizia della Camera dei Deputati (26 novembre 2019)*, in *Sistema penale*, 2019, 7. Per un'opposta valutazione sul punto, proprio partendo dalla tesi di Luciani, le osservazioni di C. PINELLI, *Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*, in *Giustiziasieme.it*, 3 novembre 2020, *passim*.

ha pronunciati; e dunque, di rimando, le istituzioni nazionali, seppur entro i limiti dei termini costituzionali della loro adesione alla C.E.D.U.

Se ciò è vero, sembra allora ancora più importante che la Convenzione funga da parametro interposto solo a seguito di un'interpretazione consolidata resa della Corte di Strasburgo nella sua attività pienamente giurisdizionale, come richiesto a partire dalla sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale: al netto di ogni valutazione di merito, ad oggi l'Italia non ha infatti ancora provveduto alla ratifica²⁴, e per ciò stesso sembra mancare il presupposto formale affinché le autorità giurisdizionali italiane si considerino vincolate ai pareri resi ex Protocollo 16, riconoscendo così a questi il carattere di norme interposta (117.1 Cost.²⁵); a meno che, appunto, essi non confluiscono nelle – consolidate – motivazioni delle sentenze della Corte E.D.U.²⁶

A questo proposito, è opportuno sottolineare come il tema del consolidamento interpretativo fosse del tutto assente nell'ordinanza di rimessione²⁷: ciò nonostante, la Corte costituzionale non solo ha ritenuto di non rilevare il punto, ma ha essa stessa specificato – per così dire *motu proprio* – come il consolidamento vi sia, e proprio per effetto delle due pronunce della Corte di Strasburgo seguenti al parere consultivo²⁸. Ciò può forse essere non del tutto condivisibile: il contenuto delle ravvicinate sentenze richiamate dalla Corte costituzionale sembra andare nella direzione indicata, ma è pur vero che gli esiti delle vicende *Menesson*²⁹, *Labassée*³⁰, *Paradiso e C.*³¹, e più in generale l'evoluzione dell'utilizzo del principio del “preminente interesse del minore”, hanno evidenziato i comprensibili dubbi dei giudici di Strasburgo sul tema³², il quale mette in gioco interessi giuridicamente delicatissimi ed intercetta un profilo di sicura eterogeneità nella legislazione degli Stati membri, con le relative

²⁴ Cfr. art. 7 del Protocollo 16.

²⁵ Non risulta dunque agevole comprendere su quali basi l'ord. n. 8325 affermi che «[...] nella decisione della causa non si possa prescindere dal predetto parere della Grande Camera che, sebbene non direttamente vincolante, impone scelte ermeneutiche differenti da quelle adottate dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2019».

²⁶ Ancora, sul punto, le osservazioni di E. ALBANESI, *op. cit.*, 235.

²⁷ Era sembrato opportuno sottolinearlo in sede di commento all'ordinanza: F. FERRARI, *La legge “presa sul serio”. Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, in *forumcostituzionale.it*, 2, 2020, 539.

²⁸ Cfr. C. cost. n. 33 del 2021, §§ 5.4 e 5.7, *cons. dir.: C. et E. c. Francia*, nn. 1462/18-17348/18, nonché *D c. Francia*, n. 11288/18, in tema di mancato riconoscimento della genitorialità, derivante da surrogazione di maternità, della madre intenzionale ma non biologica.

²⁹ *Menesson c. Francia*, n. 65192/11.

³⁰ *Labassée c. Francia*, n. 65941/11.

³¹ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, n. 25358/12.

³² Un'analitica ricognizione della giurisprudenza in esame è offerta da B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione “sorrette” da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 6 ss., nonché E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 87 ss., ove, in tema di applicazione del *best interest of the child* da parte della Corte E.D.U. si sottolinea l'esistenza di «ambiguità concettuali e situazioni ondivaghe» (p. 90).

conseguenze sul piano del margine di apprezzamento³³; per inciso, non sembra certo un caso che proprio su tale nodo la Corte E.D.U. sia stata chiamata a rendere il suo primo parere consultivo³⁴. Dunque, il fatto che da uno sguardo complessivo sulla giurisprudenza convenzionale in argomento possa trarsi un indirizzo interpretativo consolidato – a maggior ragione in assenza di sicuri parametri dai quali trarre in via generale quando e come ciò avvenga³⁵ – è possibile, ma non indiscutibile.

4. Il preminente interesse del minore tra giudice comune (*rectius*: ufficiale di stato civile) e legislatore

Per i motivi già accennati, la Corte costituzionale accoglie parte del ragionamento dell'ordinanza di rimessione, affermando come l'adozione in casi particolari non sia del tutto idonea a proteggere l'interesse del minore, quale che sia l'origine del concepimento: le anguste vie di quell'istituto sembrano difatti porre ostacoli irragionevoli alla preminente tutela del fanciullo. Tuttavia, prosegue la Corte, questo *vulnus* costituzionale non è correggibile con una pronuncia additiva; la pluralità degli interessi in gioco, così come il diverso bilanciamento tra essi potenzialmente configurabile, impone che ad intervenire sia il legislatore, non la Corte costituzionale.

Qui si svela il maggior punto di distanza tra la I sezione della Cassazione e il giudice delle leggi, posto che per la prima, come si è visto, l'unica soluzione possibile al fine di rimediare al difetto di tutela è il riconoscimento diretto della genitorialità.

La complessità del problema si esprime in tutta la sua evidenza: il legislatore ritiene, legittimamente, discutibile la pratica della maternità surrogata, accompagnando il suo esplicito divieto da una sanzione penale³⁶. Al contempo, non vi è ovviamente "colpa" dei genitori che possa ricadere sui figli, i quali

³³ Corte E.D.U., Req. n. P16-2018-001, § 51 ss.

