

Il giro di valzer della Cassazione sul principio di ordine pubblico nelle questioni familiari

Raffaele Picaro

SOMMARIO: 1) “Dunque, dove eravamo rimasti?” – 2) Il passo indietro della Suprema Corte: l’ordinanza n. 4382 del 2018. – 3) Le suggestioni dell’inquadramento sistematico: una lettura coordinata della decisione della Consulta n. 272 del 2017 con l’ordinanza della Cassazione n. 14007 del 2018. - 4) “Come può uno scoglio arginare il mare?”

1. “Dunque, dove eravamo rimasti?”

Così Enzo Tortora, il 20 febbraio 1987, dopo quattro anni di assenza dalle scene a causa del dramma di cui fu vittima, dava inizio a quella fortunata trasmissione che lo aveva visto partecipe della dimensione più intima delle famiglie di una generazione di italiani. Un *amarcord* che vuole rimarcare l’incidenza delle decisioni solennemente emanate nelle aule di giustizia sui destini delle vite umane ma anche sottolineare, come ebbe a dire in quella circostanza il conduttore, che spesso esse segnano coloro che parlare non possono “e sono molti, troppi”: non v’è dubbio che tra costoro, ci sono i minori¹, gli unici non responsabili, perché mai hanno chiesto di nascere, e pur tuttavia esposti agli effetti lesivi in termini di *status* e di affetti dall’inverarsi della morfogenesi che avviluppa l’attuale dimensione liquida delle relazioni familiari². Ma l’esordio di questo scritto vuole alludere anche agli esiti di recenti approfondimenti³, laddove, in particolare, si assumeva che la responsabilità genitoriale di sé pregna l’ordito familiare nel mutato declinare della relazione parentale come unico parametro in grado di assicurare, *de jure condendo*, concretezza al variamente proclamato ma ancora poco perseguito, *best interest of the*

¹ V. BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Fam. dir.*, 2017, 4, p. 387 ss.; A. GORGONI, *La rilevanza della filiazione non genetica*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 1, p. 123 ss.

² M. PARADISO, *Navigando nell’arcipelago familiare. Itaca non c’è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 4, p. 1314, per il quale «è nella filiazione, in altri termini, che si ritrova ormai quell’interesse superiore della famiglia che ci si è affannati ad espungere dall’unione coniugale e il diritto di famiglia diviene così, quasi senza residui, diritto della filiazione»; ID., *Libertà e responsabilità dei conviventi nella vita familiare e nella crisi del rapporto*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 1, p. 271 ss.; G. RECINTO, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 3, p. 895 ss.

³ Per tutti R. PICARO, *Famiglie e genitorialità, tra libertà e responsabilità*, Napoli, 2017, *passim*.

child⁴. In particolare, dallo studio del tema della maternità surrogata nel contesto transnazionale affiorava una contaminazione argomentativa tra sezioni penali e civili della Suprema Corte, da cui si schiudevano orizzonti interpretativi inesplorati nel dibattito incentrato non solo sulla gestazione per altri ma anche sulle stesse modalità in cui si declina la genitorialità biologica e sociale. Nell'itinerario che, partendo dall'intervento tranciante di Cass. civ., n. 24001 del 2014⁵, passa per Cass. pen., n. 13525 del 2016⁶, ed approda a Cass. civ., n. 19599 del 2016⁷, si delineava l'indirizzo plasmato dalla giurisprudenza che perveniva a negare la contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione degli atti di nascita di minori nati all'estero da gestazione per altri conforme alla *lex loci*, realizzando una lettura evolutiva di tale principio e ponendo al centro della propria riflessione la rilevanza dell'interesse del minore che si esplicita come diritto alla continuità dello *status filiationis* validamente acquisito all'estero. Ma la Suprema Corte⁸ coglieva l'occasione anche per riflettere sull'opportunità di garantire tutela alla unione tra persone dello stesso sesso *ex art. 2 cost.* unicamente in quanto relazione orizzontale tra persone maggiorenni ovvero anche come contesto nel quale innestare un progetto genitoriale. Lo sviluppo ermeneutico era il seguente: se l'unione tra persone dello stesso sesso è una formazione sociale ove l'individuo «svolge la sua personalità» e se diventare genitori e formare una famiglia

⁴ G. CORAPI, *La tutela dell'interesse superiore del minore*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 3, p. 777 ss.

