



8 MARZO 2023

«La giurisprudenza non è fonte del diritto». Nota a SS.UU. n. 38162 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore

di Fabio Ferrari

Ricercatore in Diritto costituzionale
Università degli studi di Verona

«La giurisprudenza non è fonte del diritto».

Nota a SS.UU. n. 38162 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore*

di Fabio Ferrari

Ricercatore in Diritto costituzionale
Università degli studi di Verona

Abstract [It]: Lo scritto analizza la recente sentenza delle SS.UU. dalla Corte di cassazione, n. 38162/2022, in tema di riconoscimento dello *status filiationis* acquisito all'estero tramite ricorso alla tecnica della gestazione per altri. In particolare, si presta attenzione ai rapporti tra giudici di merito e Parlamento nella disciplina degli effetti del 'turismo procreativo', con specifico riferimento all'evoluzione della clausola dell'ordine pubblico e del *best interest of the child*.

Title: "Case law is not a source of law". Note to SS.UU. no. 38162 of 2022 on surrogacy, public policy and the best interests of the child

Abstract [En]: The essay analyzes a recent judgment of the Italian Supreme Court – n. 38162/2022 – concerning the recognition of a foreign status filiationis acquired abroad through surrogacy; it explores in particular the evolution both of the public order clause and the principle of best interest of the child, as well as the tension between courts and Parliament on the issue of "procreative tourism".

Parole chiave: Gestazione per altri, ordine pubblico internazionale, turismo procreativo, separazione dei poteri, preminente interesse del minore

Keywords: Surrogacy, International public order, procreative tourism; separation of powers, best interest of the child

Sommario: 1. Premessa. 2. Il nuovo volto dell'adozione in casi particolari e la tutela del preminente interesse del fanciullo. 3. Vincolo legale e interpretazione conforme. 4. Ordine pubblico e interesse del minore tra giudice e Ufficiale di stato civile. 5. G.P.A. e dignità della donna in senso oggettivo: 'crimini senza vittima'? 6. Conclusioni.

1. Premessa

Il padre d'intenzione di un minore nato all'estero tramite surrogazione di maternità, pur avendo condiviso con il padre biologico il progetto genitoriale e la responsabilità procreativa, non può ottenere la trascrizione nei registri dello stato civile interni del provvedimento straniero che lo qualifica come genitore.

Pare così riassumibile l'attesa sentenza n. 38162 del 2022 delle SS.UU. della Corte di cassazione, che in continuità con i propri precedenti ha ritenuto espressiva di una norma di ordine pubblico la sanzione

* Articolo sottoposto a referaggio.

penale prevista per il ricorso alla pratica di G.P.A.¹, impedendo il riconoscimento del rapporto genitoriale non biologico; il preminente interesse del minore², anch'esso da considerarsi principio di ordine pubblico, può trovare soddisfazione attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari³.

È stato dunque accolto il ricorso avverso la sentenza della Corte d'Appello di Venezia, con la quale la genitorialità intenzionale era stata riconosciuta anche nell'ordinamento interno, aderendo in quell'occasione alle richieste della coppia di padri⁴.

¹ Sul rapporto tra 'etichetta' utilizzata nei confronti della pratica – gestazione per altri, utero in affitto, surrogazione di maternità, etc. – e «considerazione» della stessa si veda 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*, CIRSDe, Torino, 2019, p. 207 ss.; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 177 ss.; E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, p. 3 ss.

² Il 'preminente' interesse del minore è protetto in diversi trattati internazionali ratificati dal nostro Paese: art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989; art. 1 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli di Strasburgo del 1996; art. 24, c. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Quanto alla C.E.D.U., sebbene il principio non compaia nel testo, esso è parte integrante della giurisprudenza della Corte E.D.U., ed è solitamente ricondotto all'art. 8 sia in relazione alla vita familiare (*Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, 6 luglio 2010, § 135), sia sotto il profilo della vita privata (per esempio, *Mikulic c. Croazia*, 7 febbraio 2002, § 64 e *Menesson c. Francia*, 26 giugno 2014, § 96); meno frequentemente, esso è invece tratto dall'art. 3 sul divieto di trattamenti inumani e degradanti (per esempio, *Z e altri c. Regno Unito*, 10 maggio 2001, § 74). La preminenza dell'interesse del minore è affermata anche dalla Corte costituzionale a partire, almeno, dalla sent. n. 11 del 1981, punto 6 cons. dir. Sulle traduzioni in italiano del concetto, spesso erroneamente inteso come superlativo assoluto, L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 2016, pp. 86-88 ed E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016, p. 77 ss.; ai medesimi scritti si rimanda altresì per l'originaria connotazione al plurale: *best interests of the child*.

³ Cass. civ., SS.UU., n. 38162 del 2022, punto 10 dir. ss. e punto 19 dir. ss.

⁴ Ordinanza del 16 luglio 2018. L'analisi della sentenza qui commentata presuppone la cognizione delle tappe giudiziarie che la precedono, le quali meritano dunque di essere richiamate, rimandando al proseguo del testo e alla letteratura sul punto per gli approfondimenti del caso: 1) A seguito dell'Ordinanza della Corte d'Appello veneziana, ricorrevano in Cassazione il Ministero dell'Interno e il Sindaco di Verona denunciando violazione e falsa applicazione, tra gli altri, degli artt. 16 e 65, l. n. 218 del 1995, art. 18, D.P.R. n. 396 del 2000, art. 5 e art. 12, c. 2 e c. 6, l. n. 40 del 2005 per conflitto con diversi principi fondanti l'ordine pubblico. 2) La Prima Sezione della Cassazione, con ord. n. 8325 del 2020, ritenendo di non poter aderire al 'diritto vivente' formatosi in tema a seguito di Cass. civ., SS.UU., n. 12193 del 2019, sollevava q.l.c. avente ad oggetto, tra gli altri, l'art. 64, c. 1, lett. g), l. n. 218 del 1995 e l'art. 12, c. 6, l. n. 40 del 2004, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, c. 1, Cost., nella parte in cui non consentono «che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri [...] del cd. genitore d'intenzione non biologico». 3) Con sent. n. 33 del 2021, la Corte costituzionale dichiarava inammissibile la q.l.c., riconoscendo la necessità di un urgente intervento legislativo a tutela del minore, e ritenendo inidoneo a tal fine l'istituto dell'adozione in casi particolari; 4) La Prima Sezione della Cassazione, con ord. n. 1842 del 2022, preso atto del giudizio della Corte costituzionale sull'istituto adottivo, rimetteva gli atti al Primo Presidente della Suprema Corte, al fine di un eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, chiedendo, tra i molti punti, se la sent. n. 33 del 2021 avesse determinato il «superamento del diritto vivente rappresentato dalla sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite» e se «la non attuazione del monito rivolto al legislatore dalla stessa sentenza n. 33/2021 [avesse] determinato di conseguenza un vuoto normativo». Nell'udienza pubblica dell'8 novembre 2022, anche tenendo conto dell'addizione introdotta all'istituto adottivo da C. cost. n. 79 del 2022, il Procuratore generale presso la Suprema Corte concludeva «escludendo la sussistenza di un vuoto normativo come prefigurato nell'ordinanza interlocutoria e riaffermando il principio statuito dalla sentenza delle Sezioni unite n. 12193/2019».

Tra i molti commenti in letteratura, sull'ord. n. 8325 del 2020 si v. M. PICCHI, *Maternità surrogata: rinviata alla Corte costituzionale la questione sul riconoscimento dello status filiationis del minore nato all'estero*, in *Famiglia*, 3 settembre 2020, *passim*;

A ben vedere, la pronuncia delle Sezioni Unite non sembra però prestarsi ad un'univoca lettura: la trascrizione diretta è negata ma, in linea con orientamenti giurisprudenziali tutt'altro che nuovi⁵, le peculiarità dell'adozione in casi particolari vengono ulteriormente mutate, riducendo in modo significativo la distanza con l'adozione legittimante. Sembra così configurarsi, seppur indirettamente, un istituto in grado di soddisfare il desiderio di genitorialità di chi ricorre all'estero a tecniche procreative non consentite in Italia, preservando i rapporti affettivi consolidatisi con il minore.

Per questi aspetti strettamente legati al merito e – da un punto di vista più generale – per il loro riflesso sul rapporto tra discrezionalità interpretativa e soggezione del giudice comune alla legge, la pronuncia merita piena attenzione.

2. Il nuovo volto dell'adozione in casi particolari e la tutela del preminente interesse del fanciullo

Anche grazie al contributo della Corte E.D.U.⁶, i limiti dell'adozione in casi particolari, quale strumento alternativo al riconoscimento diretto della genitorialità, sono stati a più riprese segnalati in giurisprudenza

quanto a C. cost. n. 33 del 2021, P. VERONESI, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal*, n. 3, 2021, p. 503 ss.; sull'ord. n. 1842 del 2022, R. BIN, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in C. CAMARDI (a cura di), *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano atti del convegno Venezia, 11/12/13 novembre 2021*, Cedam, Padova, 2022, p. 119.

⁵ Cfr., *infra* § 2 ss.

