

Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza

Mauro Tescaro*

PRIVATE LAW CONSIDERATIONS CONCERNING INTERNATIONAL PUBLIC ORDER, SURROGATE MOTHERHOOD AND ART OF CONSISTENCY

ABSTRACT: With regard to international public order and surrogate motherhood, at least the Italian Courts of highest level consistently show great respect to the autonomy of the legislator and to the legal certainty.

KEYWORDS: international public order; surrogate motherhood; medically assisted procreation; adoption; legal certainty

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Cass., Sez. Un., n. 12193 del 2019 – 3. Cass. ord. n. 8325 del 2020 – 4. Corte cost. n. 33 del 2021 – 5. Cass., Sez. Un., n. 9006 del 2021 – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Questo scritto intende chiarire come la nozione di ordine pubblico internazionale, pur rimanendo inevitabilmente suscettibile di diverse applicazioni quando si tratti di rapportarla alle varie e non catalogabili a priori in modo esaustivo fattispecie concrete in cui può venire in rilievo, abbia ormai assunto, nel diritto vivente italiano, un ben delineato e assai condizionale assetto, per l'elaborazione del quale si è rivelato decisivo il dibattito sviluppatosi negli ultimi anni in tema di maternità surrogata.

Si illustrerà, più precisamente, come il citato assetto derivi da addirittura tre sentenze conformi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e risulti pure in linea con varie pronunce della Corte costituzionale, motivo per cui la futura giurisprudenza – per così dire – di livello inferiore dovrebbe accuratamente evitare ulteriori tentativi di metterlo in discussione, perlomeno nei prossimi anni e fintantoché non sopravvengano mutamenti legislativi. Assumendo un simile atteggiamento, tale giurisprudenza contribuirebbe a rafforzare la certezza del diritto, che è la prima garanzia dell'uguaglianza dei cittadini¹, dimostrando di sapere in questa prospettiva praticare l'arte della costanza, troppo spesso

* Professore associato di diritto privato dell'Università di Verona. Mail: mauro.tescaro@univr.it. Lo scritto rientra nell'attività di ricerca del gruppo «Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali» nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona «Diritto, Cambiamenti e Tecnologie». Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Cfr., da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, 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 *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, in corso di pubblicazione, par. 4: «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 uguaglianza».

svalutata – persino in Paesi nei quali il rispetto per la discrezionalità del legislatore è tradizionalmente preservato più che in Italia² – in favore di un approccio che sembra tendere piuttosto alla inarrestabile creazione pretoria – non solo *praeter legem* ma talvolta persino *contra legem*³ – di nuovi diritti⁴, da un lato in condivisione con significativa parte della dottrina⁵ ma dall'altro non senza seri pericoli per la tenuta dell'ordinamento giuridico⁶.

² Si pensi soprattutto alla Francia, ove si sono manifestate oscillazioni così significative da rendere condivisibile il rilievo critico di alcuni commentatori, secondo i quali la giurisprudenza di quel Paese si sarebbe ormai abituata, perlomeno nella materia in esame, a praticare «l'arte di essere incostante» (S. BOLLÉE, B. HAFTEL, *L'art d'être inconstant. Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui*, in *Revue critique de droit international privé*, 2, 2020, 267 ss.; v. anche F. JOLY, *The recognition of the parentage of children born by surrogacy abroad in France*, in *International Family Law Journal*, 1, 2021, 42 ss., il quale sostiene che «talking about surrogacy in France is and remains complicated, because a true debate is impossible», e fa anche riferimento al *projet de loi relatif à la bioéthique*, poi definitivamente adottato il 29 giugno 2021, diretto tra l'altro a evitare che possa procedersi in futuro alla trascrizione automatica nei registri dello stato civile francesi di provvedimenti stranieri affermantici lo *status* genitoriale in favore di padri o madri puramente intenzionali parti di accordi di maternità surrogata stipulati all'estero e a rendere piuttosto praticabile la strada della «step-parent adoption»). Anche in Germania, per quanto il diritto vivente in argomento sembri evolversi in modo un poco più ordinato che in Francia, il dibattito è sempre assai acceso, come testimonia tra gli altri M. WELLENHOFER, sub § 1591 BGB, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Familienrecht II*, 8ª ed., München, 2020, Rn. 23 ss. e 54, ove per esempio – Rn. 25 – si dà conto che «die bisherigen BGH-Entscheidungen betrafen Kinder, die zumindest mit einem Wunschelternteil genetisch verwandt waren. [...] Wie bei fehlender genetischer Verwandtschaft zu entscheiden wäre, bleibt offen».

³ Un esempio eclatante è quello della buona fede: v. al riguardo C. GRANELLI, «La giurisprudenza è fonte di diritto?»: introduzione ad un incontro di studi, in *Jus civile*, 5, 2016, 411: «è a tutti noto, ad es., che – ritenendo che l'obbligo di buona fede oggettiva costituisca “espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica” (art. 2 Cost.) – le corti hanno preso a far sempre più ampio ricorso alla clausola generale di “buona fede” non solo per la soluzione di problemi non specificamente affrontati dal legislatore, ma addirittura (attraverso la figura dell’“abuso del diritto”) per “correggere” regole (ritenute) non più adeguate all'evolversi delle esigenze sociali o della coscienza collettiva»; nonché A. ZACCARIA, *La buona fede: da argine all'abuso del diritto a oggetto di un principio abusato*, in *Studium iuris*, 1, 2019, 1 ss.

⁴ Si pensi, per limitarsi a un solo esempio, a Trib. Cagliari, decr. 28 aprile 2020, in *Pluris* (su cui torneremo infra, nt. 46), che si spinge ad affermare: «è convincimento di questo Tribunale che il dialogo tra giudici di merito e di legittimità debba proseguire e non già arrestarsi. Invero, l'attuale epoca è stata efficacemente definita della postmodernità giuridica, caratterizzata dalla elasticità e fattualità, in cui primeggia la figura dell'interprete costantemente chiamato a raffrontare il piano mutevole dei fatti che gli vengono sottoposti con gli esiti dell'attività interpretativa cui si è giunti, dando vita ad una discussione corale e in costante divenire in cui si deve dare una piena risposta ad ogni esigenza di tutela, non arrestando la propria attività ermeneutica prima che la stessa arrivi ad un approdo sufficientemente saldo. In questa logica, si condivide l'opinione per la quale la nomofilachia deve essere intesa non come un valore assoluto, ma metodologico, che non è funzionale alla mera conservazione di un orientamento giurisprudenziale, ma al raggiungimento di un esito interpretativo che sia in grado di rispondere pienamente, ma per necessità in via solamente provvisoria, ad ogni mutevole esigenza emergente dalla prassi, in modo coerente e ordinato rispetto a tutti i dati interpretativi che possono essere tratti dal sistema e dal diritto vivente».

⁵ Cfr., di recente, S. ACETO DI CAPRIGLIA, *An Anthropological Reading of Surrogacy and the Role of Supreme Courts*, in *The Italian Law Journal*, 2, 2020, 321, ove si evidenzia che «challenges to the so-called “living law” are increasingly frequent. The “living law” is called upon to address unusual requests for protection, related to factual situations not covered by positive law, which require the use of evolutionary and innovative, if not radically creative interpretations».

⁶ Quantomeno secondo la prospettiva di altra parte della dottrina cui anche lo scrivente aderisce: v., tra gli altri, A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2020, 1



2. Cass., Sez. Un., n. 12193 del 2019

Quando sembrava affermarsi sempre più nella nostra giurisprudenza di legittimità la tendenza a preferire una nozione assai ristretta di ordine pubblico internazionale, perché comprendente esclusivamente norme sovraordinate alla legge ordinaria (cioè che quest'ultima non potrebbe modificare discrezionalmente, alla luce non solo della Costituzione ma anche dei testi europei e internazionali di rango costituzionale cui l'Italia è vincolata)⁷, con una fondamentale pronuncia del 2017 sul risarcimento punitivo le Sezioni Unite⁸ hanno preso posizione in favore di una nozione di ordine pubblico internazionale certamente evoluta rispetto all'orientamento più tradizionale⁹ e però al tempo stesso più ampia rispetto alla tendenza in parola.

Tale pronuncia, per ciò che qui più interessa, ha infatti accennato innanzi tutto – con particolare riferimento al diritto dell'Unione europea – a una nuova funzione dell'ordine pubblico internazionale promozionale dei valori tutelati¹⁰, lasciando però poi riemergere una prospettiva più protettiva, secondo cui

ss. Su questi temi, cfr. altresì, da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, C. BONA, *La filiazione omosessuale, tra "rivoluzione arcobaleno" e diritto "postmoderno"*, in *Foro italiano*, 1, 2021, I, 39 ss., ove si evoca il rischio della «deriva verso [...] un giudice-sacerdote».

