

Profili costituzionali dell’ordine pubblico internazionale. Su alcuni “passi indietro” della Corte di Cassazione in tema di PMA

Fabio Ferrari*

CONSTITUTIONAL PROFILES OF THE INTERNATIONAL PUBLIC ORDER: SECOND THOUGHTS OF THE ITALIAN COURT OF CASSATION IN THE FIELD OF MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION

ABSTRACT: The essay analyzes some recent decisions of the Italian Court of Cassation in the field of the Medical Assisted Reproduction, in order to explore the evolution of the “international public order” clause from a constitutional perspective; most notably with regard to the different role played both by the Courts and the Parliament in addressing the issue of the legal effects of the “procreative tourism” in the Italian legal system).

KEYWORDS: Medically Assisted Reproduction; International public order; procreative tourism; counter-limits; separation of powers

SOMMARIO: 1. Il tema – 2. La sent. Cass. civ. n. 19599 del 2016 – 2.1. L’ordine pubblico e le fonti internazionali – 2.2. L’ordine pubblico e la dubbia relazione sentenze additive-principi supremi – 2.2.1. In particolare: principi supremi e sindacato diffuso – 3. Condivisibili “passi indietro”: Cass. civ. SS.UU. nn. 16601 del 2017 e 12193 del 2019 – 4. Conclusioni (con un cenno alle recentissime Cass. civ. nn. 7668 e 8325 del 2020)

1. Il tema

Sempre più spesso la Corte di Cassazione è chiamata a pronunciarsi sul riconoscimento dello *status* di figlio a minori concepiti (e nati) all’estero mediante tecniche procreative non consentite in Italia: su tutte, ma non solo, la c.d. “maternità surrogata”¹.

I casi, com’è noto, sono estremamente vari², e ciascuno di essi sembra in grado di convogliare le insidie – e non solo le opportunità – che lo sviluppo tecnologico strutturalmente reca con sé³; ciò risulta a

* *Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli studi di Verona. Mail: fabio.ferrari@univr.it.*

¹ Cfr. art. 12.6 della l. n. 40 del 2004. Altresì, per esempio, il divieto di fecondazione eterologa per coppie del medesimo sesso: cfr. artt. 4 e 5 della medesima legge.

Una ricognizione dei numerosi giudizi di merito da cui sono poi sorti i successivi interventi della Cassazione in tema è offerta da S. TONOLO, *L’evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1, 2017, 1084 ss.

² La quantità di diverse specificazioni che possono assumere le tecniche in esame è notevole: sul punto, 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, n. 1.

³ Da una prospettiva teorica-generale, il rapporto tra uomo e tecnica è stato abbondantemente indagato dalla riflessione filosofica del ‘900, la quale non ha mancato di cogliere una tensione *in nuce* esistente fin dalle origini dell’esperienza occidentale: con esplicito riferimento alla figura di Prometeo, U. GALIMBERTI, *Psiche e techne*:

maggior ragione palese ove si tratti di fissare una disciplina legislativa delle diverse fattispecie, possibilmente idonea a contemperare in modo ragionevole gli innumerevoli interessi in gioco⁴.

Figli di due madri⁵, di due padri⁶, di madre e padre impossibilitati alla procreazione⁷, di padre che accede a procreazione medicalmente assistita “*post mortem*”⁸, etc.⁹: i vari conflitti sorti o ipotizzabili in seno a vicende di questa natura impegnano corti e legislatori ad ogni latitudine¹⁰, toccando uno dei

L'uomo nell'età della tecnica, Milano, 2019, cap. 6. Peraltro, è stato fatto notare che proprio la tecnica della maternità surrogata, nella sua accezione più naturale, vanta un precedente nel libro della *Genesi*, coinvolgendo Abramo e la sua sposa: R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 1 ss.: «[I]e tecnologie attuali non hanno però “creato” il problema, hanno solo (enormemente) accentuato la rilevanza di un problema che è davvero vecchio quanto il mondo».

⁴ Su questo punto, C. cost. n. 45 del 2005, § 6 *cons. dir.*, ripresa da ultimo in C. cost. n. 121 del 2019, § 9 *cons. dir.*

⁵ Con l'apporto del seme di un anonimo donatore: Cass. civ. n. 19599 del 2016, Cass. civ. n. 14878 del 2017. Peraltro, si tratta di casi simili, ma non identici: nel primo, alla madre gestante si affianca la madre che le ha donato l'ovulo. Nel secondo, l'ovulo appartiene alla medesima madre gestante, e solo con questa, dunque, il figlio intrattiene un rapporto biologico.

⁶ Con l'apporto di un corpo gestante femminile che accoglie gli ovociti donati da una seconda donna: Cass. civ., SS.UU., n. 12193 del 2019.

⁷ Con l'apporto di un corpo gestante femminile e dell'anonimo seme maschile: Cass. civ. n. 24001 del 2014.

⁸ Con il suo stesso apporto: l'uomo, prossimo al decesso per patologie irreversibili e costretto ad assumere farmaci dannosi per le proprie capacità procreative, decide di congelare pro futuro il proprio seme, così da consentire alla moglie la fecondazione assistita dopo la sua morte: Cass. civ. n. 13000 del 2019. Non si tratta di un caso di “maternità surrogata”, ma di uno dei possibili sviluppi delle tecniche di PMA, che mette a dura prova la tenuta dell'art. 5 della l. n. 40 del 2004, a norma del quale «[f]ermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, *entrambi viventi*», corsivi aggiunti. Su questa pronuncia, M. FACCIOLI, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita post mortem*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 6, 2019, 1282 ss. e, dello stesso A. sulla procreazione *post mortem* da una prospettiva di analisi generale della l. n. 40 del 2004, Id., *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto discipline privatistiche*, Agg., II, Torino, 2007, § 7.

⁹ Si pensi al caso oggetto del decreto 28 dicembre 2016 della Corte d'appello di Milano, ricostruito da B. PEZZINI, *Interpretare attraverso il diritto le relazioni che permettono la riproduzione (conclusioni)*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, CIRSD, Torino, 2019, 203: «[...] due minori, nati da parto gemellare di una madre biologica che in California aveva accettato il contestuale impianto di due ovuli, provenienti da una medesima madre genetica donatrice e fecondati da spermatozoi di due padri, portando a compimento la contemporanea gravidanza in favore dei due diversi padri genetici».

¹⁰ Una ricognizione della legislazione in tema di maternità surrogata in molti paesi occidentali (con richiamo ad alcuni importanti casi giudiziari) è offerta da R. LA RUSSA, A.A. CAMPOLONGO, R.V. VIOLA, V. GATTO, M. SCOPETTI, A. SANTURRO, C. DI LASCIO, E. TURILLAZZI, P. FRATI, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2017, *passim*. Sulle scelte legislative degli Stati membri del Consiglio d'Europa, cfr. altresì Corte EDU, *Affaire Mennesson c. France* (Ric. n. 65192/11), 26 giugno 2014, § 6.

massimi punti di risonanza – esattamente – nei casi di “turismo procreativo”¹¹. A conferma della delicatezza del tema, proprio una simile vicenda è stata di recente oggetto della prima richiesta di parere consultivo alla Corte EDU¹².

Nel nostro Paese¹³, l'intero peso di questa tensione normativa si concentra sulla tipica valvola di apertura al diritto straniero, la legge italiana di diritto internazionale privato¹⁴, ed *in primis* sul suo massimo avamposto, l'ordine pubblico¹⁵, *sub specie* “internazionale”¹⁶. Questo parametro, secondo la sua tradizionale accezione, impedisce il riconoscimento interno degli effetti di norme o provvedimenti stra-

¹¹ Il neologismo è ormai accolto anche nella letteratura non specialistica: cfr. treccani.it, *Turismo procreativo*, 2008: «[i]l recarsi all'estero per ricorrere a procedure di fecondazione artificiale non consentite dalla legislazione italiana». Sulla relazione causale con il divieto legislativo interno si veda però E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2018, 2, n. 7. Tale fenomeno è inoltre esplicitamente richiamato, *ad adiuvandum*, in due note pronunce della Corte costituzionale: n. 162 del 2014, § 13 *cons. dir.* e n. 221 del 2019, § 14 *cons. dir.* (cfr., qui, n. 124).

¹² Ai sensi del Protocollo n. 16 della CEDU. Sul caso (la cui fattispecie concreta è arcinota in letteratura), tra gli altri, M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, *Osservatorio AIC*, 3, 2019, 181 ss.; R.G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019, § 4 ss.; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della cedu su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio fonti*, 2, 2019, in particolare 13 ss.

¹³ Ma non solo: la clausola “protettiva” dell'ordine pubblico è una costante dei sistemi di rinvio – nazionali e convenzionali – ad ordinamenti esterni: numerosi esempi in L. FUMAGALLI, *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann., IV, Milano, 2011, 478, nn. 51 e 52. Nello specifico dell'uso di questa clausola in alcuni paesi europei, in casi analoghi a quelli qui trattati, S. TONOLO, *op. cit.*, 1088 ss.

¹⁴ L. n. 218 del 1995. Sul ruolo esercitato dall'art. 2 di questa legge nel recepimento degli obblighi internazionali, prima e dopo la modifica dell'art. 117.1 Cost. del 2001, si veda F. SALERNO, *Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti del diritto internazionale privato*, in *Diritti umani e diritto. internazionale*, 3, 2014, 557 ss.

¹⁵ Artt. 16, 64.1, lett. g, 65 della l. n. 218 del 1995; cfr., altresì, art. 18 del D.P.R. n. 396 del 2000.

¹⁶ La differenza tra ordine pubblico “interno” ed “internazionale” è ormai assodata in dottrina e in giurisprudenza: *ex pluribus*, L. FUMAGALLI, *op. cit.*, 487, n. 86, il quale ricorda che «[u]na tale distinzione si è formata nella giurisprudenza francese, soprattutto per effetto della sentenza della *Cour de cassation* 25 maggio 1948 [...] in cui i principi di ordine pubblico vengono definiti come “*principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue*”, ed è stata accolta anche nella dottrina e nella giurisprudenza italiana: così Cass., sez. un., 8 gennaio 1981, n. 189 [...] [che] all'ordine pubblico interno, inteso come “il complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un dato momento storico e dei principi inderogabili che sono immanenti nei più importanti istituti giuridici”, contrappone l'ordine pubblico internazionale, sottolineando “il carattere universale dei principi comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi alla tutela di alcuni diritti fondamentali dell'uomo, spesso solennemente sanciti in dichiarazioni o convenzioni internazionali”». Ancora, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, I, Parte generale e obbligazioni*, Torino, 2017, 258 ss.

Sulle diverse, possibili accezioni di ordine pubblico internazionale si veda M. TESCARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in *Nv. dir. civ.*, 1, 2020, p. 24 ss.

nieri che ledano l'assetto giuridico identitario dell'ordinamento, o che comunque ne minino la coerenza¹⁷; come sempre accade quando vi è in gioco l'essenza, l'identità, il nucleo di alcunché¹⁸, anche il preciso contenuto dell'ordine pubblico è avvolto da una fisiologica incertezza: la stessa giurisprudenza, al fine di descriverlo, non ha lesinato negli anni il richiamo a termini non così agevolmente significanti dal punto di vista giuridico¹⁹.

Proprio in una nota sentenza in argomento – n. 19599 del 2016²⁰ – la Cassazione è però giunta ad una definizione innovativa²¹, la quale appare di grande interesse dalla prospettiva *costituzionale*, poiché

¹⁷ *Ex pluribus*, E. VITTA, *Diritto internazionale privato, Digesto discipline privatistiche*, VI, Torino, 1990, § 12: «[l']ordine pubblico, secondo la concezione più diffusa, costituisce un limite all'utilizzazione del diritto straniero indicato dalla norma di conflitto, in vista degli effetti contrari a concezioni giuridiche e morali fondamentali del foro, che deriverebbero nel caso di specie dall'applicazione di questo diritto». Altresi, L. FUMAGALLI, *op. cit.*, 458 e F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico*, in *Rivista di diritto internazionale. privato e processuale*, 2, 2018, 260.