⁶ A seguito delle vicende *Mennesson c. Francia*, n. 65192/11, *Labassée c. Francia*, n. 65941/11, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, n. 25358/12, in tema di gestazione per altri, la Corte E.D.U. ha gradualmente affermato la necessità per gli Stati di riconoscere il legame giuridico tra figlio e padre biologico, potendo invece optare per strumenti alternativi – come l'adozione – nel caso del genitore d'intenzione; ciò a patto che tali istituti garantiscano una rapida ed efficace protezione al fanciullo e alla sua identità personale, formalizzando così un rapporto affettivo già consolidato nei fatti. Questo assetto è stato cristallizzato proprio nel primo parere consultivo ex Protocollo 16, e successivamente confermato nelle pronunce *D. c. Francia*, n. 11288/18 e *C. ed E. c. Francia*, n. 1462/18 e 7348/18. Dunque, se in materie come la gestazione per altri, eticamente sensibili e sulle quali si registrano diverse posizioni degli Stati membri, il margine di apprezzamento riconosciuto a questi ultimi è significativo, l'assoluta necessità di proteggere l'identità e gli affetti del fanciullo così concepito comprime invece la discrezionalità legislativa. Sul rispetto della vita privata del minore nato da gestazione per altri, e quindi sulla necessità di formalizzare il rapporto affettivo consolidato con la madre d'intenzione, cfr. § 46 del parere; quanto invece al margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati in tema di strumenti alternativi al riconoscimento, cfr. § 55 del parere. La Corte di Strasburgo, a dire il vero, non ha sempre mantenuto un approccio costante sul punto, come ampiamente indagato in dottrina: 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*, n. 1, 2017, p. 6 ss.; E. LAMARQUE, *op. cit.*, p. 87 ss., in particolare p. 90; M. PICCHI, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell'accesso ai benefici penitenziari*, in *Forum Quad. cost.*, 15 marzo 2019, p. 121 ss.; L. FERRARO, *La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero. Un esame della giurisprudenza (ultima) interna e della Corte EDU*, in L. CHIEFFI, (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, Mimesis, Milano-Udine, p. 215; M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, *Oss. AIC*, n. 3, 2019, p. 181. Pare inoltre opportuno ricordare che l'ord. n. 8325 del 2020 (*supra*, nt. 4), ha individuato nel parere reso ex Protocollo 16 il principale parametro di legittimità costituzionale (tramite l'art. 117, c. 1, Cost.), senza però rilevare come si trattasse di un atto internazionale non ancora ratificato dal nostro ordinamento. Non risulta dunque del tutto agevole comprendere su quali basi l'ordinanza affermi che «[...] nella decisione della causa non si possa prescindere dal predetto parere della Grande Camera che, sebbene non direttamente vincolante, impone scelte ermeneutiche differenti da quelle adottate dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2019». Peraltro, è stato sottolineato l'ordinanza muova «[...] da un presupposto errato lì dove afferma che successivamente alla sentenza delle Sezioni Unite è intervenuto il parere della Grande Camera: ed invero il parere in

e dottrina⁷: la Corte costituzionale, con le sent. nn. 32 e 33 del 2021, aveva evidenziato il *deficit* di tutela dell'istituto, invitando il Parlamento ad intervenire al più presto al fine di accordare ai minori nati da 'turismo procreativo'⁸ tutte le garanzie del caso⁹. Nel perdurante silenzio del legislatore, è stato però lo stesso giudice delle leggi, con la sent. n. 79 del 2022, a rispondere ad un segmento delle proprie sollecitazioni, annullando la disciplina nella parte in cui non consentiva di formalizzare rapporti di parentela tra l'adottato e i familiari dell'adottante¹⁰.

Era agevole ipotizzare che le Sezioni Unite, chiamate a riflettere sui limiti dell'istituto in relazione alla concreta tutela dei fanciulli, avrebbero preso atto di questa fondamentale innovazione¹¹, come peraltro

discorso è stato emesso il 10 aprile 2019, mentre la pubblicazione della sentenza delle Sezioni Unite è dell'8 maggio 2019, così da doversi escludere l'esistenza di un contrasto sopravvenuto con la giurisprudenza della CEDU»: G. LUCCIOLI, *Il parere preventivo della Corte edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata: un conflitto inesistente o un conflitto mal risolto dalla Corte di Cassazione?*, in *giustiziainsieme.it*, 22 maggio 2020, § 1.

⁷ Cfr., per esempio, Cass. civ., I sez., n. 8325 del 2020 e n. 1842 del 2022; tra le molte riflessioni in letteratura, si veda per esempio G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Quest. giust.*, 7 giugno 2022, *passim*.

⁸ Si tratta di un neologismo oramai noto, come testimoniato anche dal linguaggio non specializzato: cfr. l'apposita voce sul sito *treccani.it*; di recente, si v. per esempio l'articolo apparso su *ansa.it* il 22 luglio 2022, dal titolo *Eterologa, dopo 5 anni 3000 coppie all'estero ogni anno*. Quanto alla giurisprudenza, il neologismo è esplicitamente richiamato, per esempio, nella sentenza qui commentata, punto 1 dir., così come nella pronuncia che l'ha generata: Cass. civ., I sez., n. 1842 del 2022.

⁹ C. cost. n. 33 del 2021, punto 5.8 cons. dir. e n. 32 del 2021, punto 2.4.1.3, cons. dir.: «Esse rivelano in maniera tangibile l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, per come attualmente regolato, tant'è che nello specifico caso è resa impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubitabilmente, la crisi della coppia e la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale, reso necessario dall'art. 46 della medesima legge n. 184 del 1983. La previsione di tale necessario assenso, d'altro canto, si lega alle caratteristiche peculiari dell'adozione in casi particolari, che opera in ipotesi tipiche e circoscritte, producendo effetti limitati, visto che non conferisce al minore lo status di figlio legittimo dell'adottante, non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante [...] e non interrompe i rapporti con la famiglia d'origine».

Quanto alla tecnica decisoria, in entrambe le pronunce la Corte costituzionale non ha adottato lo schema processuale inaugurato con le sentt. n. 207 del 2018 e n. 242 del 2019, ma ha lasciato chiaramente intendere come la precedenza accordata al legislatore dovesse reputarsi momentanea, parlando di un'inerzia legislativa «non [...] più tollerabile» (C. cost. n. 32 del 2021, punto 2.4.1.4 cons. dir.) e di un intervento legislativo ormai «indifferibile» (C. cost. n. 33 del 2021, punto 5.9 cons. dir.). La diversità rispetto al caso 'Cappato' è stata subito colta in sede di commento: A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta OnLine*, n. 1, 2021, pp. 221-222.

¹⁰ La norma oggetto era l'art. 55, l. n. 184 del 1983, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, c. 2. c.c., prevedeva appunto che l'adozione in casi particolari non comportasse alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante: sulla fattispecie concreta e sull'ordinanza di rimessione, A. SCHUSTER, *L'adozione – non più mite? – davanti alla Corte costituzionale: dubbi di inammissibilità*, in *Quest. giust.*, 22 febbraio 2022, *passim*; sull'accoglimento della q.l.c. (per contrasto con gli artt. 3, 31, c. 2 e 117, c. 1, Cost.), E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in *Oss. AIC*, n. 5, 2022, in particolare p. 11 ss.; C. GIUNTA, *Le strade impervie della omogenitorialità: i silenzi della legge e la "supplenza" dei giudici*, in *Oss. AIC*, n. 4, 2022, in particolare p. 150 ss.; M.C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Oss. AIC*, n. 3, 2022, p. 330 ss. La possibilità che l'ordinanza di rimessione potesse consentire alla Corte costituzionale di sanare parte di quei vizi da essa stessa rilevati con le sentt. nn. 32 e 33 del 2021 era stata anticipata da M.E. D'AMICO, *I diritti dei "diversi" Saggio sull'omosessualità*, in *Oss. AIC*, n. 6, 2021, p. 196.

¹¹ «Dal punto di vista sistematico, le conseguenze sono rilevanti se si considera che grazie a questa sentenza, l'adozione del minore produce in ogni caso effetti omogenei, indipendentemente dalle forme in cui viene costituita. Si tratta in ogni caso di effetti "pieni" ("legittimanti", si sarebbe detto una volta): l'adottato acquista lo stato di figlio dell'adottante. Le differenze tra adozione "ordinaria" e "semplice" del minore non riguardano più il tipo di rapporto che scaturisce dal

già avvenuto in altre decisioni del giudice di legittimità¹²: così è stato. L'addizione introdotta dalla Corte costituzionale ha consentito alla Cassazione di considerare l'adozione in casi particolari più funzionale allo scopo rispetto al passato, potendosi ora formalizzare la rete di affetti che il minore, *de facto*, costituisce quotidianamente con i familiari del genitore adottante¹³.

Rimaneva però almeno un altro ostacolo da superare, al fine di poter ritenere l'istituto in esame sufficientemente adeguato alla tutela del minore¹⁴: il veto del genitore biologico alla richiesta di adozione in casi particolari, espressamente previsto dalla legge e spesso esercitato in casi di crisi della coppia¹⁵; rifiuto idoneo ad impedire non solo al genitore intenzionale di esercitare il proprio ruolo, ma anzitutto all'incolpevole minore di rivendicare appieno i diritti di figlio¹⁶.

È esattamente su questo punto che la sentenza in esame introduce la novità di maggior rilievo, stabilendo che il veto possa essere superato dal giudice comune attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme, ove il rifiuto sia giudicato lesivo del preminente interesse del minore¹⁷. Le Sezioni Unite sottolineano come, sulla base di un orientamento consolidato, sia già possibile ignorare l'opposizione nei casi in cui il genitore biologico non eserciti un'effettiva responsabilità genitoriale nei confronti del minore,

provvedimento giudiziale, riguardano invece le condizioni per accedervi», così G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Quest. giust.*, 7 giugno 2022, p. 1.