⁷ Su questa linea di pensiero, v., in giurisprudenza, soprattutto Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corriere giuridico*, 2, 2017, 181 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, e in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2017, 372 ss., con commento di G. PALMIERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, 362 ss.; e Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in www.articolo29.it/2017, con nota di S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*. Parte della dottrina continua anche in tempi assai recenti a preferire una impostazione di questo tipo: v., per esempio, F. AZZARRI, *L'inviolabilità dello status e la filiazione dei nati all'estero da gestazione per altri*, in *Famiglia*, 6, 2020, 789 s., il quale critica il più recente orientamento giurisprudenziale sostenendo che, «in virtù del carattere "tollerante e non totale" della nostra Costituzione, sarebbe dovuto apparire equilibrato che pure l'ordine pubblico seguitasse a mostrare una connotazione inclusiva, ossia, che innanzi a provvedimenti retti dal diritto straniero, l'ostacolo insormontabile alla recezione dei loro effetti nel sistema fosse rappresentato solo dall'assoluta contrarietà di questi ultimi ai "principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale", e non anche, invece, dalla loro non conformità alle epifanie trovate da tali principi nella legge ordinaria, quantomeno ove questa fosse portatrice di valutazioni politiche non costituzionalmente necessitate». Sembra esservi, in ogni caso, un ampio consenso dottrinale almeno in merito alla necessità di evitare l'incontrollata deriva che si verificherebbe qualora per la nozione di ordine pubblico internazionale si facesse riferimento solo a norme di un diverso e autonomo ordinamento internazionale comune a una pluralità di Stati: sul punto v., tra gli altri, V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2018, 412 s.

⁸ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno e responsabilità*, 4, 2017, 419 ss. Per un tentativo di sistemazione delle principali letture dottrinali proposte sulla citata sentenza e altresì di prefigurazione della sua futura rilevanza, v. M. TESCARO, *Le variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile*, in *Danno e responsabilità*, 5, 2018, 533 ss.

⁹ Si allude all'orientamento, da tempo superato, secondo cui la nozione di ordine pubblico internazionale sarebbe talmente estesa da abbracciare tutte o quasi tutte le norme inderogabili del diritto italiano. Per riferimenti giurisprudenziali e dottrinali al riguardo, v. M. TESCARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in *Nuovo diritto civile*, 1, 2020, 24 ss.

¹⁰ Per la valorizzazione di tale funzione promozionale dell'ordine pubblico, v., tra gli altri, M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui "risarcimenti*

«la sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale»,

e secondo cui «Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo» (sia pure «privato di venature egoistiche, che davano loro “fiato corto”, ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca»)¹¹.

La presa di posizione in parola ha dato luogo a letture dottrinali assai diverse, talvolta dirette persino a negare ogni reale contenuto al passo appena citato¹². L'erroneità di simili letture è risultata però evidente quantomeno con una seconda e altrettanto fondamentale sentenza sempre delle Sezioni Unite, quella del 2019 sulla maternità surrogata¹³.

Quest'ultima sentenza ha affrontato, risolvendola in senso negativo, la questione della compatibilità con l'ordine pubblico internazionale italiano di un provvedimento canadese attributivo della seconda paternità di due gemelli nati da maternità surrogata a un coniuge – per matrimonio omosessuale stipulato in Canada – privo di ogni legame biologico con gli stessi¹⁴. Decisivo per il raggiungimento di tale esito è stato appunto il richiamo alla pronuncia del 2017 e specialmente alla nozione di ordine pubblico internazionale presente in essa, incentrata come abbiamo veduto sulla rilevanza anche della legge ordinaria (secondo la sua interpretazione consolidatasi nel diritto vivente) quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione¹⁵.

Dopo aver così chiarito la nozione di ordine pubblico internazionale prescelta, le Sezioni Unite del 2019 hanno precisato come il caso di specie sottoposto alla loro attenzione rientrasse a pieno titolo tra le ipotesi di maternità surrogata¹⁶, sottolineando come tale fenomeno sia sanzionato penalmente

punitivi”, Napoli, 2017, 124 ss.; nonché N. RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2018, 1814.

¹¹ Sul punto, v., tra gli altri, G. DE NOVA, *Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i punitive damages*, in *Jus civile*, 5, 2017, 391 (poi anche in ID., *Arbitrato, contratto, danno*, Torino, 2019, 259 s.), ove brillantemente si sostiene una nozione di ordine pubblico internazionale relativamente tradizionale, basata sia su principi costituzionali sia su taluni principi del diritto italiano reperibili al di fuori della Costituzione.

¹² Per riferimenti e approfondimenti, v. 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, 344 s.

¹³ Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Famiglia e diritto*, 7, 2019, 653 ss.

¹⁴ Per ulteriori riferimenti, v. M. TESCARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, cit., 37 ss.

¹⁵ In senso adesivo con specifico riguardo alla nozione di ordine pubblico internazionale prescelta dalle Sezioni Unite, v. A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2019, 746, secondo il quale tale nozione rimane innanzi tutto una categoria del diritto interno, che non può essere concepita prescindendo dal modo in cui la legge ordinaria ha declinato i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico.

¹⁶ La cui caratteristica essenziale è, secondo le Sezioni Unite, data dal fatto che una donna presta il proprio corpo (ed eventualmente gli ovuli necessari al concepimento) al fine di aiutare un'altra persona (o una coppia sterile) a realizzare il proprio desiderio di avere un figlio, assumendo l'obbligo di provvedere alla gestazione e al parto per conto della stessa, nonché impegnandosi a consegnarle il nascituro. Per un approfondimento sui vari tipi di maternità surrogata che possono darsi, cfr., di recente, C.G. JOSLIN, *(Not) Just Surrogacy*, in *California Law Review*, 109, 2, 2021, 401 ss.; I. RIVERA, *La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2020, 206 ss.

dalla legge italiana¹⁷, la quale pone al riguardo un divieto senz'altro di ordine pubblico¹⁸ trattandosi del necessario anello di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione, che segna il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autore-sponsabilità fondato sul consenso prestato a tale pratica e torna a operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica, senza che ciò comporti peraltro la cancellazione dell'interesse del minore¹⁹, per tutelare comunque il quale la precedente giurisprudenza, che le Sezioni Unite del 2019 dichiarano di condividere²⁰, aveva già ammesso il ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, co. 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983²¹.

¹⁷ Il reato, peraltro, nella sua attuale sia pure già ampia formulazione (v. infatti l'art. 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004, secondo cui «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»), non pare idoneo a colpire i fatti commessi da cittadini italiani all'estero (per approfondimenti sul punto, si rinvia ad A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.*, in www.articolo29.it, 2018, 8), anche se è stato presentato un disegno di legge (n. 519 del 25 giugno 2018, XVIII legislatura, d'iniziativa del senatore Gasparri) diretto a estendere in tal senso la sanzione penale.

¹⁸ Una simile linea di pensiero era già emersa nella giurisprudenza di legittimità (v. Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corriere giuridico*, 4, 2015, 471 ss., con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*) e pure nella giurisprudenza costituzionale (v. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2018, I, 546 ss., con commento di A. GORGONI, *Art. 263 c.c.: tra verità e conservazione dello status filiationis*, 540 ss.; in argomento, v. anche M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri*, in *Famiglia e diritto*, 4, 2020, 331, il quale considera la sentenza da ultimo citata la più rilevante tra le recenti pronunce del giudice delle leggi in materia di filiazione).

¹⁹ In generale sulla nozione di *best interest of the child* e su alcuni suoi impieghi sono state sollevate severe critiche persuasivamente argomentate: v. soprattutto L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2016, 86 s.; F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2016, 1467. La prospettiva diretta a considerare in termini ampiamente positivi e a valorizzare sotto vari profili tale nozione è però sostenuta, tra gli altri, da V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2018, 405 ss.; P. STANZIONE, *La genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2019, 668 ss. V. altresì, da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, F. AZZARRI, *op. cit.*, 792 ss., al quale, «in linea di massima, [...] le critiche rivolte all'utilizzo che la giurisprudenza ha fatto del criterio dell'interesse del minore non appaiono condivisibili».

