

***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****

di Francesca Angelini – Professoressa associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Roma La Sapienza

ABSTRACT: The article examines some relevant issues arising from the Court of Cassation judgment n. 12193/2019. The first issue concerns the notion of international public order. In particular, the judgment confirms its defensive role *vis-à-vis* fundamental principles of the Italian legal order. The second issue regards the refusal to transcribe surrogate children's birth certificates on the basis that surrogacy constitutes a violation of the international public order. In other words, the Court of Cassation confirms that the prohibition of maternal surrogacy contained in law n. 40/2004 is to be considered as a principle of public order. The decision is in line with other decisions of the ECtHR and of the Constitutional Court. All of these decisions, including recently judgment n. 221/2019 of the Constitutional Court, paint a picture of consistent "big decisions" on surrogacy, which pinpoint interpretive criteria for judges who are invested with cases regarding surrogate parenthood.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

SOMMARIO: 1. Premessa. Il contesto di riferimento. – 2. Ordine pubblico “difensivo” o ordine pubblico “promozionale”: la difficile ricerca di unitarietà di una nozione complessa fra giudice di legittimità e giudice di merito. – 3. La sentenza delle S.U. della Corte di cassazione n. 12193 del 2019: una “grande decisione” per riaffermare il ruolo “difensivo” dell’o.p.i. – 4. Il divieto di surrogazione di maternità come principio di ordine pubblico e il suo (presunto) contrasto con l’interesse preminente del bambino. – 5. Considerazioni conclusive. Dalla Corte di cassazione alla Corte costituzionale il filo rosso delle “grandi decisioni” in materia di surrogazione di maternità.

1. Premessa. Il contesto di riferimento

Quello del limite dell’ordine pubblico, in conseguenza sicuramente della maggiore apertura e circolarità fra gli ordinamenti, è un tema che negli ultimi anni ha conosciuto una rinnovata attenzione soprattutto nella disciplina dei rapporti familiari. In particolare, nelle connessioni fra ordinamenti, le relazioni giuridiche appaiono sempre più caratterizzate dall’esigenza di garantire un controllo di legalità costituzionale anche sugli atti di autonomia privata¹. Tale controllo, nei rapporti di diritto internazionale privato, viene effettuato dal giudice attraverso il sindacato sul rispetto del limite dell’ordine pubblico internazionale (in avanti o.p.i.)², che, come è noto, è finalizzato a verificare la compatibilità di fonti o di atti (di autonomia privata o sentenze) stranieri, di cui si chiede l’applicazione o il riconoscimento nel nostro ordinamento, ai principi fondamentali e irrinunciabili del diritto interno. In tali casi, è bene sottolinearlo, il giudice non è chiamato semplicemente ad una valutazione astratta di compatibilità con il nostro ordinamento, ma deve piuttosto operare un apprezzamento sull’applicazione concreta dell’atto o della fonte di altro ordinamento alla fattispecie che è chiamato a risolvere, valutata caso per caso; il risultato di tale operazione non è sempre univoco tanto che la stessa tipologia di atto, in base alla diversa

¹ Si veda, da ultimo, V. BARBA, *Note minime sull’ordine pubblico internazionale*, in www.articolo29.it, 15 luglio 2018, 2.

² La bibliografia sulla nozione di ordine pubblico (interno e internazionale) è ampia e risalente, ci si limita a rinviare ad alcune trattazioni monografiche pubblicate negli ultimi anni che tuttavia testimoniano la centralità che la nozione ha assunto in ambiti disciplinari diversi avendo le monografie citate di seguito impostazioni differenti, la prima costituzionalistica, la seconda privatistica, la terza eurounionale e la quarta internazionalistica: F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, 103 ss.; F. CAROCCIA, *Ordine pubblico. La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018, 175 ss.; O. FERACI, *L’ordine pubblico nel diritto dell’Unione europea*, Milano, 2012, 9 ss.; P. LOTTI, *L’ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005, *passim*.

applicazione connessa alla particolarità del contesto, può dare luogo ad un differente bilanciamento con altri interessi o valori e, dunque, può risultare a volte contrario all'o.p.i., a volte no³.

Negli ultimi anni, tuttavia, l'intensificarsi dei processi di integrazione fra ordinamenti ha condotto ad una tangibile riduzione in via giurisprudenziale dell'operatività dell'o.p.i. nella sua funzione tipica di "difesa" dei principi fondamentali dell'ordinamento statale nelle situazioni di apertura ad altri ordinamenti; infatti, in dottrina si è parlato di ordine pubblico "attenuato"⁴ o di ordine pubblico "realmente internazionale"⁵. Ovviamente il ridimensionamento, operato dalla giurisprudenza, della funzione propriamente "difensiva" e "negativa" dell'o.p.i. si è accompagnato ad un evidente *favor* dello spazio di azione della sua funzione "positiva" o "promozionale" che si pone come "ponte"⁶ di collegamento nei processi d'integrazione fra ordinamenti. In particolare, l'introduzione di meccanismi di maggiore apertura e di integrazione del diritto interno al diritto sovra/internazionale (si pensi al riformato art. 117, co. 1, ma non solo) ha finito per offrire al giudice interno, chiamato a valutare tale limite, una via diretta all'applicazione dei principi sovra/internazionali, che spesso si è risolta in un complesso aggiramento del controllo di compatibilità costituzionale di fatto sostituito con un controllo di compatibilità, dell'atto straniero eventualmente da applicare, al solo diritto internazionale o, più precisamente, alla sola legalità internazionale.

Sono molteplici i profili problematici di tale giurisprudenza. Il primo fra tutti è che anche in questi casi appare concreto il rischio di creare territori di "emarginazione"⁷ dal controllo di

³ V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, cit., 6.

⁴ Il riferimento è all'elaborazione della «teoria dell'o.p. attenuato che subordina la sua efficacia all'intensità del legame che sussiste fra *lex fori* e fattispecie concreta»: S. GUZZI, *L'incidenza della CEDU sull'eccezione dell'ordine pubblico*, in *La comunità internazionale*, 3/2016, 380.

⁵ Costituito da valori universali della Comunità internazionale: S. GUZZI, *L'incidenza della CEDU sull'eccezione dell'ordine pubblico*, cit., p. 383; più ampiamente, in tema, cfr. A. VIVIANI, *Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali: La tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1999, 870.

⁶ Il riferimento è al duplice atteggiarsi dell'o.p.i. "da "fortezza" e da "ponte" verso l'esterno nei confronti del nucleo dei principi e dei diritti fondamentali dell'ordinamento", di cui si è dato conto in F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., 110, e che è stato ripreso anche dalla giurisprudenza, cfr. Trib. Napoli, sentenza 1° luglio 2011, che, proprio a proposito di un caso di surrogazione di maternità, precisa: "È stato osservato come l'o.p. internazionale sia, contemporaneamente, una "fortezza" ed un "ponte" in quanto giustifica un atteggiamento di difesa verso gli ordinamenti fondati su valori culturalmente e tradizionalmente così differenti dai nostri da poterli mettere in crisi".

⁷ A. BARBERA, *La carta dei diritti: per un dialogo fra Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017; per la citazione cfr. *ivi*, 2, dove si fa riferimento all'esigenza di "evitare possibili esiti di emarginazione (e alla distanza di delegittimazione) delle Costituzioni nazionali".

costituzionalità e dalla garanzia dei principi costituzionali. La Consulta con la sentenza n. 269/2017⁸, e successivamente con la sentenza n. 20/2019⁹, ha chiaramente posto un argine a tale tendenza, prevedendo, nei casi in cui vada applicata la Carta di Nizza, che il giudice nazionale, posto di fronte al dubbio interpretativo anche di compatibilità costituzionale, debba esperire innanzitutto la questione di costituzionalità e successivamente il ricorso alla Corte di giustizia dell'Ue. La decisione segna un ri-accentramento del controllo di costituzionalità e un argine al rapporto diretto fra giudice nazionale e Corte di giustizia dell'Ue, ma soprattutto, per quel che qui interessa, stigmatizza tutte quelle situazioni in cui il giudice nazionale opera (autonomamente) interpretazioni prevalentemente conformi al *solo* diritto europeo o anche internazionale, finendo di fatto per svilire i principi costituzionali come interpretati nella “tradizione costituzionale nazionale” e alla luce della specifica identità costituzionale.

In considerazione delle indicazioni di ‘sistema’ che si possono trarre dalla sent. n. 269/2017, appare dunque opportuno porre un’attenzione critica alle molte pronunce, dei giudici di legittimità e di merito, relative all’applicazione del limite dell’o.p.i. nei casi di richieste di trascrizione o rettifica di atti di nascita, registrati all’estero, di bambini nati a seguito di contratti di surrogazione di maternità¹⁰. A parere di chi scrive, spesso, tali decisioni hanno realizzato situazioni di aggiramento del controllo di costituzionalità, affidato alla valutazione del limite dell’o.p.i., con contestuale effetto di “traboccamento”¹¹ dei principi del diritto sovra/internazionale sul diritto interno (*rectius*: costituzionale). Tuttavia, il particolare interesse per la giurisprudenza richiamata si connette, da ultimo, non solo al rilievo, anche quantitativo, assunto dalle decisioni, ma soprattutto al fatto che la mancanza di omogeneità sulla nozione di o.p.i., che emerge da tali decisioni, ha condotto alla contrapposizione fra una nozione “attenuata” di o.p.i. – tesa a ridimensionare la sua funzione difensiva dei principi nazionali (e costituzionali) in favore di una maggiore apertura all’integrazione

⁸ Sulla quale, fra i molti commenti, si rinvia a G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2108.