¹² Cfr., per esempio, Cass. civ., I sez., n. 22179 del 2022, punto 2.4 dir., ove a proposito di C. cost. n. 79 del 2022 si afferma: «Con tale pronuncia è stata quindi rimossa una importante criticità, segnalata dalla stessa Consulta, in precedenti pronunce, dell'adozione in casi particolari, nell'ottica di assicurare tutela degli interessi del minore, significativa ed adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali, e di garantire effettività al riconoscimento, derivante dal quadro normativo della stessa L. n. 184 del 1983, che il minore adottato ha lo status di figlio». Lo stesso Procuratore generale della Cassazione, nell'udienza pubblica dell'8 novembre 2022, in relazione al quesito posto alle SS.UU. da Cass. civ., I sez., n. 1842 del 2022 ha sottolineato l'avvenuto – e proficuo per l'interesse del minore – avvicinamento tra le due forme di adozione, a seguito di C. cost. n. 79 del 2022, ritenendo dunque non fondato il rischio di «vuoto normativo» prefigurato nell'ordinanza interlocutoria.

¹³ L'intervento della Corte costituzionale, secondo le SS.UU. nella sentenza in commento, «ha fatto venir meno *il più importante* elemento di inadeguatezza della soluzione dell'adozione particolare», punto 10 dir., enfasi aggiunta.

¹⁴ Che il necessario assenso del genitore biologico e l'impossibilità di costituire legami familiari con i parenti dell'adottante costituissero i due principali, sebbene non unici, limiti dell'istituto in esame, è stato ricordato nella pronuncia commentata al punto 6 dir., riprendendo parte dei passaggi di C. cost. n. 33 del 2021.

¹⁵ Come avvenuto, per esempio, nel caso da cui è sorta la q.l.c. alla base di C. cost. n. 32 del 2021. Sugli aspetti problematici di tale necessario consenso, *ex art. 46, c. 1, l. n. 184 del 1983*, in relazione al preminente interesse del minore, A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal*, n. 3, 2021, p. 21 ss.

¹⁶ Sul tema, da ultimo, il punto 11 dir. della sentenza qui esaminata.

¹⁷ Cass. civ., SS.UU., n. 38162 del 2022, punto 11 dir.: «[...] il dissenso alla costituzione del legame di filiazione adottiva da parte del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale non può essere espressione di un volere meramente potestativo, ma va collocato in una dimensione funzionale. L'effetto ostativo del dissenso dell'unico genitore biologico all'adozione del genitore sociale, allora, può e deve essere valutato esclusivamente sotto il profilo della conformità all'interesse del minore, secondo il modello del dissenso al riconoscimento [...] In altri termini, il genitore biologico potrebbe negare l'assenso all'adozione del partner solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore».

non avendo alcun titolo sostanziale per decidere nell'interesse del figlio¹⁸: in senso analogo, è proprio il preminente interesse del fanciullo ad autorizzare il giudice a non tenere conto del veto ogni qual volta il genitore d'intenzione abbia condiviso la responsabilità genitoriale, ed instaurato un concreto rapporto affettivo con il bambino.

3. Vincolo legale e interpretazione conforme

L'argomento delle Sezioni Unite desta qualche perplessità: essendosi rimosso un ulteriore limite alla realizzazione del pieno interesse del minore, lo stretto merito appare senz'altro condivisibile; quest'ultimo è però ottenuto attraverso un'interpretazione non solo estranea al *petitum*¹⁹, ma che pare altresì eccedere il vincolo legale, e con esso la chiarezza con cui è imposto il consenso del genitore biologico²⁰.

Nella medesima pronuncia, del resto, è proprio la Cassazione a dedicare apprezzabili riflessioni sui confini costituzionali del ruolo del giudice comune e sulla necessità di preservare le differenze con il legislatore: «la giurisprudenza», si afferma, «non è fonte del diritto», e ciò va a maggior ragione ribadito innanzi a questioni «controverse ed eticamente sensibili»; nel caso specifico, non può dunque spettare all'autorità

¹⁸ *Ibidem*. «In realtà, la giurisprudenza è già pervenuta ad una lettura restrittiva della disposizione, ritenendo che per genitori esercenti la responsabilità genitoriale, il cui dissenso impedisce l'adozione particolare, debbono intendersi i genitori che non siano meri titolari della responsabilità stessa, ma ne abbiano altresì il concreto esercizio grazie a un rapporto effettivo con il minore. Seguendo quest'ordine di idee, si è considerato superabile, in ragione del preminente interesse del minore, il dissenso all'adozione manifestato dal genitore dell'adottando che non eserciti in concreto, da molti anni, la responsabilità genitoriale sul figlio, con il quale non intrattenga alcun rapporto affettivo (Cass., Sez. I, 21 settembre 2015, n. 18575; Cass., Sez. I, 16 luglio 2018, n. 18827)».

¹⁹ Il padre biologico, nel caso *de qua*, non aveva negato il proprio assenso alla trascrizione, non essendoci alcuna crisi di coppia: quest'ultima chiedeva la trascrizione dell'atto di nascita canadese in cui entrambi i padri sono definiti genitori del minore; al contempo, nell'ord. n. 1842 del 2022, il tema del veto è richiamato solo nella premessa, ove si cita sul punto la ricostruzione offerta in C. cost. n. 33 del 2021. Che si tratti di profilo inconferente è stato sottolineato anche dalle *Conclusioni* del Procuratore generale, 8 novembre 2022, punto 6, lett. g).

²⁰ È lo stesso secondo comma dell'art. 46, l. n. 184 del 1983, a consentire al giudice di superare il veto qualora esso risulti «ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando», ma *non* ove «l'assenso sia stato rifiutato dai genitori esercenti la potestà [...]». Sui criteri interpretativi – art. 12 delle «Disposizioni sulle leggi in generale» – cfr., anzitutto, R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-II Foro, Bologna-Roma, 1974, p. 252 ss. Sull'attuale prescrittività dell'articolo in commento, E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 339 ss.; A. VIGNUDELLI, *Interpretazione costituzionale. Miti, mode e luoghi comuni*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 178 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 434-435. Sulla capacità prescrittiva della 'gerarchia' imposta dai criteri interpretativi dell'art. 12 esprimono invece dissenso F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 2012, pp. 446-447, più di recente in ID., *L'interpretazione degli atti normativi*, in *Giur. cost.*, n. 2, 2022, p. 1100 ss.; V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Edizione ETS, Pisa, 2013, p. 57 ss.; G. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, Esi, Napoli, 2020, p. 304 ss. Da una più ampia prospettiva, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. 79. In generale, sulla differenza, ma anche sulle possibili similitudini, tra interpretazione «creativa» e «abrogante», G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 33 ss., a cui si rimanda altresì per un analitico esame delle tecniche argomentative, p. 341 ss.; G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir.*, Ann., V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 697.

giudiziaria ledere «quell’ambito di discrezionalità legislativa che la Corte costituzionale ha inteso far salvo, [mettendo] in discussione [i]l punto di equilibrio da essa indicato»²¹.

Nonostante queste condivisibili premesse, le Sezioni Unite ritengono non necessario – come invece accaduto in passato²² – sollevare q.l.c., giudicando adatta allo scopo l’interpretazione conforme²³.

In effetti, la definizione dei precisi confini di questa tecnica interpretativa impegna da sempre la letteratura, con risultati talvolta non convergenti²⁴; la Corte costituzionale ha però più volte chiarito come il dato testuale rappresenti un limite invalicabile per il giudice comune, essendo egli, per esplicita

²¹ Cass. civ., SS. UU., n. 38162 del 2022, punto 7 dir., la quale ritiene, condivisibilmente e in linea con il Procuratore generale (*supra*, nt. 4, 12 e 19), che la sent. n. 33 del 2021 non abbia creato un vuoto normativo, e che la soluzione proposta dall’ord. n. 1842 del 2022 – riconoscimento ‘diretto’ del rapporto di filiazione, anche se solo in taluni casi di G.P.A. (*infra*, § 5) – esorbiti dai limiti interpretativi a cui il giudice comune è soggetto. Sull’impossibilità di considerare la giurisprudenza fonte del diritto, in precedenza, cfr. Cass. civ., SS.UU., n. 15144 del 2011, punto 2.3 dir. e n. 27341 del 2014, punto 4.2 dir., oltre a C. cost. n. 230 del 2012, punto 12 cons. dir., ove l’eventualità che il giudice svolga una sostanziale funzione legislativa è giudicata «in radicale contrasto con i profili fondamentali dell’ordinamento costituzionale». Quanto ai limiti dell’interpretazione conforme, e alla necessità di rispettare i vincoli imposti dal testo di legge, una nota pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*: 1 BvR 2269/07. Su C. cost. n. 230 del 2015, per quanto qui interessa, le diverse impostazioni di V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all’equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, in *Giur. cost.*, n. 5, 2012, in particolare p. 3479 e A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tessi e sfilati la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell’ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell’ordine*, in *dirittifondamenti.it*, 15 ottobre 2012, *passim*. Negano alla giurisprudenza carattere di fonte del diritto, per esempio, M. LUCIANI, *Interpretazione*, cit., p. 399 ss. e R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, FrancoAngeli, Milano, 2021, p. 208 ss.; per la tesi opposta, invece, da diversi profili si vedano A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Zanichelli-II Foro italiano*, Bologna-Roma, 2011, p. 705 ss. e R. GUASTINI, *Saggi sceltici sull’interpretazione*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 59 ss. Ancora, A. RUGGERI, *Quale “sistema” delle fonti dopo la riforma del Titolo V?*, in *federalismi.it*, 25 gennaio 2006, p. 15 ss., che, nel contesto normativo attuale, sottolinea la possibile «conversione» della teoria delle fonti nella teoria dell’interpretazione. Tale evenienza, problematicamente, è evidenziata da M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, n. 2, 2007, p. 128, per il quale l’interpretazione del testo che si traduce in creazione della «legge» in senso stretto trasforma «l’interprete» in un «rappresentante». Per il legame strutturale tra potere politico e fonti del diritto, L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Ann., II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 547.