²⁰ Giudicandola compatibile con le convenzioni internazionali in materia e con la giurisprudenza già formatasi al riguardo. Cfr. specialmente Corte EDU, 26 giugno 2014, ric. 65192/11, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 12, 2014, I, 1122 ss., con commento di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata* (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico); Corte EDU, 24 gennaio 2017, Grande Camera, ric. 25358/12, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2017, I, 501 ss., con commento di L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, 495 ss. Successivamente, v. anche il primo *avis consultatif* della Corte EDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, ric. P16-2018-001, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2019, I, 764 ss., e i commenti al riguardo di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, 740 s., e di A.G. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, 757 ss. e specialmente 762 s., ai quali tale parere consultivo della Corte EDU sembra in linea di massima compatibile con la posizione delle Sezioni Unite del 2019. Occorre comunque sottolineare che simili pareri consultivi non sono vincolanti, nemmeno per gli Stati che – a differenza, per il momento, dell'Italia – hanno già ratificato il Protocollo n. 16 alla CEDU, anche se è facile prevederne una incidenza assai significativa e in numerosi Stati, come sottolineato da I. ANRÒ, il primo parere reso dalla corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del protocollo n. 16 alla CEDU: il

Ne deriva che la nozione di ordine pubblico internazionale adottata dalle Sezioni Unite già nel 2017 e poi confermata a approfondita nel 2019 è relativamente ampia, o complessa²², in quanto contiene una inequivocabile apertura – nella sentenza del 2019 decisiva per la soluzione della controversia, che con una nozione più ristretta di ordine pubblico internazionale sarebbe stata differente – alla considerazione anche di alcune norme di legge ordinaria²³: quelle attuative, sia pure discrezionalmente, cioè in modo non costituzionalmente vincolato, di principi costituzionali. La motivazione fondamentale addotta dalle Sezioni Unite per negare efficacia in Italia al provvedimento straniero è, infatti, la considerazione di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante²⁴ e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore²⁵ nell'ambito di un

nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata, in *SIDIBlog*, 6 maggio 2019. In generale sul nuovo Protocollo n. 16 alla CEDU, cfr. anche, tra i tanti, l'editoriale di N. POSEMATO, *O "Protocollo do Diálogo" entra em vigor*, in *Espaço Jurídico Journal of Law*, 2, 2018, 325 ss.; nonché A. HENKE, *La giurisdizione consultiva della Corte di Strasburgo nel nuovo Protocollo n. 16 alla CEDU*, in *Rivista di diritto processuale*, 4-5, 2018, 1244 ss.

²¹ Considerata utilizzabile all'unica condizione della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», da intendersi non come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo. In tal senso, v. già Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Famiglia e diritto*, 11, 2016, 1025 ss. In dottrina, cfr., tra gli altri, anche per ulteriori riferimenti, C. CAMPIGLIO, *La genitorialità nelle coppie same-sex: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2018, 930; E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2017, 873 ss.; ID., *L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito*, in *Famiglia e diritto*, 11, 2017, 1003 ss.; R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2017, 1006 ss.; nonché M. CINQUE, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2017, 1490 ss., la quale persuasivamente aveva sostenuto che rimanesse necessario un intervento del legislatore, perlomeno al fine di consolidare inequivocabilmente tale soluzione interpretativa, se non al fine di ammodernare più ampiamente la disciplina in esame. Da altra prospettiva, G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2, 2019, 341 ss., ha inoltre evidenziato l'opportunità di verificare sempre se lo strumento in discorso integri oppure non, in relazione a ciascun caso di specie, un «giusto rimedio» (con richiamo al pensiero di P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 1, 2011, 1 ss.). Sempre con riguardo all'art. 44, co. 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983 si è da ultimo parlato di «un provvidenziale deus ex machina» (E. DEL PRATO, *Status di figlio: autoresponsabilità e verità*, in *Rivista di diritto civile*, 4, 2020, 748; v. anche, nello stesso senso, M. RIZZUTI, *Adozione aperta e rapporti successori*, Napoli, 2021, 41) e di una «clausola di chiusura del sistema, ma non di carattere residuale, bensì volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa» (A. FINESSI, *Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e best interests of the child*, in *Nuove leggi civili commentate*, 6, 2020, 1367).

²² MI. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Famiglia*, 3, 2019, 373.

²³ Che in dottrina era stata sostenuta assai persuasivamente da R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, 1008.

²⁴ Che secondo un convincente orientamento andrebbe di pari passo con quella del nato, il cui primo interesse dovrebbe essere considerato quello a non interrompere la relazione con la donna che lo ha portato in grembo per nove mesi: v. soprattutto MI. BIANCA, *op. cit.*, 380; nonché G. RECINTO, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2020, 693 s.

²⁵ Il contrasto tra dignità umana della gestante e interesse del minore affermato dalle Sezioni Unite è peraltro discutibile, come già segnalato nella nt. precedente.

bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione²⁶.

3. Cass. ord. n. 8325 del 2020

Nonostante la presenza di un orientamento fondato su due concordanti sentenze recenti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la giurisprudenza immediatamente successiva si è mostrata in significativa misura ancora altalenante. Se da un lato non sono mancate, infatti, pronunce che, sia pure affrontando problematiche parzialmente diverse, si sono poste su una linea di sostanziale continuità con il citato orientamento, o almeno con alcune idee alla base dello stesso²⁷, sono presto emersi anche tentativi di superarlo.

A quest'ultimo riguardo, va rammentata soprattutto²⁸ l'ordinanza interlocutoria²⁹ con la quale la prima Sezione della Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, co. 6, della l. n. 40 del 2004 congiuntamente agli artt. 18 del d.p.r. n. 396 del 2000 e 64, co. 1, lett. g), della l. n. 218 del 1995, affermandone il contrasto con la Costituzione (artt. 2, 3, 30, 31, 117, co. 1), con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 8), con la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18) e con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24).

Secondo l'estesa (a parere di chi scrive, più di quanto si addirebbe a un simile provvedimento) ordinanza in discorso, che ha invocato insistentemente il primo parere consultivo della Corte EDU³⁰ al fine di criticare il diritto vivente italiano giudicandolo nettamente incompatibile con tale parere³¹, la Corte costituzionale avrebbe dovuto dichiarare illegittima la citata legislazione interna, proprio perché quest'ultima, interpretata conformemente alla sentenza delle Sezioni Unite del 2019, come ab-

²⁶ Per una posizione dottrinale critica verso Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., con specifico riguardo a quest'ultimo profilo, v., però, G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 337 ss., il quale ha lamentato «il mancato invito all'interprete di tenere conto delle peculiarità del "caso concreto"» e ha sostenuto che «il "bilanciamento" tra interessi e valori normativi non può non essere condotto nel momento applicativo anche dal giudice». Per una simile riflessione sul profilo in parola, v., tra gli altri, A. GORGONI, *Relazioni affettive e interesse del minore: il (discutibile) diniego delle Sezioni Unite della trascrivibilità dell'atto di nascita da maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2, 2020, 539 ss.

²⁷ Si rinvia a 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 s.

²⁸ Per riferimenti anche ad alcune pronunce di merito recenti a loro volta in (formale ossequio ma) sostanziale dissenso con la posizione delle Sezioni Unite, v. 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, 306 s.

²⁹ Cass., ord. 29 aprile 2020, n. 8325, in *Corriere giuridico*, 7, 2020, 902 ss., con nota di U. SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*; in *Famiglia e diritto*, 7, 2020, 675 ss., con note di G. FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale*, e di G. RECINTO, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*; in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2020, I, 1116 ss., con commento di V. CALDERAI, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, 1109 ss.; e in *Famiglia*, 6, 2020, 767 ss., con nota di F. AZZARRI, *L'inviolabilità dello status e la filiazione dei nati all'estero da gestazione per altri*.

³⁰ V. *supra*, nt. 20.

³¹ V. però, persuasivamente in senso contrario, M.C. BARUFFI, *op. cit.*, 308 ss., ove anche ulteriori riferimenti.

biamo verificato impone di negare senz'altro, senza la possibilità di una valutazione differenziata caso per caso, l'efficacia in Italia a un provvedimento giudiziario straniero in forza del quale si tratterebbe di inserire nell'atto di stato civile di un minore procreato con gestazione per altri anche il genitore d'intenzione non biologico, ponendosi però un simile esito, secondo la prima Sezione della Corte di Cassazione, in palese contrasto con le varie previsioni di rango costituzionale summenzionate, appunto alla luce del primo parere consultivo della Corte EDU.

Per quanto l'ordinanza in esame possa essere letta anche come un tentativo di valorizzare il controllo accentrato di costituzionalità di competenza della Corte costituzionale e da questo particolare punto di vista essere senz'altro apprezzata³², rimane il fatto che essa intendesse nella sostanza superare nettamente (sia pure non autonomamente, bensì suscitando un intervento della Corte costituzionale³³) una posizione espressa neanche un anno prima dalle Sezioni Unite, risultando così, a parere di chi scrive, criticabile quantomeno dal diverso punto di vista del pieno e non solo formalistico rispetto della funzione nomofilattica della Suprema Corte e con essa della certezza del diritto.

In ogni caso, considerato anche il vivacissimo dibattito sviluppatosi in dottrina, significativa parte della quale si era collocata su posizioni simili a quella della prima Sezione della Corte di Cassazione³⁴, non era affatto agevole prevedere in quale modo la Corte costituzionale si sarebbe potuta pronunciare, per quanto un forse minoritario ma non trascurabile orientamento dottrinale, cui anche lo scrivente aveva aderito, continuasse a sostenere con fermezza la necessità che l'ammodernamento della materia passasse attraverso l'intervento del legislatore, nell'esercizio della sua notevole sfera di discrezionalità non sostituibile dalla creatività giurisprudenziale³⁵.