⁹ Seguita da ultimo dalla sent. n. 63 del 2019, ma soprattutto dall’ord. n. 117 del 2019 che ha fatto ulteriore chiarezza nei rapporti fra Corte costituzionale e Giudice di Lussemburgo al fine di salvaguardare l’integrità dei principi costituzionali; sull’ordinanza si veda l’interessante commento di G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, 6/2019.

¹⁰ Sul restringimento della portata normativa della nozione di o.p.i. operata dalla giurisprudenza relativa ai nuovi modelli di filiazione conseguenti all’evoluzione biotecnologica, si rinvia a S. TONOLO, *Ordine pubblico internazionale e atti di nascita stranieri in caso di gravidanza per altre*, in www.articolo29.it, 31.10.2018, 1 ss.

¹¹ A. BARBERA, *La carta dei diritti: per un dialogo fra Corte italiana e la Corte di giustizia*, cit., 2.

(sovra/internazionale) con i principi di altri ordinamenti – e la sua nozione “forte” connessa chiaramente al ruolo protettivo dell’identità e della tradizione costituzionale dell’ordinamento domestico, sulle cui conseguenze è senza dubbio utile riflettere.

2. Ordine pubblico “protettivo” o ordine pubblico “promozionale”: la difficile ricerca di unitarietà di una nozione complessa fra giudice di legittimità e giudice di merito

Nell’esperienza degli ultimi anni la contrapposizione fra le due nozioni di o.p.i. è stata emblematicamente cristallizzata in due sentenze della Prima sezione civile della Corte di cassazione che hanno riguardato, più o meno direttamente, la surrogazione di maternità. La prima, la sentenza n. 24001/2014, ha affermato una nozione di o.p.i. “forte” e “difensiva” dei principi dell’ordinamento nazionale; la seconda, la sentenza n. 19599/2016, invece, ha fatto propria una nozione di o.p.i. “attenuata” e “aperta” all’integrazione e all’attuazione dei principi sovra/internazionali¹². Alla luce di quanto detto, non stupisce, quindi, che proprio la Prima sezione civile della Corte di cassazione abbia deciso di rimettere, con un’ordinanza interlocutoria, alle S.U. della Corte di cassazione, la questione su una controversia relativa alla trascrizione del certificato di nascita canadese di due bambini recante l’indicazione di due padri, con la richiesta specifica, fra le altre, che siano le S.U. a precisare quale fra le due nozioni di o.p.i. debba essere fatta valere.

Per capire il rilievo dell’intervento richiesto appare necessario, tuttavia, soffermarsi brevemente sulle due decisioni citate. In particolare, la sentenza n. 19599/2016 sembra aver tracciato una vera e propria linea di demarcazione nella giurisprudenza citata, inaugurando un nuovo filone interpretativo sul limite dell’o.p.i. ampiamente ripreso successivamente dai giudici di merito nelle

¹² Delle due sentenze danno conto: 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 filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 31 ss.; 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)*, ivi, 119 ss.; J. LONG, *Di madre non ce n’è una sola, ma si utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell’ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, ivi, 145 ss. Sul nuovo concetto di ordine pubblico proprio in relazione alla giurisprudenza sull’omogenitorialità, si veda l’accurata trattazione di A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2108, 6 ss.

pronunce in materia di surrogazione di maternità¹³. Nella sentenza, che in realtà non riguardava un caso di surrogazione, bensì una procreazione medicalmente assistita (p.m.a.) di tipo eterologo all'interno di un progetto familiare omoaffettivo fra due donne, la Suprema Corte opera, come anticipato, un evidente assottigliamento della nozione di o.p.i. La scelta interpretativa, che risente della maggiore apertura all'ordinamento internazionale consentita oggi dall'art. 117, co. 1, Cost., permette di guardare all'o.p.i. in funzione di una sua lettura più vicina "ad esprimere principi generalmente condivisi" a livello sovranazionale e internazionale e "non necessariamente tradotti in norme interne", principi, quindi, meno interessati o travolti dai "mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti dei singoli ordinamenti nazionali"¹⁴.

Tale interpretazione ha prodotto una riduzione sensibile del ruolo dell'o.p.i. quale "controlimite"¹⁵ posto a garanzia dell'integrità dell'ordinamento domestico e ha favorito l'emersione della funzione "promozionale" dell'o.p.i. all'affermazione di principi o valori esterni all'ordinamento, tanto che la nozione è stata ri-declinata in funzione delle esigenze di apertura di quest'ultimo. I principi sovra/internazionali, infatti, non solo affiancano l'ordinamento interno, ma gli danno contenuto in funzione della tutela dei diritti internazionali¹⁶, anche quando posti in evidente contrapposizione con scelte di rilievo del legislatore nazionale affidate alla garanzia della sanzione penale¹⁷. La Prima sezione civile della Corte di cassazione, infatti, nel valutare la possibilità di trascrizione in Italia dell'atto di nascita straniero, non ne valuta la compatibilità anche con la legislazione interna ancorché coincidente con una norma imperativa o inderogabile, ma confina la verifica del contrasto con l'o.p.i. e la assume come limite attivabile solo "nel caso in cui si possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di

¹³ Si vedano a tal proposito, tra le tante, le decisioni della Corte d'appello di Milano del 28.10.2016, della Corte d'appello di Trento del 23.2.2017, dalla quale muove anche la sentenza delle S.U. in commento, e del Tribunale di Roma dell'11.5.2018 (sulla quale si tornerà ampiamente *infra*), disponibili su www.articolo29.it.

¹⁴ Corte di cass., sez. I civ., sent. n. 19599 del 2016, 20.

¹⁵ Su cui si rinvia a F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., 20 ss.

¹⁶ 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)*, cit., 124.

¹⁷ "In generale, quindi, ogni qual volta che ci si trovi dinanzi ad un divieto avente rilevanza (anche) penale, appare più corretto ritenere che esso sia ricompreso nella nozione di ordine pubblico, atteso che l'esercizio della discrezionalità legislativa si fonda su un interesse pubblico, che conduce alla previsione di una fattispecie criminosa": A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.*, in www.articolo29.it, 21.09.2018, 4

introdurre nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con i valori costituzionali primari¹⁸.

La questione, come anticipato, riguardava una coppia di madri, una genetica e l'altra naturale, che aveva realizzato una p.m.a. eterologa; dunque, oggetto della valutazione, rispetto al limite dell'o.p.i. nella richiesta di trascrizione dell'atto di nascita, era stata la violazione del divieto di accesso per le coppie omosessuali alle pratiche di p.m.a. previsto dall'art. 5 della l. n. 40/2004¹⁹ e non il divieto di surrogazione²⁰. Tuttavia, da una parte la tipologia di controllo esperito – non più finalizzato a verificare il contrasto della fonte straniera con i principi fondamentali dell'ordinamento statale, quanto piuttosto con la garanzia dei diritti fondamentali come desumibili dall'ampio blocco dato dalla Costituzione, dalla CEDU e dalla Carta di Nizza – e, dall'altra, l'affermazione, del tutto ultronea nel contesto del caso concreto considerato, che il principio *mater semper certa est* non sia riconducibile ai principi di o.p. dell'ordinamento italiano²¹, fatta dal giudice di legittimità, hanno creato un precedente pronto all'uso per il giudice di merito chiamato successivamente a valutare i casi di trascrizione di atti di nascita realizzati all'estero in conseguenza di contratti di surrogazione di maternità, in funzione del superamento dei principi che si pongono alla base della procreazione naturale e del divieto di tale pratica nel nostro ordinamento.

Al fine di rendere più evidente le conseguenze interpretative della sentenza n. 19599/2016, appare particolarmente utile il confronto tra questa decisione e la precedente pronuncia, già citata, sempre della Prima sezione civile della Corte di cassazione, la n. 24001/2014, confronto dal quale emerge palesemente come, nella delimitazione del contenuto dell'o.p.i., il giudice di legittimità nel 2016 abbia operato, rispetto al precedente del 2014, l'eliminazione del riferimento esplicito ai "Principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili" dell'ordinamento interno²². Appare chiaro come un controllo di questo tipo finisca per marginalizzare la scelta (*rectius*: la discrezionalità) del legislatore e giunga ad affidare direttamente al giudice il compito di desumere i principi di o.p.i. traendoli dalla Costituzione e dai cataloghi

¹⁸ Corte di cass., sez. I civ., sent. n. 19599 del 2016, 25.

¹⁹ Su tale divieto, come è noto, è intervenuta da ultimo la Corte cost. con la sent. n. 221 del 2019 che ha dichiarato non fondate le questioni di costituzionalità poste sull'art. 5 della l. n. 40 del 2004.

²⁰ Come precisato, del resto, nella pronuncia; cfr. Corte di cass., sez. I civ., sent. n. 19599 del 2016, 38 ss.