²² C. cost. n. 182 del 1988, in cui si annullavano gli artt. 45, c. 2 e 56, c. 2, l. n. 184 del 1983, nella parte in cui era previsto il consenso anziché l’audizione del legale rappresentante del minore.

²³ Cass. civ., SS.UU., n. 38162 del 2022, punto 11 dir.: «Il Collegio delle Sezioni Unite [...] ritiene di dover in questa sede evidenziare le potenzialità dell’interpretazione costituzionalmente conforme, in vista del superamento della criticità legata al dissenso dell’unico genitore biologico, senza che occorra sollevare, persistendo l’omissione da parte del legislatore, una questione di legittimità costituzionale».

²⁴ Sull’interpretazione conforme la bibliografia è assai vasta; si vedano, senza pretesa di esaustività, R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 267 ss.; G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 131 ss.; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 89 ss.; V. ANGIOLINI, *L’“interpretazione conforme” nel giudizio delle leggi* e M.A. D’AMICO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, entrambi in M.E. D’AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Giappichelli, Torino, 2009, rispettivamente p. 1 ss. e p. 497 ss.; G. SERGES, *L’interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione con i giudici*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 3353 ss.; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2014, p. 83 ss.; R. BIN, *L’interpretazione conforme: due o tre cose che so di lei*, in Aa.Vv., *Studi in onore di M. Pedrazza Gorlero*, II, Esi, Napoli, 2014, p. 19 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione*, cit., p. 391 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Quest. giust.*, 22 ottobre 2018, *passim*; F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Camerino*, n. 8, 2019, p. 62 ss.

previsione costituzionale, *soggetto alla legge*²⁵ (art. 101. c. 2, Cost.)²⁶. A questo proposito, non pare casuale che proprio innanzi ad una certa tendenza di parte dell'autorità giudiziaria a eludere il vincolo legale²⁷ il giudice delle leggi abbia, negli ultimi anni, ridimensionato il ruolo dell'interpretazione conforme (quale presupposto di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale²⁸), riconducendo il suo rilievo entro il merito del caso²⁹.

Anche a prescindere da questioni di carattere generale, si può osservare come l'intera evoluzione giurisprudenziale in tema di riconoscimento della genitorialità da turismo procreativo si sia avvalsa, nel corso degli anni, di interpretazioni di raggio amplissimo, e talvolta forse non del tutto ancorate al testo legislativo. Basti pensare alla stessa possibilità di utilizzare l'adozione in casi particolari come rimedio alla mancanza di tutela dei fanciulli – ossia alla genesi dell'intera tutela giudiziaria sviluppata nei casi qui

²⁵ Esemplare la vicenda che ha coinvolto la Corte di cassazione e la Corte costituzionale in tema di illegittimità delle disposizioni che prevedevano la presunzione assoluta dell'adeguatezza della custodia cautelare in carcere per delitti di particolare efferatezza; dopo un primo annullamento da parte della Corte costituzionale (C. cost. n. 265 del 2010), il giudice di legittimità ritenne – innanzi al reato di violenza sessuale di gruppo – di poter 'mutuare' la sostanza di quella pronuncia, disapplicando *ex se* la legge (Cass. pen., III sez., n. 4377 del 2012, punto 7 dir.); la Corte costituzionale sottolineò come la «lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme, non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre» (C. cost. n. 110 del 2012, punto 3 cons. dir.), per giungere da lì a poco alla definitiva dichiarazione di illegittimità costituzionale della fattispecie trattata dalla Cassazione (C. cost. n. 232 del 2013). Per un recente esempio di disapplicazione diretta della legge (le cui disposizioni sono giudicate «vetuste ed anacronistiche»), Cass. civ., I sez., n. 7667 del 2020. La prima vicenda descritta è stata ampiamente commentata: due diverse prospettive sono state offerte, tra gli altri, da M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2012, *passim* e G. GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Ginr. cost.*, n. 6, 2012, p. 4900; per il primo, la Cassazione avrebbe operato non un'indebita interpretazione conforme, ma una legittima interpretazione sistematica a seguito della «sentenza-legge» additiva della Corte costituzionale; per il secondo, si è in realtà trattato di un vero e proprio «travalicamento delle prerogative istituzionali del potere giudiziario».

²⁶ Quanto al concetto di «legge» in senso tecnico, ossia come fonte primaria, e non genericamente quale diritto oggettivo dell'ordinamento, S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 684-685; R. GUASTINI, sub *art. 101*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994, p. 176 ss.; N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, n. 4-5, 2016, pp. 919-920; N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2011, pp. 61-63. Per un'analisi della relazione tra «popolo» e «giurisdizione» prescritta dall'art. 101 Cost., S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, p. 7 ss. Per inciso, è stato sottolineato come la disposizione costituzionale in esame svolga «un compito simile all'art. 20 § III del Grundgesetz che, stabilendo espressamente il vincolo del potere esecutivo e della magistratura alla legge, segna la caratteristica fondamentale della forma di Stato tedesca», così R. BIN, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost. Riv. Quad.*, n. 1, 2019, p. 25, nt. 55.

²⁷ C. PINELLI, *Il giudice e la legge*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016, p. 10 ss.; nello specifico del tema qui indagato, A. LONGO, *Ordine pubblico internazionale e lotta per la Costituzione. Spunti problematici alla luce di alcuni recenti approdi giurisprudenziali*, in *Dir. soc.*, n. 3, 2017, p. 467 e S. CURRERI, *Quali sono i limiti dell'interpretazione "costituzionalmente orientata" del giudice ordinario? (riflessioni a margine dell'apertura della Cassazione alle adozioni delle coppie "omoaffettive")*, in *lacostituzione.info*, 20 aprile 2021, *passim*.

²⁸ C. cost. n. 356 del 1996, punto 4 cons. dir.

²⁹ Cfr., per esempio, C. cost. nn. 221 e 262 del 2015, nn. 45, 95, 204 del 2016 e nn. 42 e 69 del 2017. Su questa giurisprudenza, G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, p. 161 ss.; pur in presenza di un «mutamento del canone», l'esistenza di «vie di fuga dall'accentramento» percorribili dal giudice comune è analizzata da S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, in particolare p. 151.

indagati –, basata sull'idea che la «constatata impossibilità di affidamento preadottivo»³⁰ debba intendersi quale impossibilità di diritto, non di fatto³¹: tale opzione ermeneutica, ormai del tutto consolidata, è stata in origine criticata proprio per l'incompatibilità sia con il testo legislativo, sia con il disegno complessivo della legislazione in tema di adozione³². Ancora, una concezione *iper* promozionale dell'ordine pubblico internazionale³³, atta a superare i vincoli interni al riconoscimento della filiazione, è stata costruita dalla Cassazione³⁴ attraverso l'esplicito intento di aggirare il dato legislativo 'discrezionale' e di trovare

³⁰ Art. 44, c. 1, lett. d), l. n. 184 del 1983 (lett. c) prima della novella introdotta con la l. n. 149 del 2001). L'interpretazione tradizionale, restrittiva e più coerente con il testo, faceva leva sul concetto di 'avvenuta constatazione' della lettera legislativa, intendendola quale *impossibilità di fatto* di giungere all'affidamento: questo, pertanto, doveva essere effettivamente tentato, risultando però infruttuoso. In assenza di alternative, il legislatore prescriveva così una via d'uscita per tutelare il fanciullo che, pur dichiarato adottabile secondo i rigidi requisiti dell'adozione piena, vedeva non andare a buon fine l'affidamento. Per questa tesi, A. MORACE PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. dir.*, n. 7, 2016, p. 723 ss.; M. DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 808 ss.; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2021, p. 231 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, vol. 2.1, Giuffrè, Milano, 2014, p. 459; E. GIACOBBE, *Adozione e affidamento familiare: Ius conditum, vivens, condendum*, in *Dir. fam. pers.*, n. 1, 2016, p. 264 ss. T. AULETTA, *L'incidenza dell'interesse del minore nella costituzione e rimozione dello stato filiale*, in M. Bianca (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, p. 538 ss.; A. SPADAFORA, *Procreare semper licet?* in *Dir. fam. pers.*, n. 3., 2019, p. 1102 ss.

³¹ Dopo una prima apertura dei giudici di merito, Cass. civ., I sez., n. 12962 del 2016, punto 4.2.2 dir.: «la L. n. 184 del 1983, art. 44 si sostanzia in una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione "legittimante", consentendo l'adozione dei minori "anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'art. 1". In questa logica di apertura, la lettera [d] fornisce un'ulteriore "valvola" per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle [altre] lettere». Tale lettura è stata in un certo senso avvalorata, pur in relazione a diversa fattispecie, da C. cost. n. 383 del 1999, punto 2 cons. dir