³² Almeno dal particolare punto di vista del percorso attraverso il quale dovrebbe a rigore svolgersi il controllo di costituzionalità (ovverossia tramite intervento della Corte costituzionale e non autonomamente da parte della Corte di Cassazione), l'ordinanza è infatti apprezzata da F. FERRARI, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni "passi indietro" della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 192 s., nt. 138; ID., *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 *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, 532 ss. Ha in termini più generali ragionato di una «ampia ed esauriente motivazione» della prima Sezione della Corte di Cassazione G. FERRANDO, *op. ult. cit.*, 685; su una simile linea di pensiero, v. anche F. AZZARRI, *op. cit.*, 787, il quale ha parlato di un «rinvio alla Consulta [...] opportuno e sostanzialmente condivisibile nelle motivazioni che lo sorreggono». Ma v. anche la diversa opinione di G. RECINTO, *op. cit.*, 692, il quale ha criticato Cass., ord. 29 aprile 2020, n. 8325, cit., ascrivendola al novero delle pronunce che, «attraverso il generico e costante riferimento all'«onnipresente» superiore interesse del minore, sovente finiscono per porsi, «nel guardare al diritto relazionale reciproco dei genitori e dei figli [...], soprattutto dal punto di vista dei genitori», o degli aspiranti genitori». Ha esternato perplessità sull'ordinanza in discorso anche V. CALDERAI, *op. cit.*, 1109, secondo la quale la prima Sezione si sarebbe dovuta rivolgere non alla Corte costituzionale ma semmai alle Sezioni Unite della stessa Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 374, 3° co., c.p.c. Ha preso in considerazione quest'ultima strada pure U. SALANITRO, *op. ult. cit.*, 911, ritenendo che non sia stata percorsa più che altro per evitare uno «strappo istituzionale, difficilmente ricucibile in una materia così sensibile».

³³ Peraltro sotto vari profili ponendosi «in discontinuità anche con la giurisprudenza della Corte costituzionale», come sottolineato da U. SALANITRO, *op. ult. cit.*, 910.

³⁴ Per un tentativo di sintetizzare i principali orientamenti, v. M. TESCARO, *op. ult. cit.*, 352 s., cui adde, da ultimo, ANG. FEDERICO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giustizia civile*, 4, 2020, 648 ss. e specialmente 674 ss.

³⁵ Per interessanti riflessioni sul contenuto che avrebbe potuto assumere la decisione della Corte costituzionale, cfr. B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un*

4. Corte cost. n. 33 del 2021

La Corte costituzionale è quindi intervenuta³⁶, ponendosi sostanzialmente in linea con l'orientamento dottrinale da ultimo menzionato, soprattutto in quanto ha pronunciato una sentenza di inammissibilità e ha in tal modo opportunamente salvaguardato la discrezionalità del legislatore.

Il giudice delle leggi ha però anche, al tempo stesso, riconosciuto alla prima Sezione della Corte di Cassazione almeno alcune ragioni, nel momento in cui ha condiviso la prospettiva di un disallineamento del diritto vivente italiano, come risultante dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2019, rispetto a varie norme anche sovranazionali di rango costituzionale e soprattutto rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU, peraltro valorizzando nell'ambito della stessa non il primo parere consultivo emesso da tale Corte in quanto tale³⁷ ma alcune pronunce successive adottate in sede contenziosa che lo hanno richiamato facendone propri i contenuti³⁸.

eventuale giudizio costituzionale?, in *Osservatorio costituzionale*, 5, 2019, 197 ss., secondo cui, comunque, più opportuno sarebbe stato un immediato e organico intervento del legislatore che avesse offerto riferimenti certi e omogenei, i quali sono fondamentali in una materia così delicata come quella della maternità surrogata. Su una simile linea di pensiero, v. M. SESTA, *ibidem*; M.C. BARUFFI, *op. cit.*, 317 ss., la quale assai persuasivamente aveva da un lato auspicato un intervento del legislatore che riformasse l'adozione introducendo «fast-track procedures» e dall'altro ammonito circa il rischio che un approccio caso per caso portasse a intasare le aule dei tribunali con questioni così delicate, che come tali meriterebbero invece soluzioni uniformi preventivamente stabilite, non anarchia normativa e prassi differenziate; nonché M. TESCARO, *op. ult. cit.*, 353 s. Più in generale in argomento, v. anche le brillanti riflessioni di M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2013, 16 s., ove si chiarisce che l'art. 101, co. 1, Cost., prevedendo che «La giustizia è amministrata in nome del popolo» e non della nazione, vieta che le correnti profonde che l'interprete ritenga di percepire nella società prevalgano sulla volontà popolare espressa attraverso la legge.

³⁶ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *Pluris*.

³⁷ V. *supra*, nt. 20.

³⁸ V. a tale riguardo il par. 3.1 del considerato in diritto di Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.: «non v'è dubbio che il parere consultivo reso dalla Corte EDU su richiesta della Corte di cassazione francese non sia vincolante [...]. Cionondimeno, 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)». V. inoltre il par. 5.6 del considerato in diritto della medesima sentenza: «la stessa Corte EDU ritiene comunque necessario che ciascun ordinamento garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il "genitore d'intenzione", al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati (Corte EDU, decisione 12 dicembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia, paragrafo 42; sentenza D. contro Francia, paragrafo 67); lasciando poi alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, tra i quali si annovera anche il ricorso all'adozione del minore. Rispetto, peraltro, a quest'ultima soluzione, la Corte EDU sottolinea come essa possa ritenersi sufficiente a garantire la tutela dei diritti dei minori nella misura in cui sia in grado di costituire un legame di vera e propria "filiazione" tra adottante e adottato (Corte EDU, sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia, paragrafo 66), e "a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della sua messa in opera, conformemente all'interesse superiore del bambino" (*ibidem*, paragrafo 51)». Come rileva persuasivamente 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*, cit., par. 3, la circostanza che la Corte EDU confermi in successive pronunce adottate in sede contenziosa quanto affermato in sede consultiva, peraltro, «sembra svelare qualche crepa nella concreta effettività della scelta di uno Stato di non ratificare il Protocollo» n. 16 alla CEDU, con la conseguenza che «sembra allora ancora più importante che la Convenzione funga da parametro interposto solo a seguito di un'interpretazione consolidata resa dalla Corte di Strasburgo nella sua attività

Inoltre, la Corte costituzionale si è persino spinta a lasciar intravedere, sia pure – a differenza di quanto aveva fatto in altre pronunce³⁹ – solo in un futuro non meglio precisato, la possibilità di un suo intervento correttivo della disciplina italiana dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, co. 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983⁴⁰, se il legislatore eviterà di migliorarla⁴¹, ciò che peraltro considera-

pienamente giurisdizionale, come richiesto a partire dalla sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale», profilo quest'ultimo del tutto assente in Cass., ord. 29 aprile 2020, n. 8325, cit. (su questi temi, v. anche *supra*, nt. 20).

³⁹ Ci si riferisce soprattutto (ma non solo) al c.d. *caso Cappato* ovvero sia a Corte cost., ord. 24 ottobre 2018, n. 207, in *Corriere giuridico*, 4, 2019, 457 ss., con nota di E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice delle leggi sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*, e in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2019, I, 549 ss., con commento di M. AZZALINI, *Il "caso Cappato" tra moniti al Legislatore, incostituzionalità "prospettate" ed esigenze di tutela della dignità della persona*, 540 ss.; nonché poi a Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, in *Corriere giuridico*, 2 e 4, 2020, 153 ss., con note di MI. BIANCA, *L'aiuto al suicidio è ancora reato. Riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto al suicidio medicalizzato*, 145 ss., e di E. BILOTTI, *La Corte costituzionale ripristina il confine dell'autodeterminazione terapeutica, ma... lascia solo ai medici il compito di presidiarlo*, 485 ss., e in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2020, I, 368 ss., con commento di M. AZZALINI, *Prigionieri del noto? La Consulta chiude il caso Cappato ma rischia di perdersi nel "labirinto" del fine vita*, 357 ss. In dottrina, v. altresì, tra i tanti, MI. BIANCA, G. FERRANDO, T. PASQUINO, S. TROIANO, *Il fine vita e il legislatore pensante*, 4, *Il punto di vista dei civilisti*, in www.giustiziainsieme.it, 26 marzo 2021.