²¹ Si veda sul punto, 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*, cit.,

²² Corte di cass., sez. I civ., sent. n. 24001 del 2014, 13.

sovra/internazionali. In tal modo, dunque, non solo si permette, come sottolineato, al singolo giudice di aggirare il controllo di costituzionalità, in relazione soprattutto alla specifica tradizione costituzionale nazionale, ma lo si ammette a realizzare un controllo molto simile ad un sindacato di costituzionalità, “preventivo e virtuale”²³, che influisce sulla determinazione e sull’interpretazione dei principi costituzionali. Il risultato è una sorta di giudizio di costituzionalità diffuso il cui parametro di principi fondamentali si presenta “più incerto e vago” rispetto agli stessi “principi supremi” che compongono i controlimiti opponibili al diritto dell’UE²⁴, all’interno dei quali, secondo la Corte costituzionale, andrebbero, tuttavia, ascritti gli stessi principi di o.p.²⁵.

Le conseguenze nell’ordinamento dell’assunzione dell’interpretazione attenuata dell’o.p.i., come sottolineato, si sono rese visibili in alcune pronunce dei giudici di merito che, riprendendo la nozione fatta propria dalla Cassazione nella sentenza n. 19599/2016, hanno dato vita ad una giurisprudenza sicuramente creativa e per molti versi discutibile in quanto finalizzata a superare il divieto di surrogazione di maternità²⁶. Fra le molte, emblematica in tal senso è la decisione del Tribunale di Roma dell’11 maggio 2018, relativa alla richiesta di rettifica della trascrizione, in Italia, dell’atto di nascita di due bambini nati da surrogazione di maternità negli Stati Uniti; la variazione sugli atti di nascita era diretta a riportare ovviamente l’indicazione di entrambi i padri come genitori. La peculiarità della sentenza è data, ad avviso di chi scrive, soprattutto dal fatto che il Tribunale romano, nel porre a fondamento della propria decisione la citata sentenza della Cassazione del 2016, compie un’operazione di sintesi molto criticabile, ma particolarmente indicativa di come, proprio grazie all’accezione attenuata dell’o.p.i., un divieto chiaro posto dal legislatore, quello di surrogazione di maternità, venga aggirato o, meglio, rimosso in questo caso, attraverso una sommaria operazione di identificazione fra p.m.a. e surrogazione di maternità, volta alla neutralizzazione degli elementi altamente problematici di quest’ultima pratica riproduttiva. In

²³ Corte di cass., sez. I civ., sent. n. 19599 del 2016, 25.

²⁴ 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)*, cit., 125.

²⁵ La Corte cost. nella sent. 18 del 1982 aveva affermato che sia “il diritto ad agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti”, sia “la inderogabile tutela dell’ordine pubblico, e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l’ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all’evoluzione della società, è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato” “vanno ascritti nel novero dei ‘principi supremi dell’ordinamento costituzionale’”.

²⁶ “Il tema della surrogazione di maternità è tra quelli in cui si manifesta una giurisprudenza “creativa”, che preoccupa vivamente una parte della dottrina”: S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito dalla Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, 2017, 2990 ss.

altre parole, la decisione pur avendo a che fare con un caso di surrogazione di maternità viene trattato dal giudice di merito come se si trattasse di una p.m.a. all'interno di una coppia omoaffettiva senza ulteriori precisazioni, ma operando, con tutta evidenza, una sorta di occultamento delle rilevanti differenze procreative fra uomo e donna²⁷.

Nel dettaglio, infatti, il giudice romano, richiamando la sentenza n. 19599/2016, ha ritenuto non contrario all'o.p.i. la "Procreazione Medicalmente Assistita"²⁸ realizzata da coppie formate da persone del medesimo sesso, proprio alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale del concetto. L'affermazione, come sottolineato, muove da una sovrapposizione/identificazione fra p.m.a. e surrogazione di maternità operata implicitamente; il giudice, infatti, pur facendo chiaramente riferimento a situazioni che presuppongono la realizzazione di una surrogazione di maternità – si nominano due padri e si cita la legislazione statunitense che permette di ottenere, con una sentenza, atti di nascita dei bambini che riportino esclusivamente i padri di intenzione e dai quali siano escluse le due madri genetica e naturale – evita di entrare nel merito delle modalità della scelta riproduttiva, ma soprattutto di prendere in considerazione l'esplicito divieto di surrogazione ex art. 12, l. n. 40/2004, che perde ogni rilevanza ai fini della decisione, *tamquam non esset*. Così, le argomentazioni del giudice, senza mai far riferimento a quel divieto e soprattutto riferendosi soltanto alla p.m.a., danno comunque conto della scelta interpretativa pienamente adesiva alla sentenza n. 19599/2016, che aveva riguardato due donne. In definitiva, dunque, il divieto di surrogazione viene ignorato perché *non* lo si considera rilevante ai fini della valutazione e del rispetto dell'o.p.i., i cui principi, come sottolineato dal giudice romano, riprendendo alla lettera la sentenza n. 19599/2016, "devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario", "un contrasto con l'ordine pubblico [dunque] non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale, [dato] che il parametro di riferimento non è costituito (...) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (...) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma

²⁷ Sulle differenti implicazioni, nella procreazione, fra coppie omosessuali maschili e femminili, si rinvia a S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, n.3/2015.

²⁸ Tribunale di Roma sent. dell'11.5. 2018.

esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario”²⁹. Il limite dell’o.p.i., secondo tale interpretazione, “deve verificare [non] se l’atto straniero [applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (...), ma se esso] contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dalla Carta di Nizza, nonché dalla (CEDU) Convenzione europea dei diritti dell’uomo”³⁰.

L’ampia parentesi sulla decisione del giudice romano aiuta a definire il quadro che si pone a monte della richiesta interpretativa avanzata alle S.U., dando conto anche dell’urgenza e della problematicità dei temi. Operazioni ermeneutiche siffatte, nella estrema semplificazione di questioni ben più complesse, hanno consentito al giudice di merito di fatto di aggirare la scelta del legislatore di vietare espressamente la surrogazione di maternità con la conseguenza che sono così stati ignorati valori e principi costituzionali, come la tutela della dignità della madre e del bambino affidati a quel divieto. In tali circostanze, fra l’altro, oltre ad aggirare la scelta del legislatore, si è evitato anche il confronto con la giurisprudenza costituzionale in materia, dato che in ben due occasioni, prima delle decisioni considerate, la Consulta ha confermato il divieto³¹, giungendo persino, nella sent. n. 272/2017, a indicare precise linee interpretative che il giudice che si trovi a decidere sulle conseguenze di una surrogazione di maternità dovrebbe seguire. In base a tali indicazioni quest’ultimo è tenuto, non solo a bilanciare l’interesse del minore con la verità di parto, ma anche a trovare il modo di dare conto “necessariamente” “dell’elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita legge penale”³².

Alla luce di quanto detto, inoltre, non è difficile pensare come le conseguenze dell’eccesso di creatività della giurisprudenza di merito sui casi di surrogazione di maternità, della quale si è dato conto, abbiano avuto influenza – proprio in considerazione del loro basarsi su una diffusa tutela

²⁹ Tribunale di Roma sent. dell’11.5.2018, 2 e 3.

³⁰ Tribunale di Roma sent. dell’11.5.2018, 3.

³¹ Alle sentt. n. 162 del 2014 e n. 272 del 2017 si aggiunge, da ultimo, anche la sentenza n. 221 del 2019 nella quale il Giudice costituzionale non si limita solo a riconfermare che la maternità surrogata “è vietata in assoluto, sotto minaccia di sanzione penale, (...), anche nei confronti delle coppie eterosessuali”, ma sottolinea, proprio riprendendo la sentenza delle S.U. n. 12193 del 2019 in commento, come tale divieto sia espressivo “di un principio di ordine pubblico” (punto 8 del *Cons. in diritto*).

³² Sulla sentenza n. 272 del 2017, si rinvia a: F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l’acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito dalla Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, cit., 2990 ss.; 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.

antidiscriminatoria che non distingue fra coppie omoaffettive di uomini e di donne nell'accesso alla procreazione – sulla decisione da parte della Corte costituzionale di dichiarare non fondata, con la sentenza n. 221/2019, la questione di costituzionalità dell'art. 5 della l. n. 40/2004, che vieta alle coppie omosessuali di accedere alla p.m.a.³³. A tale domanda si cercherà di dare risposta a conclusione di queste riflessioni.

3. La sentenza delle S.U. della Corte di cassazione n. 12193 del 2019: una “grande decisione” per riaffermare il ruolo “difensivo” dell’o.p.i.

La complessità del quadro ricostruito, mirando a mettere in evidenza le interrelazioni e le reciproche influenze fra giurisprudenze (di legittimità e di merito, ma anche, come vedremo, costituzionale ed europea) in materia di surrogazione di maternità, aiuta sicuramente a capire la centralità della sentenza n. 12193/2019³⁴. Per quanto affermato, infatti, la decisione assume sicuramente un carattere di rilievo, non solo perché si è chiesto di fare chiarezza su una nozione sempre più centrale nelle relazioni fra ordinamenti, quale quella di o.p.i., ma anche perché indirettamente, con le ragioni di rinvio, si è stigmatizzato quell’atteggiamento ampiamente creativo del giudice di merito in materia di surrogazione di maternità. Non è un caso, infatti, che l’ordinanza interlocutoria che ha rinviato la questione alle S.U., fra i primi motivi di ricorso avanzati dal Ministero degli interni, faccia riferimento all’“eccesso di potere giurisdizionale” (ex art. 360, n.1, c.p.c.) in cui sarebbe incorsa la Corte di appello di Trento con il provvedimento impugnato³⁵ nel disporre l’ordine di trascrizione dell’atto canadese di doppia paternità.