³² Quanto alla giurisprudenza, si veda Trib. min. Piemonte – Valle d'Aosta, dell'11 settembre 2015: «[...] ritenere compresa la "impossibilità giuridica" nella nozione di impossibilità di affidamento preadottivo conduce ad una lettura eversiva della norma, che diviene così, inammissibilmente, un *grimaldello* per forzare la struttura stessa della tutela offerta al minore. *Se un affidamento preadottivo è "giuridicamente impossibile" significa che non può essere disposto ai sensi di legge: che, dunque, non vi è giuridico spazio per una vicenda adottiva nei canoni della normazione prevista*», enfasi aggiunta (sentenza riformata, in linea con l'indirizzo interpretativo qui discusso, da Corte app. Torino, sez. min., 27 maggio 2016). In letteratura, I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide?*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2016, in particolare p. 6, giudica «assurd[e]» le conclusioni sul punto della Cassazione: «Non si può dire, infatti, che l'adozione in casi particolari si può realizzare quando manca la dichiarazione di adottabilità e, allo stesso tempo, che l'adozione in casi particolari si può realizzare quando l'affidamento preadottivo non è possibile: se c'è tentativo di affidamento preadottivo è perché c'è stata dichiarazione di adottabilità». In senso analogo, M. DOGLIOTTI, *Affidamento e adozione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1990, p. 317, «in assenza della dichiarazione di adottabilità, è, a stretto rigore, sempre giuridicamente impossibile constatare l'impossibilità dell'affidamento preadottivo». Ancora, E. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 266: «Per "giustificare" tale risultato non tanto si effettua, come pure è stato ipotizzato e plaudito, una interpretazione (estremamente) estensiva della lett. d) art. 44 [...] quanto, piuttosto, se ne offre una interpretazione *abrogante* delle restanti parti e, segnatamente, della lett. b), che consente al coniuge di adottare il figlio dell'altro coniuge, nonché del comma 3 del medesimo articolo, il quale, nei casi di cui alle lett. a), c), e d), e non dunque, ed evidentemente, lett. b), consente l'adozione oltre che ai coniugi, anche a chi – singolo – non è coniugato», corsivo aggiunto. Apprezzamenti alla tesi qui discussa sono stati invece espressi, per esempio, da S. STEFANELLI, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, in *GenIUS*, n. 2, 2016, p. 106 ss.; M. CAVALLO, *L'adozione in casi particolari*, in M. BIANCA (a cura di), *op. cit.*, p. 1120 ss.; G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari*, cit., pp. 1-3; V. BARBA, *Le norme applicabili alle persone unite civilmente*, in G. Bonilini (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, V, *Unione civile e convivenza di fatto*, UTET, Torino, 2019, p. 180 ss.; A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam, Padova, 2017, p. XX.

³³ Per un'analitica ricognizione delle tesi elaborate in tema di ordine pubblico internazionale, M. TESCARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in *Nv. dir. civ.*, n. 1, 2020, p. 24 ss.

³⁴ Cass. civ., I sez., n. 19599 del 2016.

direttamente in Costituzione, o in alcuni trattati internazionali (debitamente selezionati³⁵), i principi irrinunciabili dell'ordinamento³⁶. Un «percorso metodologico»³⁷ in parte ridimensionato dallo stesso giudice di legittimità³⁸, ma molto accreditato presso le corti di merito³⁹, che si è esposto a numerosi rilievi basati non solo sul rischio di fraintendere categorie costituzionali di primaria importanza⁴⁰, ma anzitutto sulla poca deferenza nei confronti del dato legislativo⁴¹. La sentenza qui commentata, ritenendo superabile in via ermeneutica il chiaro vincolo legale in tema di adozione non legittimante, sembra almeno in parte replicare le stesse criticità appena descritte.

Da ultimo, pare possibile segnalare un ulteriore profilo problematico della pronuncia. Le Sezioni Unite giudicano non condivisibile la possibilità – sostenuta dalla Prima Sezione – di trarre dalla motivazione contenuta in C. cost. n. 33 del 2021 una chiara indicazione a favore della diretta trascrizione del

³⁵ Sul discutibile carattere 'selettivo' dei trattati internazionali da includere, O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello "status" di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, n. 1, 2017, p. 176. Più in generale, il rischio che tale lettura dell'ordine pubblico conduca ad una definizione 'arbitraria' del relativo contenuto da parte del giudice comune è sottolineato da F. PATERNITI, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2021, p. 249.

³⁶ «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»; ancora, è stata postulata la necessità per il giudice comune di compiere un controllo di costituzionalità «preventivo e virtuale» avente come parametro i «principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale»: Cass. civ., I sez., n. 19599 del 2016, punto 7 dir.

³⁷ *Ivi*, punto 9 dir.

³⁸ La stessa pronuncia in esame, come si vedrà nel prossimo paragrafo, sposa opportunamente questo indirizzo: in particolare, delle SS.UU. si vedano Cass. civ. n. 16601 del 2017 (in tema di *punitive damages*) e n. 12193 del 2019 (nel medesimo ambito trattato nella sentenza qui commentata), ove la ricerca dell'ordine pubblico è stata rinsaldata al dato legislativo, affermando in particolare come «al bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore [...] il giudice non può sostituire la propria valutazione»: Cass. civ., SS. UU., n. 12193 del 2019, punto 13.2 dir. L'«arresto» della Cassazione è stato giudicato «assai opportuno», poiché «fa valere il testo della Costituzione e la logica della legislazione vigente, opponendosi alla diffusa tendenza a trovare a tutti i costi un fondamento dei diritti, comunque rivendicati», corsivo originale; nella stessa sede, si è però criticato il passaggio della sentenza in cui la Cassazione sembra comunque legittimare la tesi del «creazionismo giuridico», seppur «moderato», da parte della giurisprudenza: M. LUCIANI, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Quest. giust.*, n. 3, 2019, p. 30 e p. 34.

³⁹ Sulla sicura influenza della sentenza in esame nei confronti delle pronunce successive, B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *costituzionalismo.it*, n. 1, 2017, p. 232 ss.

⁴⁰ Cfr., *infra*, la prima parte del paragrafo successivo.

⁴¹ Tra gli altri, A. LONGO, *op. cit.*, p. 449; 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), *op. cit.*, pp. 119-129; O. FERACI, *op. cit.*, p. 171 ss.; F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Oss. AIC*, n. 2, 2020, p. 189 ss. Apprezzamenti sono invece stati espressi, per esempio, da G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Il Corriere giuridico*, n. 2, 2017, p. 190 ss.; 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*; M. WINKLER, *Figlio di due madri: la Cassazione, la genitorialità e l'ordine pubblico internazionale*, *quotidianogiuridico.it*, 11 ottobre 2016, *passim*.

provvedimento straniero: se il giudice delle leggi avesse veramente ritenuto «praticabile questa soluzione»⁴², sottolineano le Sezioni Unite, la pronuncia sarebbe stata di accoglimento o interpretativa di rigetto, non di inammissibilità. Il rilievo è senz'altro corretto, ma su identiche basi può essere mosso alla sentenza qui commentata: proprio nella pronuncia 'gemella'⁴³ del giudice delle leggi, n. 32 del 2021, la Corte costituzionale aveva valutato gli effetti del veto esercitato dal genitore biologico, giungendo comunque ad una pronuncia di inammissibilità, e non ad una sentenza interpretativa di rigetto avente ad oggetto la superabilità in via interpretativa del vincolo⁴⁴.

4. Ordine pubblico e interesse del minore tra giudice e ufficiale di stato civile

Oltre a possibili elementi critici, la sentenza presenta profili che sembrano meritare pieno apprezzamento. Anzitutto, pregevole è la ricostruzione dell'ordine pubblico internazionale⁴⁵, ancorata a taluni precedenti delle medesime Sezioni Unite sul punto⁴⁶ e ferma nell'invitare il giudice a trovare prima di tutto nella fonte primaria, e non direttamente in Costituzione, il contenuto della clausola generale⁴⁷. La

⁴² Cass. civ., SS.UU., n. 38162 del 2022, punto 9 dir.: «Se avesse considerato praticabile questa soluzione al fine di garantire l'interesse alla stabilità affettiva del nato da maternità surrogata, la Corte costituzionale si sarebbe espressa diversamente, accogliendo le questioni di legittimità prospettate o pronunciando una sentenza di rigetto interpretativa».

⁴³ I numerosi punti di contatto tra le due pronunce sono stati più volte sottolineati in dottrina: si veda, per esempio, F. RIMOLI, *Diritto all'omogenitorialità, best interests of the child e famiglia "naturale": un problema ancora irrisolto*, in *Giur. cost.*, n. 1, p. 339; per una valorizzazione (anche) delle differenze, cfr. invece P. VERONESI, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁴ La norma oggetto della q.l.c. di C. cost. n. 32 del 2021 non era l'art. 46 della l. n. 184 del 1983, bensì gli artt. 8 e 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, ma è proprio il necessario consenso previsto dalla legge sull'adozione che precludeva la risoluzione del caso in senso favorevole al genitore intenzionale; ai fini che qui interessano, inoltre, non rileva la circostanza che nella sent. n. 32 del 2021 si trattasse di una pratica di fecondazione eterologa di coppia femminile, non incidendo questo aspetto sulle problematiche dell'adozione in casi particolari. Né, in relazione alla tesi proposta, può rilevare l'ovvia constatazione del limite solo 'negativo', nei confronti del giudice *a quo*, prodotto da una sentenza interpretativa di rigetto: quel che interesse è constatare la spendibilità dell'argomento usato dalle SS.UU. anche avverso la propria pronuncia.

⁴⁵ Cfr. artt. 16, 64, c. 1, lett. g, e 65, l. n. 218 del 1995; art. 18 del D.P.R. n. 396 del 2000. Sulla natura 'identitaria' dell'ordine pubblico internazionale, pur da posizioni non sempre coincidenti, R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1934, p. 319; R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Liguori, Napoli, 1969, p. 399 ss.; E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, in *Dig. priv.*, VI, Utet, Torino, 1990, § 12. Sull'impossibilità di una piena coincidenza tra ordine pubblico interno e internazionale, G. BARILE, *Ordine pubblico (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1114 ss. e, più di recente, F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, n. 2, 2018, p. 267 ss. La differenza tra ordine pubblico interno e internazionale appare invece non «quantitativa», bensì «funzionale», a G. CONTALDI, *Ordine pubblico*, in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 275.

⁴⁶ In particolare, Cass. civ., SS.UU., n. 16601 del 2017 e n. 12193 del 2019. Al contrario, Cass. civ., SS.UU., n. 9006 sembra sposare, in tema di ordine pubblico, l'indirizzo qui discusso (cfr., in particolare, punto 18.1 cons. dir.): quest'ultimo presenta più di un'affinità con alcune ricostruzioni teoriche proposte in letteratura, tra cui A. SASSI, S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2019, pp. 385-391 e G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2019, p. 57 ss.