⁴⁰ V. al riguardo il par. 5.8 del considerato in diritto di Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.: «come correttamente sottolinea l'ordinanza di rimessione, il possibile ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 [...] costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati. L'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante. Inoltre, [...] è ancora controverso – stante il perdurante richiamo operato dall'art. 55 della legge n. 184 del 1983 all'art. 330 cod. civ. – se anche l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore "biologico" (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita. Al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali poc'anzi recapitolati attraverso l'adozione, essa dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983». Sulle criticità che l'adozione in casi particolari presenta nella materia in esame, v. altresì, nella dottrina più recente, anche per ulteriori riferimenti, A. GORGONI, *Vita familiare e conservazione dello stato di figlio: a proposito delle Sezioni unite sulla (non) trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga di maternità all'estero*, in *Persona e Mercato*, 4, 2019, 158 ss.; G. FERRANDO, *Di chi è figlio un bambino con due mamme?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2021, II, 417 s.; S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, Milano, 2021, 223 ss.; EAD., *Il rapporto tra nato in Italia da p.m.a. e madre intenzionale resta confinato all'adozione genitoriale*, in *Foro italiano*, 1, 2021, I, 44 ss.; M. RIZZUTI, *op. cit.*, 32 ss.; L. TULLIO, *Nascere da madre surrogata e vivere inseguendo un legame. Il lungo cammino delle gemelle Mennesson*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 3, 2020, 1053 s; ma v. anche, in termini meno critici verso tale istituto, U. SALANITRO, *op. ult. cit.*, 916; nonché V. CALDERAI, *op. cit.*, 1115 s.

⁴¹ V. sempre Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., la quale – par. 5.9 del considerato in diritto – conclude che: «il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa



to quanto accaduto in passato in altre ben note vicende rischia di essere probabile⁴². Una simile presa di posizione, da un lato, è comprensibile alla luce dell'inerzia (non di rado seguita, in caso di successiva attività, da sciatteria⁴³) che ha negli ultimi anni sovente caratterizzato il nostro legislatore, ma può dall'altro suscitare qualche fondata perplessità dal punto di vista del tradizionale modo di intervenire della Corte costituzionale nella logica delle «rime obbligate»⁴⁴.

Sotto questo profilo, emerge la natura almeno in parte di compromesso anche⁴⁵ della sentenza in esame, così che non può escludersi che alcuni giudici di merito d'avanguardia, facendo leva sulle sole parti della stessa che evidenziano la necessità di miglioramenti del diritto attualmente vigente, si sentano legittimati a introdurli per via puramente pretoria, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata⁴⁶ che anche parte della dottrina continua del resto a sostenere⁴⁷. Si trattereb-

pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»

⁴² Da questo particolare punto di vista può comprendersi (ma non necessariamente condividersi) l'opinione di quanti avrebbero preferito una pronuncia di incostituzionalità quantomeno della disciplina dell'adozione in casi particolari (pronuncia che la Corte costituzionale avrebbe potuto emettere dopo aver sollevato dinanzi a sé una questione di legittimità costituzionale di tale disciplina: v. sul punto V. CALDERAI, *op. cit.*, 1112) o in alternativa l'indicazione, proprio come già avvenuto nel c.d. *caso Cappato* (v. supra, nt. 39), di un termine di circa un anno decorso il quale la Corte costituzionale avrebbe emesso una pronuncia di tal fatta (simili considerazioni sono state espresse da R. BIN, *Conclusioni, Webinar Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Lo stato dell'arte*, Università di Verona, 20 maggio 2021).

⁴³ V., per esempio, con specifico riguardo alla l. 20 maggio 2016, n. 76, G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente", e del convivente di fatto*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2016, 980: «volendo individuare, con una sola parola, il segno, sotto il quale la nuova normativa può dirsi nata, a me pare che essa sia la seguente: sciatteria».

⁴⁴ Per approfondimenti e ulteriori riferimenti su tale tema, cfr., di recente, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, 86 ss.; 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, 644 ss.

⁴⁵ Di compromesso può definirsi anche la sentenza che ha aperto questo nuovo ciclo sull'ordine pubblico internazionale, oltretutto Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.: v., a tale riguardo, M. TESCARO, *Le variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile*, cit., 534. In termini analoghi sul punto, v. anche A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2019, 225 e 237. Tra i tanti, v. pure R. CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, in *Contratto e impresa*, 1, 2018, 260, ove si ragiona di una «innovazione» però «ben ponderata e prudente».

⁴⁶ Qualcosa del genere è già accaduto con riguardo a Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, in *Pluris*, sentenza per così dire gemella rispetto a quella in discorso (in quanto pubblicata nello stesso giorno, avente per oggetto una questione diversa ma collegata – quella della legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della l. 19 febbraio 2004, n. 40 e 250 c.c., che sistematicamente interpretati non consentono al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello status di figlio riconosciuto anche della madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non sussistano i presupposti per procedere all'adozione in casi particolari – e integrante a sua

be, però, di una posizione in netto contrasto con la sentenza della Corte costituzionale in discorso⁴⁸, che rimane una pronuncia di inammissibilità diretta a negare anche solo la possibilità di una rimedi-

volta una pronuncia di inammissibilità con contestuale monito al legislatore, che in questo caso sembra peraltro più accalorato, affermandosi al par. 2.4.1.4 del considerato in diritto della sentenza che «il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incompressibili diritti dei minori», e altresì in conclusione che «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia». V. infatti, per esempio, App. Cagliari, decr. 29 aprile 2021, che menziona e riporta integralmente M. GATTUSO, *Cagliari e Roma: le prime due decisioni dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in www.articolo29.it, Opinione del 5 maggio 2021, ove anche ulteriori riferimenti. Posizioni del genere erano emerse anche in precedenza in parte della giurisprudenza di merito (v., per esempio, Trib. Cagliari, decr. 28 aprile 2020, cit. [supra, nt. 4], ove si era concluso che «la l. n. 40 del 2004, come interpretata dal diritto vivente, consente di individuare anche [...] quale genitore intenzionale del minore, in ragione del consenso dalla medesima prestata al progetto di genitorialità condiviso, alla consapevole assunzione della responsabilità procreativa e alla applicabilità del complesso di norme che la stessa legge pone a tutela del nato anche nell'ipotesi, come quella in esame, di violazione dei requisiti di accesso alla PMA»), peraltro disattesa ripetutamente pure dalla giurisprudenza di legittimità (v. Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, in *Famiglia e diritto*, 6, 2020, 537 ss., con nota di A. SCALERA, *Doppia maternità nell'atto di nascita: la Cassazione fa un passo indietro*; nonché Cass., 22 aprile 2020, n. 8029, in *Pluris*).

Non consta invece che vi siano state anche dopo Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit. pronunce di merito che abbiano sostenuto che pure la questione oggetto di quest'ultima sentenza possa risolversi senza alcun intervento del legislatore, per mezzo di una interpretazione costituzionalmente orientata (che comporterebbe in questo caso la trascrizione automatica nei registi dello stato civile italiani di provvedimenti stranieri affermant lo status genitoriale in favore di padri o madri puramente intenzionali parti di accordi di maternità surrogata stipulati all'estero), ma – anche alla luce degli sviluppi giurisprudenziali poco sopra segnalati in merito alla sentenza gemella – non può escludersi che ve ne saranno nel prossimo futuro.

⁴⁷ V., da ultimo, G. FERRANDO, *op. ult. cit.*, 421, ove appunto si ragiona della «tutela del nato che ha diritto ad uno stato certo nei confronti dei genitori che ne hanno voluto la nascita, anche in violazione dei divieti previsti dalla legge», come di «principi che, opportunamente sviluppati nel solco di una interpretazione costituzionalmente orientata delle regole sulla costituzione dello stato di figlio consentono di dare al figlio, fin dalla nascita, due genitori, non uno soltanto»; nonché, in precedenza, tra gli altri, M.C. VENUTI, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2020, II, 674 s.; ma v. anche i rilievi critici di F. FERRARI, *op. ult. cit.*, par. 4, il quale, con particolare riguardo alla maternità surrogata, sottolinea «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 procreative)», e come essa ponga al centro della valutazione l'ufficiale dello stato civile, che in linea di principio dovrebbe trascrivere de plano il provvedimento straniero, salvo un successivo intervento del giudice in via del tutto eventuale. V. anche, più in generale, M. LUCIANI, *voce Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, 2016, 473, il quale avverte che «il canone dell'interpretazione conforme, concepito per generare armonia tra ordinamenti diversi o tra diverse sfere di legalità e per consentire una proficua cooperazione tra distinte istanze giurisdizionali, può mancare il bersaglio e diventare un elemento di turbamento e distorsione degli equilibri».

⁴⁸ Ove – par. 5.1 del considerato in diritto di Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit. – si sottolinea tra l'altro che «gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita». A questo proposito, la Corte (per quanto a seguire richiami anche la «condanna di "qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali" espressa dal Parlamento europeo nella propria Risoluzione del 13 dicembre 2016») non sembra fare senz'altro propria la distinzione – notevolmente valorizzata da parte della dottrina, secondo cui solo la seconda dovrebbe essere vietata: v., tra gli altri, già de iure condito, U. SALANITRO, *op. ult. cit.*, 911 s. e 915 s.; F. AZZARRI, *op. cit.*, 802 ss.;



tazione alla luce della Costituzione dell'interpretazione ormai affermata, fintantoché non sopravvenga un intervento del legislatore, sia pure caldamente sollecitato dal giudice delle leggi.