¹⁸ Su questo punto, ampiamente, cfr. § 2.2.1

¹⁹ Cfr., con ampio richiamo ad ulteriori precedenti sul punto, Cass. civ. n. 27592 del 2006, ove si afferma che l'ordine pubblico «risult[a] formato da quell'insieme di principi, desumibili dalla Carta Costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale siccome immanenti ai più importanti istituti giuridici quali risultano dal complesso delle norme inderogabili provviste del carattere di fundamentalità che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative, tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico e da formare il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia», corsivi aggiunti.

In linea con questo approccio, anche la relazione al d.d.l. n. 1192 del 1993, poi divenuto l. n. 218 del 1995, la quale si riferisce a «[...] principi etici e sociali che condizionano il modo d'essere dei vari istituti del nostro diritto privato», senato.it. In dottrina, sul punto, G. BARILE, *Ordine pubblico (dir. internaz. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, § 3.

²⁰ Cfr. n. 5: il fanciullo è nato in Spagna, ove è stato concepito secondo la legislazione di quel Paese. L'ufficiale di stato civile italiano ha negato la trascrizione dell'atto di nascita, e il diniego è stato confermato dal Tribunale di Torino, al quale le madri si erano rivolte impugnando il provvedimento. Di segno opposto l'esito della controversia presso la Corte d'Appello territoriale: da qui, il ricorso in Cassazione del Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Torino e del Ministro dell'Interno, conclusosi ancora in senso favorevole alle richieste materne.

²¹ Sui caratteri di innovatività della pronuncia, tra i molti, C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit. 121 ss.; O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello "status" di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1, 2017, in particolare 171 ss.

Tuttavia, l'affievolimento dell'ordine pubblico quale barriera protettiva dell'ordinamento interno, verso una concezione protesa *in primis* ad abbracciare la tutela "multilivello" dei diritti fondamentali dell'uomo, è già presente, pur in casi molti diversi tra loro e con diverse gradazioni, in alcune importanti sentenze del giudice di legittimità, quantomeno a partire da Cass. civ. 2788 del 1995, come ricorda F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico*, cit., 268. Più di recente, per esempio, Cass. civ. n. 1302 del 2016, § 5.2; n. 19405 del 2013, § 2.1.1; n. 22332 del 2004, *passim*. Ancora, su continuità e novità in tema di ordine pubblico nella sentenza in esame, F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità*, cit., 47-50. Da ultimo, Cass. civ., SS.UU., n. 12193 del 2019, § 12.1, "diritto".

tenta di saldare l'istituto dell'ordine pubblico ai principi supremi dell'ordinamento, attraverso una ricostruzione di notevole respiro teorico e metodologico. In dottrina, questa svolta è stata non a caso definita «costituzionalizzazione dell'ordine pubblico»²².

Per tali ragioni, per gli effetti concreti che possono derivarne in termini di compatibilità con le scelte legislative nazionali in materie eticamente delicatissime, e per le ricadute che questa pronuncia continua a determinare sulla giurisprudenza²³, pare opportuno partire da qui: l'obiettivo è provare a mettere in luce sia le criticità di questa pronuncia, sia le opportune precisazioni successivamente poste dalla stessa Cassazione; ciò, soprattutto dalla prospettiva delle fonti del diritto, e del modo attraverso il quale esse delimitano il diverso campo di operatività di giudice comune e legislatore.

2. La sent. Cass. civ. n. 19599 del 2016

I punti salienti del ragionamento della Cassazione muovono da un presupposto centrale: la tradizionale funzione “difensiva” dell'ordine pubblico deve oggi considerarsi attenuata²⁴. Esso va infatti interpretato muovendo dalla

«maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e *non necessariamente tradotti in norme interne*, così da sottrarre nozione di ordine pubblico internazionale sia ad un'eccessiva indeterminatezza, sia ad un legame troppo rigido con i mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali».

Da qui, le dovute, fondamentali, conseguenze:

1. «Il legame [dell'ordine pubblico], pur sempre necessario con l'ordinamento nazionale, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione [...] ma anche – laddove compatibili con essa (come nella materia in esame) – dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo [...]».
2. «Ciò significa che un contrasto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale, perché il parametro di riferimento non è costituito (o non è costituito più) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (o abbia esercitato) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario».
3. «Il giudice, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali principi, dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con la legislazione nazionale vi-

²² F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico*, cit., 275 ss.

²³ ...di legittimità e giocoforza di merito: ampi riferimenti in C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 123 e U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2019, 740, n. 17.

²⁴ La Cassazione parla chiaramente di un opportuno «[...] allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, istituti giuridici e valori estranei», § 7.

gente, quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico [...] Si tratta di un giudizio (o di un test) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari»²⁵.

Una tale ricostruzione appare, almeno a chi scrive²⁶, problematica: sia per il rapporto con le fonti esterne, sia per l'uso peculiare di alcune importanti categorie costituzionali.

2.1. L'ordine pubblico e le fonti internazionali

Anzitutto, sembra difficilmente accettabile il riferimento diretto a generici principi della comunità internazionale, ancor più se "non necessariamente tradotti in norme interne"²⁷: è vero che dal punto di vista strettamente formale la disposizione che fonda questa interpretazione è – e non potrebbe essere diversamente²⁸ – *interna* (appunto, artt. 16 e 65 della l. n. 218 del 1995)²⁹, come è altrettanto innegabile che proprio al giudice comune, a maggior ragione nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, spetta il compito di definire «la volontà della legge»³⁰, e cioè il suo significato; ma è pur vero che il regime di applicabilità di norme internazionali nell'ordinamento interno dovrebbe seguire le strade

²⁵ Tutti i virgolettati si riferiscono al § 7, "diritto".

²⁶ Senza alcun pretesa di completezza, tra gli autori che hanno criticato la sentenza in esame, sviluppando una parte di argomenti simili a quelli che si proverà qui a proporre, C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 119-129, O. OLIVITO, *op. cit.*, in particolare 1-11 e O. FERACI, *Ordine*, cit. in particolare 174 ss.

Apprezzamenti sono invece stati espressi, tra gli altri, da A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in *articolo29.it*, 2 ottobre 2016, *passim*, G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corriere giuridico*, 2, 2017, 190 ss. e M. WINKLER, *Figlio di due madri: la Cassazione, la genitorialità e l'ordine pubblico internazionale*, *Quotidiano giuridico*, 11 ottobre 2016, *passim*.

²⁷ Cfr. l'*incipit* del passo della sentenza riportato nel precedente paragrafo.

²⁸ Oltre al precetto *ex art. 101.2 Cost.* («Il principio fissato dall'art. 101.2 Cost., che rende l'opera del giudice libera nel suo svolgersi ma vincolata al rispetto della legge, segna con chiarezza la preminenza del diritto positivo e delle sue fonti sull'attività dell'interprete», così R. BIN, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Diritto costituzionale – Rivista quadrimestrale*, 1, 2019, 21), è del tutto evidente che «[l]a Costituzione di uno Stato – ormai solitamente espressa in forma scritta e con carattere di rigidità – deve rappresentare, in ultima analisi, la *fonte* formale e materiale di legittimazione di ogni "diritto" operante nell'ordinamento statale»: F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico*, cit., 271, corsivo aggiunto. Sull'apertura al diritto esterno quale auto-limite della sovranità, e sull'idoneità della gerarchia a fungere ancora oggi da criterio ordinante delle fonti del diritto, le riflessioni di M. PEDRAZZA GORLERO, *L'ordine frattalico delle fonti del diritto*, Padova, 2012, in particolare per quanto qui interessa 51 ss.

Sottolineava già questo aspetto, criticando una certa tendenza di alcune più risalenti pronunce della Cassazione a slegare l'ordine pubblico internazionale dallo stretto diritto positivo interno (che può comprendere, beninteso, tutte le norme internazionali del caso se debitamente *da esso* richiamate), E. VITTA, *op. cit.*, § 16.

²⁹ Cfr. § 6 della sentenza in esame, "diritto".

³⁰ Di recente, Cass. civ. n. 23996 del 2019: l'atto giurisdizionale «esprime la volontà della legge nel caso concreto»; ancora, *ex pluribus*, Cass. civ. nn. 12060 del 2013 e 1952 del 1976.

chiaramente tracciate dalla giurisprudenza costituzionale in storiche ed attualissime sentenze, e peraltro con esiti ben diversi a seconda si tratti di diritto consuetudinario, sovranazionale od internazionale³¹.

Né pare agevole comprendere per quale ragione il riferimento *indeterminato* a questi principi, il cui preciso elenco e natura non sono specificati in alcun passaggio della decisione³², dovrebbe secondo la Cassazione garantire un esito opposto ad una tale premessa, ossia la maggiore *determinatezza* del concetto di ordine pubblico³³.

Anzi, se quest'ultimo è definito in senso generalissimo, come una sorta di nucleo duro interno ispirato però «ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo *comuni ai diversi ordinamenti*»³⁴, l'argine dell'art. 16 e ss. sembra fatalmente destinato a saltare: il conflitto con il provvedimento straniero può infatti sorgere se ad opporvisi vi è un precetto interno dal contenuto ben più definito e specifico rispetto agli ampi principi astrattamente condivisi – e per ciò stesso *non* conflittuali – tra i vari ordinamenti (dignità della donna, preminente interesse del minore, diritto alla genitorialità, etc.); non a caso, si è già visto come la comunione di questi “valori” non impedisca agli Stati di adottare scelte molto diverse quanto alla loro *concreta* applicazione in termini di tecniche riproduttive³⁵. E del resto, è ben noto come sia proprio il passaggio dal piano «armonico delle disposizioni» a quello necessariamente «distonico delle norme»³⁶ ad incagliare, spesso, gli sforzi protesi ad individuare un nucleo di principi giuridici condivisi nella comunità internazionale³⁷.

³¹ *Ex pluribus*, rispettivamente, C. cost. n. 14 del 1979 e n. 238 del 2010; n. 170 del 1984, n. 115 del 2018, n. 117 del 2019; nn. 348 e 349 del 2007, n. 49 del 2015 e n. 43 del 2018.

³² Nel testo della sentenza si richiamano clausole dal significato tendenzialmente lato, come «[...] maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli artt. 10 e 11 Cost., e art. 117 Cost., comma 1, e alla corrispondente attuale posizione dell'ordinamento italiano in ambito internazionale», aggiungendo che «Nella giurisprudenza di legittimità più recente prevale il riferimento all'ordine pubblico internazionale, da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione», § 7.

³³ Come invece afferma la Corte nella parte finale del passaggio qui riportato a n. 25.

³⁴ Cfr. § 7 della sentenza in esame, ‘diritto’, corsivi aggiunti.

³⁵ Cfr., qui, n. 10.

³⁶ Chi scrive ha provato a sviluppare questo aspetto in F. FERRARI, «*Indipendentemente dalla collocazione dei fatti: i principî supremi come problema di rigidità costituzionale (in margine al caso Taricco)*», in *forumcostituzionale.it*, 22 giugno 2018, 1.

