

## Attivismo dei giudici comuni e omissioni del legislatore: gli effetti del “turismo procreativo” sull’ordinamento interno

Fabio Ferrari\*

JUDICIAL ACTIVISM AND LEGISLATIVE OMISSIONS: THE EFFECTS OF THE “PROCREATIVE TOURISM” ON THE ITALIAN LEGAL ORDER

ABSTRACT: The essay analyzes the different role played both by the Courts and the Parliament in addressing the issue of the legal effects of the “procreative tourism” on the Italian legal system.

KEYWORDS: Medically Assisted Reproduction; procreative tourism; counterlimits; separation of powers; best interests of the child

ABSTRACT: Il contributo analizza il ruolo di Corti e Parlamento innanzi agli effetti del “turismo procreativo” sull’ordinamento nazionale.

PAROLE CHIAVE: Procreazione medicalmente assistita; turismo procreativo; ordine pubblico internazionale; separazione dei poteri; interesse superiore del minore

SOMMARIO: 1. Il tema – 1.1. L’adozione in casi particolari in luogo del riconoscimento – 1.2. La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale – 1.3. Il veto superabile del genitore biologico («la giurisprudenza non è fonte del diritto») – 2. Il legislatore inerte – 3. Conclusioni.

### 1. Il tema

**S**i è soliti affermare che il riconoscimento della filiazione concepita tramite “turismo procreativo”<sup>1</sup> non comporti alcuna conseguenza per l’ordinamento interno, limitandosi a proteggere il preminente interesse del minore.

Pare invece a chi scrive che gli effetti vi siano, e pure di particolare rilievo, incidendo *in primis* sul ruolo del giudice comune e sul vincolo ad egli imposto dall’art. 101, c. 2 Cost.

Si offrono a questo proposito tre esempi.

---

\* Professore associato di Diritto costituzionale nell’Università degli studi di Verona. Mail: [fabio.ferrari@univr.it](mailto:fabio.ferrari@univr.it). Trattandosi della trasposizione per iscritto di una relazione a convegno, la bibliografia e i riferimenti giurisprudenziali saranno limitati all’essenziale. Per ulteriori approfondimenti in questo senso, sia consentito un rinvio a F. FERRARI, Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico, Milano, 2023. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Neologismo – ormai accolto anche nel lessico non specializzato: cfr. *treccani.it* – la cui paternità sembra attribuire a B.M KNOPPERS, S. LEBRIS S., *Recent advances in medically assisted conception*, in *American Journal of Law and Medicine*, 17, 1991, 329 ss.

### 1.1. L'adozione in casi particolari in luogo del riconoscimento

Nel 2016, la Corte di cassazione consente per la prima volta di utilizzare l'istituto dell'adozione in casi particolari per creare un vincolo genitoriale tra il *partner* del genitore biologico e il figlio di quest'ultimo<sup>2</sup>.

Si tratta di un'opzione ermeneutica oggi pacifica in giurisprudenza, ma ciò non toglie che rimanga difficilmente condivisibile, come peraltro sottolineato anche in letteratura già a ridosso della decisione<sup>3</sup>. Né la lettera, né la *ratio* dell'istituto in esame sembrano permettere tale risultato: quanto al primo aspetto, non può esservi «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» senza una preventiva dichiarazione di «stato di adottabilità»<sup>4</sup>; in merito al secondo, è difficile credere che una disposizione nata per tutelare casi particolari, puntualmente descritti, divenga un grimaldello con cui consentire al giudice di disporre l'adozione ogni qual volta la legge espressamente non lo consenta<sup>5</sup>. L'eterogenesi dei fini non è preclusa all'interprete<sup>6</sup>, ma dovrebbe basarsi su un dato testuale che ammetta, almeno in linea di principio, una soluzione eccentrica rispetto all'*intentio legis*<sup>7</sup>: per le ragioni sopra descritte, non sembra questa la circostanza<sup>8</sup>.

Così concepita, l'adozione in casi particolari assume quasi la veste di *Ventilbegriffe*<sup>9</sup>, sganciando il giudice dal vincolo legislativo prescritto dagli artt. 44 ss. della legge sull'adozione: vincolo legislativo, per inciso, la cui tenuta appare già precaria innanzi al "preminente interesse del minore", il cui contenuto tende a tradursi in una formula «magica» difficilmente sottoponibile a controllo razionale<sup>10</sup>.

<sup>2</sup> Cass. civ., I sez., n. 12962 del 2016. In precedenza, vi era stata una prima apertura dei giudici di merito: Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, confermata da Corte App. Roma, 23 dicembre 2015, sulle quali S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giur. cost.*, 3, 2016, 1169 ss.

<sup>3</sup> Tra le prime critiche sul punto, I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide?*, in *Rivista AIC*, 4, 2016, *passim* e in particolare 6. Ritieni invece condivisibile l'argomentazione S. STEFANELLI, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, in *Genius*, 2, 2016, 106 ss.