⁵ Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, in *Guida dir.*, 2014, 48, p. 44 ss.; in *Fam. dir.*, 2015, 3, p. 306 ss. con commento di A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e CEDU a confronto*; in *Foro it.*, 2014, 12, 1, p. 3408 con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 10235, con nota di F. BENATTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*; in *Corr. giur.*, 2015, p. 471, con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*; ancora A. FIGONE, *Utero in affitto, il no della Cassazione sulla maternità surrogata*, in *quotidianogiuridico.it*, 25 novembre 2014; B. SALONE, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, in *dirittocivilecontemporaneo.com*, 7 dicembre 2014. Sul tema cfr. M. SESTA, *La Filiazione*, in R. CLERICI, M. DOGLIOTTI, M. SESTA e T. AULETTA, *Filiazione-Adozione-Alimenti*, IV, in *Trattato Bessone*, Torino, 2011, *passim*.

⁶ Cass. pen., sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1085 ss., con nota di A. MADEO, *La cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*; in *Foro it.*, 2016, II, c. 286; Cass. pen., sez. VI, 11 ottobre 2016, n. 48696, in *Quotidiano giur.*, 2016.

⁷ Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *iurisprudenzia.it*, 27 ottobre 2016, con nota di C. CUCINELLA, *Il riconoscimento dello status filiationis di un minore che risulta figlio di due donne*; in *Famiglia*, 11 ottobre 2016, con nota di E. CONTU, *Non è contraria all'ordine pubblico il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita di un bambino con due mamme*; in *ilfamiliarista.it*, 1 dicembre 2016, con commento di A. FASANO, *La Costituzione non vieta alle coppie dello stesso sesso di generare figli*; in *Quotidiano giuridico*, 2016; in *Foro it.*, 2016, 11, 1, c. 3329 nonché la ricostruzione di M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in www.comparaziondirittocivile.it, ottobre 2016, p. 2.

⁸ Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

costituisce «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 cost. e non all'art. 29 cost., allora deve escludersi la cogenza di un divieto costituzionale per le coppie dello stesso sesso di accogliere e generare figli. Nonostante alcune ambiguità, l'indirizzo seguito dalla giurisprudenza ha avuto il merito di realizzare un'analisi dei bisogni promananti dal contesto sociale che non ignora il peso dei profili della volontarietà e della responsabilità genitoriale, siccome condizionati da una diffusa necessità di appagamento -talvolta anche egoistico- dei desideri di genitorialità del singolo. In ogni caso i giudici di nomofilachia, liberandosi da preclusioni di carattere ontologico che avevano segnato il proprio precedente orientamento⁹, hanno evitato che il ricorso alla gestazione per altri, potesse arrecare pregiudizio al diritto del minore all'identità personale e sociale che veniva quindi salvaguardato indipendentemente dalle modalità connesse al concepimento ed alla nascita¹⁰. Nelle argomentazioni fornite appariva chiaro l'adeguamento di tecniche e nozioni ai valori primari della comunità, al pari di un'interpretazione delle disposizioni normative rispettosa della gerarchia delle fonti, in un'accezione sistematica e assiologica¹¹. Muovendo da tale prospettiva il Supremo Collegio¹² configurava esemplarmente l'ordine pubblico internazionale¹³ come simulacro del complesso dei principi caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico benché ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, comune ai diversi ordinamenti: la contrarietà con l'ordine pubblico non è desumibile dalla mera difformità della norma straniera con la generalità delle disposizioni del diritto interno, dovendosi effettuare il confronto esclusivamente con i valori primari cui il legislatore ordinario risulta vincolato e non con le norme emanate in forza della discrezionalità di cui questi gode in una determinata materia.