5. Cass., Sez. Un., n. 9006 del 2021

Da ultimo, si sono nuovamente pronunciate pure le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁴⁹, negando che contrasti con il nostro ordine pubblico internazionale l'efficacia in Italia di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione piena o legittimante di un minore da parte di una coppia omosessuale maschile, qualora sia esclusa la presenza di un accordo di surrogazione di maternità alla base della filiazione.

In Italia, un simile provvedimento giurisdizionale non potrebbe essere adottato, attesa la presenza dell'art. 6 della l. n. 184 del 1983, ove l'adozione legittimante è riservata alle sole coppie coniugate, e del co. 20 dell'art. 1 della l. n. 76 del 2016, ove si esclude l'applicazione all'unione civile della medesima disciplina in materia di adozione legittimante concernente il matrimonio. Ma queste norme imperative della legge ordinaria italiana, differenziando in tal modo il trattamento delle coppie omosessuali rispetto a quello delle coppie eterosessuali, non possono ritenersi applicative, neppure in modo discrezionale, di principi costituzionali⁵⁰. Tali norme nemmeno si pongono, d'altro canto, in contrasto

A.G. GRASSO, *A Critical View on the Italian Ban of Surrogacy: Constitutional Limits and Altruistic Values*, in *The Italian Law Journal*, 2, 2020, 401 ss.; nonché, de iure condendo, S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, 348 – tra maternità surrogata c.d. altruistica o solidale (in relazione alla quale, nei Paesi stranieri che la disciplinano, solitamente sono previsti o non sono esclusi rimborsi spese e/o eque indennità: per dettagliati riferimenti al riguardo, v., da ultimo, C.G. JOSLIN, *op. cit.*, 452 ss.; nonché M. WELLENHOFER, *op. cit.*, Rn. 35) e maternità surrogata c.d. commerciale. In effetti, pare a chi scrive che la lesione della dignità umana della donna (oltre che di quella del nato: v. *supra*, nt. 24) si atteggi in modo assai simile in entrambe le ipotesi (su una linea di pensiero di questo tipo, v. A.M. GAMBINO, T. PASQUINO, *Gestazione surrogata: altruismo o costrizione? Profili giuridici*, in *L'Arco di Giano*, 88, 2016, 92; M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, *cit.*, 375 s.; G. RECINTO, *op. cit.*, 693 s.). Esperienze straniere che si sono già da vari anni orientate nel senso della regolazione della maternità surrogata c.d. altruistica o solidale tenendo però fermo il divieto di quella c.d. commerciale, del resto, testimoniano come in presenza di un approccio del genere il divieto in parola rischi seriamente di divenire vuoto (v., con specifico riguardo al diritto australiano, S. PAGE, *The Australian surrogacy landscape – what have the last 10 years taught us?*, in *International Family Law Journal*, 1, 2021, 48 s., il quale documenta che «in the last 10 years there have been no prosecutions for surrogacy offences»; nonché, con prospettiva più generale, C.G. JOSLIN, *op. cit.*, 455, ove si riferisce che «the available evidence suggests that banning compensation does not avoid the exchange of money»), senza contare che la prassi di altri istituti anche italiani ha dimostrato come in tema di tutela della persona possa risultare assai difficile distinguere rimborsi e indennità da veri e propri corrispettivi (con particolare riguardo all'amministrazione di sostegno, v., anche per ulteriori riferimenti: R. GIGANTESCO, *Equa indennità: natura retributiva o compensativa?*, in A. RIZZO, M. TESCARO, S. TROIANO [a cura di], *L'amministrazione di sostegno: il modello vicentino*, Napoli, 2018, 29 ss.; M. TESCARO, *sub art. 408 c.c.*, in A. ZACCARIA [a cura di], *Commentario breve al diritto della famiglia*, 4ª ed., Milano, 2020, 1025; nonché da ultimo, in giurisprudenza, Cass., 13 luglio 2020, n. 14846, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2021, 168, con nota sempre di R. GIGANTESCO, *La natura dell'equa indennità nell'amministrazione di sostegno*; e, in senso parzialmente diverso rispetto alla Corte di Cassazione appena citata, Corte giust. UE, 15 aprile 2021, C-846/19, in www.curia.eu).

⁴⁹ Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Pluris*.

⁵⁰ Un ragionamento diverso potrebbe essere tentato facendo leva sulla formulazione letterale dell'art. 29, 1° co., Cost. (sebbene esso sia definito da M. SESTA, *Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi*, in *Famiglia e diritto*, 11, 2019, 1050, «metaforicamente un fossile, cioè il resto pietrificato di un organismo un tempo

con la Costituzione, finendo pertanto per collocarsi in un'area che potremmo definire di (relativa) indifferenza costituzionale⁵¹, nel senso che la Costituzione non esprime principi che le riguardino direttamente⁵².

vivente»), che sembrerebbe indicare quella matrimoniale, per la quale il paradigma eterosessuale era nel 1948 talmente scontato da non necessitare nemmeno di essere esplicitato, come unica forma di famiglia compatibile con la Costituzione (cfr. G. BONILINI, *ibidem*: «strada maestra, invero, non avrebbe che potuto essere quella della revisione costituzionale [...]». Critica, questa, che non viene punto mitigata dalla enfaticizzata scelta di considerare l'unione civile [...] quale formazione sociale [...] ex art. 2 Cost., giacché essa è, o mira a essere, una compagine familiare. Di qui, l'esigenza di reputarla eguale alla famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.), che, come persiste a enunziare l'art. 30, comma 3, Cost., è la "famiglia legittima". Di qui, l'ovvio rilievo che la strada corretta sarebbe stata quella della modifica degli artt. 29 e 30 Cost., non percorsa a cagione di note, prosaiche, ragioni parlamentari»). A un simile ragionamento è stata però contrapposta un'interpretazione ampia dell'art. 2 Cost., considerato senz'altro idoneo a giustificare ulteriori «formazioni sociali» di tipo – se non formalmente, almeno – sostanzialmente familiare, interpretazione, questa, che si è da tempo consolidata, essendosi a essa ripetutamente allineata pure la legislazione ordinaria, anche con la riforma della filiazione di cui alla l. 10 dicembre 2012, n. 219 e al d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. In tal modo sembra peraltro essersi realizzata una – quantomeno dal punto di vista della tradizionale gerarchia delle fonti del diritto interno – paradossale reinterpretazione della Costituzione conformemente alla legge ordinaria: v. M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2014, 2, secondo cui appunto «l'enunciazione che tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico suona alla stregua di un vero e proprio principio – così, del resto, lo definisce l'art. 2 della stessa l. n. 219/2012 – e sembra ambire ad integrarsi col testo degli artt. 29 e 30 Cost., dei quali, invero, modifica gli equilibri sin qui in essere fra le loro variegate e articolate proposizioni: quasi come se il legislatore ordinario si sia cimentato in una sorta di "rilettura" del testo costituzionale, capovolgendo quel procedimento che un illustre Maestro, quasi cinquant'anni or sono, aveva indicato agli interpreti al fine di armonizzare il testo del codice civile ai principi della Costituzione». Su questi temi, cfr. altresì, da ultimo, B. AGOSTINELLI, V. CUFFARO, *Introduzione*, in B. AGOSTINELLI, V. CUFFARO (a cura di), *Relazioni, Famiglie, Società*, Torino, 2020, IX, ove si ritiene ormai inevitabile parlare di «famiglia [...] in senso lato», nonché L. ROSSI CARLEO, *Una riflessione introduttiva*, *ivi*, 4, secondo la quale, peraltro, «il pluralismo che connota l'arcipelago familiare non può [...] costituire la illusione di governare una società complessa senza ricorrere alla veste "giuridica" e, quindi, senza dover fare scelte sistematiche».