<sup>4</sup> Cfr. artt. 7, c. 1 e 44, c. 1, lett. d (ex lett. c), l. n. 184 del 1993. Su queste basi, giudicò «eversiva» tale interpretazione il Trib. min. Piemonte – Valle d'Aosta, dell'11 settembre 2015.

<sup>5</sup> Le osservazioni sul punto di E. GIACOBBE, *Adozione e affidamento familiare: ius conditum, vivens, condendum*, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2016, 264.

Per converso, l'impostazione qui criticata era stata in qualche modo anticipata, pur per altra fattispecie, dallo stesso giudice delle leggi in una sentenza interpretativa di rigetto: C. cost. n. 383 del 1999.

<sup>6</sup> Da una prospettiva generale, L. ROVELLI, *Certeza del diritto: dalla legge all'interpretazione consolidata e possibile eterogenesi dei fini*, in *Ars interpretandi*, 1, 2019, 135 ss.

<sup>7</sup> Si tratta ovviamente di *intentio* in senso "oggettivo", cioè dell'accurata ricostruzione della *ratio legis*: N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, I.G.R.U., Torino, 1938, 125, nt. 16 e dello stesso A., più ampiamente, *Le bon législateur*, in *Logique et Analyse*, 1971, 241 ss., nonché E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, 167.

<sup>8</sup> Sulla discutibile metamorfosi subita dall'istituto dell'adozione, A. MORACE PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. dir.*, 7, 2016, 724.

<sup>9</sup> L'idea di clausola generale come «concetto valvola» sembra risalire a K.G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien, 1904, 83 ss. Sulle clausole generali, dal punto di vista generale, K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970 e (anche) dalla specifica prospettiva costituzionale, F. PEDRINI, *Le clausole generali. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna 2013, in particolare 182 ss.

<sup>10</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 100.

È vero che in questi casi si ritiene spesso necessario ricorrere ad una «delega di bilanciamento» alla giurisdizione<sup>11</sup>: la norma generale ed astratta appare difatti eccessivamente rigida innanzi alla delicatezza dei beni in gioco, ed in particolare rispetto all’interesse del fanciullo; un giudizio in concreto, espresso dall’autorità a diretto contatto con il caso, tende pertanto a risultare più equamente calibrato<sup>12</sup>.

Tuttavia, questa opportuna delega di bilanciamento non può certo essere auto-attribuita dal giudice, dovendo sempre derivare da un esplicito conferimento della legge (o, come sovente accaduto, da una pronuncia additiva della Corte costituzionale)<sup>13</sup>.

## 1.2. La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale

Sempre nel 2016, la medesima I sezione della Suprema Corte pronuncia un’ulteriore sentenza di fondamentale rilievo, questa volta in tema di ordine pubblico internazionale<sup>14</sup>.

In essa, si stabilisce che il giudice comune deve ricercare il significato di tale clausola non nella fonte primaria, bensì direttamente in Costituzione e in alcuni trattati internazionali con essa compatibili: addirittura, si specifica che la norma fondamentale entra in gioco solo in relazione ai principi supremi, essendo questi gli unici titolati ad erigere le barriere previste dalla l. n. 218 del 1995<sup>15</sup>. Le scelte discrezionali del legislatore, argomenta il giudice di legittimità, non possono per definizione esprimere principi di ordine pubblico<sup>16</sup>, il quale è ravvisabile solo innanzi al nucleo fondamentale della Costituzione, che preclude invece ogni discrezionalità legislativa. Poiché la l. n. 40 del 2004 rappresenta un tipico caso di scelte “non obbligate” del parlamento, il suo contenuto non può inverare alcun principio di ordine pubblico<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> Sulla «delega di bilanciamento» come «regola sulla competenza», R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 88 ss.

<sup>12</sup> Da ultimo, sugli automatismi legislativi, L. PACE, *L’adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma “astratta” e caso “concreto”*, Napoli, 2020, in particolare 289 ss.

<sup>13</sup> Sono state proprio le sentenze del giudice delle leggi in tema di illegittimità degli automatismi legislativi a indurre il legislatore a ripensare parte della disciplina dell’adozione: cfr. C. cost. n. 44 del 1990, n. 148 del 1992, n. 349 del 1998, poi riprese dalla novella del 2001 (l. n. 149), per la quale si v. l’attuale formulazione dell’art. 6, commi 4 e 5 della l. n. 184 del 1983.

<sup>14</sup> Cass. civ., I sez., n. 19599 del 2016.

<sup>15</sup> In particolare, artt. 16, 64, lett. g) e 65.

<sup>16</sup> Sulla metamorfosi in senso promozionale dell’ordine pubblico, 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 ss.

<sup>17</sup> Per il nucleo fondamentale delle argomentazioni, cfr. *dir. 7* della pronuncia.