⁴⁷ Sull'ordine pubblico come clausola generale, F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1991, pp. 7-8; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 27; F. PEDRINI, *Le clausole generali. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bononia University Press, Bologna, 2013, pp. 122-123, 259; A. LONGO, *op. cit.*, p. 421.

discrezionalità del legislatore nel fissare ragionevoli bilanciamenti tra interessi in conflitto, a maggior ragione innanzi a materie eticamente sensibili, non è un accidente dello Stato costituzionale, ma il suo *proprium*⁴⁸; ritenere, come avvenuto a partire da Cass. civ. n. 19599 del 2016, che l'ordine pubblico possa essere eretto solo innanzi a scelte legislative prive di discrezionalità⁴⁹ significa dunque muovere da premesse errate, e comporta due problematiche conseguenze: vanificare per intero il senso stesso, oltretutto la concreta operatività, della clausola di ordine pubblico e conferire al giudice comune il potere di applicare direttamente la Costituzione senza tenere conto della fonte primaria⁵⁰.

Sebbene la «progressiva integrazione tra ordinamenti» ne abbia «in parte ridimensionat[o]»⁵¹ lo scopo originario, la funzione precipua dell'ordine pubblico internazionale rimane la protezione dell'ordinamento dagli effetti di atti o provvedimenti stranieri che rischiano di lederne l'identità: a tale fine, è anzitutto necessaria l'analisi dello specifico contenuto della legge⁵², non di principi costituzionali e internazionali

⁴⁸ «Non si tratta tanto, dunque, di postulare una pretesa “essenza” intangibile dei diritti [...] bensì di esigere dal legislatore il rispetto dell'autovincolo che si è imposto con certe scelte attributive o ricognitive di diritti»: così, M. LUCIANI, *Avviso ai naviganti del mar pandemico*, in *Quest. giust.*, n. 2, 2020, p. 8. Sull'impossibilità di trarre dalla giurisprudenza costituzionale un preciso contenuto essenziale dei diritti, e sulla intrinseca mutevolezza del concetto a seconda dello specifico caso, A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. dir.*, Ann., II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 195; A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, n. 6, 2003, p. 1109; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 375, nt. 149; O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, n. 2, 1998, pp. 1175-1176. Ancora, sul rapporto tra rigidità della costituzione e bilanciamento dei diritti, V. ONIDA, *Costituzione italiana*, in *Dig. pub.*, IV, Utet, Torino, 1989, p. 328 e, ivi, S. BARTOLE, *Costituzione (Dottrina generale e diritto costituzionale)*, p. 288 ss.; R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di L. Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009. Per una diversa impostazione, L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 121.

⁴⁹...in quanto espressive, secondo la ricostruzione criticata, di «principi fondamentali e/o supremi della Costituzione»: Cass. civ., I sez., n. 19599 del 2016, punto 7 dir. Sugli aspetti problematici di questa premessa, si veda per esempio E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2018, pp. 4-6; altresì, sia consentito un rinvio a F. FERRARI, *Profili costituzionali dell'ordine pubblico internazionale. Su alcuni “passi indietro” della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2020, pp. 178-182.

⁵⁰ Su questi aspetti, tra gli altri, A. LONGO, *op. cit.*, p. 449; C. TRIPODINA, *op. cit.*, p. 121 ss.; G. ARMONE, *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, in *Quest. giust.*, n. 1, 2019, p. 183. Il «momento costituzionale», come affermato anche in C. cost. n. 214 del 1983, punto 3 cons. dir., deve ovviamente essere tenuto in considerazione nella definizione dell'ordine pubblico, ma senza essere sganciato dal puntuale contenuto legislativo vigente, il quale andrà semmai sottoposto a q.l.c.

⁵¹ Cass. civ., SS.UU., n. 38162 del 2022, punto 15 dir.

⁵² *Ibidem*: «L'ordine pubblico internazionale si pone nel punto di intersezione di tendenze diverse: clausola generale per eccellenza, naturalmente portata a recepire le evoluzioni socioculturali, anche sotto l'influenza della giurisprudenza della CEDU, ma anche a non dimenticare la propria radice identitaria in una cornice costituzionale. L'apertura all'altro non è perdita del sé. E il sé di un ordinamento – la sua *identità*, appunto – è quanto risulta tanto dalla Costituzione quanto dalle *fondamentali e consolidate opzioni che tracciano le grandi linee della legislazione*», corsivi aggiunti.

che, sganciati dalle peculiarità del dato legislativo e dalla situazione normativa del proprio ordinamento⁵³, possono solo *prima facie* apparire uniformi grazie alla loro strutturale genericità⁵⁴.

Un altro elemento che merita di essere sottolineato attiene alle possibili conseguenze dell'eventuale accoglimento delle istanze della Prima Sezione: secondo quest'ultima sarebbe stato necessario riconoscere all'autorità giudiziaria un potere di valutazione «caso per caso»⁵⁵, così da giudicare nella specificità della concreta vicenda a cosa corrisponda l'interesse del minore; operazione, questa, preclusa dal rigido bilanciamento fissato dal legislatore, che come interpretato a partire dalla sent. n. 12193 del 2019⁵⁶ comporta sempre la prevalenza dell'ordine pubblico sull'interesse del minore (nei casi di G.P.A.). Osservano tuttavia opportunamente le Sezioni Unite che la ricostruzione della Prima Sezione, se accolta, porrebbe al centro non il giudice, ma l'Ufficiale di stato civile⁵⁷: la delicatissima valutazione sulle modalità di concepimento del minore, sulla disciplina esistente nel paese in cui esso è avvenuto, sul ruolo e sulle garanzie offerte dalla struttura sanitaria, sulla libertà della gestante etc. sarebbero valutate non dal giudice, ma da un organo amministrativo investito di ben più contenuti poteri e cognizione rispetto all'autorità giurisdizionale, con effetti deleteri anzitutto sulla necessità di offrire piene garanzie all'interesse del minore⁵⁸. L'auspicio della Prima Sezione, pertanto, si realizzerebbe in via del tutto eventuale, allorché il provvedimento amministrativo sia impugnato dal P.M.⁵⁹

⁵³ Sull'evoluzione del diritto di famiglia, L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, pp. 295-296: «(...) la Costituzione è riuscita finalmente a permeare una parte del Codice civile. Ma la novellazione della disciplina civilistica ha concorso, reciprocamente, nel fissare il significato delle disposizioni costituzionali riguardanti la famiglia ed i figli, così realizzando quella sorta di 'circolarità' del diritto, per cui le fonti normative di rango superiore modellano le fonti inferiori, ma ne sono a loro volta modellate o integrate», corsivi aggiunti, e ID., *Costituzione, preleggi e Codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 1993, pp. 38-39. Sulla «situazione normativa», A. RUGGERI, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 55 ss.

⁵⁴ Come sottolinea J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2002, p. 530 ss., «la specifica definizione dei diritti umani spesso differisce da comunità politica a comunità politica. Anche in zone relativamente omogenee dal punto di vista culturale come l'Europa occidentale, queste differenze possono riflettere fondamentali scelte sociali e formano una parte importante nelle differenti identità delle comunità politiche e delle società [...] Dato che i diritti sono considerati fondamentali, così dovrebbero anche essere considerate le differenze tra di essi». Basti poi pensare alle difficoltà definitorie legate a concetti che dovrebbero accomunare, anche dal punto di vista operativo e non solo teorico, diversi ordinamenti, quali "tradizioni costituzionali comuni", "Stato di diritto" etc., come peraltro già avvertito da C. SCHMITT, *Legalità e legittimità (Legalität und Legitimität)*, 1932, trad. it. P. Schiera, in ID., *Le categorie del politico*, il Mulino, Bologna, 1972, pp. 224-225.

⁵⁵ È un tema ricorrente in Cass. civ., I sez., n. 1842 del 2022 e n. 8325 del 2020.

⁵⁶ Cass. civ., SS.UU., n. 12193 del 2019.

⁵⁷ Cass. civ., SS.UU., n. 38162 del 2022, punto 18 dir.

⁵⁸ Era parso opportuno segnalare il medesimo aspetto critico già in sede di commento di C. cost. n. 33 del 2021: anche in quell'occasione, un eventuale accoglimento della q.l.c. avrebbe posto al centro della valutazione non il giudice (come auspicato dalla Prima Sezione nell'ord. n. 8325 del 2020), ma l'Ufficiale di stato civile: F. FERRARI, *L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'Ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021*, in *BioLaw Journal*, n. 3, 2021, p. 134.

⁵⁹ ...o da «chiunque ne abbia interesse», come previsto dall'art. 95, D.P.R. n. 396 del 2000, per un commento del quale si veda M. TESCARO, sub art. 95, D.P.R. n. 396 del 2000, in A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto di famiglia*, Cedam, Padova, § 5.

5. G.P.A. e dignità della donna in senso oggettivo: ‘crimini senza vittima’?

Tranchant, infine, il giudizio sulla gestazione per altri⁶⁰.