³³ La Corte è stata chiamata a decidere della legittimità dell’art. 5 della l. n. 40/2004 su questioni sollevate dai Tribunali di Pordenone e di Bolzano relative a due coppie omoaffettive di donne che chiedevano l’accesso alla p.m.a.

³⁴ Sulla sentenza delle SS.UU. n. 12193 si rinvia a seguenti commenti: M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Famiglia e diritto*, n. 7/2019, 667 ss.; G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all’estero: Le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell’atto di nascita. Un primo commento*, ivi, 677 ss.; B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?* in *Osservatorio AIC*, n. 5/2019.

³⁵ Si veda l’ordinanza interlocutoria della Prima sezione civile della Corte di cassazione, n. 4382 del 2018 con la quale la questione è stata rinviata alla S.U. della Corte di cassazione, punto 2.1, delle ragioni del ricorso: “Con il primo motivo di ricorso (difetto assoluto di giurisdizione ex art. 360, 1° co., n.1 cod. proc. civ.) il Ministero dell’interno ed il Sindaco del comune di Trento, quale Ufficiale di governo, denunciano il provvedimento impugnato perché frutto di un intervento creativo, eccedente i limiti della giurisdizione e perciò invasivo della sfera discrezionale del legislatore”. Il punto è sottolineato anche dalla dottrina, cfr. G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all’estero: Le Sezioni Unite*

Conviene, a questo punto, ricostruire brevemente i fatti che hanno determinato il ricorso alle S.U. introdotto, nell'udienza pubblica del 6 novembre del 2018, da un'ampia e articolata requisitoria del Procuratore generale, che, tuttavia, ha ricondotto tutti i motivi del ricorso, compreso quello relativo "all'eccesso di funzione giurisdizionale ai danni del legislatore", nell'alveo di quella che viene definita una questione interpretativa "di particolare importanza"³⁶ quale quella relativa alla definizione della clausola generale dell'o.p.i.³⁷. Tuttavia, prima di passare all'esame della questione, a proposito di questo ultimo punto, va rilevato criticamente come le S.U., in adesione alla tesi del Procuratore generale, abbiano escluso il vizio di eccesso di potere per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore considerandolo "non configurabile quando, come nella specie, il giudice si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la predetta regola attraverso la ricostruzione della *voluntas legis*, anche se la stessa non sia stata desunta dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dal loro coordinamento sistematico"³⁸. L'affermazione, decisamente criticabile per quanto evidenziato in precedenza, appare anche contraddittoria³⁹ alla luce del fatto che le S.U., nella stessa decisione, giungono ad ammettere che il divieto di maternità surrogata è stato posto, "a tutela di valori fondamentali (...), nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione"⁴⁰.

dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento, cit., 678, la quale tuttavia rileva come si tratti di "un'obiezione purtroppo ricorrente ogni volta in cui i giudici affrontano questioni non direttamente regolate la specifica norma di legge" rilievo che si condivide anche se nel caso della surrogazione di maternità, come è noto, il legislatore ha previsto un chiaro divieto.

³⁶ Così "Requisitoria del procuratore generale" presentata all'Udienza pubblica del 6 novembre 2018, punto 7.

³⁷ "Il giudice *bouche de la loi* nel senso perorato dal motivo di ricorso non ha spazio nell'assetto dell'ordinamento costituzionale, nel quale anzi gli ambiti di integrazione dell'ordinamento e di ricomposizioni di tensioni normative in dissonanza tra loro, frutto di un sistema cd. multilivello sovente frammentato, accentuano la loro presenza, chiamando il giudice del singolo caso a una operazione ricompositiva e di individuazione del principio o della regola da applicare spesso complessa ma certamente di carattere interpretativo. (...). Nel caso in esame, la decisione che la Corte d'appello ha reso costituisce null'altro che il risultato di un'operazione di interpretazione della clausola generale dell'ordine pubblico ex art. 67 legge n. 218/1995 e della sua portata rispetto al giudizio di delibazione, attraverso un percorso di esegesi del significato di quella formula che è, anzi, tanto più aperto quanto più largo e appunto di carattere generale è il lessico normativo, che per definizione in tema di clausole generali chiama l'interprete a una operazione di riempimento di contenuti. Se questa esegesi sia stata effettuata con metodo legittimo o meno e con contenuti conformi o difformi da quelli del sistema è oggetto del presente giudizio ed è compito del giudice di legittimità". *Ibidem*, punto 6.

³⁸ Corte di cass., S.U., sent. n. 12193 del 2019, 23-24.

³⁹ Pur considerando "risolto correttamente" il caso, esprime perplessità sul tale questione anche M. LUCIANI, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Questione giustizia*, n. 3/2019, 30, il quale rileva, peraltro, come le affermazioni della S.U. siano sul punto contraddittorie, svelando in definitiva l'adesione a un "creazionismo moderato".

⁴⁰ Corte di cass., S.U., sent. n. 12193 del 2019, 41.

Seguendo uno schema conosciuto, anche in questo caso la causa iniziale muove dal rifiuto dell'ufficiale dello stato civile del comune di Trento di trascrivere gli atti di nascita di due bambini nati in Canada all'interno di un progetto familiare di tipo omogenitoriale. Nello specifico due uomini, che avevano regolarmente contratto matrimonio in Canada nel 2008, erano divenuti padri, in questo stesso Paese nel 2010, grazie a una surrogazione di maternità eterologa in cui cioè la madre naturale aveva accettato di portare a termine una gravidanza gemellare con gli ovociti donati da un'altra donna e fecondati da uno dei due padri. Alla nascita dei bambini, i due padri avevano ottenuto la trascrizione in Italia di un primo provvedimento emesso dal giudice canadese, in cui si riconosceva che la madre gestante non coincideva con la madre biologica e dal quale risultava come unico genitore quello dei due coniugi che aveva donato il seme. Nel maggio del 2016, invece, i due padri si erano visti rifiutare, dall'ufficiale dello stato civile di Trento per contrarietà all'o.p.i., la trascrizione dell'atto⁴¹ con il quale la *Superior Court of Justice* dell'Ontario (Canada) aveva riconosciuto la cogenitorialità di entrambi, disponendo l'emendamento degli atti di nascita con il quale, conseguentemente, era stato aggiunto anche il nome del secondo padre non biologico. Il rifiuto veniva, dunque, impugnato davanti alla Corte d'appello di Trento, che con ordinanza del 23 febbraio 2017 accoglieva la questione, valutando la compatibilità della richiesta di trascrizione dell'atto alla nozione di o.p.i. come desunta dalla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016 che, come visto, ne riferisce il contenuto “esclusivamente ai principi supremi e/o fondamentali della Carta costituzionale, vale a dire quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario”, e che esclude, dunque, che un contrasto con l'ordine pubblico possa ravvisarsi ‘per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni di diritto nazionale’”. Nel negare la contrarietà del provvedimento all'o.p.i., il giudice di appello estromette esplicitamente dal parametro di riferimento le “norme con le quali il legislatore ordinario eserciti o abbia esercitato la propria discrezionalità in una determinata materia”⁴², e, tra queste, in particolare la disposizione della l. n. 40/2004 che prevede il divieto di surrogazione di maternità.

A fondamento della sua decisione il giudice trentino riconosce rilievo congiunto, per un verso, al ‘preminente interesse’ dei minori – concretizzabile, in questo caso, in molteplici situazioni giuridiche soggettive tutte connesse alla conservazione dello *status filiationis* acquisito

⁴¹ Ai sensi dell'art. 67 della l. n. 218 del 1995.

⁴² Corte d'appello di Trento, ord. del 23.2.2017, 11.

legittimamente dai bambini in Canada e consolidato in sei anni di vita familiare di fatto – e, per altro verso, alla ‘determinazione’ della coppia di voler intraprendere un progetto familiare che si è realizzato proprio nella scelta della genitorialità. Va precisato, inoltre, come il rilievo riconosciuto a tali interessi venga fatto valere, dal giudice trentino, anche a fronte di una valutazione ‘debole’, se non remissiva, del divieto di surrogazione di maternità contemplato dal nostro ordinamento; tale valutazione risulta, a parere di chi scrive, forzata sul piano interpretativo e superflua ai fini della considerazione dell’interesse dei minori alla continuità di *status*, che poteva ben essere fondato sull’esistenza di una vita familiare oramai pienamente consolidata nei sei anni di vita dei gemellini. L’ordinanza, infatti, mira chiaramente a collocare il divieto di surrogazione di maternità all’interno del particolare orientamento “proibizionista” che ha ispirato la l. n. 40/2004 nella sua originaria formulazione e che si è concretizzato nei molteplici e spesso irragionevoli divieti che hanno caratterizzato la legge⁴³. Seguendo questa lettura, che la porta a porre sul medesimo piano l’insieme delle preclusioni contemplate (*ab initio*) dalla legge, la Corte trentina finisce per ricondurre anche l’espressa previsione del divieto di surrogazione di maternità all’originaria impostazione proibizionista della l. n. 40/2004, e, in tale ottica, essa giunge ad operare agevolmente una vera e propria ‘sovrapposizione/traslazione’ dei divieti, tutti posti sullo stesso piano, al punto che le particolari ragioni che connotano in senso “oggettivo” e assiologico la contrarietà alla surrogazione di maternità, intesa come contrarietà per chiunque, in quanto lesiva del principio costituzionale della dignità umana (della madre e del bambino) vengono a confondersi con il divieto posto sul requisito “soggettivo” di accesso alla p.m.a. alle coppie omoaffettive (o a quelle etero ma in età non più fertile). Il fine di questa operazione interpretativa è quello di neutralizzare le ragioni specifiche che giustificano il divieto di surrogazione rispetto agli altri divieti previsti dalla legge, molti dei quali censurati, come è noto, dal giudice costituzionale.