⁵¹ Questo è, ad avviso dello scrivente, il senso più profondo di quanto è assai più diffusamente (e forse meno inequivocabilmente di quanto si sarebbe potuto) affermato al par. 17.3 di Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit., che è opportuno riportare per esteso a seguire: «in conclusione, nel contesto normativo e giurisprudenziale nel quale è maturata la sentenza delle S.U. n. 12193 del 2019 il limite, dovuto alla contrarietà ai principi di ordine pubblico internazionale, al riconoscimento di status genitoriali contenuti in provvedimenti esteri, richiesti da componenti di coppie omoaffettive, è stato individuato esclusivamente nel ricorso alla gestazione per altri, limite peraltro comune anche alle coppie eterosessuali. In particolare, non sono stati ritenuti incidenti sulla valutazione di compatibilità della omogenitorialità con i nostri principi di ordine pubblico internazionale i limiti derivanti dalla legislazione interna in tema di accesso all'adozione legittimante (l. n. 184 del 1983, art. 6) previsto soltanto per le coppie eterosessuali coniugate e dalla legge sulle unioni civili che non ha espressamente esteso alle coppie omoaffettive l'accesso all'adozione legittimante, lasciando tuttavia aperta la strada all'adozione in casi particolari, in quanto già riconosciuta dalla giurisprudenza sulla base delle norme vigenti (l. n. 76 del 2016, art. 1, comma 20). Non è stato ritenuto riconducibile ai principi di ordine pubblico internazionale il regime codicistico della prova della filiazione in relazione al riconoscimento di provvedimento estero costitutivo di status genitoriale in coppia omogenitoriale femminile (Cass. 19599 del 2016). La valutazione di compatibilità, anche in coerenza con le considerazioni svolte nella sentenza della Corte Cost. n. 272 del 2017, è stata, fino ad oggi, compiuta assumendo come principi cardine il diritto del minore alla conservazione dell'identità e della stabilità familiare (Cass. 14007 del 2017) ed il favor verso la continuità degli status filiali da bilanciare, tuttavia, con il limite incompressibile della dignità dei soggetti coinvolti (S.U. 12193 del 2019), senza includere, però, nel perimetro dei principi di ordine pubblico internazionale né le norme

Ne deriva che le norme imperative interne summenzionate non fanno parte della nozione di ordine pubblico internazionale consolidatasi nella precedente giurisprudenza delle Sezioni Unite, cui pure questa ultima pronuncia dichiara di aderire⁵³, nozione che come sappiamo è aperta anche alla legge ordinaria italiana ma solo quando essa possa considerarsi attuativa, sia pure discrezionalmente, di principi costituzionali, come è evidente che sia con riferimento al divieto penalmente sanzionato di maternità surrogata.

La sentenza n. 9006 del 2021 delle Sezioni Unite è dunque, a parere di chi scrive, senz'altro condivisibile, soprattutto in quanto riafferma la nozione di ordine pubblico internazionale in discorso e anche

interne che escludono l'accesso alle p.m.a. alle coppie omoaffettive né quelli che introducono il medesimo limite all'adozione legittimante, attualmente consentita soltanto a coppie unite in matrimonio. La condizione soggettiva costituita dall'eterosessualità della coppia che resiste all'interno del nostro ordinamento anche in relazione all'accesso all'unione matrimoniale, introduce un limite che definisce, allo stato attuale, la disciplina normativa applicabile ad alcuni istituti. Fino ad ora, tale limite non è stato elevato al rango di principio di ordine pubblico internazionale, alla luce della continua e crescente attenzione ad una prospettiva maggiormente inclusiva dei modelli relazionali e familiari che richiedono riconoscimento e tutela, realizzata mediante un'interpretazione aperta dell'art. 2 Cost. (Corte Cost. n. 138 del 2010 e 170 del 2014) e dell'art. 8 Cedu (Caso *X ed altri contro Austria* sentenza del 19/2/2013, *Labassee contro Francia* e *Menneson contro Francia* sentenze del 26 giugno 2014; *Avis consultatif* del 9 aprile 2019, richiesto dalla Corte di Cassazione francese in applicazione del Protocollo 16 in vigore dal 1 agosto 2018, cui l'Italia non ha ancora aderito). In particolare, per le coppie omoaffettive la condivisione della necessità di un riconoscimento giuridico e di una tendenziale equiparazione al sistema di tutela proprio dell'unione matrimoniale è stata ampiamente realizzata con la l. n. 76 del 2016 dopo il forte monito della CEDU (sentenza del 21 luglio 2015, caso *Oliari più altri contro Italia*). Il margine di apprezzamento degli Stati e la conseguente discrezionalità legislativa interna nell'introdurre alcune condizioni a tale equiparazione oltre a non poter oltrepassare il limite della proporzionalità tra il sacrificio del diritto fondamentale in gioco e l'interesse di rilievo pubblicistico che sottende la limitazione, non modifica il riconoscimento, costituzionale e convenzionale, delle unioni omoaffettive come luoghi in cui si sviluppa la personalità dei soggetti coinvolti (art. 2 Cost.) anche in ordine all'aspirazione alla genitorialità, quando si formi in un contesto relazionale caratterizzato da stabilità giuridica ed effettiva (art. 8 Cedu) e, soprattutto non può incidere sulla centralità del preminente interesse del minore nelle decisioni che riguardano il suo diritto all'identità ed ad uno sviluppo individuale e relazionale equilibrato e senza strappi».

⁵² Ciò non toglie, peraltro, che vi siano comunque principi costituzionali di più ampia portata da tenere in considerazione. V. al riguardo il par. 16.1 di Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit., ove sono rammentati «i limiti non oltrepassabili, costituiti dai principi fondanti l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori (art. 2 Cost.; art. 8 Cedu); dal principio del preminente interesse del minore di origine convenzionale ma ampiamente attuato in numerose leggi interne ed in particolare nella recente riforma della filiazione [...]; dal principio di non discriminazione, rivolto sia a non determinare ingiustificate disparità di trattamento nello status filiale dei minori con riferimento in particolare al diritto all'identità ed al diritto di crescere nel nucleo familiare che meglio garantisca un equilibrato sviluppo psico-fisico nonché relazionale sia a non limitare la genitorialità esclusivamente sulla base dell'orientamento sessuale della coppia richiedente; dal principio solidaristico che è alla base della genitorialità sociale sulla base del quale la legge interna (l. n. 184 del 1983 così come modificata dalla l. n. 149 del 2001 e dalla recente legge sulla continuità affettiva n. 173 del 2015) ed il diritto vivente (CEDU caso *Zhou contro Italia* sentenza 21/4/2014 e *S.H. contro Italia* sentenza 13/10/2015; Cass. 3643 del 2020 e 1476 del 2021) hanno concorso a creare una pluralità di modelli di genitorialità adottiva, unificati dall'obiettivo di conservare la continuità affettiva e relazionale ove già stabilizzatasi nella relazione familiare».

⁵³ V. ancora il par. 16.1 di Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit.: «il Collegio presta convinta adesione alla nozione di ordine pubblico internazionale elaborata nella pronuncia delle S.U. n. 16601 del 2017 e ribadita nella più recente n. 12193 del 2019».

in quanto fornisce un nuovo, interessante esempio di sua concreta applicazione, che contribuisce a chiarirne persuasivamente il significato.

La circostanza che la sentenza n. 12193 del 2019 integri, rispetto al provvedimento straniero gli effetti del quale si trattava di riconoscere oppure non in Italia, una pronuncia per così dire di chiusura, mentre quella del 2021 integra una pronuncia per così dire di apertura, non deve trarre in inganno: la nozione di ordine pubblico internazionale adottata è sempre la medesima, cambiando però le norme imperative italiane che vengono in rilievo, solo nel primo caso attuative sia pure in modo discrezionale di principi costituzionali.

Sarebbe pertanto errata la posizione di chi vedesse nell'ultima pronuncia il ritorno a una diversa e più ristretta nozione di ordine pubblico internazionale, del tipo di quella, incentrata solo su principi italiani, europei e internazionali di rango costituzionale, fatta propria con particolare evidenza da Cass. n. 19599 del 2016⁵⁴, per quanto non manchi nella sentenza n. 9006 del 2021 una enfasi che in alcuni passaggi potrebbe apparire eccessiva sui principi sovranazionali, dei quali andrebbe sempre rammentato il preciso ambito di applicazione⁵⁵ (e tra i quali rientra anche quello solidaristico⁵⁶, che parte della dottrina persuasivamente invita a utilizzare con particolare attenzione⁵⁷), e sulla loro pretesa totale armonia con i principi italiani⁵⁸, talvolta invece discutibile⁵⁹ e comunque non sempre necessaria considerati gli inevitabili margini di discrezionalità di cui godono i legislatori nazionali⁶⁰.

⁵⁴ V. *supra* nt. 7.

⁵⁵ Con particolare riguardo al diritto dell'Unione europea, è nota la scarsa presenza in tale ambito di discipline dotate di una sistematicità paragonabile a quella delle leggi nazionali, essendo normalmente gli atti normativi dell'Unione europea riferiti a speciali materie differenti l'una dall'altra, tanto più che occorre rispettare il fondamentale «principio di attribuzione» di cui al par. 2 dell'art. 5 del Trattato sull'Unione europea. Per interessanti approfondimenti al riguardo, cfr., tra i tanti, C. BALDUS, T. RAFF, *Richterliche Interpretation des Gemeinschaftsrechts*, in M. GEBAUER, C. TEICHMANN (a cura di), *Europäisches Privat- und Unternehmensrecht*, Baden-Baden, 2016 (su cui v. anche la recensione dello scrivente in *Contratto e impresa/Europa*, 1, 2016, 851 ss.), 203.

⁵⁶ V. *supra*, nt. 52, cui adde, nella dottrina più recente, S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, 352, secondo cui «it is certainly desirable to endow the spirit of human solidarity with a range of possible solutions».