Gli è che, in una dimensione sociale fluida accompagnata da una evanescenza dei ruoli familiari, lo sviluppo sano ed armonioso dei membri della comunità-famiglia si realizza solo se si è in grado di garantire concretezza di rapporti e stabilità di funzioni. In presenza di un'atrofia

⁹ Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, cit.

¹⁰ M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, cit., p. 5 ss.

¹¹ Così il magistero di Pietro Perlingieri, per il quale il canone sistematico esige che l'ordinamento sia interpretato nella sua unitarietà mentre il canone assiologico comporta che i valori costituzionali, comunitari ed internazionali, attualizzino singole norme o complessi di norme.

¹² Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

¹³ Su cui da ultimo V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 2, p. 403.

legislativa l'impianto ordinamentale deve ricercare le necessarie risposte di protezione nel proprio interno, in maniera autopoietica¹⁴. È in questa latitudine interpretativa che si impone al giudice delle leggi di assicurare effettività ai diritti fondamentali ed ai giudici ordinari di accordare soddisfazione alle istanze di tutela emergenti in tali inediti scenari in modo che, conformandosi ai canoni primari della comunità¹⁵ ancor prima che dell'ordinamento giuridico, nazionale e sovranazionale, sappiano evitare che il mutamento al quale si assiste nelle formazioni familiari si trasformi in fonte di pregiudizio per la personalità dei propri componenti¹⁶. In un contesto che si connota per la perdurante assenza di un disegno legislativo riformatore ma anche nella difficoltà del dato normativo di assicurare adeguati riscontri ordinamentali a mutamenti tanto repentini e profondi - finendo al contrario, laddove si esprime mediante regole piuttosto che princípi, per imbrigliarli nella stretta di freddi e agnostici precetti-, come attestano i più recenti sviluppi giurisprudenziali sedimentati nel contesto della maternità surrogata di cui si darà conto nel corso del presente lavoro, si sta assistendo ad una incontrollata deriva autopoietica della funzione giurisdizionale, esposta al rischio della mancanza di risposte sistematiche ed unitarie. Mai come in questa fase storica, sembra utile rimarcare come ogni giudizio valoriale che avviluppa il familiare debba adeguarsi al criterio di orientamento assiologico di una collettività¹⁷, siccome

¹⁴ Sulla funzione creativa del giudice e sui problemi e le implicazioni ad essa sottesi, cfr. in maniera particolare A.C. NAZZARO, *Il difficile rapporto tra genitorialità e famiglia tra indicazioni giurisprudenziali e novità legislative*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 3, p. 843 ss.; G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, Padova, 1996, p. 148ss.; M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 11 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo e Mengoni continuato da Schlesinger, Milano, 2004, p. 259 ss. e da ultimo G. D'AMICO, *Angelo Falzea e il ruolo della dogmatica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 1015 ss.

¹⁵ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Saggi, Milano, 1996, p. 10; V. SCALISI, *Per un'ermeneutica giuridica "veritativa" orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 6, p. 1256; G. ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 357 ss.; ID., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, p. 75 ss.; ID. (a cura di), *Paolo Grossi, alla ricerca di un ordine giuridico*, Roma-Bari, 2011, p. 191 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, 3^a ed., Napoli, 2006, p. 116 ss. Si vedano anche le ricostruzioni di F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari, 2009; F. MACARIO e M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, 2010; M. PENNASILICO, *Il diritto civile tra storia e metodo*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, I, p. 337 ss.

¹⁶ Cfr. V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia a oggi*, Parte seconda, «Pluralizzazione» e «riconoscimento» anche in prospettiva europea, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 6, p. 1292; ID., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 3, p. 585 ss. ora in ID., *Fonti-teoria-metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, p. 55 ss.; G. IUDICA, *Il mezzo secolo lungo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1355.