⁴³ Deve essere sottolineato come l’assunzione della ‘debolezza’ generale della l. 40 del 2004, basata sui plurimi interventi della Corte costituzionale, come argomento per affievolire anche il divieto di maternità surrogata è palesemente riscontrabile anche nella dottrina; si rinvia, a titolo di esempio, proprio a uno dei commenti della sentenza delle S.U. della Cassazione oggetto di questo lavoro, M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, cit., 673, il quale nega la possibilità di rintracciare in «quel che rimane della legge sulla fecondazione assistita, dopo gli interventi demolitori della Corte costituzionale che l’ha ritenuta più e più volte contraria alla Costituzione» tracce di quelle «nervature sensibili che inverano l’ordinamento costituzionale» e che permettono, come dice la Corte di cassazione, nella sentenza in commento, di individuare principi di ordine pubblico nella legislazione ordinaria.

Il passaggio interpretativo è palese nel punto della decisione del giudice trentino in cui si richiama la sentenza della Corte cost. n. 162/2014, che ha eliminato il divieto di p.m.a. di tipo eterologo. L'iter argomentativo appare sviluppato in questo punto in maniera logico-consequenziale sulla base di quattro passaggi. Il primo porta a sottolineare la peculiarità della materia caratterizzata da un "ampio margine di apprezzamento ove si tratti di questioni che suscitano delicati interrogativi di ordine etico" sui quali manca il "consenso su scala europea" (come sottolineato, peraltro, dalla Corte EDU), cui corrisponde, sul piano nazionale, l'"ampia discrezionalità e la pertinenza ad una valutazione del legislatore nella regolamentazione di materie che suscitano delicati interrogativi d'ordine etico", come osservato anche dalla Corte costituzionale; in particolare quest'ultima – rileva il giudice trentino introducendo il secondo passaggio argomentativo – nel dichiarare l'incostituzionalità del divieto di p.m.a. di tipo eterologo nella sentenza n. 162/2014, non "ha escluso una maggiore ampiezza dell'intervento caducatorio" essendosi la Consulta – ed ecco il terzo passaggio – "limitata a precisare che la tecnica di p.m.a. eterologa (...) va tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche quali la cosiddetta surrogazione di maternità espressamente vietata dall'art. 12 co. 6 della legge n. 40 del 2004 con prescrizione non censurata e che in nessun modo e in nessun punto è incisa"⁴⁴ dalla decisione del 2014. Si arriva così all'ultimo punto dell'argomentazione in cui si palesa chiaramente quella lettura "debole" dell'intera l. n. 40/2004 che fagocita al suo interno anche il divieto di surrogazione di maternità, ancorché confermato dal Giudice costituzionale. Secondo la Corte d'appello di Trento, a conclusione del proprio ragionamento, "la disciplina positiva della procreazione medicalmente assistita va dunque considerata non già espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati, quanto piuttosto come il punto di equilibrio attualmente raggiunto a livello legislativo nella tutela dei differenti interessi fondamentali che vengono in considerazione nella materia"⁴⁵.

La lunga digressione sull'ordinanza dalla quale origina la questione decisa dalle S.U. con la sentenza n. 12193/2019 è utile sicuramente non solo per chiarire la complessità del contesto di riferimento, ma anche le sue molteplici implicazioni. L'ordinanza, impugnata davanti alla Corte di cassazione dal Pubblico ministero, dal Ministro dell'interno e dal Sindaco di Trento, ha rappresentato l'occasione per le S.U. per fare finalmente chiarezza sulla nozione di o.p.i. in

⁴⁴ Corte d'appello di Trento, ord. del 23.2.2017, 16.

⁴⁵ Corte d'appello di Trento, ord. del 23 febbraio 2017, 15-16.

relazione al tema della surrogazione di maternità e ai limiti posti al riconoscimento dei suoi effetti nel bilanciamento con il c.d. l'interesse superiore del bambino; inoltre, sul piano generale, essa ha offerto un rilevante quadro interpretativo sulla stessa nozione di o.p.i. sempre più al centro di conflitti inter-ordinamentali.

Proprio in tale ultima prospettiva, le S.U. pongono prima di tutto una chiara distanza interpretativa con il precedente rappresentato dalla sent. n. 19599/2016. A tal proposito il primo punto significativo della decisione è rappresentato, senza dubbio, dalla riaffermazione della funzione propriamente “difensiva” della nozione di o.p.i. “quale limite all'ingresso nel nostro ordinamento di norme ed atti provenienti da altri sistemi e ritenuti contrastanti con i valori sottesi alla vigente normativa interna”⁴⁶. Tale operazione viene affidata alla ricostruzione attenta dell'evoluzione interpretativa della nozione, che fa chiarezza anche sulle ragioni che hanno condotto a far prevalere – in conseguenza dei processi di progressiva apertura dell'ordinamento interno al diritto sovranazionale e internazionale – la concezione “promozionale” dell'o.p.i. sempre più innestata di riferimenti “ai valori giuridici condivisi dalla comunità internazionale ed alla tutela dei diritti umani”⁴⁷.

A fronte di tale tendenza, come viene sottolineato nella sentenza in commento, la funzione difensiva dell'o.p.i. è stata riaffermata da ultimo, dalle stesse S.U., nella sentenza n. 16601/2017 (sui c.d. danni punitivi)⁴⁸, nella quale, proprio in considerazione degli effetti, spesso ampiamente innovativi, di cui l'ordinamento è destinatario in conseguenza alla “mediazione esercitata dalle carte sovranazionali”, viene ribadita l'importanza che assume il controllo sulla salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento. In maniera chiara, infatti, nella sent. n. 16601/2017 viene sottolineato come “costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancor 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”.

Proprio il riferimento alla sentenza sui danni punitivi permette alle S.U. di precisare in maniera assai puntuale l'aspetto che qui più interessa: l'efficacia di una sentenza straniera che applica un istituto che non trova regolamentazione nell'ordinamento interno, anche se non risulta contrario

⁴⁶ Corte di cass., S.U., sent. n. 12193 del 2019, 25.

⁴⁷ Corte di cass., S.U., sent. n. 12193 del 2019, 26.

⁴⁸ La pronuncia ha valutato la compatibilità dell'istituto dei danni punitivi con l'ordinamento italiano, escludendone un'incompatibilità ontologica.

all'ordinamento europeo e ai suoi principi, deve comunque essere valutato alla luce dei principi sia costituzionali sia "di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale"⁴⁹. Le S.U. giungono così a mettere in rilievo il dato dirimente in relazione proprio al giudizio di compatibilità con l'o.p.i., che non può essere confinato all'esclusivo parametro dei soli principi fondamentali della Costituzione, ma deve tener conto della "rilevanza della normativa ordinaria, quale strumento di attuazione dei valori consacrati dalla Costituzione"⁵⁰. Nell'individuazione della nozione di o.p.i. e nella perimetrazione della sua operatività⁵¹, dunque, risulta ancora essenziale effettuare il controllo delle modalità attraverso le quali i valori e i principi costituzionali "si sono concretamente incarnati nella disciplina dei singoli istituti"⁵². Tale verifica si conferma, quindi, come strumento fondamentale alla garanzia dell'integrità dei principi fondamentali dell'ordinamento interno, anche in tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero. Tale profilo, invece, come sottolineano dalle S.U., è mancato nella ordinanza della Corte d'appello di Trento oggetto di impugnazione, ma ancor prima nella sentenza n. 19599/2016.

4. Il divieto di surrogazione di maternità come principio di ordine pubblico e il suo (presunto) contrasto con l'interesse preminente del bambino

Precisati i termini del sindacato sull'o.p.i., l'attenzione delle S.U. si è rivolta a valutare il merito delle tecniche riproduttive; con puntualità, essa giunge a scardinare quell'artificiosa operazione interpretativa basata sulla sentenza n. 19599/2016 e fatta propria dalla giurisprudenza di merito che si è richiamata e che, con atteggiamento 'volutamente'⁵³ omissivo, ha trattato la surrogazione di maternità alla stregua di una delle tante metodiche di p.m.a., al fine di aggirare "l'applicabilità

⁴⁹ Corte di cass., S.U., sent. n. 12193 del 2019, 29.

⁵⁰ Corte di cass., S.U., sent. n. 12193 del 2019, 29.

⁵¹ "Un arresto assai opportuno, che 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": M. LUCIANI, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, cit., 34.

⁵² Corte di cass., S.U., sent. n. 12193 del 2019, 29.