³⁷ Gli esempi in questo senso sono molteplici: si pensi alle *tradizioni costituzionali comuni* (proprio il caso Taricco, espressivo di un conflitto sorto su un tipico diritto di primissima generazione, patrimonio del costituzionalismo liberale fin dalle sue origini, dimostra con grande eloquenza quanto possa essere ardua la *concreta* condivisione delle pur fondamentali tradizioni costituzionali comuni: cfr. *Ibid.*); ai c.d. *limiti logici materiali alla revisione costituzionale* (sui quali, problematicamente, P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005, 136 ss.); al rapporto tra la concezione dei *diritti fondamentali dell'uomo* – più volte richiamati dalla sentenza come punto di riferimento centrale dell'intero ragionamento – e lo *Stato di diritto* (su questo la letteratura è sterminata: tra i molti, J. WALDRON, *Is the rule of law an essentially contested concept (In Florida)*, in *Law & Philosophy*, 2, 2002, 153 ss.; D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, in particolare 21-23; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 69 ss.); al controverso significato dell'aggettivo *sociale* nella così definita *economia di mercato* (sulla polisemia del termine F. SAITTO, «*Risocializzare l'Europa*». *La dimensione sociale europea tra economia di mercato e integrazione sovranazionale*, in *Rivista di diritto comparato*, 3, 2017, 106 e gli importanti riferimenti a n. 56.).

Tuttavia, qualche primo chiarimento sembra derivare dall'enunciazione del principio di diritto³⁸ posto in calce a questa parte di sentenza e sopra riportato, ove si afferma che il giudice deve opporre la clausola dell'ordine pubblico *solo* quando riscontri un contrasto con i diritti fondamentali dell'uomo, «desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo»³⁹.

Ciò dissipa almeno i dubbi relativi alle fonti *lato sensu* internazionali prescelte dalla Corte⁴⁰, ma ne fa sorgere altri: innanzi ad una quantità innumerevole di convezioni internazionali sottoscritte e rese esecutive dal nostro Paese, come si giustifica un tale, tassativo elenco⁴¹? Si può forse intuire la ragione del riferimento “doveroso” ai Trattati UE e alla Carta di Nizza, dato il ruolo peculiare esercitato dal diritto sovranazionale nei confronti del nostro ordinamento (art. 11 Cost.), anzitutto quanto ad effetti e conseguenti modalità di applicazione: ma proprio l'ambito di applicazione non dovrebbe far scordare che la Carta dei diritti, come espressamente previsto dal suo articolo 51⁴², si applica entro le competenze dell'Unione, senza crearne *ex nihilo* di nuove⁴³, ed è parametro di legittimità non del diritto interno, bensì delle norme delle istituzioni UE e degli Stati membri che attuano il diritto UE. Disposizione, come è stato di recente ricordato, esplicitamente concepita su presupposti “dualistici”, allo specifico fine di

³⁸ Questa “collocazione” esclude che il riferimento alle fonti internazionali sia soltanto *ad adiuvandum* nel ragionamento complessivo della Corte di cassazione.

³⁹ § 7.

⁴⁰ Dalle quali, nonostante il continuo riferimento a principi condivisi della comunità internazionale potesse lasciare intendere il contrario, dovrebbero essere escluse le consuetudini internazionali, essendo presente solo un richiamo (che appare “di contorno” rispetto al ragionamento centrale) all'art. 10 Cost. (cfr. § 7 della sentenza, “diritto”). Peraltro, la possibilità di tracciare le coordinate dell'ordine pubblico “internazionale” a partire dall'art. 10 Cost. è stata più volte sostenuta nella letteratura internazionalistica: *ex pluribus*, R. LUZZATO, *Corte costituzionale e diritto internazionale privato*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 454 ss.

⁴¹ Lo rileva, condivisibilmente, altresì O. FERACI, *Ordine*, cit., 176.

⁴² Art. 51: «1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati. 2. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati».

⁴³ In riferimento all'art. 24 della Carta di Nizza (“Diritti del minore”), è stato correttamente affermato che «L'UE non ha competenza generale sul tema dei diritti del minore, per cui nonostante il valore costituzionale della norma dell'art. 24, essa non risulta idonea ad ampliare il raggio delle competenze comunitarie», così L. RATTI, *sub art. 24*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, II, Milano, 2017, 482, il che non toglie che una tutela “UE” del minore possa avvenire in forma «mediata», attraverso le varie disposizioni che la contemplano. Né pare possano assumere rilevanza, *ratione materiae*, se non come latissimi argomenti *ad adiuvandum*, le discipline previste dai regg. CE n. 864 del 2007, n. 44 del 2001, n. 2201 del 2003 e n. 4 del 2009, così come la sent. della Corte di giustizia UE C-249/11.

evitare conflitti con gli ordinamenti nazionali⁴⁴ (così come vale per altri fondamentali precetti della Carta di analogia impostazione, quali gli artt. 52 e 53)⁴⁵.

Anche il richiamo alla sola CEDU sembra discrezionale. In effetti, questo trattato costituisce almeno in parte una sorta di *unicum*, poiché proprio su di esso la Corte costituzionale ha costruito il “modello” del funzionamento operativo del novellato art. 117.1 Cost.⁴⁶; inoltre, ancora oggi si riscontra una certa ritrosia ad utilizzare *altri* trattati come veri e propri parametri indiretti al fine della declaratoria di incostituzionalità di leggi ordinarie⁴⁷. Ma quest’ultima eventualità non solo non è mai stata esclusa dalla Corte⁴⁸, ma si è concretamente verificata, seppur in rare occasioni⁴⁹; sembra dunque difficile comprendere le ragioni formali che hanno indotto la Cassazione ad un’opzione così circoscritta⁵⁰.

Certo, alcune importanti aperture della Corte EDU in tema di “preminente interesse del minore”, spesso legate a casi simili rispetto a quello qui esaminato⁵¹, hanno offerto un terreno assai fertile su

⁴⁴ «Disposizioni che, non dovrebbe nemmeno esserci il bisogno di rammentarlo, sono state concepite e incluse nei relativi testi normativi alla luce di una concezione strettamente dualista, visto che altrimenti molto difficilmente le parti contraenti avrebbero dato il loro assenso alla loro venuta a esistenza. E alla luce di questa concezione dovrebbero essere intese», così A. MANGIA, *L’interruzione della grande opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 3, 2019, 870-871.

⁴⁵ Rispettivamente, rubricati “Portata dei diritti garantiti” e “Livello di protezione”, su cui ancora A. MANGIA, *ivi*.

⁴⁶ Cfr., qui, n. 31.

⁴⁷ Sul punto, G. SERGES, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea nell’ordinamento italiano*, in A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma, 2014, 195 ss. e, nello specifico di un altro trattato nato in seno al Consiglio d’Europa, la Carta sociale europea, G. GUIGLIA, *La rilevanza della Carta sociale europea nell’ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, 18, 2013, 10 ss.

⁴⁸ E ancor meno dalla dottrina, che ha molto ragionato su una possibile lettura non selettiva dell’art. 117.1 Cost. Sul punto, tra i molti, le riflessioni di M. SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2008, 747 ss. e G. PALMISANO, *Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze “gemelle”*, in *Osservatorio fonti*, 1, 2018, in particolare 7 ss.

⁴⁹ Cfr. C. cost. n. 7 del 2013, con riferimento alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 569 c.p. per ‘contrasto’ con la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e la Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli adottata dal Consiglio d’Europa. Su questo specifico aspetto della pronuncia V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l’irragionevolezza dell’art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto” (art. 117, comma primo, cost.)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2013, 4 ss.

Ancora, C. cost. n. 85 del 2012, ove una legge regionale veneta – art. 4, comma 1, della l. n. 7 del 2011 – è stata dichiarata incostituzionale per contrasto con il Protocollo di Kyoto alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico, pur se in combinato con talune Direttive UE in materia (sulla pronuncia, G. PALMISANO, *op.cit.*)

⁵⁰ Per esempio, la Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989 e la Convenzione Europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli del 1996, sono entrambe opportunamente richiamate dalla Cassazione (§ 8), ma solo *ad adiuvandum* nel ragionamento, non all’interno del principio di diritto. Con ciò si sostiene che un eventuale riferimento anche a queste fonti avrebbe portato la Cassazione ad una diversa decisione, ma solo segnalare la dubbia coerenza formale del ragionamento.

⁵¹ Su tutti, i noti casi *Menneson c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11 e *Labassée c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11; ancora, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12.

Vi è però da aggiungere che la stessa giurisprudenza EDU sembra successivamente aver in parte ridimensionato la nettezza di alcune statuizioni in tema di “preminente interesse del minore”, ordine pubblico, e margine di discrezionalità degli Stati in materia: a tacere della pronuncia della *Grande Chambre* proprio sul caso *Paradiso e Campanelli* del 24 gennaio 2017, si veda il già richiamato primo parere consultivo, ex Protocollo 16, reso nel caso *Menneson* (qui, n. 12).

cui poggiare i principi di diritto sposati dalla Corte di legittimità⁵². Ma, com'è del tutto evidente, dal punto di vista giuridico non può essere l'auspicato risultato finale a guidare la scelta discrezionale delle fonti: al contrario, è l'uso sistematicamente corretto di queste a dover condurre – se possibile – a quell'esito⁵³. Fermo restando che solo il diritto sovranazionale, grazie alla limitazione condizionata di sovranità che lo innerva ex art. 11 Cost., consente talvolta applicazioni dirette delle proprie norme da parte dei giudici comuni.

2.2. L'ordine pubblico e la dubbia relazione sentenze additive-principi supremi

Ciò detto in rapporto all'uso delle fonti internazionali, l'asse portante della decisione ruota attorno all'identificazione dell'ordine pubblico con i principi supremi dell'ordinamento.

A ben vedere, tra il primo e i secondi i punti di assonanza non mancano⁵⁴: entrambi nascono come barriera interna eretta nei confronti di particolari norme “esterne”, entrambi mirano così a proteggere l'identità – il nucleo duro – dell'ordinamento; entrambi, fatalmente, sono sempre più spesso soggetti ad autorevoli riletture che tentano di destrutturare proprio la loro *ratio* difensiva, al fine di cogliere i punti di contatto tra ambito interno e comunità internazionale⁵⁵, in modo da promuovere una concezione comune dei diritti fondamentali⁵⁶.

Alla luce di queste ultime pronunce, pare assumere ancor più rilevanza quanto stabilito, pur problematicamente, dalla Corte costituzionale in tema di “interpretazione consolidata” della Corte EDU (C. cost. nn. 49 del 2015, 43 del 2018, 25 del 2019): si veda, con stretto riferimento al tema qui trattato, B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della corte edu: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione “sorrette” da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 5., al cui saggio si rimanda (*passim*) per un'analisi più generale della giurisprudenza della Corte EDU in materia.

⁵² C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 122-123, parla non a caso di «incoraggiamento» giunto alla Cassazione dalla linea interpretativa adottata dalla Corte EDU.

⁵³ Ciò, per una ragione che si colloca al cuore del sistema costituzionale, ossia la relazione tra fonti e potere politico; e dunque, in ultima analisi, tra fonti e sovranità popolare: sul punto, L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann., II, Milano, 2008, 547

Per dirla con le condivisibili parole della stessa Corte di Cassazione – n. 15144 del 2012 – «[...] nel quadro degli equilibri costituzionali (ispirati al principio classico della divisione dei poteri) i giudici (estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche) sono appunto (per disposto dell'art. 101 Cost., comma 2), “soggetti alla legge”. Il che realizza l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima».

Una concettualizzazione di questi temi è offerta in R. BIN, *Cose e idee*, cit., *passim*; A. MANGIA, *op. cit.*, *passim*; M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3, 2012, in particolare 4 ss.

⁵⁴ Come la stessa Cassazione segnala (§ 7, “diritto”), «già secondo Corte cost. n. 214 del 1983, la verifica del rispetto dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale costituisce un “passaggio obbligato della tematica dell'ordine pubblico”»; ma in quell'occasione, la Corte costituzionale parlò di una nozione di ordine pubblico «integrata» dai principi supremi, non *assimilata*: 3 *cons. dir.*

⁵⁵ Da questa prospettiva appare assai persuasiva l'immagine – «costituzionalismo irenico» – offerta da M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 4, 2006, 1668.