³⁴ «[...] non si capisce cosa mai dovrebbe spingere il giudice nazionale a chiedere il parere, rallentando il giudizio innanzi a lui pendente, se non la sua colpevole ignoranza di tale "giurisprudenza consolidata". In realtà, è proprio in assenza di "giurisprudenza consolidata" che avrebbe senso richiedere i pareri», così M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei protocolli n. 15 e n. 16 della Cedu*, cit., 7. Quanto alle peculiarità del contesto normativo e giurisprudenziale francese da cui sorge la richiesta di parere preventivo, si veda la puntuale ricognizione di M. GIACOMINI, *op. cit.*, 171 ss.

³⁵ La richiesta del consolidamento interpretativo – al fine di poter utilizzare la C.E.D.U. quale parametro – è apparsa fin da subito, per parte della letteratura, quantomeno problematica: sia per l'oggettiva difficoltà di comprendere quando e come tale consolidamento possa ravvisarsi, sia per peculiarità proprie della Corte E.D.U. e delle sue modalità di giudizio. Su questi aspetti, per esempio, V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC*, maggio 2015, 3 ss., nonché B. RANDAZZO, *op. cit.*, 5. Da ultimo, quanto alle oscillazioni della giurisprudenza costituzionale sul "canone" in oggetto, cfr. C. cost. n. 68 del 2017, § 7, *cons. dir.* e n. 25 del 2019, § 13, *cons. dir.* Su questi aspetti, V. SCIARABBA, *La Corte Edu tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Questione giustizia*, speciale, 1, 2019, 201 ss.

³⁶ «[...] la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»: C. cost. n. 33 del 2021, § 5.1 *cons. dir.*, ribadendo quanto già avuto modo di affermare in due precedenti *obiter dicta*: C. cost. n. 272 del 2017, § 4.2 *cons. dir.* e n. 162 del 2014, § 9 *cons. dir.*

appaiono del tutto estranei – e semmai ignare vittime – delle condotte di chi li ha, anche indirettamente, generati³⁷.

L'alternativa appare secca, poiché se è vero che consentire *de jure* il riconoscimento non incide sulla persistenza formale del divieto entro i confini nazionali, limitandosi a tutelare il fanciullo³⁸, è altresì innegabile come tale opzione vanifichi, di fatto, qualunque efficacia realmente dissuasiva del precetto penale (almeno per le coppie dotate della disponibilità economica necessaria ad accedere, all'estero, a questo genere di tecniche procreative³⁹).

Ciò posto, vi è un punto per così dire preliminare che appare opportuno sottolineare: l'intera ordinanza di rimessione è costruita sull'alternativa giudice comune-legislatore, ritenendo che soltanto il pieno e libero convincimento del primo possa decidere su delicati casi come quelli oggetto della controversia⁴⁰. Ma va osservato che un eventuale accoglimento "secco" della q.l.c. avrebbe posto al centro della valutazione *non* il giudice, bensì l'ufficiale di stato civile: questi avrebbe dovuto, in linea di principio, riconoscere *de plano* la genitorialità innanzi a qualunque richiesta analoga a quella trattata dalla Cassazione nella sua ordinanza, e "normata" dalla Corte costituzionale con intervento additivo; il giudice sarebbe così entrato in gioco solo in caso di impugnazione dell'atto da parte del P.M. (o di chi ne avesse interesse), e cioè in via del tutto eventuale⁴¹.

Non si tratta affatto di un dettaglio: la delicatezza dei beni in gioco, e anzitutto lo stesso preminente interesse del minore, esige che il possibile riconoscimento coinvolga sempre il giudice, assicurando al fanciullo una piena cognizione giurisdizionale sulla vicenda del proprio concepimento, così come sulle relative conseguenze in tema di genitorialità.

Dunque, già solo per questa ragione sembra più che condivisibile l'esigenza, affermata a chiare lettere dalla Corte costituzionale, di uno strutturale intervento legislativo.

Nello specifico, va poi sottolineato come l'equazione "interesse del minore-riconoscimento della genitorialità" non sia sempre indiscutibile. Il caso *Paradiso & C.*, per esempio, mostra chiaramente come vi siano situazioni nelle quali il bene del fanciullo possa non coincidere con il mantenimento del

³⁷ Cfr. C. cost. n. 347 del 1998, § 3, *cond. dir.* Tra i molti ad aver sottolineato questo profilo in dottrina si vedano G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. revi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *forumcostituzionale.it*, 9 marzo 2018, 6 ss., e ora in Id., *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *forumcostituzionale.it*, 2, 2021, 115 ss. e B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 5, 2019, 216 ss. Cfr., inoltre, C. cost. nn. 32 e 33 del 2021, rispettivamente §§ 2.4.1.3 e 5.7.

³⁸ «Il riconoscimento della decisione straniera non comporta alcun riconoscimento del contratto di "maternità surrogata" – la cui illiceità nell'ordinamento italiano non viene in discussione nel caso in esame [...] Nessuna tutela deriva alla donna dal mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale. Mancato riconoscimento che, come si è detto, lede invece gravemente il figlio».

³⁹ Su questo aspetto, la Corte costituzionale sembra aver espresso giudizi non sempre coerenti: cfr. C. cost. n. 221 del 2019, § 14, *cons. dir.* e C. cost. n. 162 del 2014, § 13, *cons. dir.*

⁴⁰ Cfr., qui, nn. 46 e 48.

⁴¹ Sull'art. 95 dell'Ordinamento dello stato civile, avente ad oggetto il ricorso per promuovere «la rettificazione di un atto dello stato civile o la ricostituzione di un atto distrutto o smarrito o la formazione di un atto omesso o la cancellazione di un atto indebitamente registrato, o intende opporsi a un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento», si veda M. TESCARO, *sub art. 95, d.P.R. n. 396 del 2000*, in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, 2020, § 5.

rapporto familiare⁴²: si trattava senz'altro di una fattispecie concreta diversa da quella oggetto della q.l.c.⁴³, ma è pur vero che l'art. 12 della "legge 40" non differenzia le varie ipotesi di surrogazione di maternità, cristallizzando la sanzione penale a prescindere dalla natura biologica o intenzionale dei genitori che ricorrono alla tecnica⁴⁴. Peraltro, è la stessa Corte di cassazione a lasciare intendere, nella propria ordinanza, come vi possano essere casi «eccezionali» nei quali il riconoscimento vada negato⁴⁵ (sebbene ciò non sia specificato nel tipo di addizione richiesta⁴⁶).