⁵³ L'"intonazione volontaristica" che caratterizza "la discussione dottrinale e le argomentazioni giudiziali" in tema di surrogazione di maternità è messa in evidenza da S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito dalla Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, cit., 2991-2992.

dell'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004, che vieta la ‘commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità’⁵⁴. Le S.U. entrano nel dettaglio del percorso interpretativo richiamato e ne evidenziano come elemento maggiormente problematico il macroscopico spostamento del *focus* sulle questioni oggetto di decisione, dal divieto di surrogazione al divieto di “*minore portata*”⁵⁵ di accesso alle tecniche di p.m.a. alle coppie omosessuali previsto nell'art. 5 della legge. A parere delle S.U., tale modalità di decisione – che ha connotato la sentenza n. 19599/2016 proprio in quanto riferita a una p.m.a. di tipo eterologo all'interno di una famiglia omoaffettiva formata da due donne – non può essere esteso al caso in esame, come invece è stato fatto dalla Corte di appello di Trento e in molti altri casi, perché essenzialmente diverse sono le modalità di procreazione, che vedono nel caso della surrogazione di maternità, non solo il coinvolgimento di due soggetti estranei alla coppia, ma anche la gestazione e il parto realizzati al di fuori della coppia che rivendica la genitorialità. Per tali ragioni il precedente al quale riferirsi, nel valutare le questioni relative ai casi di surrogazione di maternità, deve essere individuato, secondo le S.U., nella sentenza n. 24001/2014 e nella nozione di o.p.i. ivi fatta valere; in base a quest'ultima, la disposizione contenuta nell'art. 12, co. 6, della l. n. 40/2004, relativa al divieto di surrogazione di maternità, “è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, posta a presidio di beni fondamentali” quali “la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto, perché solo a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato”⁵⁶.

Nell'ultima parte della decisione la Suprema Corte, dopo aver trovato ulteriori elementi di conferma al divieto di maternità surrogata come limite di o.p. nella giurisprudenza della Corte costituzionale (nelle sentt. 162/2014 e 272/2017), individua proprio tale divieto come limite oltre il quale il principio di autoresponsabilità, che si pone a fondamento delle pratiche di p.m.a., deve cedere il passo e far prevalere il principio del *favor veritatis*, “che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica”. Tuttavia, come del resto già affermato dalla Corte costituzionale

⁵⁴ Corte di cass., S.U., sent. n. 12193 del 2019, 32.

⁵⁵ Corte di cass., S.U., sent. n. 12193 del 2019, 32, corsivo mio.

⁵⁶ Corte di cass., S.U., sent. n. 12193 del 2019, 33-34, ma in questi passaggi le S.U. riprendono alla lettera la sent. n. 24001 del 2014.

nella sentenza n. 272/2017, la prevalenza del principio di verità non viene inteso come assoluto a fronte di altri interessi meritevoli di tutela quale l'interesse del minore; quest'ultimo, infatti, non diventa del tutto recessivo, ma può ben essere bilanciato, e dunque tutelato, attraverso strumenti contemplati dall'ordinamento, come l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, co. 1, lett. d), della l. n. 184/1983, strumento idoneo a garantire sia il principio della verità di parto che l'interesse del minore alla continuità di *status* e alla conservazione del legame giuridico con il genitore intenzionale. Tale conclusione appare del tutto conforme non solo alla giurisprudenza costituzionale, ma anche a quella della Corte EDU che ha ribadito, prima nelle sentenze *Menesson* e *Labassée*⁵⁷ e successivamente nella decisione della Grande Camera *Paradiso e Campanelli*⁵⁸, il rilievo che acquista l'esistenza del legame biologico con uno dei genitori. Da ultimo, la conclusione appare confermata anche dal primo Parere consultivo dalla Corte EDU reso, nel maggio 2019⁵⁹, su richiesta della Corte di cassazione francese in base al protocollo n. 16⁶⁰ proprio in materia di

⁵⁷ Corte EDU, *Menesson c. Francia*, 26 giugno 2014; Corte EDU, *Labassée c. Francia*, 26 giugno 2014, sulle quali si rinvia a A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, in *Famiglia e diritto*, n. 3, 2015, 306.

⁵⁸ Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, del 25 gennaio 2015, sulla quale si vedano i commenti di G. BERTI DE MARINIS, *Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, n. 3, 2015, 287 ss.; O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli C. Italia*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 2/2015, 421 ss.; C. MASCIOTTA, *L'allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la violazione della vita familiare* in *Rivista Aic*, n. 4, 2015; I. RIVERA, *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie: la Corte di Strasburgo torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of child come limite all'ordine pubblico internazionale*, in *federalismi.it*, n. 3, 2015; M.M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Genius*, n. 1/2015, 250 ss.

Corte EDU, Grande camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, sulla quale si vedano i commenti di I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore: Tra ipotesi di 'abuso' e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle corti europee*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., 55 ss.; EAD., *La grande Chambre si pronuncia sul caso Paradiso e Campanelli: niente condanna per l'Italia, ma ancora dubbi in tema di maternità surrogata*, in www.Eurojus.it, 26.01.2017; L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, in *NGCC*, 4/2017, 495 ss.

⁵⁹ Si veda B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, cit., 208-209, che evidenzia "una specifica linea di convergenza" fra Corte Costituzionale, Corte di cassazione e Corte EDU "nell'individuare delle possibili modalità con cui, effettivamente, si può garantire tutela al nato".

⁶⁰ Il Protocollo 16 alla CEDU, adottato dal Comitato dei Ministri il 10 luglio 2013 e aperto alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa il 2 agosto 2013, ha previsto, nell'ambito degli strumenti di tutela offerti dalla Corte di Strasburgo, un meccanismo analogo al rinvio pregiudiziale che consente alle più alte giurisdizioni di uno Stato parte della Convenzione EDU di sospendere il procedimento interno e chiedere alla Grande Camera dei pareri consultivi (*advisory opinions*) in merito a questioni di principio sull'interpretazione o sull'applicazione di una norma convenzionale e sui protocolli addizionali. Su questo nuovo strumento si veda E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015.

surrogazione di maternità, in relazione alla trascrizione di atti dello stato civile formati all'estero ed al procedimento di adozione. Il Parere non viene richiamato nella sentenza in commento, ma appare evidente a chi scrive che il lungo periodo trascorso fra l'adozione della sentenza, 6 novembre del 2018, e la sua pubblicazione l'8 maggio 2019, all'indomani della attesa pubblicazione del Parere, lasciano supporre che le S.U., pur non citandola, abbiano tenuto conto di questa ulteriore valutazione della Grande Camera che, nell'aprire per la prima volta al riconoscimento anche del genitore sociale nell'interesse superiore del minore, indica la strada dell'adozione piuttosto che quella della trascrizione del nome, nel caso della madre di intenzione, nell'atto di nascita, che negherebbe il principio di verità sul parto⁶¹.

Queste ultime considerazioni ci permettono di riflettere sull'altra questione che appare ricorrente nella giurisprudenza considerata a partire dalla sentenza n. 19599/2016 e più in generale nella giurisprudenza di merito e di legittimità in materia di surrogazione di maternità e ordine pubblico. Anche in questo caso si tratta di una questione che, attratta in un terreno dominato per lo più dall'eccessiva semplificazione ermeneutica, è apparsa funzionale ad indebolire gli aspetti altamente problematici delle pratiche di surrogazione di maternità, quali la lesione della dignità della madre naturale, la rimozione del rilievo, anche giuridico, della relazione materna con la propria creatura e del principio *mater semper certa est* e, infine, ma non per importanza, la violazione della dignità e della libertà alla nascita del bambino. Si fa riferimento alla diffusa tendenza, di certa giurisprudenza, all'assolutizzazione dell'"interesse superiore del bambino" che finisce, spesso, per apparire pretestuosa⁶². A tal proposito già la dottrina più attenta in tema⁶³ ha mostrato come sia più corretto, in tali casi, riferirsi agli "interessi" del minore, proprio perché la complessità di tali situazioni ci pone di fronte quasi sempre realtà composite, caratterizzate spesso da interessi contrapposti in capo allo stesso minore, quali, ad esempio, il non essere ridotto a merce di scambio,

⁶¹ A commento del Parere si rinvia a: M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio AIC*, n. 5/2019, 167 ss.; A. M. LECIS COCCO ORTU, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte EDU su GPA e trascrizioni*, in *Genius*, n. 1/2019, 1 ss., quest'ultima, peraltro, appare molto critica nei confronti della Grande Camera.

⁶² In relazione, ad esempio, alla giurisprudenza della Corte EDU si è rilevato "il sospetto" "che l'uso del principio sia essenzialmente retorico, e serve quindi solo per tentare di rendere più convincente la soluzione proposta": E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, Milano, 2016, 105.

⁶³ Si vedano in particolare E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit. 64 ss., a proposito delle "ambiguità concettuali" del principio considerato "polivalente", e S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito dalla Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, cit., 2997-2998, che lo definisce "un interesse composito e complesso".

la tutela della sua dignità alla nascita, la tutela della conoscibilità delle proprie origini, l'interesse alla continuità dello *status* familiare e i diritti ad esso connessi.