⁵⁶ Dell'ordine pubblico si è detto nei paragrafi precedenti; quanto ai principi supremi, tra i molti, A. RUGGERI, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in *federalismi.it*, 1 giugno 2016, 5-6; E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti nazionali e controlimiti nazionali*, in A. BERNARDI (a cura

Le assonanze non possono, però, celare le evidenti differenze, tra le quali spicca quella che in questa sede assume maggiore rilevanza: mentre, nel sistema di diritto internazionale privato, l'ordine pubblico protegge l'ordinamento interno dagli effetti prodotti da fonti esterne *legislative*⁵⁷, i principi supremi tutelano l'identità costituzionale da norme della comunità internazionale⁵⁸ le quali, debitamente recepite, acquisiscono vero e proprio *rango* costituzionale⁵⁹. Ne consegue l'ovvia diversità del soggetto chiamato a giudicare del possibile conflitto: il giudice comune nel primo caso, la Corte costituzionale nel secondo.

Questa premessa appare centrale, poiché proprio da una certa confusione dei piani sembra originare la discutibile ricostruzione della Cassazione intorno al significato costituzionale dell'ordine pubblico, e all'identificazione di questo con i principi supremi⁶⁰.

Il giudice di legittimità sottolinea con insistenza come i principi supremi siano tali in quanto «vincolanti per lo stesso legislatore ordinario»⁶¹; non si tratta di una svista⁶², poiché la Corte vuole con ciò intendere che solo le norme costituzionali “supreme” costringono il Parlamento a scelte «costituzionalmente obbligate», e dunque ad adottare leggi «a rime costituzionali obbligate»: in una parola, a legiferare senza alcuna «discrezionalità»⁶³. Ergo, soltanto in questi casi la legge ordinaria può rappresen-

do), *Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, 56-57 e con particolare riferimento alla ricognizione da parte della Carta di Nizza dei controlimiti nazionali M. PEDRAZZI, art. 2, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Comm. B. Tr. UE.*, Padova, 2014, 6 e A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti comunitari*, in *Diritto UE*, 3, 2007, 737.

⁵⁷ O, come segnalato da C. Cass. n. 16601 del 2017 (cfr., qui, § 3), da fonti “equivalenti” per l'ordinamento d'origine.

⁵⁸ Più precisamente, tale protezione può essere spesa anche nei confronti delle leggi di revisione costituzionale, a partire almeno da C. cost. n. 1146 del 1988. In particolare, dopo C. cost. n. 238 del 2014, il contenuto dei principi supremi e dei controlimiti sembra essere stato definitivamente “unificato”: su questa opportuna saldatura tra i due concetti, auspicata già in passato da parte della letteratura, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in A. BERNARDI (a cura di), *op. cit.*, 70. Sul punto, però, cfr. altresì le obiezioni di carattere teorico generale già mosse a questo proposito a C. cost. n. 1146 del 1988 da M. DOGLIANI, *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la ‘sdrammatizzazione del diritto costituzionale’*, *Le Regioni*, 3, 1990, 785.

⁵⁹ Quanto alla specifica forza attiva e passiva assunta dalle norme consuetudinarie, “concordatarie” e sovranazionali recepite nel nostro ordinamento, ciò dipende dalle singole disposizioni costituzionali che ne disciplinano l'ingresso: sul punto, sia consentito un rimando a F. FERRARI, *Studio sulla rigidità costituzionale. Dalle Chartes francesi al political constitutionalism*, Milano, 2019, 109 ss. (in merito al diritto internazionale pattizio ex art. 117.1 Cost., non si può nemmeno fare riferimento a veri e propri controlimiti, stante la posizione “interposta” assunta dalla legge di esecuzione del singolo trattato).

⁶⁰ Il concetto di “Principi supremi” è nella sentenza utilizzato come sinonimo di “principi fondamentali”, e in una occasione perfino in senso alternativo: («supremi e/o fondamentali», § 7). Dal tenore complessivo del ragionamento, sembra comunque chiaro che si tratti dei “principi supremi dell'ordinamento”, intesi come limiti interni alla revisione costituzionale e (con identico contenuto, cfr., qui, n. 58) di controlimiti. Quanto alla confusione tra principi supremi, fondamentali etc., la storia del lemma, nella stessa giurisprudenza costituzionale, è stata caratterizzata da una certa «babele» linguistica (sul punto, P. FARAGUNA, *Ai confini della costituzione. Principi supremi e identità costituzionale: Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, cap. I, § 1).

⁶¹ Cfr., qui, n. 25.

⁶² È chiaro che ciascun principio costituzionale, supremo o meno, è vincolante per il legislatore ordinario.

⁶³ È il *Leitmotiv* dell'intero ragionamento, come ben sintetizzato da questo passo a conclusione del § 9: «Si tratta, allora, di valutare se quelli invocati dai ricorrenti integrino principi e valori essenziali o irrinunciabili del nostro

tare un principio di ordine pubblico. Al contrario, ogni qual volta sia riconosciuta discrezionalità al legislatore – essendovi a monte una norma costituzionale non espressiva di un principio supremo –, il giudice non può ricavare alcuna indicazione utile nella ricerca del “parametro” ex artt. 16, 64.1, lett. g e 65 della l. n. 218 del 1995⁶⁴.

Il primo aspetto che non convince di una tale ricostruzione attiene ad un profilo teorico-generale. In una costituzione pluralista, che struttura inevitabilmente le proprie norme in principi⁶⁵, la discrezionalità del legislatore appare fisiologica: ad esso spetta fissare *uno* dei possibili bilanciamenti degli interessi coinvolti, il quale sarà poi eventualmente giudicato dalla Corte costituzionale⁶⁶. Ciò vale ovviamente anche per i diritti fondamentali e le questioni eticamente sensibili⁶⁷: basti pensare a concetti o istituti che sembrerebbero teoricamente indicare entità fisse e immutabili – “contenuto essenziale dei diritti”, “livelli essenziali delle prestazioni” – e che invece svelano una portata concreta assai dinamica⁶⁸; o, ancora, all’evoluzione del significato di legge “a contenuto costituzionalmente vincolato”⁶⁹, sempre più spesso utilizzato dalla Corte non per designare l’unica (presunta) applicazione legislativa possibile di un precetto costituzionale, bensì l’impossibilità di abrogazione secca della disciplina *rebus sic stantibus* esistente, la quale determinerebbe un *vulnus* dei diritti fondamentali⁷⁰.

ordinamento, oppure soltanto opzioni legislative in ambiti materiali nei quali – come in quelli disciplinati dalla legge n. 40 del 2004 o dall’art. 269 c.c., comma 3 – non esistano “rime costituzionali obbligate”».

⁶⁴ Cfr., qui, n. 25 e, ancora nella sentenza, § 9, “diritto”.

⁶⁵ *Ex pluribus*: V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 116-119; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 20-56; G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998, 63-67; R. BIN, *Stato di diritto*, *Enciclopedia del diritto*, Ann. IV, Milano, 2011, 1153-1155.; P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un’introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 151-170. P. HÄBERLE, *op. cit.*, 213-217; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica*, 1, 2006, 19 ss. Sullo specifico punto qui segnalato quanto alla sentenza in esame, C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico*, cit., 124.

⁶⁶ Sul “modello costituzionale” di tutela dei diritti R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4, 2018, in particolare 635 ss.

⁶⁷ Su tutte, C. cost. n. 63 del 2016, § 8 *cons. dir.*: «Nella Costituzione italiana ciascun diritto fondamentale, compresa la libertà di religione, è predicato unitamente al suo limite [...] Tutti i diritti costituzionalmente protetti sono soggetti al *bilanciamento* necessario ad assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco, di modo che nessuno di essi fruisca di una tutela assoluta e illimitata e possa, così, farsi “tiranno”», corsivo aggiunto. È sottinteso, come è agevole comprendere dal proseguo dello stralcio, che tale bilanciamento spetti al legislatore.

⁶⁸ R. BIN, *Diritti e fraintendimenti. Il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di G. Berti, I*, Napoli, 2005, §§ 5-6 e M. LUCIANI, *La rete, i diritti, i doveri*, Relazione al Convegno *Uso responsabile della rete e tutela dei diritti*, Roma, Palazzo di Montecitorio, 19 ottobre 2018, in *agcom.it*, 1-4.

⁶⁹ Lo ricorda E. OLIVITO, *op. cit.*, 5-6, la quale segnala il diverso contesto in cui il riferimento a questa tipologia di leggi – e alle leggi costituzionalmente necessarie – nacque, e che pare oggi sfumare nella giurisprudenza costituzionale. Sul tema, a commento di C. cost. n. 45 del 2005, altresì S. PENASA, *L’ondivaga categoria delle leggi “a contenuto costituzionalmente vincolato”*, in *forumcostituzionale.it*, 19 aprile 2005, *passim*.

⁷⁰ Un emblematico esempio si ha proprio in C. cost. n. 45 del 2005, § 5 *cons. dir.*, ripreso da ultimo in C. cost. n. 121 del 2019, § 9 *cons. dir.* Su questo, cfr. altresì Cass. civ., SS.UU., n. 12193 del 2019, § 13.2.

Certo, sull'esistenza di casi nei quali viene a mancare l'ordinaria discrezionalità del legislatore, imponendosi un'unica e possibile scelta a “rime obbligate” con il precetto costituzionale⁷¹, la Corte ha costruito un perno della propria giurisprudenza⁷²; ma a tacere del fatto che questa tecnica⁷³ nasce per confinare gli interventi “normativi” della Corte (non certo del legislatore), la relazione doverosa “principi supremi-rime obbligate” disegnata dalla Cassazione non sembra condivisibile: sia perché l'esistenza di principi supremi non implica, *de jure*, un dispositivo a rime obbligate⁷⁴, sia perché una sentenza additiva non presuppone, necessariamente, quel solenne parametro⁷⁵.

⁷¹ Secondo la celeberrima riflessione di V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 84.

⁷² Sui più recenti sviluppi di questa tecnica decisoria della Corte le riflessioni di M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 649-654 e G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Consulta Online*, 3 febbraio 2020, *passim*.

Una ricostruzione più generale dell'origine e degli sviluppi delle sentenze manipolative, dalla prospettiva del rapporto tra Corte costituzionale e giudici comuni, è stata di recente offerta da A. PUGIOTTO, *Dalla porta stretta alla fuga dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2016, 163 ss.

⁷³ Sulla quale G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987, § 53; G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, IX, Torino, 1994, § 24.c2); S. BARTOLE, *Interpretazione e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 196 ss.

⁷⁴ Se ci si limita ai casi nei quali i principi supremi (o controlimiti) sono stati utilizzati “in senso stretto”, cioè come parametro per conflitti sorti con norme di rango costituzionale, di sentenza additiva si può parlare per la parte centrale del dispositivo di accoglimento di C. cost. n. 18 del 1982. Ciò non vale invece per C. cost. n. 238 del 2014, data la peculiare modalità di funzionamento dell'art. 10.1 Cost. Al contempo, nel caso ipotetico di un conflitto con il diritto UE, il dispositivo dovrebbe colpire la singola disposizione del Trattato “nella parte in cui prevede...”. Qualora si guardi invece alle innumerevoli decisioni nelle quali la Corte utilizza parametri espressivi di principi supremi – cfr., qui, n. 87 – per dichiarare l'illegittimità costituzionale di leggi ordinarie, la tipologia di dispositivi adottati non è certo esauribile nelle additive: *ex pluribus*, sentt. n. 262 del 2009, n. 63 del 2016, n. 205 del 2017. A maggior ragione per quanto qui interessa, cfr. altresì C. cost. n. 138 del 2010.

⁷⁵ Di questo si ha un'immediata conferma anche limitandosi ad analizzare le sentenze additive del 2015, ossia dell'anno subito precedente a quello in cui la Cassazione ha reso la sentenza in esame (cfr. il documento redatto dal Servizio studi della Corte costituzionale, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2015 – dati quantitativi e di analisi* – 21, cortecostituzionale.it).