Appare dunque opportuno chiedersi se questa valutazione possa essere completamente riservata – nei termini auspicati dalla Cassazione – al libero convincimento del singolo giudice, oppure se spetti al legislatore predisporre quantomeno una serie di indici che, ragionevolmente, guidino il giudice nell'analisi del concreto interesse del fanciullo.

Si pensi per esempio a quei neonati per i quali il legame instaurato con la famiglia committente *non* sia ancora consolidato al punto da sconsigliare qualunque recisione⁴⁷: il ricorso, da parte dei genitori, alla surrogazione di maternità all'estero in via del tutto gratuita, o al contrario contrattualizzando la madre uterina, o addirittura in spregio alle leggi di quello stesso Paese, magari servendosi di organizzazioni criminali dedite allo sfruttamento della donna (oltretutto dei minori), non rappresentano fatti

⁴² Corte E.D.U., Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, Ric. n. 25358/12: «Il fatto che i sigg. Campanelli e Paradiso» abbiano «[...] preferito aggirare la legislazione italiana in materia, sebbene fossero in possesso di un'autorizzazione all'adozione internazionale, fa pensare e temere che il minore sia uno strumento per realizzare un desiderio narcisistico della coppia o esorcizzare un problema individuale o di coppia. Tutto ciò, alla luce della condotta dei sigg. Campanelli e Paradiso nel caso di specie, getta un'ombra importante sull'esistenza di reali capacità affettive ed educative e di un istinto di solidarietà umana, che devono essere presenti in coloro che desiderano integrare i figli di altre persone nella loro vita come se fossero propri figli»: dalle conclusioni del Tribunale per i minorenni del 20 ottobre 2011, come riportate nel § 34 della sentenza.

⁴³ Nel caso *Paradiso e C.*, il legame biologico con il nascituro risultò millantato da parte di entrambi i coniugi.

⁴⁴ Art. 12, c. 6, l. n. 40 del 2004: «Chiunque, *in qualsiasi forma*, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro»; corsivi aggiunti. Sulle diverse tipologie di maternità surrogata, e sul rilievo che concettualmente può assumere anche il nome utilizzato per descrivere la pratica – maternità surrogata, gestazione per altri, utero in affitto, etc. – le riflessioni di S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, 2020, 133 ss.

⁴⁵ C. cass., I sez. civ., ord. n. 8325 del 2020: «In secondo luogo il principio della preminenza dell'interesse del minore impedisce al legislatore di imporre una sua compressione in via generale e astratta e di determinare conseguentemente un affievolimento ex lege del diritto al riconoscimento dello status filiationis legalmente acquisito all'estero. Un simile diniego non può che essere il frutto di una valutazione in sede giurisdizionale e sulla base di una considerazione rigorosa del caso concreto che conduca a ritenere, *in via eccezionale*, corrispondente all'interesse specifico del minore il mancato riconoscimento dello stato di filiazione», corsivo aggiunto.

⁴⁶ È vero che il caso aveva a che fare con una forma gratuita ed altruistica di gestazioni per altri (da cui, ovviamente, la necessaria rilevanza della q.l.c.): ma l'addizione è richiesta senza questa precisazione, così da comportare il rischio – almeno in linea di principio, in caso di accoglimento "secco" – della non pertinenza della tipologia di pratica svolta (anche per l'oggettiva difficoltà dell'ufficiale di stato civile di ricostruire gli eventi concretamente verificatesi). Cfr. inoltre, qui, n. 48.

⁴⁷ «Lasso di tempo sufficientemente ampio», secondo C. cost. n. 32 del 2021, § 2.4.1.2, *cons. dir.*, riprendendo la giurisprudenza della Corte E.D.U.

che dovrebbe forse contribuire a calibrare il giudizio del giudice sulla riconoscibilità?⁴⁸ E, nelle stesse condizioni di un legame ancora in genesi di consolidamento, l'eccessiva distanza di età tra i due genitori e il fanciullo – elemento che la legislazione vigente ritiene, comprensibilmente, preclusivo per l'adozione⁴⁹ – non potrebbe rivestire una qualche importanza?

Pare opportuno ricordare che le situazioni che il giudice deve valutare possono essere estremamente eterogenee: due genitori che da anni vivono in un Paese nel quale la surrogazione di maternità è consentita, e che attraverso quella tecnica hanno concepito e poi cresciuto un figlio, mantengono con il piccolo un rapporto che difficilmente può essere reciso senza un serio danno a tutte le componenti della famiglia. Ma ben diverso appare il caso della coppia italiana che si reca all'estero aggirando la normativa interna, utilizzando le tecniche ivi (legalmente o non) consentite, per poi tornare in Italia con il neonato in fasce. In questo secondo caso, il riconoscimento automatico della genitorialità, scevro da qualunque valutazione aderente alle peculiarità del caso, più che proteggere l'interesse del minore sembra soddisfare il «preteso diritto alla genitorialità della coppia»⁵⁰.

Al netto delle innumerevoli, ulteriori gradazioni intermedie, è per esempi come il secondo che la *ratio* della preclusione penale oggi esistente sembra dover valere. Il fatto che il divieto non possa comunque intaccare il preminente interesse del minore è comprensibile: ma è proprio nell'interesse del minore che, ove manchi un sano e già consolidato rapporto, altri elementi devono essere presi in considerazione, compresi quelli attinenti al modo in cui i genitori hanno “concepito” il minore; e che tale valutazione debba essere completamente lasciata alla discrezionalità di un singolo giudice, senza che il legislatore possa esercitare un minimo di influenza sul modo attraverso cui egli forma il proprio libero convincimento, non sembra del tutto condivisibile⁵¹.