¹⁷ Cfr. da ultimo P. PERLINGIERI, in F. PEDRINI e P. PERLINGIERI, *Colloquio su (Scienza) del diritto e Legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 3, p. 1146, dove afferma che «non v'è sistema ordinamentale che non abbia una sua assiologia e anche qualora non la esplicasse sarebbe la sua una falsa neutralità».

espressione di bisogni e necessità condivisi da una società, in un ragionevole bilanciamento tra oggettività dell'interpretazione e sua dimensione ontologico-esistenziale, tra obiettività epistemologica e soggettività dell'ermeneuta¹⁸.

2. Il passo indietro della Suprema Corte: l'ordinanza n. 4382 del 2018.

Alla base delle conclusioni cui pervenivano i giudici di legittimità nella sentenza n. 19599 del 2016, vi era una accezione del principio di ordine pubblico incline a conformare la posizione dell'ordinamento italiano a quella emergente in ambito internazionale, ancorché nel rispetto dei principi fondamentali della Carta Costituzionale, ma anche - laddove compatibili con essi - dei Trattati fondativi e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo¹⁹.

In questa cornice l'ordine pubblico internazionale diviene espressivo di «quel complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati a esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comune ai diversi ordinamenti»²⁰. Aderendo a questa qualificazione, nella verifica del limite posto dall'ordine pubblico, risulta preliminare accertare non già se l'atto straniero sia conforme alle disposizioni ordinarie interne, quand'anche imperative o inderogabili, ma se esso si riveli in contrasto con i canoni supremi e/o fondamentali della Carta costituzionale, non sovvertibili dal legislatore ordinario, nonché -laddove con questi ultimi compatibili- con i principi racchiusi nei Trattati fondativi e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ed ancora nella CEDU. La Suprema Corte non mancava di rimarcare come la ricerca di simili parametri soggiace ad una delicata operazione ermeneutica, non limitata alla lettera della disposizione, sebbene di livello costituzionale, nella considerazione che esistono norme costituzionali non espressive di principi inviolabili e che, in quanto tali, non concorrono ad integrare la nozione di ordine pubblico. Nella sostanza, la non conformità con l'ordine pubblico si realizza soltanto laddove possa ritenersi, in via preventiva e virtuale, che

¹⁸ Così G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 16 ss.; ID., *Sul criterio di ragionevolezza*, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, p. 1 ss.

¹⁹ Sui principi costituzionali e la loro carica assiologica cfr. P. GROSSI, *Dalle "clausole" ai "principii" a proposito dell'interpretazione come invenzione*, in *Giust. civ.*, 2017, 1, p. 11 ss.

²⁰ Testualmente Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

al legislatore ordinario interno sia preclusa l'introduzione di una norma analoga a quella straniera, poiché inconciliabile con valori costituzionali primari. Sicché, dovendosi valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero, dei cui effetti si chiede il riconoscimento in Italia²¹, bisogna verificare se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo così come declinati dalle summenzionate Carte fondamentali, nazionali e sovranazionali, non certo se consegua ad una disciplina della materia conforme o meno a norme interne, sebbene imperative o inderogabili²². Da tale angolatura, particolare valenza assumono il perseguimento dell'interesse superiore del minore con riguardo alla sua identità personale e sociale nonché il diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31 e 32 cost.), la cui tutela è stata vieppiù rafforzata dalle fonti sovrastatali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale.

L'inquadramento evolutivo appena tracciato, proprio a confermare come la decisione venga sempre più rimessa alla sensibilità del giudicante, è stato ribaltato dalla recente ordinanza n. 4382 del 2018 in cui, tralasciando il dettaglio della questione sottoposta al vaglio del collegio²³, la Suprema Corte ha ritenuto come la nozione di ordine pubblico internazionale fatta propria dalla stessa Corte di Cassazione nella sentenza n. 19599 del 2016, non esprimendo la tradizione giuridica interna necessiti di un avallo delle Sezioni Unite. Ad esser posto in discussione con l'ordinanza in questione è il giudizio causale sotteso alla concezione di ordine pubblico come definito nei suoi termini di confronto: da una parte il provvedimento straniero e, dall'altra, i valori fondamentali cui lo stesso legislatore ordinario è vincolato e che, quindi, non possono essere modificati. Secondo le argomentazioni offerte dall'ordinanza, diversamente da quanto affermato nella sentenza n. 19599 del 2016, il principio di ordine pubblico investe non soltanto i valori fondamentali

²¹ Artt. 16, 64, 65, l. n. 218 del 1995 ed art. 18 d.P.R. n. 396 del 2000.