In riferimento proprio a quest'ultimo aspetto, quello cioè della complessità di valutazione degli interessi in gioco, va sottolineato come l'elemento di rilievo che caratterizza maggiormente la sentenza in commento – soprattutto in relazione alla sentenza della Corte cost. n. 272/2017 e, da ultimo, anche alla giurisprudenza della Corte EDU e al Parere reso nel maggio 2019 – sia proprio la tendenza a *fare sistema* nell'indicare delle traiettorie di orientamento all'attività interpretativa del giudice che è chiamato a dare soluzioni alle complesse questioni aperte da genitorialità derivanti da un accordo di surrogazione di maternità. Si tratta di traiettorie che dovrebbero prima di tutto mettere al riparo da interpretazioni che compiono fughe in avanti nell'aggirare il divieto di surrogazione di maternità o nel far prevalere, spesso in maniera surrettizia, l'interesse superiore del minore (declinato al singolare); ci si dovrebbe affidare, invece, alla necessaria considerazione della complessità di una pratica così controversa attraverso un attento bilanciamento del principio della verità di parto con i molteplici interessi del minore, solo se effettivamente posti in contrapposizione. L'obiettivo assunto dovrebbe evitare che il rilievo riconosciuto alla tutela del superiore interesse del minore, non solo finisca per collocarlo in una posizione di supremazia trasformandolo in un interesse “tiranno” rispetto agli altri interessi coinvolti, ma conduca a realizzare, di fatto, una silenziosa sostituzione fra questo e l'interesse dei genitori intenzionali, realizzata “a spese della relazione materna”⁶⁴ e non solo. Appare, infatti, sufficientemente evidente come, anche la trasposizione del principio anglosassone del *best interests of child* (che nasce al plurale) declinato al singolare come “interesse superiore del minore” finisca per concretizzarsi unicamente nell'interesse alla conservazione dello *status filiationis* e per coincidere pienamente con quello che appare essere l'unico interesse dei genitori intenzionali: la continuità dello *status* familiare.

L'esigenza di utilizzare le traiettorie interpretative oramai chiaramente tratteggiate in alcune “grandi decisioni” in materia di surrogazione maternità, fra le quali si inserisce senza dubbio anche la sentenza in commento, impone, tuttavia, a monte di ogni operazione di bilanciamento, l'obbligo di guardare, senza tentennamenti, resistenze o, per altro verso, indulgenze, al divieto di surrogazione di maternità come divieto di intermediazione commerciale sul corpo delle donne e

⁶⁴ S. NICCOLAI, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giur. cost.*, 2016, 1169 ss.

sulla loro funzione riproduttiva; significa, in altre parole, assumere prima di ogni cosa la differenza di quel corpo e dell'unicità della sua funzione riproduttiva, rispetto all'altro sesso. Il precipitato di quanto detto porta a ribadire non solo che in materia di riproduzione donne e uomini sono differenti – dato che sembrerebbe tutt'altro che scontato alla luce della giurisprudenza esaminata –, ma che all'interno di quella stessa materia quella differenza pone al giudice un preciso limite nell'avanzare argomenti antidiscriminatori: ««la libertà e la volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti» (Corte cost., sent. n. 162/2014), tra questi limiti va indubbiamente annoverato il divieto di surrogazione di maternità, al quale dev'essere riconosciuta una rilevanza del tutto particolare»⁶⁵ «qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione»⁶⁶. Corollario di tutto ciò è che il progetto procreativo assistito di due madri non è uguale al progetto procreativo assistito di un uomo e una donna in cui quest'ultima sia impossibilitata a partorire o a quello di due uomini; quella differenza, prima ancora che per diritto rileva per natura: un corpo che non partorisce, sia di uomo che di donna, non può essere assunto a origine di una «discriminazione giuridica»⁶⁷, ma è più semplicemente «natura delle cose» che la scienza non può modificare, e che il diritto può solo tentare di compensare conferendo «rilievo al rapporto genitoriale»⁶⁸ consolidato con strumenti quali, appunto, l'adozione.

⁶⁵ Corte di cass., S.U., sent. n. 12193 del 2019, 36.

⁶⁶ Corte di cass., S.U., sent. n. 12193 del 2019, 41.

⁶⁷ A riguardo, proprio in riferimento alla sentenza in commento, si è parlato di «una palese discriminazione di genere» «tra coppie omolesuali femminili e maschili, stavolta a vantaggio delle donne e a scapito degli uomini»: M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, cit., 675. Sottolinea invece come non possa essere omogenea la valutazione relativa al parametro dell'ordine pubblico in relazione alla genitorialità di coppie omoaffettive di donne e di uomini, G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: Le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., 679, proprio perché nell'apporto dato alla nascita «sono molto più rilevanti gli elementi che li differenziano»; ma poi questa stessa autrice sposta l'argomento antidiscriminatorio sulle «differenze tra riconoscimento dell'atto di nascita di un bambino nato dal progetto di una coppia di uomini attuato grazie a gravidanza per altri, da quello del riconoscimento dell'atto di nascita di un bambino nato dal progetto di una coppia di donne attuato grazie a fecondazione eterologa all'estero», ivi, 683.

⁶⁸ G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: Le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., 677.

5. Considerazioni conclusive. Dalla Corte di cassazione alla Corte costituzionale il filo rosso delle “grandi decisioni” in materia di surrogazione di maternità

L’esame delle decisioni in materia di maternità surrogata, nella rappresentazione di una trama che si ripete in numerose pronunce dall’esito anche molto differente, consente, come visto, di evidenziare un filo rosso che mette in connessione, attraverso l’individuazione di principi coerenti, proprio le decisioni delle più alte giurisdizioni, e cioè della Corte di cassazione, della Corte costituzionale e della Corte EDU; quel filo rosso oggi rintraccia un *sistema* di “grandi decisioni” sulla maternità surrogata, che è stato via via rafforzato, come visto, anche attraverso le reciproche influenze e richiami fra le stesse corti.

Tale influenza appare molto chiara anche nell’ultima delle sentenze nella quale la Corte costituzionale ha affrontato ancora una volta uno dei divieti della l. n. 40/2004, quello relativo all’accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali; il riferimento è ovviamente alla già citata sentenza n. 221/2019. Le connessioni della pronuncia con le altre “grandi decisioni”, e in particolare con la sentenza delle S.U. in commento, sono di carattere formale – evidenti nei molteplici richiami testuali ai precedenti di rilievo della Corte EDU, della stessa Corte costituzionale e della Corte di cassazione –, ma sono soprattutto di carattere sostanziale. Infatti, l’esame del percorso argomentativo del giudice costituzionale, in particolare in alcuni punti, sembra specularmente costruito proprio per dare una risposta preventiva, a mo’ di ‘avviso ai naviganti’⁶⁹, alla giurisprudenza di merito di cui si è detto, con argomenti che sembrano persino integrare la decisione delle S.U. n.12193/2019. Specularmente perché, pur muovendo dalla specifica richiesta – l’accesso alla p.m.a. – che riguarda *solo* le coppie omosessuali “di donne”, come nel caso della sentenza 19599/2016, la Corte, in una serie di *obiter dicta*, perimetra con attenzione, come del resto aveva già fatto⁷⁰, anche il territorio della surrogazione di maternità sul quale non è chiamata direttamente a pronunciarsi e lo fa sottolineando, in maniera del tutto inversa, il rilievo proprio di quelle differenze che erano state per lo più rimosse dal giudice di merito.

⁶⁹ In tema di surrogazione di maternità la metafora della navigazione non è nuova; cfr. E. LAMARQUE, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, in www.giudicedonna.it, 1/2017, 6.

⁷⁰ Già, come è noto, con le sentt. nn. 162 del 2014 e 272 del 2017, il Giudice costituzionale aveva parlato di maternità surrogata incidentalmente.

La prima differenza rilevata attiene la natura alla maternità surrogata, considerata, dalla Corte, “pratica distinta” dalla p.m.a. e dettagliatamente definita, quasi a voler sgombrare il campo da futuri equivoci, come “l’accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a ‘reclamare diritti’ sul bambino che nascerà”. “Tale pratica”, ribadisce la Corte ancora una volta, “è vietata in assoluto, sotto minaccia di sanzione penale, (...) anche nei confronti delle coppie eterosessuali”. La digressione non appare strumentale solo a concludere, come pure fa il Giudice costituzionale, che “le coppie omosessuali maschili [sono] destinate a restare estranee al panorama decisorio del[l’odierno] giudizio”⁷¹, che riguarda la *sola* p.m.a. (e quindi solo le coppie femminili), ma è funzionale a preparare il terreno a ciò che verrà precisato oltre, e sempre incidentalmente, proprio a proposito dell’instaurazione di ricorsi basati sulle richieste di tutela antidiscriminatoria, fra coppie femminili e maschili, nei casi di genitorialità omosessuale per procreazione artificiale. Nell’affermazione della Corte costituzionale, che è di chiusura a tali tentativi, sembra evidente una reazione all’attivismo esperito dalla giurisprudenza di merito cui si è dato conto e che – per rispondere anche all’interrogativo posto in precedenza (cfr. *supra* § 2) – ha chiaramente influenzato l’esito della decisione del Giudice costituzionale. A parere di quest’ultimo, infatti, l’ammissione alla p.m.a. delle coppie omosessuali non comporterebbe solo, in via generale, “la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale” delle “idee guida” sottese alla l. n. 40/2004, ma da quella sconfessione deriverebbero “potenziali effetti di ricaduta sull’intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive (oltre che [aprire] interrogativi particolarmente delicati quanto alla sorte delle coppie omosessuali maschili, *la cui omologazione alle femminili – in punto di diritto alla genitorialità – richiederebbe, come accennato, che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata*)”⁷². Nell’inciso è chiaro, dunque, il timore che riconoscere, oggi, l’accesso alla p.m.a. delle coppie di sole donne potrebbe portare all’estensione futura, attraverso il ricorso alla tutela antidiscriminatoria per via giudiziaria, anche a quelle di soli uomini. La precisazione della Corte sembrerebbe avere una funzione ‘preventiva’, ma vale chiaramente anche per il presente in tutti i casi in cui si mira a trarre per via giudiziaria l’equivalenza nella procreazione fra coppie omosessuali femminili e maschili. Così, anche se viene

⁷¹ Tutte le citazioni fra virgolette sono nel punto 8 del *considerato in diritto* della sent. 221 del 2019.