⁴⁸ Come si accennava, in motivazione – ma non nel dispositivo – dell'ord. n. 8325 del 2020 si sottolinea come «non può apparire irrilevante che la gestazione in questione sia avvenuta nel pieno rispetto delle leggi di un Paese, quale il Canada, che condivide i fondamentali valori della nostra Costituzione e legittima solo la “maternità surrogata” altruistica [...] Tale fattispecie ispirata da intenti solidaristici va distinta da quelle ipotesi in cui, invece, questa stessa pratica è realizzata con finalità di tipo commerciale. Situazioni, queste ultime, che all'evidenza meriterebbero una differente valutazione in termini assiologici e normativi, alle quali invece – seguendo la linea interpretativa che ricostruisce in termini assoluti il limite dell'ordine pubblico – si è costretti ad accordare il medesimo trattamento». Cfr. inoltre, le riflessioni sul punto di M.C. BARUFFI, *op. cit.*, 317.

⁴⁹ Cfr., per esempio, l'art. 6 della l. n. 184 del 1983, così come l'art. 291 c.c. In tema di adozione del maggiorenne, si veda però C. cass., I sez. civ., n. 7667 del 2020, qui richiamata a n. 81.

⁵⁰ C. cost. n. 33 del 2021, § 5.4, *cons. dir.* Sul punto, però, cfr. altresì C. cost. n. 162 del 2014, § 6, *cons. dir.* e n. 221 del 2019, § 16 *cons. dir.* Sulle possibili contraddizioni tra le due ultime sentenze citate si vedano i contributi pubblicati in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2021, di M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, § 2 ss., C. TRIODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”. La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, § 2 ss. e A. Cossiri, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, § 2 ss. Da una prospettiva di più ampio respiro, ma con evidenti ricadute sulla disciplina in tema di PMA, A. D'ALOIA, *Natura, scienza, diritto: relazioni incrociate*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 3, 2020, 123 ss. e sempre di recente S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Napoli, 2020, 205 ss.

⁵¹ Si pensi al caso oggetto del decreto 28 dicembre 2016 della Corte d'appello di Milano, ricostruito da B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2017, 236 ss.: «[...] due minori, nati da parto gemellare di una madre biologica che in California aveva accettato il contestuale impianto di due ovuli, provenienti da una medesima madre genetica donatrice e fecondati da spermatozoi di due padri, portando a compimento la contemporanea gravidanza in favore dei due diversi padri genetici [...] la madre biologica scompare, insieme

Il giudice è *dominus* della vicenda concreta, ed esprime un giudizio *inter partes* con ricadute che tecnicamente sono destinate a risolvere la specificità del caso, e in linea di principio soltanto quella⁵². Ma la prospettiva del legislatore è diversa, dovendo questi tentare di costruire una legislazione dotata di un minimo di coerenza complessiva⁵³: e in tale ottica non possono sfuggire gli effetti paradossali di recenti vicende che testimoniano come il sistema, se non adeguatamente disciplinato dal legislatore, possa diventare schizofrenico, con esiti che appaiono lontani da una concezione minima del principio di eguaglianza⁵⁴. Negli stessi giorni in cui si depositava l'ordinanza di rimessione che ha dato luogo alla pronuncia in esame, la medesima I sezione civile respingeva la richiesta di due donne divenute madri attraverso il ricorso a fecondazione eterologa all'estero, salvo poi concludere la gravidanza in Italia⁵⁵; il caso, assai simile a quello trattato in C. cass. n. 19599 del 2016⁵⁶, portava così ad un esito diametralmente opposto, poiché nessun concetto promozionale o ristretto di ordine pubblico

alla donatrice anonima degli ovuli (madre genetica). In realtà, la rimozione della maternità è avvenuta “a monte”, secondo le leggi del paese in cui è avvenuta la nascita ed in cui si è perfezionato un atto di nascita che, conformemente alla normativa ivi vigente, riconosce una doppia paternità: l'ordinamento nazionale, nel contesto di una procedura rivolta alla trascrizione dell'atto di nascita straniero, si limita a recepirlo, concentrando la propria attenzione alla rilevanza della situazione “a valle”».

⁵² Sul modello costituzionale di tutela dei diritti, R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4, 2018, *passim*. in particolare, 636

⁵³ *Ibidem*, 636: «Dunque, mentre il giudice riceve e accoglie (se accoglie) una richiesta di tutela espressa in termini assoluti, ma circoscritta nel perimetro tracciato dalla sequenza caso-domanda-interesse ad agire, al legislatore spetta di dare al diritto in questione un riconoscimento generale ma circostanziato, cioè di affermare contestualmente il diritto e i suoi limiti. Il giudice può amministrare la concorrenza degli interessi nei termini in cui essi siano fissati dalla legge e rappresentati nel giudizio; il legislatore invece deve prefigurarsi – anche stimolato dal dibattito parlamentare – tutti gli interessi che possono essere incisi dal riconoscimento legislativo di un determinato diritto, e provvedere a regolarne il concorso».

⁵⁴ Com'è noto, situazioni uguali implicano trattamenti uniformi

⁵⁵ C. cass., I sez. civ., n. 7668 del 2020. Vero è che, rispetto al precedente del 2016, in questo caso il rapporto biologico sussisteva con una madre soltanto. Ma l'esito, a nascita avvenuta in Italia, non sarebbe stato comunque difforme, stante l'esplicita preclusione degli artt. 5 e 12.2 della l. n. 40 del 2004. Sul punto, altresì, C. cost. n. 221 del 2019, § 12, *cons. dir.*

⁵⁶ Cfr., qui, § 2.

internazionale poteva essere invocato⁵⁷, essendo pacifica la piena applicabilità – dato il luogo di nascita – della *lex fori* nazionale⁵⁸.