I casi spaziano dal tipo di misura cautelare penale scelta per reati di stampo mafioso (n. 48 del 2015), alla possibilità per l'imputato di richiedere il regime di pubblicità per taluni procedimenti penali (nn. 97 e 109 del 2015); dalla contrazione delle risorse predisposte dalle Regioni in favore delle Province per l'esercizio delle funzioni a queste attribuite (n. 188 del 2015), alla riduzione dei compensi previsti per gli ausiliari dei magistrati (n. 192 del 2015); dalla tutela dei terzi creditori innanzi a particolari misure di prevenzione patrimoniale come sequestro e confisca (n. 94 del 2015), al *dies a quo* da cui contare il termine di decadenza per la richiesta di pensione privilegiata a seguito di gravi patologie (n. 43 del 2015); dall'estensione della facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato oggetto della nuova contestazione (n. 139 del 2015), alle modalità di verifica del funzionamento delle apparecchiature impiegate nell'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità (n. 113 del 2015); dalla mancata previsione, nel bilancio regionale piemontese, «della spesa di una posta sterilizzante di pari importo delle somme dello Stato complessivamente incamerate al Titolo V dell'entrata dalla Regione» (n. 181 del 2015), alla sospensione dei termini di prescrizione delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori delle società in nome collettivo (n. 262 del 2015).

Proprio restringendo il campo *ratione materiae*, si constata inoltre che poco prima della pronuncia in esame la Corte costituzionale è intervenuta con un'importante sentenza sulla l. n. 40 del 2004, dichiarando l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto di "diagnosi pre-impianto"⁷⁶. Pur astrattamente ammettendo che in questo caso fosse in gioco almeno un parametro espressivo di un principio supremo⁷⁷, l'esito di questa additiva è stato esplicitamente legato dalla Corte non ad una scelta costituzionalmente obbligata, bensì al quadro normativo in precedenza designato dal legislatore: quest'ultimo, nella sua discrezionalità, ha disciplinato alcuni aspetti della interruzione volontaria di gravidanza, senza però poi agire coerentemente nella successiva legislazione sulla PMA; da qui, l'ineluttabile intervento "normativo" della Corte costituzionale⁷⁸.

Il che sembra dimostrare che l'addizione non è derivata dall'unico modo possibile di dare attuazione in senso assoluto al precetto costituzionale – come invece teorizza la Cassazione –, bensì da giudizi sulla complessiva e potenzialmente mutevole «situazione normativa»⁷⁹, entro la quale il legislatore ha esercitato la sua *legittima* (seppur nel caso di specie mal spesa) discrezionalità⁸⁰.

2.2.1. In particolare: principi supremi e sindacato diffuso

Ma ciò che più sorprende, a maggior ragione sulle basi appena descritte, è il tentativo della Cassazione di instaurare una sorta di controllo di costituzionalità, apertamente definito «preventivo e virtuale»⁸¹, a cui i giudici comuni sarebbero chiamati: spetterebbe infatti ad essi vagliare la legittimità costituzionale della norma esterna con i principi supremi dell'ordinamento, così da elevare o meno la barriera dell'ordine pubblico⁸².

⁷⁶ C. cost. n. 96 del 2015.

⁷⁷ Sull'art. 32 Cost., e sul canone della ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, si è fondata la dichiarazione di illegittimità costituzionale. Quanto alla tutela della salute, pur non utilizzando l'aggettivo "supremo", la Corte l'ha definita «valor[e] primari[o]» (C. cost. n. 365 del 1993), da intendersi comunque soggetto alle limitazioni e ai bilanciamenti propri di ogni diritto (C. cost. n. 85 del 2013, § 9).

⁷⁸ Il riferimento alla l. n. 194 del 1978 è centrale nel ragionamento (§ 9 *cons. dir.*) ed esplicito nel dispositivo. Sugli aspetti, anche problematici, di questa relazione, E. MALFATTI, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta online*, II, 2015, 535 ss., che sottolinea altresì un'eccessiva contenenza nella motivazione. Per una diversa lettura proprio di quest'ultimo aspetto, C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2015, § 7.

⁷⁹ Secondo l'efficace espressione di A. RUGGERI, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano, 1988, 55 ss.

⁸⁰ Il fatto che le pronunce additive possano essere strutturalmente legate al contesto normativo non è certo una novità: basti pensare alla storica giurisprudenza costituzionale in tema di (estensione del) diritto all'astensione dal lavoro per assistenza dei figli, tutta costruita sulla coerenza della *ratio legis*: cfr. C. cost. n. 1 del 1987, n. 215 del 1990 e n. 341 del 1991. Più di recente, su altre materie, *ex pluribus*, C. cost. nn. 333 del 2009, nn. 94 e 139 del 2015, ove la Corte spesso giustifica l'intervento additivo – da essa stessa in precedenti pronunce ritenuto non possibile – proprio sulla base della legislazione *ex novo* introdotta.

⁸¹ § 7

⁸² *Ivi*.

Non è la prima volta che un giudice diverso dalla Corte costituzionale si arroga la competenza di azionare, virtualmente o concretamente, i principi supremi⁸³. Questa possibilità dovrebbe tuttavia destare perplessità, se non altro per un segno di deferenza nei confronti del diritto positivo: il giudizio di costituzionalità è un compito che la Costituzione *espressamente* affida al controllo accentrato della Corte costituzionale (art. 134 Cost.). Ciò dovrebbe essere più che sufficiente a spegnere ogni diversa ambizione sul punto, soprattutto ove si tratti di chiamare in causa i principi supremi dell’ordinamento. Peraltro, il giudice delle leggi, con la sent. n. 238 del 2014 sembra aver definitivamente saldato il loro contenuto con i controllimiti⁸⁴: pretendere di esercitare un sindacato diffuso su un tale parametro, con l’evidente rischio di parcellizzarne così il contenuto, non può che complicare il già arduo compito della Corte costituzionale, impegnata in una frequente opera di “dialogo” con le altre Corti che può però – talvolta – sfociare in delicatissimi conflitti sull’identità costituzionale⁸⁵. Né può rassicurare il fatto che tale controllo di costituzionalità sia definito preventivo e virtuale: la sentenza sarebbe comunque su quelle basi motivata, contribuendo così a definirne la *ratio decidendi*.

Si tenga inoltre presente un ulteriore aspetto: nelle sentenze nelle quali la Corte costituzionale ha fatto uso, anche in modo indiretto⁸⁶, dei principi supremi, essa non ha mai ritenuto di doverne codificare un preciso elenco, e ancor meno un puntuale contenuto⁸⁷. A questo esito sembrano contribuire almeno due fondamentali circostanze: da un lato, la natura stessa dei principi supremi – *principi*, appunto –, cioè entità idonee non ad una applicazione secca, bensì al bilanciamento e all’assunzione di una pluralità di significati legati al caso concreto⁸⁸; dall’altro, quel margine di aleatorietà strutturale che sembra necessariamente circondare ogni ragionamento sulle identità⁸⁹.

⁸³ Sulla nota sentenza n. 4207 del 2005 del Consiglio di Stato la ricostruzione di D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, 2009, 150-157.

⁸⁴ Cfr., qui, n. 58.

⁸⁵ Immediato è il riferimento alla recentissima vicenda “Taricco”. Ancora, non si può ignorare la prospettiva interna, ossia l’effetto potenziale sulla definizione dei principi supremi intesi quali limiti alla revisione costituzionale.

⁸⁶ A mo’ di *Begründungsornamente*, come già rilevava R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 34

⁸⁷ A quanto consta, ad oggi, può essere definito principio supremo il diritto alla tutela giurisdizionale ex artt. 24 Cost. e 113 Cost. (tra le altre, C. cost. n. 18 del 1972, n. 39 del 2014, n. 238 del 2014, n. 257 del 2017); il principio di eguaglianza formale e sostanziale ex art. 3.1-2 Cost. e il principio pluralistico ex art. 2 Cost. (C. cost. n. 92 del 1992 e n. 81 del 2018: per inciso, in queste due sentenze si segnala come la tutela delle minoranze linguistiche sia un principio correlato a tali parametri ‘supremi’); il principio di laicità della Repubblica, ex artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost. (C. Cost. n. 203 del 1989); il principio di legalità in materia penale, ex art. 25.2 Cost. (ord. n. 24 del 2017 e sent. n. 115 del 2018).

⁸⁸ Come emblema del bilanciamento e delle limitazioni a cui possono essere soggetti anche i principi supremi, a seconda del caso concreto, cfr. C. cost. n. 130 del 1974, in tema di diritto di difesa e ferie giudiziarie. Ancora, non di poco conto appare C. cost. n. 1 del 2013, ove il diritto per l’imputato alla conoscibilità del contenuto delle intercettazioni telefoniche è stato “bilanciato” dalla tutela dell’esercizio delle funzioni presidenziali, cioè di un profilo dell’attuale (ma non certo l’unica costituzionalmente possibile) forma di governo.

Sui principi supremi quali “principi”, e sulle conseguenze sopra accennate, P. FARAGUNA, *op. cit.*, cap. 4, § 1 ss., il quale giustamente ricorda che sebbene il *Grundgesetz* preveda un fraseggio più puntuale nel descriverli, i risultati in termini di loro precisa conoscibilità non appaiono molto più soddisfacenti rispetto all’esperienza italiana (cap. 1, § 8).

⁸⁹ Una sintesi efficace del tema è offerta da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 3: «Ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può mai essere *posto* ma deve sempre essere *presupposto*»: corsivi aggiunti. Ma esempi si

Pertanto, ancor più innanzi a questa più che apprezzabile “prudenza” della Corte costituzionale⁹⁰, l’idea che il contenuto dei principi supremi possa in qualche modo dipendere dalla polifonia del sindacato diffuso non appare condivisibile.

3. Condivisibili “passi indietro”: Cass. civ. SS.UU. nn. 16601 del 2017 e 12193 del 2019

Nella sentenza presa in esame pare dunque esservi un grande assente: il legislatore.

La visione “promozionale” dell’ordine pubblico è sganciata da ogni valutazione del ruolo esercitato dalla legge nel bilanciamento degli interessi (e, detto per inciso, dall’organo *rappresentativo* che quel testo normativo licenzia): nella migliore delle ipotesi la fonte primaria è frutto di una scelta obbligata, nei rimanenti casi il suo contenuto, in quanto discrezionale, è irrilevante.

Per questo, risultano molto opportune alcune precisazioni della più recente giurisprudenza di legittimità: è innegabile che parte dell’impianto fondamentale della sent. n. 19599 del 2016 sia stato preservato, e talvolta pedissequamente riproposto⁹¹. Tuttavia, almeno in un paio di circostanze la Corte di Cassazione, giudicando peraltro a Sezioni Unite, sembra aver voluto ristabilire qualche significativo punto fermo: da un lato, la centralità del legislatore – e della sua ragionevole discrezionalità – nell’opera di invero dei principi costituzionali; dall’altro, il riferimento necessario, seppur non esaustivo, che la fonte primaria deve rappresentare nella valutazione del giudice di merito.

Nel primo caso⁹², alieno dalla stretta tematica qui trattata ma assai pertinente per il *reasoning* proposto, la Suprema Corte ha ritenuto «ontologicamente» non incompatibili i cosiddetti *punitive damages* con il sistema civilistico italiano, tradizionalmente fondato sul fine restaurativo – e non punitivo – della

rintracciano in tutta la letteratura costituzionale, dalla *Grundnorm* di H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 217-219 (a cui anche il lessico di Zagrebelsky sopra riportato sembra rimandare) alla differenza tra vera e propria costituzione e mere leggi costituzionali di C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 43.

I profili “teologici” dei principi supremi sono spesso richiamati da R. BIN, per esempio in *Relazione finale*, in A. CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, 508, con esplicito riferimento ad un passaggio dell’Esodo e alla riflessione circa le virtù del «silenzio della costituzione» sui temi identitari di M. FOLEY, *The silence of Constitution*, New York and London, 1989, 10.