²² M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 310 ss. Sul tema M.G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, cit., p. 15, afferma che «non ha senso, in questa prospettiva, invocare il contrasto della normativa ordinaria straniera con quella italiana di pari rango, sia pure costituita da norme inderogabili».

²³ Ed invero, il caso in questione si distingue dal quello esaminato nella sentenza n. 19599 del 2016 per due aspetti: da un lato il secondo genitore non ha alcun legame biologico con i figli (mentre, nel caso esaminato dalla sentenza n.19599 del 2016, la seconda madre aveva contribuito con il proprio apporto genetico); in secondo la tecnica impiegata è quella della maternità surrogata la quale è vietata e sanzionata penalmente (mentre, nel caso esaminato dalla sentenza n.19599 del 2016, si trattava -secondo i giudici- di un particolare tipo di fecondazione eterologa).

come sopra richiamati ma anche le norme costituenti esercizio della discrezionalità legislativa in materie connesse e direttamente implicate.

La questione merita una puntualizzazione. Invero, a parte la corposa dottrina che si esprime nella medesima direzione indicata dalla sentenza n. 19599 del 2016²⁴, proprio nel contesto di tale decisione è avvertita la premura di effettuare un sostanziale appello all'orientamento giurisprudenziale sedimentatosi presso la Suprema Corte con diffusi richiami²⁵. Tra le pieghe delle *rationes* addotte dall'ord. n. 4382 del 2018, si opera un riferimento in termini di avallo alla recente decisione assunta dalle Sezioni Unite in materia di danni punitivi²⁶. Ma contrariamente a

²⁴ Quello di ordine pubblico è concetto «circondato, se non proprio da un alone di mistero, da una forte dose di ambiguità» (Ang. FEDERICO, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, p. 53). A differenza di quanti ne parlano soltanto in termini di limite negativo alla validità di ogni norma, P. PERLINGIERI, *Autonomia privata e diritti di credito*, in A. BELVEDERE e C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 93 ss., descrive l'ordine pubblico anche come «impegno positivo della Repubblica all'attuazione dei principi fondamentali». G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, e ID., *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1038 ss., individua la giustificazione del principio in parola in «quelle idee e [...] quei valori politici, sui quali si fonda ed è ordinata la società» (p. 1053): il limite di liceità imposto all'attività negoziale avrebbe la funzione di evitare che i privati sovvertano i valori fondamentali del sistema sociale. V. anche F. GALGANO, *La giurisprudenza nella società post-industriale*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 363; F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000, p. 7 ss.; A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974; ID., *Ordine pubblico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 154 ss.; L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, p. 443; U. BRECCIA, *Causa*, in G. ALPA, U. BRECCIA e A. LISERRE (a cura di), *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, Torino, 1999, pp. 161 ss. e 207 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XII ed., Napoli, 2017, p. 799 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012. Nella medesima prospettiva P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato e i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Milano, 2005, p. 64 ss.; L. LONARDO, *Ordine pubblico*, in AA. VV., *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 10-11 novembre 2016, Sala degli Affreschi, Complesso di S. Andrea delle Dame-Napoli*, a cura di G. PERLINGIERI e M. D'AMBROSIO, Napoli, 2017, p. 317 ss. L'ordine pubblico internazionale rappresenta un concetto complesso, indeterminato e variabile nel corso del tempo, che contempla valori e principi giuridici, sociali, economici e politici fondamentali per un ordinamento statale, nel senso che contribuiscono a qualificarne l'essenza. Cfr. A. CORRERA, *(Bi)genitorialità e ordine pubblico internazionale: la famiglia non è solo quella fondata sul legame genetico*, in *gazzetta forense.it*, 14 marzo 2017. Sul tema N. PALAJA, *L'ordine pubblico internazionale, Problemi interpretativi dell'art. 31 delle disposizioni preliminari al codice civile*, Padova, 1974, p. 14 ss.; R. DE FELICE, *Diritto di famiglia e ordine pubblico internazionale*, in *personaedanno.it*, 29 ottobre 2006.