Non si vuole contestare il contenuto della sentenza, che appare formalmente ineccepibile (e condivisibile); sembra però assai opinabile che fattispecie concrete sostanzialmente identiche ottengano un trattamento così nettamente difforme⁵⁹. Da qui, le alternative sembrano esigue: o, come problematichamente sottolineato dalla Corte costituzionale, si adatta la legislazione italiana alla più flessibile delle legislazioni straniere, rinunciando a qualunque potestà legislativa dello Stato sul punto⁶⁰; oppure, come accaduto, si ritengano costituzionalmente meritevoli i limiti previsti dalla legge interna, si tenta legislativamente di disincentivare quanto più possibile il ricorso a questa tecnica anche

⁵⁷ La differenza tra ordine pubblico “interno” ed “internazionale” è ormai assodata in dottrina e in giurisprudenza: L. FUMAGALLI, *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann., IV, Milano, 2011, 487, n. 86, il quale ricorda che «[u]na tale distinzione si è formata nella giurisprudenza francese, soprattutto per effetto della sentenza della *Cour de cassation* 25 maggio 1948 [...] in cui i principi di ordine pubblico vengono definiti come “*principes de justice universelle considérés dans l’opinion française comme doués de valeur internationale absolue*”, ed è stata accolta anche nella dottrina e nella giurisprudenza italiana: così Cass., sez. un., 8 gennaio 1981, n. 189 [...] [che] all’ordine pubblico interno, inteso come “il complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un dato momento storico e dei principi inderogabili che sono immanenti nei più importanti istituti giuridici”, contrappone l’ordine pubblico internazionale, sottolineando “il carattere universale dei principi comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi alla tutela di alcuni diritti fondamentali dell’uomo, spesso solennemente sanciti in dichiarazioni o convenzioni internazionali”». Ancora, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, I, Parte generale e obbligazioni*, Torino, 2017, 258 ss. Sulle diverse, possibili accezioni di ordine pubblico internazionale si veda M. Tesaro, *L’ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in *Nuovo diritto civile*, 1, 2020, 24 ss.

⁵⁸ Sulla pronuncia, le osservazioni di E. TROTTA, *Prevalenza della verità biologica nella redazione degli atti di stato civile e tutela della “genitorialità intenzionale”*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2020, in particolare § 4.

⁵⁹ Commentando la nota (e quanto a fattispecie concreta simile alla sentenza della Cassazione qui esaminata) C. cost. n. 230 del 2020, pur da una prospettiva difforme rispetto a quella qui sposata parla giustamente di «figli di un dio minore» M. PICCHI, *“Figli di un dio minore”: quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in *forumcostituzionale.it*, 1, 2021, *passim*. Apprezzamenti alla pronuncia sono invece espressi, sotto diversi profili e in particolar modo per quanto concerne la valorizzazione del ruolo del legislatore nella disciplina di temi di questa natura, da E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2021, *passim*.

⁶⁰ Cfr. C. cost. n. 221 del 2019, § 14, *cons. dir.*: «In assenza di altri vulnera costituzionali, il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all’estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione. La circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l’ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia». Tuttavia, come già accennato a (cfr., qui, n. 50), in senso almeno parzialmente contrario sembra andare C. cost. n. 162 del 2014, § 13, *cons. dir.* (su cui M.E. D’AMICO, *L’incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BiolawJournal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014, 30). Quanto alla distonia sul punto tra le due pronunce, C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”. La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, cit., 2629.

all'estero⁶¹, senza che ciò significhi apriori pregiudicare il minore: anzi, come si è visto sopra, potenzialmente nel suo stesso interesse.

D'altra parte, se veramente la strada del riconoscimento diretto fosse considerata l'unica costituzionalmente idonea a garantire un interesse di questa natura, nemmeno un caso come quello appena descritto, o lo stesso ricorso illecito a maternità surrogata in Italia, osterebbero ragionevolmente al riconoscimento della genitorialità: seguendo l'interpretazione qui discussa, l'interesse del minore avrebbe motivo di erodere qualunque vincolo imposto dal diritto positivo, essendo sempre possibile separare la tecnica di concepimento – legale o illegale, avvenuta in territorio nazionale o estero – dalla tutela del nascituro⁶². E lo stesso dovrebbe accadere per vicende eticamente altrettanto sensibili, come per esempio il ricongiungimento familiare di un minore la cui madre è unita a matrimonio poligamico: tema che la normativa europea disciplina proteggendo gli ordinamenti degli Stati e le peculiarità classiche del loro diritto di famiglia⁶³, ma sul quale è in corso un dibattito dottrinale volto in parte proprio a superare gli ostacoli all'unione del minore – nel nome del suo preminente interesse – con la propria madre, moglie poligama, il relativo padre e le eventuali altri “mogli” in territorio italiano⁶⁴.

Anche in queste occasioni la condizione del fanciullo deve essere oggetto di particolare attenzione, ma una tale complessità non può – a parer di chi scrive – essere governata da un graduale e costante incedere giurisprudenziale⁶⁵, rendendosi necessario un intervento del legislatore: ossia del soggetto

⁶¹ Quanto alle coppie eterosessuali, non può essere ignorata, per esempio, la quantità di comprensibili ostacoli materiali, economici, attitudinali e psicologici che puntellano l'adozione internazionale dei fanciulli (anch'essi minori e anch'essi portatori di un interesse “preminente”), che certo rischia di perdere qualunque *appeal* innanzi alla possibilità di accesso a tecniche procreative non consentite in Italia, chiedendo poi un riconoscimento immediato e *de plano* della genitorialità. Sui presupposti per l'adozione, *ex pluribus*, S. MATTEINI CHIARI, *Adozione. Nazionale, internazionale e affidamento a terzi*, Milano, 2019, 280 ss.