⁹⁰ Un approccio che, anche alla luce di quanto appena detto, sembra evocare i cosiddetti “accordi non completamente teorizzati”, secondo l’espressione di C. SUNSTEIN, *Incompletely theorized agreements*, in *Harvard LR*, 7, 1995, 1736-1735: «*Participants in legal controversies try to produce incompletely theorized agreements on particular outcomes. They agree on the result and on relatively narrow or low-level explanations for it. They need not agree on fundamental principle. They do not offer larger or more abstract explanations than are necessary to decide the case*». Più ampiamente, in *Id.*, *One case at a time*, 2001, 249 ss. Un’analisi teorico-generale di questo approccio è stata di recente offerta da M. MASSA, *Discrezionalità e discrezione del giudice. Verso uno studio del minimalismo nella giustizia costituzionale*, in C. BERGONZINI, A. COSSIRI, G. DI COSIMO, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 524 ss.

⁹¹ Cass. civ., n. 14878 del 2017, avente ad oggetto la rettifica dell’atto di nascita di un minore concepito all’estero con fecondazione eterologa tra due donne. Sulla contiguità tra le due pronunce, M. GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme: dall’invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in *Questioni di giustizia.*, 16 gennaio 2018, § 3. In una circostanza diversa, Cass. civ. n. 13000 del 2019 (qui richiamata a n. 8), ha definito *ad adiuvandum* «fondamentale» il precedente del 2016 (§ 7.7.1).

⁹² Cass. civ., SS.UU., n. 16601 del 2017.

responsabilità civile⁹³. A questo esito, la Cassazione è giunta sottolineando sia la necessità che la normativa straniera disciplini i *punitive damages* nel rispetto dei caratteri di tipicità e prevedibilità propri della fonte primaria (così come prescritto dalla riserva di legge prevista ex artt. 23 e 25.2 Cost.)⁹⁴, sia l'importanza svolta dalle recenti scelte del legislatore al fine di poter formulare questo nuovo indirizzo giurisprudenziale: negli ultimi anni, difatti, il sistema civilistico è stato disseminato di norme più o meno direttamente ispirate ad una logica altresì punitiva della responsabilità civile⁹⁵; la valutazione dell'ordine pubblico, conseguentemente, non può che risentirne, *ma* la decisione di non alzare la barriera interna contro gli effetti del provvedimento straniero non discende né da un preventivo giudizio di costituzionalità, né dalla constatazione di valori presuntivamente condivisi nella comunità internazionale: al contrario, poggia appunto sui concreti dati normativi – *in primis* legislativi – al momento esistenti⁹⁶.

⁹³ Cfr. il principio di diritto affermato al § 8, “diritto”.

⁹⁴ «Ogni imposizione di prestazione personale esige una “intermediazione legislativa”, in forza del principio di cui all'art. 23 Cost., (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario [...] Il principio di legalità postula che una condanna straniera a “risarcimenti punitivi” provenga da fonte normativa riconoscibile, cioè che il giudice a quo abbia pronunciato sulla scorta di basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicità e prevedibilità. Deve esservi insomma una legge, o simile fonte, che abbia regolato la materia “secondo principi e soluzioni” di quel paese, con effetti che risultino non contrastanti con l'ordinamento italiano. Ne discende che dovrà esservi precisa perimetrazione della fattispecie (tipicità) e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (prevedibilità)», §§ 5-7, “diritto”.

Non è certo questa la sede per un giudizio di merito sulle argomentazioni civilistiche della Cassazione (sulle quali, problematicamente, C. DE MENECH, *Verso il riconoscimento dei danni punitivi? In Jus civile*, 6, 2017, in particolare 312 ss.; ancora, G. PONZANELLI, *Sezioni unite e danni punitivi*, in *Contratto e impresa*, 4, 2017, 1122 ss. e Id., *Le Sezioni Unite sulla delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi*, in *Quotidiano giuridico*, 12 luglio 2017, *passim*) essendo qui rilevanti solo i presupposti argomentativi di carattere costituzionale. Proprio con esplicito riferimento all'intreccio tra i due temi, pare però importante segnalare C. cost. n. 139 del 2019: basandosi sulla sentenza delle SS.UU., il Tribunale di Verona aveva sollevato q.l.c. del terzo comma dell'art 96 c.p.c. per contrasto con gli artt. 23 e 25.2 Cost., evidenziando la “generica” previsione legislativa in termini di *quantum* del risarcimento equitativo liquidato dal giudice. La Corte costituzionale, pur lasciando intendere di ritenere non esemplare la formulazione legislativa («ferma restando la discrezionalità del legislatore di calibrare meglio, in aumento o in diminuzione, la sua quantificazione», § 9 *cons. dir.*), riteneva la q.l.c. inammissibile quanto all'art. 25.2 Cost. (essendo quest'ultimo parametro legato esclusivamente alle sanzioni penali), e non fondata in merito all'art. 23 Cost.: si sarebbe difatti formato un diritto vivente basato sul costante richiamo delle tabelle forensi, da parte della Cassazione, ai fini di un “prevedibile” determinazione del *quantum* (§ 9 *cons. dir.*). Su questo argomento, C. DE MENECH, *Uso eccessivo del processo e ... della giurisprudenza (a dieci anni dall'introduzione del terzo comma dell'art. 96 c.p.c.)*, in *Jus civile*, 5, 2019, in particolare 565 ss.;

⁹⁵ § 5.2, “diritto”.

⁹⁶ «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 [...] Gli esiti armonizzanti, mediati dalle Carte sovranazionali, potranno agevolare sovente effetti innovativi, ma Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo: 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. Non vi potrà essere perciò arretramento del controllo sui principi essenziali della “lex fori” in materie, come per esempio quella del lavoro (v. significativamente Cass. 10070/13) che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica», § 6 “diritto”.

Nello stesso solco si inserisce il secondo caso⁹⁷, il quale attiene invece alla tipica tematica qui trattata in uno dei suoi più delicati profili: la maternità surrogata. Due padri, dei quali uno biologico, chiedono il riconoscimento del fanciullo così concepito all'estero⁹⁸; la Cassazione, rovesciando il verdetto della Corte d'Appello di Trento⁹⁹, rigetta la domanda per contrarietà all'ordine pubblico.

L'ordinanza di II grado, interamente poggiata sulla sent. n. 19599 del 2016 della Cassazione, risulta per le Sezioni Unite non condivisibile anzitutto per non aver colto la diversità delle fattispecie concrete: il precedente invocato trattava di una particolare forma di fecondazione eterologa utilizzata da una coppia del medesimo sesso, mentre il caso in esame è riconducibile ad una chiara ipotesi di maternità surrogata. Le conseguenze dal punto di vista ordinamentale, prosegue la Cassazione, sono fondamentali: l'indebito ricorso a fecondazione eterologa omosessuale comporta una "mera" sanzione amministrativa¹⁰⁰, e comunque l'impossibilità di disconoscimento della genitorialità da parte del coniuge o compagno che abbia prestato consenso alla tecnica¹⁰¹; la surrogazione di maternità è al contrario sanzionata penalmente, contemplando la reclusione fino a due anni¹⁰².

Su queste basi, nessuna assimilazione tra i due casi può essere accolta: e proprio la natura penale della sanzione, solitamente posta a presidio di «beni fondamentali»¹⁰³, risulta un chiaro indice normativo da cui trarre la natura di ordine pubblico del divieto in esame.

Dunque, la Cassazione sembra contestare non l'impianto del proprio precedente del 2016, bensì il suo non pertinente uso da parte della Corte d'Appello. È però sufficiente volgere lo sguardo appena oltre la superficie per cogliere dissonanze di un certo peso.

Il contemperamento degli interessi fissato dal legislatore, sottolinea la Cassazione, è il pilastro su cui si regge l'attuazione del dettato costituzionale: l'interpretazione della legge ordinaria «dà forma a quel diritto vivente dalla cui valutazione *non* può prescindersi nella ricostruzione dell'ordine pubblico»; al contempo, l'armonizzazione dei principi tra i vari ordinamenti «non esige d'altronde la realizzazione di

Sull'importanza dell'attuale dato legislativo ai fini della pronuncia G. PONZANELLI, *Le sezioni sulla delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi*, cit., *passim*.

⁹⁷ Cass. civ., SS.UU., n. 12193 del 2019.

⁹⁸ Come segnalato da M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2009, 667, n. 3, questo tipo di fattispecie concreta è stata in questa occasione per la prima volta affrontata dalla Corte di Cassazione, mentre più volte si erano già espressi i giudici di merito, con alterni esiti.

⁹⁹ Ord. 23 febbraio 2017.

¹⁰⁰ Art. 12.2, l. n. 40 del 2004

¹⁰¹ Art. 9.1, l. n. 40 del 2004.

¹⁰² Oltretutto la multa fino ad un milione di euro: art. 12.6, l. n. 40 del 2004. Sul punto, altresì, C. cass. n. 24001 del 2014. Come segnala B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 5, 2019, 203, in quest'ottica hanno senz'altro giocato una certa importanza gli «incisi» con cui la Corte costituzionale, nelle sentt. nn. 162 del 2014 e 272 del 2017, si è espressa con forte avversità nei confronti di tale pratica.

A questo proposito, si è sostenuto che l'attuale legislazione precluda penalmente solo la "maternità surrogata" a scopo commerciale (anche indiretto), emergendo invece un profilo di illiceità "civilistica" («negozi a causa illecita» – nei casi di surrogazione «di prossimità», «senza intermediazione commerciale e in forza di relazioni interpersonali esistenti, siano essi a titolo oneroso o gratuito»), per contrarietà al divieto di atti dispositivi del proprio corpo ex art. 5 c.c., nonché al principio *mater semper certa* ex art. 269.3 c.c.: così S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *Genius*, 2, 2017, § 2.

¹⁰³ § 13.1, "diritto".

un’assoluta uniformità», la quale passa comunque per il filtro necessario della fonte primaria: in un’assai eloquente sintesi, la legge attuativa del dettato costituzionale non può essere «*declassa[ta] automaticamente a mera normativa di dettaglio*»¹⁰⁴.

Alla condivisibilità del ragionamento concorre un ulteriore elemento, da sempre caratterizzante l’ordine pubblico (anche internazionale) nelle riflessioni di dottrina e giurisprudenza, ossia la sua naturale modificabilità nel tempo¹⁰⁵. Questa strutturale mancanza di stabilità si sposa con la *ratio* dell’istituto, finalizzato ad evidenziare i principi fondamentali che diacronicamente caratterizzano l’ordinamento, così da tenere sempre aggiornato il contenuto della barriera protettiva verso l’esterno (o, secondo la prospettiva promozionale, dei valori condivisi della comunità internazionale): l’interprete di questo fisiologico e costante mutamento nel tempo non può certo essere la norma di rango costituzionale, animata da una tendenziale “fissità”, bensì la disposizione legislativa; spetta infatti al legislatore – lo si è visto sopra – sfruttare la malleabilità intrinseca dei principi costituzionali al fine di farli evolvere nel tempo, coerentemente con il mutare delle esigenze sociali: per fare solo un noto esempio, basti pensare al mutamento di giurisprudenza in tema di riconoscimento delle sentenze straniere aventi ad oggetto la dissoluzione del vincolo coniugale, a *seguito* della l. n. 898 del 1970¹⁰⁶. Da qui, è possibile cogliere un’ulteriore aporia della pronuncia del 2016, la quale aveva tentato di correlare la nozione di ordine pubblico ai principi supremi all’esplicito fine di fuggire dalla *temporaneità* delle scelte legislative¹⁰⁷.

Certo, il giudice di legittimità ha gioco facile a precisare che il nucleo della sua pronuncia, pur se non espresso, era in realtà già implicito nella sentenza n. 19599 del 2016¹⁰⁸. In effetti, quella decisione presentava un’attenta valutazione della legge n. 40 del 2004, ma del tutto svalutativa, poiché basata

¹⁰⁴ § 12.2, “diritto”, corsivi aggiunti.