²⁵ Cfr., tra le tante, Cass. civ., nn. 1302 e 19405 del 2013, n. 27592 del 2006, n. 22332 del 2004, n. 17349 del 2002

²⁶ Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601. Sul tema A. CARRATO, *Danni punitivi: semaforo verde per il loro riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Quotidiano giuridico*, 7 luglio 2017; G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sulla delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi*, in *Quotidiano giuridico*, 12 luglio 2017; R. SAVOIA, *Le Sezioni Unite aprono la strada al riconoscimento in Italia di sentenze straniere che contengano risarcimenti punitivi*, in *Dir. giust.*, 2017, p. 7 ss; A. LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle sezioni unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 8, pp. 317-327; G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto*

quanto affermato nel corpo della richiamata ordinanza, le Sezioni Unite, proprio in tale assetto argomentativo, recuperano la descrizione dell'ordine pubblico internazionale, «come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria» e, dunque, in linea con quanto indicato dalla sentenza n. 19599 del 2016.

In realtà dalla lettura dell'ordinanza -che, in verità, pecca in termini di organicità e linearità argomentativa- emerge in maniera nitida la volontà di realizzare un passo indietro, nel tentativo di arginare la portata dirompente degli effetti della sentenza n. 19599 del 2016, rimettendo la questione, ritenuta nel contesto di tale decisione, non “di massima di particolare importanza” nell'accezione di cui all'art. 374, co. 2, c.p.c., al vaglio alle Sezioni Unite.

3. *Le suggestioni dell'inquadramento sistematico: una lettura coordinata della decisione della Consulta n. 272 del 2017 con l'ordinanza della Cassazione n. 14007 del 2018.*

L'itinerario ermeneutico tracciato nel contesto della sentenza n. 19599 del 2016 pone in evidenza come nell'attuale configurazione della famiglia prevalga il suo essere comunità di affetti fondata sui rapporti che in concreto si realizzano tra i componenti, cui il diritto deve assicurare tutela ricercando il contemperamento dei valori eventualmente in conflitto ed attribuendo un doveroso rilievo al prevalente interesse dei minori. Di talché -conclude il Supremo Collegio- al riconoscimento dell'atto di nascita formato validamente all'estero da cui risulti che il nato è figlio di due donne nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato da una coppia ivi coniugata, non è opponibile un principio di ordine pubblico consistente nella pretesa esistenza di un vincolo o divieto costituzionale che precluderebbe alle coppie dello stesso sesso di accogliere e “generare” figli, emergendo, al contrario, la libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite alle coppie eterosessuali²⁷.

comparato, in *Contr. impr.*, 2018, 1, pp. 289-327; M. FRANZONI *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 8, pp. 283-299.

²⁷ Sul tema cfr. l. 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso

La Suprema Corte, nella sentenza testé illustrata, risolve positivamente il problema dell'ammissibilità della trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero secondo la *lex loci*, attraverso un articolato ragionamento teso a verificare se la difformità tra la disciplina italiana e quella spagnola sia tale da configurare un contrasto con l'ordine pubblico italiano nel riconoscimento di un simile atto giuridico, anche se non mancano ampie riflessioni che si spingono oltre questo obiettivo minimo, tese alla ridefinizione dello stesso contenuto del principio di ordine pubblico, così come del sistema valoriale insito nella l. n. 40 del 2004 e ancora dell'attuale portata dell'art. 269, co. 3, c.c., disposizione che non si considera attuazione di un principio costituzionale²⁸. Ciò posto, ad opinione dei giudici di legittimità, non è possibile sostenere l'esistenza di un principio costituzionale fondamentale -in tal senso, di ordine pubblico- idoneo ad impedire la trascrizione in Italia dell'atto di nascita legalmente redatto all'estero, relativo ad un bimbo nato da un progetto genitoriale di coppia e figlio di due madri, una che lo ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo fecondato dal seme di uomo anonimo.