⁵⁷ V., da ultimo, A. ZACCARIA, *Verdammte Zeiten (tempi maledetti)*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2020, II, 1156: «la certezza del diritto [...] per potersi considerare integrata abbisogna di sentenze che possano essere definite come corrette non in rapporto a un complesso valoriale definito dalla sensibilità soggettiva di un giudice, bensì in rapporto a un sistema normativo di riferimento che ne consenta un controllo razionale. Non possiamo pretendere che una sentenza “esatta” sia per forza di cose sempre e comunque una sentenza “giusta”, se non al prezzo di rinunciare a una ragionevole prevedibilità del risultato, e, di pari passo, all'autorevolezza degli esiti. L'ideale di giustizia, che poi si traduce nella corrispondenza del giudicato ai valori generalmente condivisi nella società di riferimento, può essere certamente perseguito, e deve essere perseguito. E per perseguire questo ideale si può altrettanto certamente fare ricorso a principi come quello di solidarietà. Ma questo ricorso deve essere contenuto entro i confini di un sistema normativo certo, e non arbitrariamente funzionalizzato ad esprimere estemporanee regole del fatto a quel sistema ignote».

⁵⁸ Di cui Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit., sembra fermamente convinta quando – par. 16.3 – ragiona di «principi [...] strettamente interconnessi essendo l'uno funzionale all'inveramento dell'altro» riscontrando un «quadro unificante di principi di ordine pubblico internazionale».

⁵⁹ Cfr., tra gli altri, J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2002, 530 s., ove si sottolinea che «la specifica definizione dei diritti umani spesso differisce da comunità politica a comunità politica. Anche in zone relativamente omogenee dal punto di vista culturale come l'Europa occidentale, queste differenze possono riflettere fondamentali scelte sociali e formano una parte importante nelle differenti identità delle comunità politiche e delle società. [...] Dato che i diritti sono

6. Conclusioni

Tutto ciò considerato, la nozione italiana di ordine pubblico internazionale, derivando da ben tre sentenze recenti e conformi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, può dirsi senz'altro consolidata, anche se ciò non toglie che potranno esservi dubbi e diversi punti di vista in relazione alla sua applicazione alle varie fattispecie concrete rilevanti⁶¹.

Può inoltre riscontrarsi con soddisfazione, almeno dal punto di vista della certezza del diritto, con riguardo alla questione qui esaminata, una sostanziale perfetta sintonia tra i giudici italiani di livello più elevato, ovverosia le Sezioni Unite della Corte di Cassazione da un lato e la Corte costituzionale dall'altro, per quanto non manchino nelle pronunce di tali giudici alcuni spunti che potrebbero essere invocati dai fautori di posizioni diverse da quelle che si sono fundamentalmente affermate per tentare di mettere nuovamente in discussione l'assetto così faticosamente raggiunto.

Posizioni di tal fatta è probabile che si manifesteranno nella giurisprudenza di merito, o forse anche in una sezione semplice della Corte di Cassazione, ma risulteranno criticabili non solo perché quegli spunti sono stati verosimilmente inseriti con il semplice obiettivo di accontentare almeno in qualche misura anche i fautori di opinioni essenzialmente disattese, cercando di superare i contrasti interpretativi attenuandoli piuttosto che radicalizzandoli, ma anche perché sarebbe opportuno che l'arte della costanza, che i nostri giudici di livello di più elevato hanno dimostrato di saper padroneggiare persino meglio dei loro colleghi di altri Paesi dell'Europa continentale⁶², si diffondesse sempre più pure nei livelli giurisdizionali inferiori, nei quali non mancano ampi margini di miglioramento da questo punto di vista⁶³. A tal fine, occorrerebbe però che anche il legislatore tornasse a svolgere fino in fon-

considerati fondamentali, così dovrebbero anche essere considerate le differenze tra di essi»; nonché T. PASQUINO, *L'incidenza della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti europee sul diritto privato*, in T. PASQUINO (a cura di), *Antologia di casi giurisprudenziali*, 3ª ed., Torino, 2019, XXV, ove si evidenzia il sempre più complesso ruolo dell'interprete, considerato tra l'altro il rischio che della medesima norma siano date diverse interpretazioni da parte della Corte costituzionale e di altre Corti europee.

⁶⁰ Con specifico riferimento alla maternità surrogata, cfr., da ultimo, S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, 328: «both the Strasbourg and the Luxembourg courts recognise the existence of an unavoidable margin of discretion to the Member States, given that [...] the protection of the right to peaceful family life and promotion of the best interest of the child has never been semantically elevated to the extent of saying that they should always prevail».

⁶¹ Almeno in parte in quest'ottica possono spiegarsi le oscillazioni che continuano a manifestarsi, anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, per esempio in tema di efficacia in Italia di provvedimenti stranieri di ripudio. Per approfondimenti al riguardo, v., di recente, A. BELLELLI, *La irriconoscibilità nell'ordinamento italiano del provvedimento straniero di scioglimento del matrimonio fondato sul ripudio*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2021, II, 422 ss.; O. VANIN, *Divorzio iraniano e controllo "in concreto" di compatibilità con l'ordine pubblico del provvedimento straniero*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2021, 509 ss.; nonché P. VIRGADAMO, *Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2017, 353 ss.

⁶² V. *supra*, nt. 2.

⁶³ V. M. PARADISO, *Au bon marché des droits. Tra globalizzazione dei diritti e delocalizzazione della procreazione*, in *Rivista di diritto civile*, 4, 2018, 995, ove da un lato si lamenta che «la flessibilità, il cambiamento, il rifiuto di mantenersi fermi o coerenti con le proprie scelte – che certo ha caratterizzato anche le epoche passate, ma veniva visto come elemento di debolezza – diviene oggi la regola e viene anzi rivendicata come espressione di spontaneità umana e perciò di autenticità», ma dall'altro si intravedono «molti segni di speranza» in senso opposto.

do il proprio ruolo, togliendo così ogni alibi a quanti considerano inevitabile una funzione ampiamente creativa del giudice, il quale secondo costoro potrebbe e dovrebbe essere il principale interprete della mutevole coscienza sociale e conseguentemente anche il traduttore delle correnti profonde che la attraverserebbero in sempre nuovi rimedi giuridici⁶⁴.

⁶⁴ Per raffinate critiche dal punto di vista costituzionalistico verso quest'ultima prospettiva, v., per esempio, M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2006, 1643 ss.; R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4, 2018, 637, ove si sottolinea come la legislazione rimanga «la via maestra per la rivendicazione dei diritti», pur riconoscendosi che tale via «si rivela molto spesso difficile da percorrere e non capace di soddisfare la “domanda sociale” di riconoscimento: domanda che pertanto esonda da questo canale e si riversa sull'altro, quello della giurisdizione»; 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 s., secondo il quale occorre «una teoria della giustizia costituzionale che sappia tenere in equilibrio le ragioni, da un lato, della superiore razionalità della *ius-dictio* delle Corti supreme o costituzionali, e, dall'altro, le permanenti, fortissime ragioni democratiche della *legis-latio*»; ID., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 86, ove si afferma che «la Corte non può funzionare da “barometro” dell'evoluzione della coscienza sociale in una società matura, poiché questo è compito della rappresentanza politica», e 97 s., ove si conclude che «la Costituzione dice quel che c'è scritto, non già quel che oggi ci piacerebbe che essa dicesse, sulla base di improbabili letture “dinamiche”. Se la si vuole cambiare, e basarsi sulla sua rinnovata autorità, ebbene, [...] gli assertori del mutamento convincano partiti, Parlamento ed elettori a fare i passi conseguenti. C'è un procedimento di revisione apposito, certo difficile e complesso: ma tale è pour cause, per resistere ai tentativi di cambiamento, come è compito delle Costituzioni rigide. La Costituzione, insomma, non è affatto, nonostante fiumi di retorica sostengano il contrario, un *living document*, che “sta al passo coi tempi”: come se i tempi, tra l'altro, dovessero mutare sempre e solo di bene in meglio, in un incessante e inarrestabile progresso dei diritti individuali e collettivi». Per non meno raffinate critiche dal punto di vista civilistico, v., inoltre, tra gli altri, N. IRTI, *Dalla lontana provincia del diritto civile*, in *Diritto pubblico*, 3, 2016, 826 ss.; C. GRANELLI, *Dottrina delle corti e dottrina dei dottori*, in *Nuovo diritto civile*, 3, 2016, 65 ss.; nonché A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, cit., 12, il quale, con riguardo al postmodernismo (e alla esaltazione della creatività giurisprudenziale che lo ha caratterizzato), conclude che «l'incapacità di reperire accettabili rimedi nei confronti della preoccupante incertezza che ne è scaturita ne ha progressivamente determinato l'agonia, e non è difficile prevedere che condurrà abbastanza rapidamente anche alla sua morte». Dal punto di vista storico-giuridico, si rammenti infine che «selon les juristes romains la matière sur le statut personnel est toujours déterminée par des règles claires et simples, suffisamment plastiques» (M. NOVKIRISHKA-STOYANOVA, «*Mater semper certa est*». *Quelques réflexions sur la maternité en droit romain et à l'époque contemporaine*, in *IUS ROMANUM*, 2, 2020, in corso di pubblicazione, 216).