⁶² Sulla scorta di quanto previsto dai commi 1 e 2 dell'art. 9 della stessa legge n. 40 del 2004, in tema di disconoscimento paterno (o mancata indicazione della madre nell'atto di nascita) a seguito di fecondazione eterologa, sul cui divieto di pratica procreativa è successivamente intervenuta la nota sentenza n. 162 del 2014.

⁶³ Cfr. Dir. 2003/86/CE, art. 4.4: «In caso di matrimonio poligamo, se il soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza il ricongiungimento familiare di un altro coniuge. In deroga al paragrafo 1, lettera c), gli Stati membri possono limitare il ricongiungimento familiare dei figli minorenni del soggiornante e di un altro coniuge»; il paragrafo 1, lett. c., prevederebbe che «[...] gli Stati membri autorizzano l'ingresso e il soggiorno dei seguenti familiari [...] i figli minorenni, compresi quelli adottati, del soggiornante, quando quest'ultimo sia titolare dell'affidamento e responsabile del loro mantenimento. Gli Stati membri possono autorizzare il ricongiungimento dei figli affidati ad entrambi i genitori, a condizione che l'altro titolare dell'affidamento abbia dato il suo consenso».

⁶⁴ Da ultimo, con ampio richiamo alle problematiche relazioni tra ricongiungimento familiare e casi di poligamia, nonché al dibattito dottrinale sul punto, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Ordine pubblico matrimoniale e poligamia nella disciplina del ricongiungimento familiare*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2019, in particolare 428 ss.

⁶⁵ «Il dibattito pubblico – specie se ha ad oggetto questioni delicate, o addirittura quelle che si definiscono “scelte tragiche” – non andrebbe “chiuso” a colpi di sentenze di accoglimento»: la condivisibile osservazione è di N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, 15.

rappresentativo abilitato non solo ad interpretare *rebus sic stantibus* la «coscienza sociale»⁶⁶, ma soprattutto a tradurla in fonti, delimitando così i confini ermeneutici del potere giudiziario⁶⁷.

Da ultimo, non appaiono del tutto calzanti due obiezioni solitamente poste al mancato riconoscimento diretto, e mosse proprio denunciando una limite di coerenza complessiva del sistema: da un lato, la previsione originaria dell'art. 9 della "legge 40", che pur precludendo allora la fecondazione eterologa vietava, ove queste fosse comunque avvenuta, il disconoscimento paterno; dall'altro, la storica sentenza n. 494 del 2002 della Corte costituzionale sui diritti dei figli incestuosi; l'una e l'altra, si argomenta, dimostrerebbero l'irrazionalità dei vincoli oggi esistenti al pieno riconoscimento, nonché, quel che più grave, il pregiudizio derivante al preminente interesse del minore.

Quanto alla prima, non sembra paragonabile lo stigma etico che accompagna le due diverse pratiche, e che può suggerire di valutare diversamente, nell'interesse dello stesso minore, l'azione dei genitori che hanno fatto ricorso all'una o all'altra tecnica: basti, a tal proposito, richiamare sia le preoccupazioni che a livello internazionale accompagnano la gestazione per altri (e che certo non si constatano in tema di fecondazione eterologa⁶⁸), sia – appunto – il ben diverso giudizio espresso dalla Corte costituzionale sulle due tecniche⁶⁹.

⁶⁶ *Ivi*. Di recente, sul tema, altresì V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2021, in particolare 379 ss.

⁶⁷ Ciò, per una ragione che si colloca al cuore del sistema costituzionale, ossia la relazione tra fonti e potere politico; e dunque, in ultima analisi, tra fonti e sovranità popolare: sul punto, L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann., II, Milano, 2008, 547; R. BIN, *Cose e idee, Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 1, 2019, *passim* e M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3, 2012, in particolare 4 ss. Sulla persistente idoneità della gerarchia a fungere ancora oggi da criterio ordinante delle fonti del diritto, le riflessioni di M. PEDRAZZA GORLERO, *L'ordine frattale delle fonti del diritto*, Padova, 2012, in particolare per quanto qui interessa 51 ss. Si vedano inoltre le osservazioni delle SS.UU. della Corte di Cassazione, sent. n. 15144 del 2012: «[...] nel quadro degli equilibri costituzionali (ispirati al principio classico della divisione dei poteri) i giudici (estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche) sono appunto (per disposto dell'art. 101 Cost., comma 2), "soggetti alla legge". Il che realizza l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima».

⁶⁸ Guardando al dibattito interno all'U.E., [la Risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2015 sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia](#), al § 115, «condanna la pratica della surrogazione, che compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce; ritiene che la pratica della gestazione surrogata che prevede lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei paesi in via di sviluppo, debba essere proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani». Tre anni dopo, l'analogo [documento](#), al § 48, chiede con ben altro tono «[...] di introdurre chiari principi e strumenti giuridici per far fronte alle violazioni dei diritti umani correlate alla gravidanza surrogata». Da ultimo, nel [discorso sullo stato dell'Unione europea per l'anno 2020](#), la Presidente della Commissione, Ursula von der Leyen, ha affermato: «[...] I will also push for mutual recognition of family relations in the EU. If you are parent in one country, you are parent in every country» A livello internazionale, si vedano per esempio i seguenti report: <https://www.balcanicaucaso.org/aree/Ucraina/L-Ucraina-delle-madri-surrogate-203929>; <https://www.internazionale.it/notizie/2016/03/03/maternita-surrogata-dove-regole>.