Questa impostazione muove da presupposti che appaiono di difficile condivisione<sup>18</sup>, investendo tratti fondamentali del sistema delle fonti e più in generale del rapporto tra i poteri dello Stato<sup>19</sup>; limitandosi qui ai profili essenziali, si può osservare quanto segue:

- i) I principi supremi, anzitutto in quanto “principi”<sup>20</sup>, sono sottoponibili a bilanciamento e oggetto di discrezionalità legislativa, esattamente come avviene per ogni principio di una costituzione pluralista in cui manca una predefinita e rigida gerarchia tra valori; su queste basi, la ricerca di un punto di bilanciamento tra interessi in conflitto è la regola, non l’eccezione, di un ordinamento caratterizzato da rigidità costituzionale, e non può che essere affidata proprio al legislatore<sup>21</sup>.
- ii) I principi supremi e l’ordine pubblico condividono in effetti alcuni tratti in comune, ma rimangono non sovrapponibili<sup>22</sup>: sia perché diversa è la fonte avverso la quale essi operano<sup>23</sup>, sia perché – conseguentemente – difforme è l’autorità giudiziaria chiamata a farli valere<sup>24</sup>. A questo proposito, la Corte costituzionale ha sempre trattato con estrema prudenza il nucleo fondamentale della

<sup>18</sup> Perplexità sulla sentenza sono state espresse, per esempio, da F. ANGELINI, *L’ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull’ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Oss. AIC*, 2, 2020, 189 ss.; per un giudizio positivo, si v. invece G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2, 2017, 190 ss.

<sup>19</sup> Sulla genetica relazione tra fonti e potere politico, e dunque tra fonti e sovranità popolare, L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Ann., II, Milano, 2008, 547. Sullo stretto rapporto tra vincolo del testo e separazione dei poteri, altresì, L. GIANFORMAGGIO, *L’uguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in *Id.*, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005, 74.

<sup>20</sup> Come già evidenziava C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* (Die Tyrannei der Werte, 1967), Milano, 2008, 27: «Qualsiasi cosa si possa porre come valore supremo [...] anzitutto e in primo luogo si tratta di un *valore*, e solo in secondo luogo del valore *supremo*», corsivi originali.

<sup>21</sup> Il rapporto strutturale tra limite e diritto è stato chiarito dalla Corte costituzionale sin dalla sua prima sentenza: C. cost. n. 1 del 1956; altresì, quanto alla necessaria proporzionalità e ragionevolezza dei limiti, si v. per esempio C. cost. n. 141 del 1996. Il fatto che tale bilanciamento investa anche i principi supremi è agevolmente riscontrabile dall’attività quotidiana della Corte costituzionale: basti osservare, per esempio, la giurisprudenza in tema di artt. 3 e 24 Cost.

Quanto alla morfologia del principio, *ex pluribus*, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna 2010, 48 ss. e, nello specifico della nostra Costituzione, V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 116-119; sull’assenza di una gerarchia predefinita e astratta tra i diritti nella nostra Costituzione, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 40.

<sup>22</sup> Ad un vero e proprio processo di «costituzionalizzazione» dell’ordine pubblico internazionale si fa esplicito riferimento in Cass. civ. I sez., n. 1842 del 2022. Già in precedenza, F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2, 2018 *passim* e 275 ss. e da una prospettiva più generale F. MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 8 e, *ivi*, A. CERRI, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, IV, 3.

<sup>23</sup> I principi supremi proteggono l’identità costituzionale dalle fonti “esterne” sovranazionali e internazionali (siano queste ultime consuetudinarie o pattizie nello specifico caso dei Patti lateranensi e delle successive modifiche), le quali assumono rango costituzionale. L’ordine pubblico scherma dagli effetti di provvedimenti legislativi e amministrativi provenienti dall’esterno, lesivi del principio di legalità.

<sup>24</sup> Cfr. art. 101, c. 2 e art. 134 Cost.; art. 23, c. 2, l. n. 87 del 1953. Sulla netta distinzione tra giurisdizione costituzionale e ordinaria, e sulle relative implicazioni sistemiche, C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, I, Milano, 1979, 70 ss.

Costituzione<sup>25</sup>, la cui assoluta delicatezza non può certo dipendere dalla polifonia diffusa della giurisdizione comune<sup>26</sup> (a maggior ragione dopo la definitiva saldatura tra principi supremi e contro-limiti)<sup>27</sup>.

- iii) La stessa tradizionale teoria dell’ordine pubblico lo descrive quale clausola dinamica, suscettibile di fisiologici mutamenti in relazione all’evolversi dell’ordinamento giuridico e dei suoi peculiari istituti<sup>28</sup>; niente di più distante dalla pretesa fissità dei principi supremi descritta dalla Cassazione, che anche sotto questo profilo non sembra tenere conto del ruolo del legislatore nel formalizzare nuovi punti di bilanciamento tra gli interessi di volta in volta in conflitto<sup>29</sup>.