In conformità a quanto già evidenziato in dottrina⁶¹, la Cassazione sottolinea come si tratti di una tecnica procreativa del tutto diversa dalle altre, a causa della mercificazione del corpo femminile che la caratterizza, non a caso sanzionata «in qualsiasi forma» dall’ordinamento giuridico⁶². A partire da questa premessa, in linea con la fermezza sul punto espressa dalla Corte costituzionale⁶³, secondo le SS.UU. non può esservi spazio per distinzioni tra pratiche avvenute in modo lecito o illecito secondo la *lex loci*, con violenza nei confronti della gestante o garantendone appieno il libero convincimento (e ripensamento), contro una prestazione economica o per puro spirito liberale, etc.⁶⁴: l’ordinamento deve proteggere la

⁶⁰ Cass. civ., SS.UU., n. 38162 del 2022, punto 16 dir. ss., in particolare 18 dir.: «Il Collegio osserva, al riguardo, che il nostro sistema vieta qualunque forma di surrogazione di maternità, sul presupposto che solo un divieto così ampio è in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento di condizioni di fragilità [...] punendo la surrogazione di maternità in via assoluta, cioè a prescindere dalle modalità della condotta o dagli scopi perseguiti, da una parte si tutela in via immediata la dignità della gestante su commissione, dall’altra si tende a prevenire, secondo la logica della china scivolosa, eventuali derive estreme di manifestazione del fenomeno, espresse da deprecabili forme di sfruttamento di donne in condizioni di bisogno economico, vulnerabili e presuntivamente prive di apprezzabili margini di autonomia decisionale. Non è pertanto consentito al giudice, in sede di interpretazione, escludere la lesività della dignità della persona umana e, con essa, il contrasto con l’ordine pubblico internazionale, là dove la pratica della surrogazione della maternità sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino».

⁶¹ Oltre alla possibilità di ricondurre la sola G.P.A. *gestazionale* tra le tecniche procreative, è stato osservato come si tratti dell’unica forma di procreazione assistita che non presuppone, necessariamente, patologie riproduttive della coppia, non potendo dunque esser concepita quale terapia medica; su questi aspetti, S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all’estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenUS*, n. 2, 2017 p. 52. e A. APOSTOLI, *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi*, in *Rag. prat.*, n. 1, 2021, p. 213. L’improprio utilizzo per la G.P.A. di argomenti giudiziari nati inizialmente per casi di P.M.A. eterologa è sottolineato, inoltre, da E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata*, cit., p. 6 ss. nonché da F. ANGELINI, *L’ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale?*, cit., p. 201 ss.

⁶² Cass. civ., SS.UU., n. 38162 del 2022, punto 16 dir. ss., in relazione alla sanzione penale prevista dall’art. 12, c. 6, l. n. 40 del 2004.

⁶³ C. cost. n. 272 del 2017, punto 4.2 cons. dir., ripresa da C. cost. n. 33 del 2021, punto 5.1 cons. dir.: la pratica in questione «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Apprezzamento nei confronti delle valutazioni sul punto della Corte costituzionale e, più in generale, sul concetto di dignità in senso oggettivo, è espresso per esempio da A. APOSTOLI, *op. cit.*, p. 211 ss.; critiche, al contrario, a cagione dell’eccessiva connotazione morale e della relativa indeterminatezza giuridica, sono mosse da E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture ‘neutralizzanti’ il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2021, pp. 392-393 e C. SALAZAR, *Il corpo delle donne e la Costituzione. Alcune domande intorno alla questione di costituzionalità proposta dalla Corte di Appello di Bari sulla “legge Merlin” e qualche riflessione sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di GPA*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo. Tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull’impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 178.

Un’ulteriore, noto esempio di dignità in senso oggettivo è rintracciabile in C. cost. n. 141 del 2019 sulla quale, per esempio, L. VIOLINI, *La dignità umana al centro: oggettività e soggettività di un principio in una sentenza della Corte costituzionale (sent. 141 del 2019)*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2020, p. 449 ss. Ancora, dalla prospettiva comparata, si pensi al c.d. lancio del nano (Consiglio di Stato francese, *Commune de Morsang-sur-Orge, Assemblée*, decisione del 27 ottobre 1995, nonché *Ville d’Aix en Provence et Commune de Morsang sur Orge, nn. 143578 e 136727*), al caso *Omega* (C-36/2002) o alla vicenda *Peep-Shows* (Tribunale amministrativo federale tedesco, *Sittenwidrigkeit von Peep-Shows – Urteildes 1. Senats, Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, Oberverwaltungsgericht Münster*)

⁶⁴ Queste distinzioni erano alla base dei quesiti posti alle SS.UU. da Cass. civ. n. 1842 del 2022, come ricordato al punto 17 dir. della sentenza qui in commento. È bene ricordare che la G.P.A. oggetto del caso si è svolta in ottemperanza alla legislazione canadese e con il consenso della madre gestante, la quale ha agito per spirito di liberalità.

dignità della persona in senso soggettivo e oggettivo, cioè anche avverso la donna stessa a prescindere da quale sia la ragione che potrebbe indurla – o l’abbia già indotta – a prestare il proprio ventre per soddisfare il desiderio di genitorialità altrui⁶⁵.

La Cassazione mostra piena consapevolezza del complesso dibattito sul punto⁶⁶, e delle diverse prospettive valoriali dalle quali esso si sviluppa anche a livello comparato⁶⁷: queste comprendono la riflessione non solo sulla intollerabile lesione alla dignità della donna, ma anche – per esempio – sulla logica del dono (nel caso di G.P.A. libera e volontaria)⁶⁸, sul diritto all’autodeterminazione della donna⁶⁹, sul desiderio di genitorialità (non altrimenti esaudibile) di coppie omosessuali maschili⁷⁰, sui rischi di una dignità concepita per proteggere l’individuo non dagli abusi dello Stato, ma da sé stesso⁷¹ (senza che sia

⁶⁵ Cass. civ., SS.UU., n. 38162 del 2022, punto 18 dir.: «Nella maternità surrogata il bene tutelato è la dignità di ogni essere umano, con evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta. Nel nostro sistema costituzionale la dignità ha una dimensione non solo soggettiva, ancorata alla sensibilità, alla percezione e alle aspirazioni del singolo individuo, ma anche oggettiva, riferita al valore originario, non comprimibile e non rinunciabile di ogni persona. La dignità ferita dalla pratica di surrogazione chiama in gioco la sua dimensione oggettiva».

⁶⁶ In letteratura, *ex pluribus*, le osservazioni di G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in *Consulta OnLine*, n. 3, 2017, p. 325, che sottolinea come la delicatezza del tema «chiam[i] in causa la filosofia, l’etica, la biologia, la sociologia, il diritto».

⁶⁷ *Ibidem*: «Il Collegio è consapevole che il panorama internazionale offre indicazioni non omogenee sui limiti di liceità della pratica della surrogazione di maternità e che l’opzione per il divieto interno risulta maggioritaria ma non unanime, anche rispetto a ordinamenti saldamente inseriti nella tradizione liberaldemocratica occidentale, come, appunto, quello canadese, da cui origina la vicenda in esame». Nel primo parere consultivo reso *ex* Protocollo 16, la Corte E.D.U. ha condotto una dettagliata ricerca sullo stato della disciplina tra i Paesi membri della Convenzione, la cui eterogeneità è peraltro alla base del margine di apprezzamento riconosciuto in tema dalla stessa Corte di Strasburgo; sulla giurisprudenza della Corte E.D.U. in materia, oltre a quanto già segnalato nel § 2, si veda di recente *Valdís Fjölmiðóttir e altri c. Islanda*, n. 71552/17, avente ad oggetto un caso di gestazione per altri praticato all’estero da una coppia di madri, senza alcun contributo biologico da parte di entrambe; su queste basi, la Corte ha ritenuto di non poter sanzionare lo Stato membro per il rifiuto del riconoscimento, ribadendo l’ampio margine di apprezzamento degli Stati nella disciplina di materie controverse come la gestazione per altri (§ 66 ss.); al contempo, si è rivelata impercorribile anche la via dell’adozione, richiedendo questa, per il diritto islandese, il rapporto di coniugio, ed avendo la coppia nel frattempo divorziato (entrambe le donne, per contro, avrebbero potuto proporre domanda autonoma di adozione, essendosi nel frattempo risposate, § 74); con una delle due madri intenzionali, tuttavia, lo Stato islandese ha concluso un *foster care agreement*, con l’obbligo di garantire all’altra madre intenzionale il pieno diritto a conservare i rapporti con il figlio; la Corte di Strasburgo ha giudicato questa soluzione rispettosa dell’art. 8 C.E.D.U. (§ 71 ss.).

⁶⁸ 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*, n. 3, 2017, p. 142.

⁶⁹ Sul rapporto tra libera scelta della madre gestante e principio di autodeterminazione, L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 142; la prospettiva «liberale» al tema è altresì descritta da M. GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell’articolo 8, legge 40*, in *giudicedonna.it*, n. 1, 2017, p. 7 ss. Quanto al rapporto tra turismo procreativo e povertà dei paesi ‘ospitanti’ le pratiche, E. BECK, *La metamorfosi del mondo (The Metamorphosis of the World)*, 2016, trad. it. M. Cupellaro, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. 30 ss.

⁷⁰ M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell’inammissibilità è l’unica percorribile?*, in *Fam. dir.*, n. 7, 2021, p. 700, a proposito di Cass. civ., SS.UU., n. 12193, parla di «Una palese discriminazione di genere»; più in generale, sottolineano la necessità di rispondere alle aspirazioni genitoriali anche delle coppie omosessuali maschili F. RIMOLI, *op. cit.*, p. 344 ss. e p. 350 ss. e E. MALFATTI, *op. cit.*, p. 376 ss. Anche su questo aspetto, tuttavia, il giudizio delle SS.UU. è netto: «La L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, esprime l’esigenza di porre un confine al desiderio di genitorialità ad ogni costo, che pretende di essere soddisfatto attraverso il corpo di un’altra persona utilizzato come mero supporto materiale per la realizzazione di un progetto altrimenti irrealizzabile», punto 16 dir. Cfr., altresì sul punto. C. cost. n. n. 79 del 2022, punto 5.2.3 cons. dir.