⁷² Corte cost. sent. n. 221 del 2019, punto 12 del *considerato in diritto*; mio il corsivo nel testo.

mantenuto il divieto di accesso alla p.m.a. per tutte le coppie dello stesso sesso, differente appare sostanzialmente, per la Corte, la definizione dei limiti del “diritto a procreare” fra coppie maschili e quelle femminili; tale definizione, infatti, incidendo direttamente sul “quomodo” (piuttosto che sull’ “an” e sul “quando”), deve essere differentemente modulato, e dunque limitato nell’accesso, proprio in relazione al ricorso a “metodi diversi da quello naturale”, metodi che proprio nell’allontanarsi da quello naturale rischiano di sacrificare, in nome del “desiderio di genitorialità”, i “diritti del concepito e del futuro nato”⁷³. L’esito implicito che se ne deduce è che il desiderio di procreazione di due uomini si realizza nel segno di una distanza ben più marcata dal paradigma naturale rispetto a quello fra due donne, implicando il primo il sacrificio della relazione materna e dei diritti del neonato ad essa connessi. La Corte, nella sentenza n. 272/2017, aveva già sottolineato tale dato rilevando “l’elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità”, che “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”. Rispetto alla decisione del 2017, tuttavia, in questo caso il Giudice costituzionale fa un ulteriore passo avanti nel considerare i progetti di genitorialità omoparenatali e accogliendo, nel suo ragionamento, la netta differenziazione, più volte sottolineata da parte della dottrina come elemento dirimente nel trattare il tema della surrogazione di maternità, fra una valutazione degli interessi del bambino realizzata *ex ante* o *ex post* alla sua nascita⁷⁴ e correlata al riconoscimento alle coppie omoaffettive del “diritto alla procreazione”, nel primo caso, e all’accesso all’adozione, nel secondo caso. Tale sdoppiamento di piani consente non solo di differenziare gli interessi del neonato al momento della nascita da quelli del minore già inserito nell’ambito familiare alla continuità degli affetti parentali, ma permette anche di avere un quadro più chiaro sui limiti dell’applicazione della logica discriminatoria nel riconoscimento dei legami omoparentali. Esaurito, infatti, il tema dell’accesso alla p.m.a., la Corte costituzionale si occupa della genitorialità omaffettiva. La conferma del divieto di accesso alla p.m.a. per le coppie omosessuali unitamente al richiamo alla procreazione naturale, non si pongono in contraddizione con l’ampia giurisprudenza che ha riconosciuto casi di omogenitorialità, al contrario, anche in questo caso, il Giudice

⁷³ Tutte le parti virgolettate sono della Corte cost. sent. 221 del 2019, punto 10 del *considerato in diritto*.

⁷⁴ Si veda 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*, cit. 40 ss.; A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradgmi e nuove prospettive di politica legislativa*, cit., 31 ss.; S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità.*, cit., 191 ss.; E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L’arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, ivi, 8 ss.;

costituzionale offre puntelli che tendono a fare sistema, traendoli dalla parte più importante della giurisprudenza in materia (quella della Cassazione), ma senza rinunciare, ancora una volta a sottolineare, in filigrana, le differenze. Differenti e complessi, come visto, sono prima di tutto gli interessi del bambino; non esiste dunque un unico “preminente interesse”, ma vi è un interesse del concepito alla nascita, nei confronti dei quali il legislatore è chiamato a garantire in astratto “le migliori condizioni di partenza”⁷⁵, tutelate nella procreazione naturale e quindi tendenzialmente garantite in un modello di famiglia *ad instar naturae* e vi è, invece, un diverso interesse del bambino inserito già in una famiglia a conservare i propri legami attraverso l’adozione anche “in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore”. Tuttavia, le modalità di accesso alla procreazione, nei progetti omoparantali, segnano, ancora una volta, una differenza in relazione alle sole coppie femminili; queste ultime se hanno realizzato all’estero quella particolare tecnica di p.m.a. che consente ad entrambe di essere madri, una naturale e l’altra biologica – pratica peraltro alla quale si chiedeva di accedere nei giudizi *a quibus* – possono richiedere la “trascrizione, nel registro dello stato civile in Italia, di un atto straniero dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne”⁷⁶; si tratta, dunque, non di adozione, ma di atto di nascita dichiarativo del “rapporto di filiazione” per entrambe, che in questo caso, come precisato del Giudice di legittimità (sent. n. 19599/2016), non risulta “in contrasto con l’ordine pubblico *interno*”⁷⁷, dato che non c’è alcun “divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere e anche di generare figli”⁷⁸. La precisazione della Corte su questo punto sembra di rilievo sia per ciò che si dice apertamente, sia per ciò che si lascia intendere implicitamente. Implicito è il significato che può essere ricondotto al richiamo proprio all’“ordine pubblico” che viene connotato con l’aggettivo “interno” e non “internazionale”, come in realtà avrebbe dovuto fare la Corte essendosi riferita all’eventualità della “trascrizione” di un atto (di nascita) redatto all’estero. A parere di chi scrive, le ipotesi avanzabili in relazione all’uso dell’aggettivo possono essere due. Nel primo caso si potrebbe pensare ad una svista del Giudice costituzionale; l’ipotesi, tuttavia, appare assai improbabile, tenuto conto del fatto che qui la Corte richiama esplicitamente la sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016 che aveva ridefinito in senso “attenuato” proprio il contenuto dell’o.p. “internazionale”. L’altra ipotesi

⁷⁵ Corte cost. sent. 221 del 2019, punto 13.2 del *considerato in diritto*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*, corsivo mio.

⁷⁸ *Ibidem*.

che si fa strada, quindi, è quella di un Giudice costituzionale che, tutt'altro che distratto, ha voluto dare un senso preciso a quel richiamo all'o.p. "interno", volendo far riferimento non alla sua 'funzione' – quella di limite del rispetto dei principi generali dell'ordinamento negli atti di autonomia privata –, quanto piuttosto al suo 'contenuto', come insieme dei principi fondamentali specificamente riconducibili al solo diritto interno che compongono il più ampio contenuto dell'o.p. "internazionale". L'adesione a questa seconda (e più probabile) ipotesi porta con sé due implicazioni. La prima, più evidente, è che anche il Giudice costituzionale abbia voluto manifestare la propria contrarietà alla nozione "attenuata" di o.p.i. proposta nella sentenza n. 19599/2106 e dare traccia, invece, dell'adesione all'interpretazione ampia e difensiva riaffermata delle S.U. nella sentenza n. 12193/2019, interpretazione che trova conferma, del resto, anche nel "margine di apprezzamento" riconosciuto all'ordinamento statale dalla Corte EDU. La seconda implicazione porterebbe a desumere che non essendoci alcun impedimento di o.p. propriamente "interno", la doppia maternità (naturale e biologica) possa essere registrata all'atto della nascita anche avvenuta nel nostro Paese⁷⁹.

La conclusione porta ad evidenza l'essenziale; privo di costruzioni giuridiche, ma anche di confusione di piani e sovrapposizione di interessi, la nascita di un bambino da due donne è libera da contratti o accordi, e dunque non incontra limiti di o.p. "interno", ma soprattutto si affida alla relazione materna senza mettere in discussione il principio *mater semper certa est* quale principio di garanzia dell'identità e della libertà di ogni essere umano nel suo venire al mondo⁸⁰.

⁷⁹ Ma si veda, da ultimo, Corte cost., sent. n. 237 del 2019, che sembrerebbe smentire l'interpretazione qui proposta, anche se nel confronto fra le due pronunce si rileva una contraddizione: da una parte, infatti, il Giudice costituzionale sottolinea come "la stessa Corte di cassazione ha ritenuto (...) possibile la trascrizione, nel registro dello stato civile in Italia, di un atto straniero dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne (...). Nell'escludere che la trascrizione si ponga in contrasto con l'ordine pubblico interno, il giudice di legittimità ha rilevato (...) che non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere e anche generare figli" (sent. n. 221/2019, 13.2 del *cons. in dir.*); dall'altra, invece, nella seconda pronuncia, si afferma che "resiste, dunque, a censura l'affermazione, assunta in premessa dal Tribunale pisano, che «allo stato», nel nostro ordinamento, è «escluso che genitori di un figlio possano essere due persone dello stesso sesso»" (sent. n. 237/2019, 3.1.1 del *cons. in dir.*). V'è da sottolineare, tuttavia, che l'ultima pronuncia non riguarda in caso di due madri una biologica e l'altra naturale, ma di due madri una naturale e l'altra di intenzione.

⁸⁰ S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 192, che sottolinea come molto spesso la confusione che si fa intorno al divieto di surrogazione di maternità porta ad attribuire a tale divieto, facendolo rispondere, esplicitamente o implicitamente, alla "ratio discriminatoria", la preclusione dei diritti alla famiglia delle persone omosessuali, quando è chiaro che la "ratio sia altra, e risieda nel principio *mater semper certa*" quale principio chiamato a garantire ad "ogni essere umano, sin dal momento in cui nasce, una identità e proprie relazioni, anteriori e indisponibili alla volontà di chiunque".