¹⁰⁵ *Ivi*: «Caratteristica essenziale della nozione di ordine pubblico è infatti la relatività e mutevolezza nel tempo del suo contenuto, soggetto a modificazioni in dipendenza dell’evoluzione dei rapporti politici, economici e sociali, e quindi inevitabilmente destinato ad essere influenzato dalla disciplina ordinaria degli istituti giuridici e dalla sua interpretazione, che di quella evoluzione costituiscono espressione, e che contribuiscono a loro volta a tenere vivi e ad arricchire di significati i principi fondamentali dell’ordinamento».

In dottrina, *ex pluribus*, 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.; E. VITTA, *op. cit.*, § 12; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, 262-263; D. TILOLA, *sub art. 16*, in M. TORSELLO (a cura di), *Commento alla legge 31 maggio 1995, n. 218 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 2018, 25.

¹⁰⁶ Come ricorda P. LOTTI, *L’ordine pubblico internazionale*, cit., 49. Ulteriori e più recenti esempi in ambito di divorzio in M. TORSELLO, *sub art. 65*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, 141.

¹⁰⁷ Cfr., qui, n. 25. Dalla prospettiva della Cassazione, come si è visto, l’ordine pubblico è diretta applicazione dei principi supremi, ossa di “clausole di eternità” in quell’ottica svincolate dalla intrinseca mutevolezza della legislazione ordinaria.

¹⁰⁸ «Viene in tal modo evidenziato un profilo importante della valutazione di compatibilità, *rimasto forse in ombra nelle enunciazioni di principio delle precedenti decisioni*, ma dalle stesse tenuto ben presente nell’esame delle fattispecie concrete, ovvero la rilevanza della normativa ordinaria, quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione, e la conseguente necessità di tener conto, nell’individuazione dei principi di ordine pubblico, del modo in cui i predetti valori si sono concretamente incarnati nella disciplina dei singoli istituti»: Cass. civ., SS.UU., n. 12193 del 2019: § 12.2 “diritto”, corsivi aggiunti.

su una «percorso metodologico»¹⁰⁹ che presupponeva un sostanziale oblio del ruolo costituzionale affidato al legislatore. Non è certo un caso che nella pronuncia delle Sezioni Unite, e nei principi di diritto espressi, non vi sia alcun riferimento né a controlli di costituzionalità preventivi e virtuali, né a rime obbligate o leggi a contenuto costituzionalmente obbligato¹¹⁰.

Lo stacco con il precedente del 2016, nonostante il comprensibile tono conciliativo, sembra dunque su questi punti netto¹¹¹ e certamente opportuno.

4. Conclusioni (con un cenno alle recentissime Cass. civ. nn. 7668 e 8325 del 2020)

L'esito finale della sentenza sui "due padri" solleva – come del resto sempre in vicende analoghe – dubbi e perplessità¹¹². Ma in questa sede non si è voluto porre l'attenzione sullo stretto merito dei casi esaminati, bensì sulle argomentazioni addotte a sostegno.

Come ampiamente previsto fin da principio dalla dottrina, buona parte della l. n. 40 del 2004 è stata a più riprese "demolita" dalla Corte costituzionale, a riprova di un impianto complessivo largamente irragionevole¹¹³. Qualcosa però è (almeno ad oggi) sopravvissuto¹¹⁴: e come ricorda lo stesso giudice

¹⁰⁹ Come ritiene doveroso chiamare la propria teorizzazione dell'ordine pubblico – a testimonianza di un approccio sistemico, e non episodico – la stessa C. cass n. 19599 del 2016, §§ 9 e 11.1.

¹¹⁰ Si fa invece riferimento (§ 13.2 "diritto") alla l. n. 40 del 2004 come legge "costituzionalmente necessaria", sulla base di quanto stabilito in C. cost. 45 del 2005, § 6 *cons. dir.*

Proprio partendo da questo punto, pare difficile comprendere per quale motivo talune disposizioni della legge in esame non potrebbe essere espressione di ordine pubblico «dopo gli interventi demolitori della Corte costituzionale che l'ha ritenuta più e più volte contraria alla Costituzione» (così M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, 673). Che si tratti di una disciplina nata con numerosi profili di incostituzionalità è un dato acclarato, e fin da subito messo in evidenza in dottrina; ma che su queste basi, le parti di quella legge che ad oggi non sono state oggetto di sentenze di illegittimità costituzionale – come il divieto di "maternità surrogata" con annessa sanzione penale – possano essere *de plano* aggirate, o trascurate dall'interprete, appare quantomeno discutibile.

¹¹¹ Ritiene invece di poter cogliere una certa continuità tra le due sentenze, pur riconoscendo alcune differenze, G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2019, 818.

¹¹² Sostiene si possa creare «una (intollerabile) discriminazione» tra figli nati da diversi tipi di gestazione (pur tenendo presente la diversità delle tecniche e della disciplina prevista) B. LIBERALI, *op. cit.*, 215, la quale sul punto richiama parte delle osservazioni di A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 385 ss. Ancora, critica sul punto altresì G. Ferrando, *I bambini*, cit., 821, la quale ritiene l'adozione un rimedio non parimenti efficace rispetto al riconoscimento "diretto".

¹¹³ *Ex pluribus*, le interessanti osservazioni di P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2004, 523 ss., con ampio richiamo anche ai primi, numerosi commenti critici della dottrina sulla neonata legge. Per il "percorso" compiuto da questa legislazione, dopo i vari interventi della Corte costituzionale (con conseguente «mappatura» dei temi e dei nodi che dovrebbero essere affrontati nel caso di una regolamentazione della "maternità surrogata"), B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2017, 212 ss.

¹¹⁴ Il che non significa, va da sé, che sia esente da ulteriori, possibili censure: si vedano per esempio, a commento critico di C. cost. n. 84 del 2016, le osservazioni di M.E. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 171 ss., in merito al divieto assoluto di ricerca scientifica sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso (art. 13, l. n.

delle leggi, si tratta dell'unica disciplina organica esistente in una materia dai profili etici intricatissimi, per definizione rimessi al bilanciamento ragionevole di interessi del legislatore¹¹⁵.

Questo dato normativo, quale che ne sia la condivisibilità o qualità, è comunque vincolante per l'interprete, e ovviamente a maggior ragione per le Corti¹¹⁶. Non è certo in discussione il titolo del giudice a sposare interpretazioni promozionali dell'ordine pubblico, al punto da lambire una vera e propria eterogenesi dei fini (un istituto nato con funzioni difensive verso l'esterno diventa strumento di integrazione con l'esterno)¹¹⁷, riducendolo così a poco più di un «velo»¹¹⁸; ma se questa è la scelta della giurisprudenza, l'argomentazione che la regge deve apparire plausibile: affiancarsi o addirittura *de facto* sostituirsi alla Corte costituzionale, “fraitendere” il significato di alcune delle più importanti e delicate categorie da questa elaborate, svalutare il dato legislativo non sembrano opzioni ermeneutiche convincenti.

Al contrario, ritenere che la sanzione *penale* sia indice di ordine pubblico, riecheggiando le storiche letture della dimensione penalistica quale «minimo etico»¹¹⁹ di una comunità, appare sostenibile¹²⁰. La sensazione, però, è che questa equazione non sia sufficiente a definire l'ordine pubblico (internazionale): le norme che presidiano l'ordine pubblico (interno) sono ancora oggi considerate espressione

40 del 2004); ancora, I. PELLIZONE, *Rilevanza penale di selezione eugenetica e soppressione degli embrioni malati a seguito della sent. n. 229 del 2015*, in *Studium iuris*, 22, 7-8, 2016, 826 ss.

¹¹⁵ C. cost. n. 45 del 2005, § 6 *cons. dir.*

¹¹⁶ Vale solo la pena di ricordare che in questo caso non ci si trova dinnanzi ad uno dei molti esempi di dolosa inerzia legislativa su temi eticamente sensibili, che ha finito per scaricare sulle spalle dei giudici comuni responsabilità che sarebbero state proprie del Parlamento: su questo M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione*, cit., 2-11, e R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti?*, cit., 635 ss. (pare difficile comprendere, a questo proposito, il rilievo di G. FERRANDO, *Ordine*, cit., 191, per la quale la sent. 19599 del 2016 sarebbe stata costretta ad intervenire su una materia priva di disciplina legislativa, considerato il silenzio sul punto della l. n. 76 del 2016).

¹¹⁷ La scissione tra testo e significato è un nodo concettualizzato fin dall'antichità: problematicamente dalla sua prospettiva, si veda PLATONE, *Fedro*, Bompiani, Milano, 2016, 199. Come portato della fondamentale separazione dei poteri, R. BIN, *Il sistema delle fonti del diritto. Un'introduzione*, in AA.VV., *Studi in memoria di G.G. Floridia*, Napoli, 2009, § 1. Sull'interpretazione “evolutiva” R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 100-101. L'impossibilità di fissare un significato del testo, rendendo il contenuto dei diritti continuamente variabile, è uno dei presupposti “critici” da cui muove il *political constitutionalism: ex pluribus*, J. WALDRON, *A right-based critique of constitutional rights*, in *Oxford Journal of legal studies*, 13, 1993, 25-28.

¹¹⁸ La condivisibile espressione è di C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., 126, la quale segnala inoltre che a conti fatti pure questo minimo velo risulta, in realtà, «squarciato».

¹¹⁹ Sul punto, ampiamente, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, I, Torino, 1985, 35 ss.

¹²⁰ Il che vale ovviamente dalla prospettiva del giudice comune: ciò non significa che tale divieto, e la sanzione per esso previsto (sui cui C. cost. n. 272 del 2017, § 4.3 *cons. dir.*), esprima necessariamente una scelta legislativa ragionevole; ma questo è tema di giudizio per la Corte costituzionale. Sul rischio che la “dignità” assuma un tono a priori dirimente in qualunque tentativo di bilanciamento tra interessi R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *forumcostituzionale.it*, 26 novembre 2019, *passim* e, più in generale, M. LUCIANI, *La rete, i diritti, i doveri*, cit., 1-4.

Ancora, si è fatto notare che sarebbe opportuna una netta distinzione tra maternità surrogata con o senza corrispettivo economico: la seconda, risolvendosi in un sostanziale “dono” della madre gestante parente di una donna sterile, potrebbe essere costituzionalmente legittima come espressione del principio solidaristico: A. RUGGERI, C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio» *Riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta Online*, 1, 2017, 142 ss.

di principi “fondamentali” del nostro ordinamento, poste a tutela di interessi assai delicati anche qualora prevedano sanzioni meno rigorose¹²¹; sebbene sia comprensibile che l’integrazione con i sistemi stranieri non possa sopportare una totale identificazione tra ordine pubblico interno e internazionale¹²², non sembra per ciò stesso ipotizzabile che l’estero diventi – e spesso solo per i più abbienti – il palcoscenico dal quale violare l’ordinamento interno, salvo poi non scontare le conseguenze del meditato raggirio invocando la protezione e le virtù della «società aperta»¹²³. Se così fosse, ad essere sospetta di irragionevolezza non sarebbe più questa o quella disposizione interna in quel particolare caso invocata, ma la disciplina stessa dell’ordine pubblico così interpretata¹²⁴.

¹²¹ «Per la giurisprudenza l’ordine pubblico consiste nei principi fondamentali informatori dell’ordinamento giuridico (C. 6381/1993)»: così, B. SIRGIOVANNI, sub *art. 1343*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI, C. GRANELLI (a cura di), *Codice civile commentato e Codice di procedura civile commentato - on line*, 2012, § 4, che tra la casistica ricorda la contrarietà ad ordine pubblico del «patto sociale con cui le parti dispongano che la rispettiva quota di capitale si accresca ai superstiti in caso di premorienza di una di esse», del «patto con cui un soggetto si obblighi a tenere indenne un altro soggetto delle conseguenze penali, anche solamente pecuniarie, che quest’ultimo dovrebbe sopportare per il proprio comportamento, degli «accordi preventivi tra coniugi sul regime economico del divorzio [...] se hanno l’effetto di condizionare il comportamento delle parti nel giudizio concernente uno status». Ivi, T. BONAMINI, sub *art. 85*, § 1, segnala invece la contrarietà all’ordine pubblico del matrimonio dell’interdetto per infermità di mente. Sul punto, altresì, le condivisibili osservazioni di M. TESCARO, *op. cit.*, p. 50 ss.