Le *rationes decidendi* della pronuncia in esame, come si è potuto riscontrare nel percorso argomentativo tracciato, hanno condotto ad esiti meno infausti di quelli cui era pervenuto il medesimo collegio solo qualche anno addietro, ancorché in relazione ad una fattispecie che si presentava dissimile da quella in discorso per l'assenza di legame genetico con entrambi i genitori committenti²⁹. In ogni caso, finalmente la Cassazione si libera di quelle preclusioni, per lo più di carattere ontologico, che in precedenza l'avevano indotta a dichiarare lo stato di abbandono di un minore nato all'estero da maternità surrogata. Emerge il chiaro intendimento di evitare che il ricorso alla gestazione per altri leda il diritto del minore all'identità personale e sociale che, nel caso di specie, viene salvaguardato mediante il riconoscimento giuridico del legame parentale tra il minore ed il genitore genetico indipendentemente dalla qualificazione che il legislatore interno attribuisce alle modalità connesse al concepimento ed alla nascita³⁰. Ma, in maniera ancora più rilevante i

sesto e disciplina delle convivenze.

²⁸ G. CHIAPPETTA, *Questioni transnazionali del diritto di famiglia e della vita nascente*, in P. PERLINGIERI e G. CHIAPPETTA (a cura di), *Questioni di diritto delle famiglie e dei minori*, *Quaderni Rass. dir. civ.*, Napoli, 2017, p. 42, per la quale da Cass. civ., n. 19599 del 2016 ne consegue che «il brocardo *mater certa est* è ormai superato. La definizione di maternità è controversa».

²⁹ Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, cit.

³⁰ A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e CEDU a confronto* in *Fam. dir.*, 2015, 3, p. 209, secondo cui «si tratta piuttosto di sapere se la madre genetica abbia un titolo per far valere la sua maternità, che possa ritenersi poizore rispetto a quello della madre uterina. L'ultimo quesito deve risolversi negativamente, in quanto è la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno in

giudici di nomofilachia considerano il principio di legalità costituzionale nel contesto sovraordinato delle fonti internazionali, quale garanzia di soggezione ai valori fondanti l'ordinamento giuridico, realizzando un'interpretazione delle disposizioni normative nel rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori, nell'accezione sistematica e assiologica³¹. Una ricostruzione originale in grado di recepire anche le istanze delle coppie *same-sex* formate da uomini, per i quali la maternità per sostituzione rappresenta l'unica possibilità di avere un figlio che abbia un legame genetico con uno dei *partner*³². Proprio da tale prospettiva, la decisione offre lo spunto per affermare *obiter* come la vera sfida da affrontare sia rappresentata dalla omonegatività e dall'eterosessismo³³, o meglio dal superamento di quell'approccio, fortemente incisivo nel dibattito sui diritti degli omosessuali e delle loro famiglie, che associa in via esclusiva la funzione procreativa al matrimonio o alle coppie eterosessuali stabili, relegando in una sorta di limbo, in cui a prevalere è il ragionamento imperniato sul principio di non discriminazione piuttosto che il perseguimento del *best interest of the child*³⁴, l'attribuzione del rilievo

cui si realizza l'accoglimento dell'essere umano. La forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare quindi inammissibile in ragione del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto»; M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, cit., p. 5, per la quale «nel tempo attuale, le identità genitoriali, come quelle coniugali o di altre relazioni familiari, non sono attribuite o imposte una volta per tutte, ma negoziate e costruite nel lungo periodo».

³¹ Così la lezione Pietro Perlingieri, rintracciabile coerentemente nelle sue opere.