L’intera impostazione della Cassazione pare in sintesi rivolta ad un preciso obiettivo, ossia disancorare il giudice comune dal vincolo legislativo, senza però sollevare debita questione di legittimità alla Corte costituzionale<sup>30</sup>.

Il che appare ancor più discutibile tenendo a mente che l’ordine pubblico è una clausola generale<sup>31</sup>, in quanto tale oggetto di un’«integrazione valutativa» tollerabile solo a patto di rispondere ad un serrato onere argomentativo<sup>32</sup>: il generico riferimento alla strutturale indeterminatezza dei principi supremi o a taluni, selezionati, trattati internazionali (senza la dovuta attenzione ai presupposti e agli ambiti di applicazione che ne consentono l’applicazione)<sup>33</sup> non sembra rispondere a questa esigenza<sup>34</sup>.

<sup>25</sup> Ad oggi, ferme restando le peculiarità del caso “Taricco” (C. cost. n. 24 del 2017 e n. 115 del 2018; C.G., C-42/17), solo in due occasioni la Corte costituzionale ha azionato i controlimiti: C. cost. n. 18 del 1982 e n. 238 del 2014.

<sup>26</sup> Su questi aspetti, G. SILVESTRI, *Considerazioni conclusive*, in *Oss. fonti*, spec. 1, 2018, 6.

<sup>27</sup> A partire da C. cost. n. 238 del 2014, *cons. dir.* n. 3.2, così raccogliendo un auspicio coltivato in dottrina: M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 7. Sulla completa assimilazione tra principi supremi e controlimiti, cfr. però le obiezioni di carattere teorico-generale mosse a C. cost. n. 1146 del 1988 da M. DOGLIANI, *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la ‘sdrammatizzazione del diritto costituzionale’*, in *Le Regioni*, 3, 1990, 785 ss.

<sup>28</sup> In giurisprudenza, Cass. civ., SS.UU., n. 19123 del 2019, *dir.* 12.2; in letteratura, P. LOTTI, *L’ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell’ordinamento italiano*, Milano, 2005, 47 ss.

<sup>29</sup> In generale sul punto, M. LUCIANI, *Avviso ai naviganti nel mar pandemico*, in *Quest. giust.*, 2, 2020, 8: «Non si tratta tanto, dunque, di postulare una pretesa “essenza” intangibile dei diritti [...] bensì di esigere dal legislatore il rispetto dell’autovincolo che si è imposto con certe scelte attributive o ricognitive di diritti».

<sup>30</sup> Su questi aspetti, per esempio, A. LONGO, *Ordine pubblico internazionale e lotta per la Costituzione. Spunti problematici alla luce di alcuni recenti approdi giurisprudenziali*, in *Dir. soc.*, 3, 2017, 449.

<sup>31</sup> Sull’ordine pubblico come clausola generale P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 42-45 e F. MODUGNO, *op. cit.*, 7-8.

<sup>32</sup> Sul rapporto tra necessaria «integrazione valutativa» e *surplus* di onere argomentativo innanzi alle clausole generali, V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 39 ss. e F. PEDRINI, *op. cit.*, 29.

<sup>33</sup> Sul discutibile carattere selettivo dei trattati richiamati nella pronuncia, 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 *Riv. dir. int.*, 1, 2017, 176. Quanto agli ambiti di applicazione elaborati in fondamentali sentenze della Corte costituzionale cfr., tra le molte, C. cost. n. 48 del 1979 e n. 238 del 2010 (diritto internazionale consuetudinario); n. 170 del 1984, n. 115 del 2018, n. 117 del 2019 (diritto sovranazionale); n. 348 e 349 del 2007, n. 49 del 2015 e n. 43 del 2018 (diritto internazionale pattizio).

<sup>34</sup> Un esempio eclatante di dubbio uso dei trattati internazionali è offerto da Cass. civ., I sez., n. 8325 del 2020 (pure apprezzabile per altri aspetti), da cui è derivata C. cost. n. 33 del 2021. Il parametro fondamentale di legittimità è rappresentato, tramite art. 117, c. 1 Cost., dal primo parere ex Protocollo 16 dalla Corte E.D.U., sul

### 1.3. Il veto superabile del genitore biologico («la giurisprudenza non è fonte del diritto»)

L'ultimo esempio riguarda invece la più recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione in tema di superabilità, in via interpretativa, del veto posto dal genitore biologico all'adozione del genitore "intenzionale"<sup>35</sup>.

Nonostante i dubbi sopra manifestati sulla possibilità di utilizzare l'adozione in casi particolari come alternativa al riconoscimento, tale soluzione ha senz'altro rappresentato l'unico strumento idoneo a tutelare almeno in parte gli interessi del minore nato da turismo procreativo, stante le perduranti omissioni del legislatore in tema<sup>36</sup>.