¹²² C. cass., n. 19599 del 2016, § 7 “diritto”: «Se l’ordine pubblico si identificasse con quello esclusivamente interno, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all’applicazione di norme materiali aventi contenuto analogo a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato». Si tratta di un’affermazione ricorrente in pressoché tutte le opere e la giurisprudenza dedicate al tema.

¹²³ Non sembra condivisibile questa parte dell’analisi proposta da F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico*, cit., 280: «In questo modo, il regime – di diritto comune o di diritto uniforme – di circolazione dei provvedimenti “svia” dal principio formale di uguaglianza quale vigente nell’ordinamento del foro richiesto: si consente infatti a quanti sono economicamente in grado di acquisire uno status all’estero di “importare” formule ignote alla *lex fori*. Le disparità di trattamento non vanno però addotte per impedire alla Costituzione di commisurarsi con la logica di “società aperta” che essa stessa abbraccia. In realtà, proprio questa apertura comporta l’interpretazione evolutiva di principi costituzionali. Nel contempo, l’immissione di valori estranei *infra* o *praeter constitutionem* può gradualmente contribuire a determinare nuovi parametri costituzionali che investono anche le situazioni totalmente interne, obbligando lo stesso legislatore a modificare il diritto materiale del foro per una piena realizzazione del principio di uguaglianza».

¹²⁴ In questa direzione sembra andare C. cost. n. 221 del 2019, § 14 *cons. dir.*: «In assenza di altri vulnera costituzionali, il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all’estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione. La circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l’ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia». Come si ricordava sopra, però, cfr. in senso contrario, *ad adiuvandum* della motivazione, C. cost. n. 162 del 2014, § 13 *cons. dir.*, su cui M.E. D’AMICO, *L’incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014, 30.

Più in generale, sulla crisi della territorialità come categoria fondamentale del diritto costituzionale la bibliografia è sterminata. *Ex pluribus*, tra i più recenti, le osservazioni di G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 14 ss.

A ciò, calandosi nel caso di specie, non sembra certo d'ostacolo la lesione del cosiddetto incoercibile diritto alla genitorialità, che in quanto tale – diritto¹²⁵ – per definizione non può essere incoercibile, come chiarito dalla stessa Corte costituzionale¹²⁶.

Ben più delicata è la questione del “superiore” interesse del minore. La dottrina ha da tempo spiegato come alla base di una tale superiorità stia anzitutto un errore di traduzione – il che non sembra affatto un dettaglio: *nomina sunt consequentia rerum* – derivante dal fraintendimento della versione del testo della Convenzione dei diritti del minore del 1989¹²⁷, redatta in inglese e francese. Ciò che è dunque sovente descritto come un “valore” per definizione superiore merita senz'altro «un'indubbia priorità»¹²⁸, ma rimane soggetto al bilanciamento e al confronto con altri interessi di pari rango¹²⁹.

Considerato l'uso spesso «taumaturgico»¹³⁰, o schiettamente strumentale¹³¹ di questa clausola, la precisazione etimologica appare di fondamentale importanza, ma pur contribuendo ad impostare più correttamente il problema, non lo risolve: quale che sia la possibile “colpa” dei genitori, è evidente che questa non può comunque – nei limiti di quanto giuridicamente possibile – ricadere sui fanciulli¹³².

¹²⁵ «E se pure si pensasse che dalla disciplina dell'esercizio può anche derivare indirettamente un certo limite al diritto stesso, bisognerebbe ricordare che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile», così la storica sent. n. 1 del 1956 della Corte costituzionale, corsivi aggiunti.

Sulla diversa struttura di libertà e diritti, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 9; ancora, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 9 ss. A questo proposito, è bene ricordare un episodio che si colloca agli albori del costituzionalismo: la prima proposta di inserire un *Bill of Rights* nella Costituzione statunitense fu bocciata all'unanimità dai framers, proprio sull'argomento dell'*intrinseca* natura limitata e conflittuale del diritto scritto, a differenza della più astratta e perciò teoricamente illimitata idea di libertà: su questo, F. FERRARI, *Studio sulla rigidità costituzionale*, cit., 186 ss.

¹²⁶ C. cost. n. 162 del 2014, § 6 *cons. dir.*: «La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, *qualora non vulneri altri valori costituzionali*», corsivi aggiunti. Sul punto, altresì, M. MANNETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2019, 2617, a proposito di C. cost. n. 221 del 2019.

¹²⁷ Sugli equivoci derivanti dalla traduzione in italiano del passaggio, soprattutto in merito al valore giuridico da attribuire al concetto di “superiorità”, si vedano con dovizia di dettaglio le riflessioni di L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2016, 86-88 ed E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 77 ss.

¹²⁸ L. LENTI, *Note*, cit., 89.

¹²⁹ Su questo, ancora, B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2016, 57-59.

¹³⁰ L. LENTI, *Note*, cit., 86: «Sembra però dotato di un valore taumaturgico: ogni decisione, qualunque ne sia il contenuto, acquista subito un connotato di valore positivo per il solo fatto di essere qualificata come “conforme all'interesse del minore”, come fosse toccata da una bacchetta magica».

¹³¹ E. LAMARQUE, *Prima*, cit., 73.

¹³² Prendendo a prestito il gergo usato anche da G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *forumcostituzionale.it*, 9 marzo 2018, che critica la sentenza con cui la Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la q.l.c. avente ad oggetto l'art. 263 c.c. (nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso) sottolineando, tra le altre cose, il diverso esito a cui è giunta la Corte rispetto all'analogo questione giudicata in C. cost. n. 341 del 1990. Per un diverso approccio alla sentenza, che valorizza la “bilanciabilità” dei vari interessi coinvolti in vicende di questa

Il miglior interesse del minore può in effetti coincidere con il riconoscimento diretto della genitorialità di colui il quale è ricorso a tecniche di PMA non consentite nel nostro Paese, ma tale possibilità non può essere affermata apoditticamente, dovendo al contrario essere dimostrata nel rispetto delle fonti esistenti¹³³. Rimane così il dato di una disciplina legislativa che non consente il ricorso a fecondazione eterologa per coppie del medesimo sesso, e che sembra invece lasciare spazio all'adozione del figlio del partner omosessuale¹³⁴. Qualora l'adozione non appaia al giudice una via immediatamente appagante, non resta che sollevare una q.l.c. del divieto di PMA sopra accennato¹³⁵: l'inequivocabile preclusione legale oggi esistente, la cui legittimità è stata da poco confermata anche dalla Corte costituzionale¹³⁶, sembra davvero difficilmente superabile con un pur doveroso tentativo di interpretazione costituzionalmente – e convenzionalmente – conforme¹³⁷.

Soluzioni più dirette, come quella adottata dalla Cassazione nel 2016 – e opportunamente stemperata dalla recentissima ordinanza n. 8325 del 2020, a cui però si aggiunge l'esito "paradossale" della sent. n. 7668 del 2020¹³⁸ – comportano indubbi vantaggi pratici e possono risultare eticamente più soddi-

natura, S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2, 2019, 342 ss.

¹³³ La stessa Corte EDU, nel parere consultivo qui più volte citato sul caso *Menesson*, ha riconosciuto la mancanza di una disciplina comune tra Stati in materia di maternità surrogata, e la conseguente possibilità di ricorrere all'all'istituto dell'adozione, in luogo del riconoscimento "diretto", purché ciò avvenga entro tempi sufficientemente celeri per non pregiudicare l'interesse del minore: M. GIACOMINI, *op. cit.*, 188 ss.

¹³⁴ Cfr., per esempio, C. cass. n. 12962 del 2016.

¹³⁵ Come accaduto, seppur con una diversa motivazione d'origine, in C. cost. n. 221 del 2019. I profili discutibili di questo giudizio di non fondatezza sono stati sottolineati, tra gli altri, da M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *forumcostituzionale.it*, 2, 2020, 144 ss. e A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2019, 2633. Sempre in quest'ultima sede, da una prospettiva critica parzialmente diversa, altresì C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibili". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, 2622 ss. Al contrario, per un sostanziale apprezzamento, M. MANETTI, *op. cit.*, *passim*.

¹³⁶ Cfr. nota precedente.

¹³⁷ Sulla fragilità dogmatica e sui rischi sistemici di un arricchimento del catalogo dei diritti attraverso un uso "diretto" delle norme internazionali, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann., IX, 2016, in particolare 457-459 e R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 69 ss.

¹³⁸ Appena ultimato questo scritto, la stessa I sez. civ. della Cassazione ha depositato queste due importanti pronunce.

Quanto alla prima (sia consentito un rinvio a F. FERRARI, *La legge 'presa sul serio'. Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, in *forumcostituzionale.it*, 2, 2020, *passim*) ha rimesso alla Corte costituzionale la q.l.c. relativa agli artt. 12.6 della l. n. 40 del 2004, nonché all'art. 64.1, lett. g della l. n. 218 del 1995 (a cui si aggiunge, pare di poter dire impropriamente trattandosi di un giudizio incidentale, l'art 18 del d.P.R. n. 396 del 2000), nella parte in cui tali norme non consentono «[...] secondo l'interpretazione del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri [...]». Con questa ordinanza, la Cassazione ha preso atto della pronuncia della SS.UU. del 2019, ma sospettando che una tale interpretazione del 'diritto vivente' sia contraria a numerosi parametri costituzionali, ha sollevato q.l.c. Sebbene l'impianto della sentenza del 2016 sia stato in gran parte confermato nell'ordinanza di remissione, è senz'altro apprezzabile il fatto che in questa

sfacenti, ma danno l'impressione di uscire dal novero di quanto consentito ad un giudice comune, soprattutto in relazione al rapporto con il legislatore (art. 101 Cost.); ed è esattamente per questo che non si possono che salutare con favore le recenti precisazioni delle Sezioni Unite.

Dei principi supremi, si accennava sopra, si sa non molto: ma è probabile che tra questi debba essere incluso il principio della separazione dei poteri¹³⁹.

Essays

occasione la I sez. abbia seriamente tenuto conto della disciplina legislativa vigente (come interpretata dalle SS.UU.), ricorrendo così *correttamente* allo strumento previsto per far valere la propria opzione ermeneutica: il controllo di costituzionalità.

Quanto alla seconda, il caso è pressoché identico rispetto a quello del 2016, ma con una “fondamentale” differenza: due compagne hanno fruito di fecondazione eterologa all'estero, divenendo così l'una madre biologica, l'altra madre intenzionale. La nascita della figlia, però, è avvenuta in Italia. La Cassazione ha dunque rifiutato la rettifica dell'atto di nascita (con cui si chiedeva il riconoscimento della genitorialità della madre intenzionale), sottolineando che in questo caso, essendo l'evento finale verificatosi in Italia (al netto della pratica fecondativa avvenuta all'estero), la nozione di ordine pubblico da applicare è quella interna. La correttezza formale del ragionamento pare indiscutibile: ma proprio sulla base dell'impostazione adottata dalla I sez. nel 2016 e qui criticata, sembra paradossale che esiti così opposti, innanzi a fattispecie sostanzialmente identiche, possano dipendere dal mero luogo di nascita.

¹³⁹ C. cost. n. 230 del 2012, § 11 *cons. dir.*: «[...] il principio di separazione dei poteri [è] specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge». Analogamente, C. cass. n. 15144 del 2012, qui già richiamata a n. 53.