⁶⁹ C. cost. n. 162 del 2014. Sulle differenze tra le due tecniche procreative, E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, cit., 6 ss., ed in tema di specificità (e problematicità) della gestazione per altri, L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel*

Quanto alla seconda, la volontà di non far ricadere sui figli le colpe dei padri incestuosi è senz'altro indubbia⁷⁰, ma quella sentenza, così come il quadro legislativo che ne è seguito, merita alcune sottolineature che appaiono di altro tenore: 1) si trattò di un'azione per la dichiarazione di paternità (ex art. 278 c.c.), tutta incentrata sulla consapevole volontà del figlio maggiorenne di perseguire quell'obiettivo, valutandolo coerente al proprio interesse; non, dunque, di una richiesta di riconoscimento attivata del genitore (ex art. 251 c.c.⁷¹); 2) esattamente su questo punto, la Corte escluse con nettezza che il significato del dispositivo potesse coinvolgere anche il riconoscimento diretto da parte del genitore, il quale rimaneva dunque precluso⁷²; 3) rispetto a quanto affermato dalla Corte costituzionale nel 2002, le recenti modifiche legislative al diritto di famiglia hanno di fatto reso più impervia la strada per la dichiarazione ex art. 278 c.c., e consentito il riconoscimento ex art. 251 c.c. in modo tutt'altro che automatico⁷³; 4) da ultimo, detto che in queste procedure, a differenza di quanto sopra

paradigma costituzionale, Torino, 2018, 139 ss., nonché M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, 353 ss. Nello specifico dell'eterologa, seri dubbi sul divieto legislativo furono avanzati fin dai primi commenti alla "legge 40" (a compendio, M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita, Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2007, § 6); quanto al lungo cammino giurisprudenziale culminato nella rimozione del divieto legislativo di eterologa, S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020, 143 ss., ed in particolare sulla sentenza, P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *forumcostituzionale.it*, 5 marzo 2015, *passim*.

⁷⁰ C. cost. n. 494 del 2002, § 6.1, *cons. dir.*: «l'adozione di misure sanzionatorie [...] che coinvolga soggetti totalmente privi di responsabilità – come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare – non sarebbe giustificabile se non in base a una concezione "totalitaria" della famiglia».

⁷¹ *Ivi*, § 2, *cons. dir.*: «La questione [...] investe esclusivamente un aspetto della disciplina relativa alla dichiarazione giudiziale di paternità e maternità. Ciò risulta dall'oggetto del giudizio davanti al giudice rimettente (riferito nella narrativa dei fatti di causa) e si riflette nella formula dispositiva dell'ordinanza di rimessione (riportata testualmente nel punto 1 di questa motivazione in diritto). Gli stessi parametri costituzionali e i diritti che essi, in ipotesi, proteggono, per come sono configurati e invocati, riguardano, nel rapporto di filiazione, il lato dei figli e non quello dei genitori».

⁷² *Ivi*, § 8, *cons. dir.*: «Dall'accoglimento della questione nei termini precisati alla lettera (a) del punto 2 di questa motivazione in diritto [...] – d'accoglimento che *non coinvolge il parallelo divieto di riconoscimento nelle medesime ipotesi* – deriva come conseguenza della presente decisione, che l'art. 269, primo comma, del codice civile, deve essere interpretato (secondo la sua formulazione letterale) nel senso che la paternità e la maternità naturali possono essere dichiarate nelle ipotesi in cui il riconoscimento è ammesso, *ma non nel senso reciproco: cioè anche che il riconoscimento sia effettuabile in tutte le ipotesi in cui vi possa essere la dichiarazione giudiziale*» corsivi aggiunti. Sul punto, le riflessioni di S. TROIANO, *sub art. 251 c.c.*, in A. ZACCARIA (a cura di), *op. cit.*, § 1: «A sostegno di questa soluzione si argomentava dall'idea che il riconoscimento, a differenza della azione di dichiarazione di paternità e maternità, che è prevista nell'interesse del figlio, è un atto rispondente, invece, all'interesse del genitore: il divieto di riconoscere i figli incestuosi non era dunque considerato irragionevole né lesivo degli interessi del figlio, in quanto volto a sanzionare esclusivamente il comportamento riprovevole del genitore».

⁷³ Quanto all'art. 251 c.c., S. TROIANO, *op. cit.*, § 5: «Il criterio del preminente interesse del figlio rende opportuna la previsione dell'autorizzazione giudiziale [...] non essendo dubbio che alla luce delle circostanze concrete, almeno in taluni casi, l'accertamento della filiazione tra parenti possa cagionare un pregiudizio al figlio, anche solo psicologico o morale (ad es., il rischio di un pregiudizio per il figlio potrebbe essere più elevato nei casi in cui la relazione incestuosa sia stata il frutto di un abuso». Ancora, G. BASINI, *sub art. 251 c.c.*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Commentario ipertestuale al Codice Civile*, § 2: «Uno dei meriti

descritto, il giudice è sempre coinvolto, è bene non dimenticare che il reato di incesto punito ex art. 564 c.p. prevede, ancora oggi, la pena accessoria della perdita della genitorialità⁷⁴.

Per l'insieme di queste ragioni, la sent. n. 33 del 2021 della Corte costituzionale, al netto di alcuni possibili profili problematici, appare assai apprezzabile: l'interesse del minore, senz'altro peculiare e preminente⁷⁵, deve comunque essere valutato all'interno di una visione complessiva dell'ordinamento e della sua "legalità costituzionale"⁷⁶, e può non coincidere apriori con il riconoscimento della genitorialità. Una tale considerazione in concreto coinvolge il giudice, ma il contesto normativo entro cui questa valutazione si svolge – modalità di adozione rafforzata, particolari forme di riconoscimento *ad hoc* istituite, etc. – implica una ragionevole disciplina del legislatore: ciò, sia per assicurare che proprio l'intervento del giudice sia condizione *necessaria* per il riconoscimento (e non mera ipotesi eventuale), sia per contemperare un insieme di interessi che trascendono le specifiche valutazioni della singola causa⁷⁷.