⁷¹ L’ispessimento del profilo oggettivo della dignità, a danno di quello soggettivo, è stato messo in luce, pur da diverse prospettive e non solo in relazione alla gestazione per altri, da diversi autori, tra i quali: S. RODOTÀ, *Il diritto di avere*

del tutto chiaro quale interesse in conflitto sia puntualmente lesa)⁷²: profilo, quest'ultimo, che appare particolarmente complesso, soprattutto in un ordinamento di tradizione liberale che, in quanto tale, è restio a tollerare l'esistenza di «crimini senza vittima»⁷³.

Il dato legislativo e la sanzione penale che lo caratterizza, sottolineano le Sezioni Unite, sono tuttavia incontrovertibili, e il rilievo pare in effetti corretto richiamando la classica teoria del diritto penale quale «minimo etico» della comunità⁷⁴; ciò anche a tacere della necessità di preservare l'«assioma della coerenza interna»⁷⁵, ossia la tenuta dell'ordinamento contro i tentativi di aggiramento delle sue leggi attraverso l'estero.

Rimane tuttavia il nodo del minore: la sua totale assenza di responsabilità innanzi alle 'colpe' dei genitori è un elemento cruciale che giustifica la 'frustrazione', spesso avvertita dalla dottrina, in tema di G.P.A.: il

diritti, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 184 ss.; G. BARCELLONA, *Della forma dell'acqua: la dignità umana, volti e risvolti costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018, pp. 1-5; R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione*, in *Forum Quad. cost.*, 26 novembre 2019, p. 4 ss. Sottolinea invece come la dignità, pur soggettivamente intesa, nella sua evoluzione non sia mai del tutto stata scissa dal profilo del dovere, G. RESTA, *La dignità*, in S. Rodotà, S. Zatti (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 267 ss. Al contrario, sulla dignità come elemento strutturale dello Stato democratico, anche in senso oggettivo, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 14 marzo 2008, in particolare § 2 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, n. 3, 1991, L. FERRAJOLI, *Dignità e libertà*, in *Riv. fil. dir.*, n. 1, 2019, pp. 25-27. Più in generale, la riflessione intorno al significato oggettivo di dignità ha coinvolto la letteratura non solo nazionale: si veda, per esempio, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *A human dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 1., 2013 p. 32 ss., ove si segnala come storicamente il concetto nasca, già nel medioevo, quale costrizione del singolo; un'impostazione per certi aspetti affine la si può rintracciare in J. WALDRON, *How law protects dignity*, in *The Cambridge Law Journal*, n. 1, 2012, in particolare pp. 211-212 ss.

⁷² La comprensione degli interessi antagonisti e il peso loro assegnato dal legislatore sono alla base del giudizio di bilanciamento operato dalla Corte costituzionale: ampiamente, sul punto, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 56 ss. Sul bilanciamento, fondamentali le riflessioni di R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali (Theorie der Grundrechte)*, 1994, trad. it. L. Di Carlo, il Mulino, Bologna, 2012, p. 185, anzitutto in termini di proporzionalità: «Quanto più alto è il grado di non-realizzazione o di lesione di un principio, tanto più grande deve essere l'importanza della realizzazione dell'altro principio», il quale aggiunge, in tema di rapporto tra diritto e limite, «Fin dove giunge un diritto assoluto, non può esistere nessun diritto fondamentale» (p. 127). Le affermazioni dell'A., principalmente tarate sull'analisi della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, esprimono immediata assonanza con i principi enunciati dalla Corte costituzionale sin dalla sent. n. 1 del 1956. Quanto alla protezione del nucleo fondamentale del principio (pur) recessivo nei confronti del suo antagonista nel bilanciamento, F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Camerino*, n. 8, 2019, p. 62 ss.

⁷³ Come ricorda G. CRICENTI, *Il lancio del nano. Spunti per un'etica di diritto civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 1, 2009, p. 22, «Una idea diffusa tra i pensatori illuministi (Montesquieu, Beccaria, Voltaire) era che un diritto razionale dovesse rinunciare a sanzionare i 'crimini senza vittima'. Vale solo la pena di precisare che, in relazione alla G.P.A., è possibile ipotizzare che si tratti di 'crimine senza vittima' nell'ipotesi in cui la gestante esprima pieno e libero consenso a costituire il rapporto giuridico non oneroso con la coppia committente; non, al contrario, ove a tale scelta ella sia indotta da condizioni di costrizione, violenza o degrado psicologico-materiale, né mai (ovviamente) sposando la tesi della dignità in senso oggettivo.

⁷⁴ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, I, Utet, Torino, 1985, p. 35 ss. Sul diritto penale come *extrema ratio*, le riflessioni di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nv. Dig. it.*, XIX, Utet, Torino, 1973, in particolare p. 14 ss. (sul punto avvalorate, quanto alla giurisprudenza della Corte costituzionale, per esempio nella sent. n. 447 del 1998, punto 3 cons. dir.).

⁷⁵ L. FUMAGALLI, *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enc. dir.*, Ann., IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 478.

rigore che caratterizza l'analisi «a monte», prima cioè dell'evento nascita, rischia di essere in gran parte vanificato «a valle», quanto è necessario offrire al fanciullo la massima protezione giuridica possibile⁷⁶.

6. Conclusioni

La valutazione complessiva della sentenza in esame non appare semplice.

Da un lato, sono stati affermati principi di grande importanza, che dovrebbero contribuire a porre maggiore chiarezza nella giurisprudenza, anche di merito, in tema: le Sezioni Unite hanno opportunamente ricordato che le sentenze non sono fonti del diritto, che il giudice rimane soggetto alla legge (in senso tecnico) e che è doveroso, per l'autorità giudiziaria, rispettare i margini di discrezionalità del legislatore, almeno fino a quando questi non siano giudicati irragionevoli dall'unico organo preposto al compito, la Corte costituzionale. Inoltre, si è rinsaldato il legame inscindibile tra ordine pubblico internazionale e fonte primaria, sottolineando come è a partire da essa che il significato della clausola generale va individuato, non potendosi sfruttare le strutturali genericità dei principi costituzionali (e internazionali) al fine di far valere la soluzione ritenuta più funzionale al caso concreto. Ancora, individuando nell'adozione in casi particolari l'unico surrogato possibile alla trascrizione diretta dei provvedimenti, si è imposto un controllo giurisdizionale su ciascuna richiesta, evitando così che possa essere un organo amministrativo – l'Ufficiale di stato civile – a farsi carico della complessità delle delicate istanze del genitore d'intenzione.

Dall'altra parte, va tuttavia osservato come il primo principio affermato – «la giurisprudenza non è fonte del diritto» – risulti stemperato dal passaggio centrale della sentenza, ove si consente al giudice di merito di superare in via interpretativa un chiaro vincolo legale, peraltro estraneo al *petitum* del caso. In coerenza con le stesse premesse della pronuncia, il punto avrebbe meritato una q.l.c. *ad hoc*, lasciando al giudice delle leggi un'innovazione di questa portata, che pare andare ben al di là dei pur estesi margini dell'interpretazione conforme⁷⁷.

Rimane un dato di fatto: si è spesso sottolineato che il riconoscimento della genitorialità da turismo procreativo comporti la sola, e senz'altro doverosa, protezione del preminente interesse del minore⁷⁸,

⁷⁶ Di analisi «frustrante» innanzi alla doppia prospettiva «a monte» e «a valle» riflettono A. LORENZETTI, *Riflessioni attorno alla maternità surrogata: cuique suum?*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *op. cit.*, p. 147 e, *ivi*, B. PEZZINI, *Interpretare attraverso il diritto le relazioni che permettono la riproduzione (conclusioni)*, p. 202.

⁷⁷ Senza entrare qui nel merito di come, nel tempo, la Corte costituzionale ha mutato l'intensità del controllo sulla rilevanza, nel caso in esame una q.l.c. sarebbe risultata con tutta probabilità difettosa sul punto. Un giudizio davanti alla Corte costituzionale necessiterebbe dunque di una diversa fattispecie concreta.

⁷⁸ Nonostante i passi in avanti compiuti dalla pronuncia sul punto, le stesse SS.UU. riconoscono come sia ancora flebile la tutela del minore, nato da turismo procreativo, qualora il genitore d'intenzione non si attivi *motu proprio* per rivendicare la genitorialità, punto 12 dir. «L'iniziativa ai fini della costituzione dello status non compete mai all'adottando. Il minore non può rivendicare la costituzione del rapporto genitoriale per il tramite dell'adozione. Qualora il partecipante al progetto procreativo, che non abbia legami genetici con il minore, cambi idea e non voglia più instaurare alcun rapporto



senza modificare in alcun modo l'ordinamento interno e i suoi principi; la sentenza in esame sembra confermare il contrario, poiché il rimedio individuato dalla giurisprudenza (l'adozione in casi particolari) è stato negli anni profondamente mutato nei suoi connotati, assumendo peculiarità normative ben lontane da quelle previste dal legislatore nella disciplina complessiva in tema di adozione.

Anche a causa del perdurante silenzio del legislatore⁷⁹, il più delle volte ciò è avvenuto attraverso interpretazioni parse non del tutto ancorate al testo legale⁸⁰.

giuridico con il nato, il minore non ha alcun diritto alla costituzione, attraverso l'adozione, di un rapporto con il genitore d'intenzione privo di legame genetico».

⁷⁹ Da ultimo, anche nella vicenda in esame: «Il legislatore è rimasto finora inerte. Il monito giace inascoltato»: Cass. civ., SS.UU., n. 38162, punto 7 dir.

⁸⁰ Per un approfondimento sul punto, sia consentito un rinvio a F. FERRARI, *Interesse del minore e tecniche procreative. Principi costituzionali e ordine pubblico*, FrancoAngeli, Milano, 2023, in corso di stampa.