Tutela effettiva ma non esaustiva, come più volte sottolineato in letteratura e dalla stessa giurisprudenza, in particolare per due ragioni: da un lato, l'impossibilità per il fanciullo di formalizzare rapporti familiari con i parenti dell'adottante; dall'altro, la non superabilità in via interpretativa dell'eventuale veto del genitore biologico all'adozione (a patto che quest'ultimo eserciti concretamente la responsabilità genitoriale nei confronti del minore)<sup>37</sup>. Il primo limite è stato corretto dalla Corte costituzionale<sup>38</sup>; il secondo, proprio dalle Sezioni Unite con la pronuncia qui in commento, che desta però perplessità.

---

presupposto che esso fosse stato reso successivamente alla pronuncia delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 su analogo tema; di questa novità era pertanto necessario tenere conto. In realtà, il parere, in quanto tale, era ed è non vincolante, oltre ad essere precedente rispetto alla pubblicazione della sentenza, non successivo (10 aprile 2019 il parere, 8 maggio 2019 la sentenza); inoltre, la necessità di ricorrere ad un parere consultivo testimonia l'assenza di un'interpretazione consolidata sul punto, ossia del presupposto per sollevare q.l.c. avente come parametro i principi della C.E.D.U. In via del tutto assorbente, il protocollo, a quella data, non era stato ratificato dal nostro Paese. Sull'erroneità dei presupposti da cui muove l'ordinanza, G. LUCCIOLI, *Il parere preventivo della Corte EDU e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata: un conflitto inesistente o un conflitto mal risolto dalla Corte di cassazione?*, in [giustiziainsieme.it](http://giustiziainsieme.it), 22 maggio 2020, *passim*; sugli argomenti sposati dalla Corte costituzionale per superare tali obiezioni, C. cost. n. 33 del 2021, *cons. dir.* 3.1; sul rapporto tra assenza di un consolidamento interpretativo e ricorso al parere, 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 2ª Commissione – Giustizia della Camera dei Deputati (26 novembre 2019)*, in *Sistema penale*, 27 novembre 2019, 7.

<sup>35</sup> Cass. civ., SS.UU., n. 38162 del 2022 sulla quale, per riferimenti più approfonditi rispetto a quelli proponibili in questa sede, F. FERRARI, «La giurisprudenza non è fonte del diritto». *Nota a SS.UU. n. 38162 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 6, 2022, 98 ss.

<sup>36</sup> Tra i molti in giurisprudenza, Cass. civ., SS.UU., n. 12193 del 2019; in letteratura, G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in [giustiziainsieme.it](http://giustiziainsieme.it), 14 aprile 2021, § 1.

<sup>37</sup> Cfr. sul punto Cass. civ., I sez., n. 18827 del 2018, *dir.* 4.4 e 5. Ancora, i limiti della disciplina sono stati denunciati per esempio in C. cost. nn. 32 e 33 del 2021; su questi specifici profili delle due pronunce, P. VERONESI, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 503 ss.; più in generale sui limiti dell'adozione in casi particolari, A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in R. BIN, F. FERRARI, (a cura di), *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Lo stato dell'arte*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, 21 ss.

<sup>38</sup> C. cost. n. 79 del 2022, sulla quale, E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in *Oss. AIC*, 5, 2022, 11 ss. Che l'ordinanza di rimessione offrisse l'opportunità di sanare parte dei vizi più volte segnalati era stato sottolineato da M.E. D'AMICO, *I diritti dei "diversi". Saggio sull'omosessualità*, in *Oss. AIC*, 6, 196.

La sentenza si apre con una raffinata, esemplare ricostruzione di teoria generale delle fonti<sup>39</sup>, nella quale si afferma che «la giurisprudenza non è fonte del diritto» e si sottolinea la necessità per la giurisdizione di rimanere nei limiti fissati dall’art. 101, c. 2 Cost. (a meno di non sollevare opportuna questione di legittimità costituzionale)<sup>40</sup>.

In un passaggio centrale dell’argomentazione sembrano però smentite queste stesse premesse: si afferma difatti che, qualora lo imponga il preminente interesse del minore, il veto del genitore biologico all’adozione da parte del genitore intenzionale può essere disatteso in via interpretativa dal giudice comune. A tacere del fatto che il punto è estraneo al *petitum*<sup>41</sup>, tale soluzione appare sorprendente non solo perché l’art. 46 non sembra ammettere questo tipo di eccezione<sup>42</sup>, ma anche per il fatto che proprio questo veto, come si è visto, era stato più volte segnalato come insuperabile dalla stessa giurisdizione comune<sup>43</sup>.

Né risolutivo a questo proposito appare il ricorso all’interpretazione costituzionalmente conforme, a cui le Sezioni Unite si appellano esplicitamente, evidenziandone le «potenzialità»<sup>44</sup>: benché la definizione dei precisi confini di tale tecnica interpretativa impegni la riflessione teorica<sup>45</sup>, la Corte costituzionale ha più volte richiamato i giudici comuni al rispetto del vincolo testuale, sottolineando la necessità di ridimensionare l’uso indebito, per così dire *ultra vires*, proprio dell’interpretazione conforme<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> Si è giustamente parlato a proposito di «sentenza trattato»: M. SESTA, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle sezioni unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2023, 390.