Il discutibile tentativo di taluni giudici comuni⁷⁸ di far dipendere l'ordine pubblico da una applicazione in via diffusa della Costituzione, o addirittura dei suoi principi supremi⁷⁹, ha dunque trovato nella Corte costituzionale e nelle Sezioni Unite⁸⁰ un fondamentale argine⁸¹.

che sono stati attribuiti alla riforma della filiazione attuata nel 2012 e nel 2013, consiste proprio nell'aver, finalmente, consentito anche il riconoscimento dei figli, c.d. "incestuosi", in modo da non fare più ricadere sui figli le conseguenze di una "colpa" che fu solo dei genitori [...] A ben vedere, tuttavia, l'attuale situazione degli "incestuosi", rispetto all'acquisto dello stato di figlio, appare non tanto migliorata, ma, forse addirittura peggiorata», poiché «i figli c.d. "incestuosi", mentre, dopo la sentenza della Consulta del 2002 e fino al 2013, potevano agire per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale come ogni altro soggetto, ora dovranno prima affrontare un giudizio per l'autorizzazione ex art. 251, e solo dopo, se autorizzati potranno agire per la dichiarazione giudiziale. Una tale situazione sembra replicare, per i soli figli "incestuosi", quella che era in essere per tutti i figli che avessero agito per la dichiarazione giudiziale, prima della dichiarazione di illegittimità dell'art. 274, e del, criticatissimo, giudizio di delibazione colà previsto» e dello stesso A., *ivi*, *sub* art. 278 c.c., § 2, ove si sottolinea come «[...] rendere necessaria, solo per i figli "incestuosi", la "previa autorizzazione ai sensi dell'articolo 251", anche ai fini della dichiarazione di paternità e maternità [...] rend[e] assai più incerto, più lungo, e più complicato, oggi, per questi soggetti, arrivare alla dichiarazione giudiziale della filiazione, ed all'acquisto dello stato, di quanto non fosse sotto la disciplina previgente, a partire dal 2002 (anno della sopra menzionata sentenza della Consulta). Ancora, A. VENTURELLI, *sub* art. 278 c.c., in A. ZACCARIA (a cura di), *op. cit.*, *passim*.

⁷⁴ Art. 564, c. 4, c.p.: «La condanna pronunciata contro il genitore importa la perdita della responsabilità genitoriale».

⁷⁵ Sugli equivoci derivanti dalla traduzione in italiano della prescrizione contenuta nella Convenzione dei diritti del minore del 1989, originariamente redatta in inglese e francese, e concernente appunto il "superiore interesse del minore", le importanti riflessioni di L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2016, 86-88 ed E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, *cit.*, 77 ss. Com'è del tutto evidente, tali equivoci non appaiono delle inezie, posto che *nomina sunt consequentia rerum*.

⁷⁶ Su cui M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, 451.

⁷⁷ Come ricordato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza "gemella", n. 32 del 2021, § 2.4.1.4, *cons. dir.*

⁷⁸ Quanto agli effetti esercitati da C. cass., I sez. civ., n. 19599 del 2016 sui successivi giudizi di merito e legittimità (tra cui la stessa ordinanza di rimessione n. 8325 del 2020 posta alla base della presente sentenza), si vedano C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, *cit.*, 123 e U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2019, 740, n. 17. Quanto invece alla giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite del 2017-2019, e al suo oscillante contenuto («*fluctuatqin*»), ancora M. TESCARO, *The notion of international public order and the worthy of approval recent decisions of the United Sections of the Italian Court of Cassation*, *cit.*, 349 ss.

Sullo stretto piano del processo costituzionale, non è tuttavia agile comprendere cosa potrà accadere in caso di prolungata inerzia del legislatore, posto lo *stress* sempre più intenso a cui è sottoposta la tradizionale relazione “rime obbligate-pronunce additive”⁸², e che sembra emergere anche dai passaggi della sentenza riportati qui in apertura: con tutte le comprensibili preoccupazioni del caso⁸³.

⁷⁹ Cfr. C. cost. n. 19599 del 2016 (qui, § 2).

⁸⁰ Cfr. le più volte richiamate C. cass., SS.UU., n. 16601 del 2017 e n. 12193 del 2019.

⁸¹ ...sebbene appaia a tutt'oggi persistere una certa ritrosia a rispettare il dato del diritto positivo (art. 101.2 Cost.), e quindi, in ultima analisi, il principio di separazione dei poteri: si veda, per esempio, C. cass., I sez. civ., n. 7667 del 2020 in tema di limiti di età nell'adozione del maggiorenne, ove attraverso il ricorso ad un amplissimo concetto di interpretazione costituzionalmente conforme, si disapplicano le previsioni legislative (giudicate «vetuste ed anacronistiche»), senza sollevare q.l.c. Quanto invece alla pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione, n. 9006 del 2021, la quale ha stabilito «che una coppia omosessuale maschile può aver trascritto nel nostro paese l'adozione piena (o legittimante) del figlio ottenuta all'estero, purché non abbia fatto ricorso alla maternità surrogata», cfr. le riflessioni di S. CURRERI, *Quali sono i limiti dell'interpretazione "costituzionalmente orientata" del giudice ordinario? (riflessioni a margine dell'apertura della Cassazione alle adozioni delle coppie "omoaffettive")*, in *Iacostituzione.info*, 20 aprile 2021 e da una diversa prospettiva M. TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in corso di pubblicazione in *BiolawJournal – Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021, §§ 5-6.

⁸² M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 649-654 e G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Consultaonline*, 3 febbraio 2020, *passim*. Una ricostruzione più generale dell'origine e degli sviluppi delle sentenze manipolative, dalla prospettiva del rapporto tra Corte costituzionale e giudici comuni, è stata di recente offerta da A. PUGIOTTO, *Dalla porta stretta alla fuga dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2016, 163 ss.

⁸³ Oltre a quanto già segnalato in apertura di questo scritto sul punto, nello specifico delle sentt. nn. 32 e 33 della Corte costituzionale si vedano le riflessioni di A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consultaonline*, 1, 2021, *passim*.