<sup>40</sup> Cass. civ., SS. UU., n. 38162 del 2022, *dir.* 7.

<sup>41</sup> Il padre biologico non aveva negato il proprio assenso alla trascrizione, non essendoci crisi di coppia: quest’ultima chiedeva la trascrizione dell’atto di nascita canadese in cui entrambi i padri sono definiti genitori del minore; al contempo, nell’ordinanza da cui scaturisce la pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. civ., I sez., n. 1842 del 2022), il tema del veto è richiamato solo nella premessa, ove si cita sul punto la ricostruzione offerta in C. cost. n. 33 del 2021. Che si tratti di profilo inconferente è stato sottolineato anche dalle *Conclusioni* del Procuratore generale, 8 novembre 2022, punto 6, lett. g).

<sup>42</sup> Sembra anzi escluderla: l’art. 46, l. n. 184 del 1983, indica espressamente i casi in cui è possibile superare il veto; pertanto, *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*. Sull’argomento a contrario, G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, 346.

<sup>43</sup> Anche in sede di commento dell’ordinanza interlocutoria di Cass. civ., I sez., n. 1842 del 2022, da cui scaturisce la sentenza in commento, si era sottolineata la necessità di superare il vincolo in esame, investendo però la Corte costituzionale: A. MORACE PINELLI, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Fam. dir.*, 12, 2022, 1183.

<sup>44</sup> Cass. civ., SS.UU., n. 38162, *dir.* 11.

<sup>45</sup> Per due diverse ipotesi ricostruttive, si v. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, 434-435 e F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Camerino*, 8, 2019, 62 ss.

<sup>46</sup> Si veda la recentissima C. cost. n. 5 del 2024: in essa si dichiara illegittimo l’art. 291 c.c. «nella parte in cui, per l’adozione del maggiorenne, non consente al giudice di ridurre, nei casi di esigua differenza e sempre che sussistano motivi meritevoli, l’intervallo di età di diciotto anni fra adottante e adottando». A questo medesimo risultato era pervenuta mediante “interpretazione conforme” Cass. civ., I sez., n. 7667 del 2020, la quale aveva giudicato la norma oggetto «vetusta e anacronistica», ritenendola dunque superabile in via ermeneutica; proprio richiamando questa pronuncia, la Corte costituzionale ha opportunamente sottolineato come il vincolo del testo non consentisse quel risultato all’autorità giurisdizionale (*cons. dir.* 2.4 s.). Più in generale sulla giurisprudenza in tema, ampi riferimenti in G. PITRUZZELLA, *L’interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell’interpretazione della legge*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 3, 2021, 161 ss.

Da ultimo, ancora sul piano del rapporto tra giudice comune e Corte costituzionale è possibile ricavare un'ulteriore incongruenza nel ragionamento della Cassazione: l'ordinanza da cui genera la sentenza in esame riteneva di poter trarre da C. cost. n. 33 del 2021 chiare indicazioni a favore della diretta trascrizione del provvedimento formatosi all'estero; le Sezioni Unite rigettano questo assunto, sottolineando che ove così fosse, la Corte costituzionale avrebbe concluso con una sentenza di accoglimento o con un'interpretativa di rigetto. L'osservazione è corretta, ma può essere rivolta alla stessa Suprema Corte sul punto qui in esame: la q.l.c. a base della "gemella" C. cost. n. 32 del 2021 chiedeva di dichiarare illegittima l'insuperabilità del veto del genitore biologico, ottenendo come risposta dalla Corte costituzionale né una sentenza di accoglimento né un'interpretativa di rigetto, ma – appunto – la medesima pronuncia di inammissibilità<sup>47</sup>.

## 2. Il legislatore inerte

Ammesso che la ricostruzione qui proposta risulti condivisibile, lo sguardo d'insieme non può non tenere conto delle omissioni legislative<sup>48</sup>.

Un ordinamento che confina l'operato del giudice entro il perimetro della legge presuppone l'esistenza di un Parlamento in grado di svolgere la propria funzione costituzionale: qualora ciò non accada, è inevitabile che il punto di sfogo delle nuove istanze sociali divenga la giurisdizione, sulla quale grava il fondamentale divieto di *non liquet*<sup>49</sup>.

Non pare un caso che la Sezioni Unite, dopo avere ben puntualizzato i limiti della giurisdizione, sottolineino questo aspetto con laconica chiarezza<sup>50</sup>, quasi a rimarcare le difficoltà di giudici costretti a operare senza un ragionevole materiale normativo su cui poggiare le proprie scelte.

Ecco perché, al netto delle critiche sopra esposte, vi è un punto della sentenza delle Sezioni Unite che appare assai apprezzabile: l'imposizione del controllo giurisdizionale alle richieste di riconoscimento della filiazione nata da G.P.A. praticata all'estero<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> La norma oggetto della q.l.c. di C. cost. n. 32 del 2021 non era l'art. 46 della l. n. 184 del 1983, bensì gli artt. 8 e 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, ma è proprio il necessario consenso previsto dalla legge sull'adozione che precludeva la risoluzione del caso in senso favorevole al genitore intenzionale; ai fini che qui interessano, inoltre, non rileva la circostanza che nella sent. n. 32 del 2021 si trattasse di una pratica di fecondazione eterologa di coppia femminile, non incidendo questo aspetto sulle problematiche dell'adozione in casi particolari. Né, in relazione alla tesi proposta, può emergere l'ovvia constatazione del limite solo "negativo", nei confronti del giudice *a quo*, prodotto da una sentenza interpretativa di rigetto: quel che interessa è constatare la spendibilità dell'argomento usato dalle SS.UU. anche avverso la propria pronuncia.

<sup>48</sup> Omissioni che acuiscono i limiti di una disciplina legislativa che apparve problematica sino dalla sua originaria entrata in vigore: G. D'AMICO, *Le vicende della legge n. 40 del 2004 come esperienza paradigmatica del costituzionalismo contemporaneo*, in S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza. Problemi e prospettive*, Napoli, 2017, 29 ss.

<sup>49</sup> Su questi aspetti, in generale, R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4, 2018, 633 ss.; dalla specifica prospettiva dei temi scientificamente connotati, A. D'ALOIA, *Natura, scienza, diritto. Relazioni incrociate*, in *Dir. cost. Riv. quad.*, 3, 2020, 111.

<sup>50</sup> «Il legislatore è rimasto finora inerte. Il monito giace inascoltato»: Cass. civ., SS.UU., n. 38162, *dir. 7* (il monito è quello espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33 del 2021).

<sup>51</sup> Cass. civ., SS.UU., n. 38162, *dir. 18*.



L’ordinanza interlocutoria della Prima Sezione postulava difatti un pieno riconoscimento dello *status* di figlio così concepito, caricando tale onere per intero sulle spalle dell’Ufficiale di stato civile. Opzione, questa, assai preoccupante, posti i limitatissimi poteri cognitivi dell’organo amministrativo, certo inidonei ad indagare appieno l’origine e la realtà fattuale del concepimento<sup>52</sup>.

Quale che sia l’opinione in tema di G.P.A.<sup>53</sup>, la cronaca giudiziaria ha già mostrato gli oscuri eventi che possono celarsi dietro il ricorso a questa pratica<sup>54</sup>, ed è esattamente per garantire il supremo interesse del minore – oltretutto «l’assioma della coerenza interna»<sup>55</sup> dell’ordinamento giuridico – che lo Stato deve vigilare sulle richieste di riconoscimento: di questo fine non può che essere investita l’autorità giurisdizionale, la quale opera con il complesso dei penetranti poteri che la Costituzione le attribuisce. Proprio come avvenuto con un altro istituto di enorme delicatezza quale l’incesto, l’intervento del legislatore dovrebbe dunque anzitutto consolidare questo assetto, la cui trama essenziale è già stata tessuta nella pronuncia delle Sezioni Unite<sup>56</sup>.

È senz’altro vero che le eventuali colpe dei genitori non devono e non possono ricadere sui figli<sup>57</sup>, ma è «arbitrario e illogico»<sup>58</sup> pensare che da ciò derivi sempre e a prescindere l’automatico riconoscimento della filiazione, a meno di non affermare la totale irrilevanza di qualunque evento avvenuto all’estero (come, in ipotesi, la violazione delle regole sull’adozione internazionale, lo sfruttamento delle donne in condizioni di oggettiva schiavitù, la lesione delle stesse prescrizioni poste a tutela dell’interesse del fanciullo nel Paese in cui il concepimento è avvenuto)<sup>59</sup>.

<sup>52</sup> *Ibidem*. Era parso opportuno segnalare il medesimo aspetto critico già in sede di commento di C. cost. n. 33 del 2021: anche in quell’occasione, un eventuale accoglimento della q.l.c. avrebbe posto al centro della valutazione non il giudice (come auspicato dalla Prima Sezione nell’ord. n. 8325 del 2020), ma l’Ufficiale di stato civile: F. FERRARI, *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*, in R. BIN, F. FERRARI (a cura di), *op. cit.*, 134. Vi è da dire che, rispetto a Cass. civ., I sez., n. 8325 del 2020, nell’ordinanza interlocutoria in commento – Cass. civ., I sez., n. 1842 del 2020 – si chiedeva il riconoscimento diretto solo a certe condizioni (la libera formazione della volontà della gestante, la gratuità e legalità dell’accordo, il diritto al ripensamento della madre di parto esercitabile fino alla nascita del bambino, il legame biologico con almeno uno dei due committenti etc.); precisazione opportuna ma non risolutiva, giacché proprio per verificare la veridicità di questi presupposti è necessario un controllo giurisdizionale.

<sup>53</sup> Per i diversi approcci possibili, si veda per esempio M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2021, 353 ss.

<sup>54</sup> Basti richiamare i fatti alla base della nota pronuncia della Corte E.D.U. *Paradiso e Campanelli c. Italia*, n. 25358/12.

<sup>55</sup> Su questa esigenza quale elemento strutturale di qualunque sistema di diritto internazionale privato, L. FUMAGALLI, *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enc. dir.*, Ann., IV, Milano, 2011, 478.

<sup>56</sup> Sul rapporto tra incesto e interesse del minore, sia consentito un rinvio a F. FERRARI, *Interesse del minore e tecniche procreative*, cit., 50.

<sup>57</sup> Già T. PAINE, *The age of reason*, in M.D. CONWAY (ed.), *The writings of T. Paine*, IV, London and New York, 25, scriveva: «[...] the declaration which says that God visits the sins of the fathers upon the children [...] is contrary to every principle of moral justice».

<sup>58</sup> G. LUCCIOLI, *Maternità surrogata e status dei figli, intervistata da R. Russo*, in [giustizainsieme.it](http://giustizainsieme.it), 6 novembre 2020. Per inciso, è interessante notare come queste osservazioni provengano dalla giudice a capo della sezione di Cassazione che pronunciò la storica sentenza del caso “Englaro” (Cass. civ., I sez., 21748 del 2007).

<sup>59</sup> Come spesso sottolineato in letteratura, immediata è l’analogia con il caso Serena Cruz (Trib. min. Torino, 2 febbraio 1989): M. MANETTI, *L’ordine pubblico internazionale e la Costituzione. Prime note*, in R. BIN, F. FERRARI, (a cura di), *op. cit.*, 95 ss.

### 3. Conclusioni

Il fenomeno del “turismo procreativo” impatta sull’ordinamento interno non solo per l’evidente tensione con il principio di territorialità, ma anche per il peso specifico esercitato dal preminente interesse del minore.

Il primo è un elemento costitutivo dello Stato e della sua sovranità, la cui nota crisi è spesso legata proprio all’incedere delle scienze e alle opportunità offerte, come in questo caso, dalle tecniche anche procreative<sup>60</sup>; il secondo, pur non prevalendo a priori nei bilanciamenti nei quali è coinvolto, tende di norma a vincere sugli interessi antagonisti, data l’assoluta delicatezza del bene protetto<sup>61</sup>.

La combinazione di questi due elementi complica a dismisura l’analisi teorica e l’operato di giudici e legislatore, mettendo a dura prova la capacità regolatoria dell’autorità pubblica.

Si è dunque innanzi ad una «scienza “senza presupposti”»<sup>62</sup> che incide sul più prezioso e fragile dei beni in gioco, innanzi al quale non può esservi alcuna «solidarietà nel peccato»<sup>63</sup>.

Difficile non cogliere, al netto dei possibili errori delle istituzioni coinvolte, l’estrema complessità dello scenario.

<sup>60</sup> Sul rapporto tra territorio e sovranità, G. BERTI, *Sovranità*, in *Enc. dir.*, Ann., I, Milano, 2007, 1072. In particolare, dalla prospettiva che qui interessa, G.M. RUOTOLO, *Il diritto internazionale privato italiano delle “nuove” famiglie nel contesto europeo*, in *Quest. giust.*, 2, 2019, 53 ss.

<sup>61</sup> *Ex pluribus*, cfr. art. 3, par. 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989 e C. cost. n. 33 del 2021, *cons dir.* 5.3. A compendio sul punto in letteratura, M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, *passim*.

<sup>62</sup> M. WEBER, *La scienza come professione*, in *Id.*, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1971, 25, il quale spiega, a p. 26: «Tutte le scienze naturali danno una risposta a questa domanda: che cosa dobbiamo fare se vogliamo dominare *tecnicamente* la vita? Ma se vogliamo e dobbiamo dominarla tecnicamente, e se ciò, in definitiva, abbia veramente un significato, esse lo lasciano del tutto in *sospeso* oppure lo suppongono per i loro fini» (solo l’ultimo corsivo è aggiunto).

<sup>63</sup> «[C]on i bambini non ci può essere solidarietà nel peccato, e se è vero che essi devono condividere la responsabilità di tutti i misfatti compiuti dai loro padri, allora io dico che una tale verità non è di questo mondo e io non la capisco [...] E se la sofferenza dei bambini servisse a raggiungere la somma delle sofferenze necessaria all’acquisto della verità, allora io dichiaro in anticipo che la verità tutta non vale un prezzo così alto [...] Hanno fissato un prezzo troppo alto per l’armonia»: F. DOSTOEVSKIJ, *I fratelli Karamazov*, Parte II, Libro V, Cap. IV.