³² Sul riconoscimento, previsto da un provvedimento giudiziario statunitense, del rapporto genitoriale di una coppia di gemelli nati di maternità surrogata nei riguardi di due uomini, il padre biologico e il suo compagno, cfr. App. Trento, 23 febbraio 2017, in *articolo29.it*, 28 febbraio 2017, con commento di A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte di Appello riconosce per la prima volta il legame tra figli e il padre non genetico*, e in *Quotidiano giuridico*, 3 marzo 2017 con commento di M. WINKLER, *Maternità surrogata: due gemelli a due padri, la storica senza della Corte di Appello di Trento*, in cui si evidenzia come «l'insussistenza di un legame genetico tra i minori e il padre non è di ostacolo al riconoscimento di efficacia giuridica al provvedimento straniero: si deve infatti escludere che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato; all'opposto deve essere considerata l'importanza assunta a livello normativo dal concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato; la favorevole considerazione da parte dell'ordinamento al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico, con la regolamentazione dell'istituto dell'adozione; la possibile assenza di relazione biologica con uno dei genitori (nella specie il padre) per i figli nati da tecniche di fecondazione eterologa consentite»; in *Fam. dir.*, 2017, 7, p. 674 ss. con commento di M. C. BARUFFI, *Co-genitorialità same sex e minori nati da maternità surrogata*.

³³ F. FERRARI, *Omogenitorialità, eterosessismo e ricerca scientifica*, in *Genlus*, 2014, 2, p. 110 ss., secondo cui l'eterosessismo rappresenta i sessi come due monoliti, non comunicanti, con caratteri rigidamente complementari, attratti l'uno all'altro per fondare una genitorialità basata sulla procreazione, sulla genealogia del sangue e l'appartenenza della stirpe.

³⁴ Nel riconoscimento della coppia omosessuale rileva il diritto alla tutela della propria vita familiare nel rispetto del proprio orientamento sessuale, mentre nell'affrontare la questione della omogenitorialità, l'ordinamento, alla luce della dimensione costituzionale ed europea della tutela dei diritti come integrata

normativo alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso³⁵. Basandosi sulla prevalenza del diritto alla vita familiare, i giudici di legittimità non mancano di segnalare, infatti, il diffuso convincimento della inesistenza di indici oggettivi su cui possa fondarsi una presunzione assoluta di inidoneità per una coppia dello stesso sesso a crescere figli, cui si accompagna l'indiscutibile valore del diritto dei figli di genitori omosessuali a vedere riconosciuto il proprio legame di genitorialità sociale, in ciò conformandosi al principio di derivazione costituzionale che «non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti»³⁶. Rintracciata la vita familiare anche nell'unione tra persone dello stesso sesso cui si accompagna un progetto genitoriale che prescinde dalla discendenza biologica, in uno con le declinazioni in cui si è visto articolare il superiore interesse del minore per effetto della revisione del principio di ordine pubblico³⁷ -in cui assume un peso fondamentale la stabilità dei legami affettivi e di cura, senza trascurare l'incidenza della serietà del progetto genitoriale- l'orizzonte di attesa lasciava presagire, quale futuro proscenio, il riconoscimento amministrativo della mera genitorialità intenzionale che, in quanto tale, avrebbe realizzato un sovvertimento della consolidata configurazione dei criteri di imputazione della genitorialità, slegandola definitivamente dal dato genetico.

Il quadro interpretativo appena descritto trova un decisivo riscontro nella posizione assunta dalla Consulta³⁸ nel contesto della decisione n. 272 del 2017, in cui con sentenza interpretativa di rigetto, dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., sollevata dalla Corte d'Appello di Milano con ordinanza del 25 luglio 2016, in

dalle convenzioni internazionali, deve tutelare in via prevalente l'interesse del minore. Sul tema D. AMRAM, *Diritto del bambino alla bigenitorialità e genitore omosessuale*, in D. AMRAM e A. D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali e iniziative dell'Unione europea*, Padova, 2011, p. 100 ss.

³⁵ A. SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in ID. (a cura di), *Omogenitorialità. Filiiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011, p. 35; F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in A. SCHUSTER (a cura di) *Omogenitorialità*, cit., p. 163 ss.

³⁶ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4065; in *Foro it.*, 2004, I, c. 1053.

³⁷ Così J. LONG e M. NALDINI, *"Turismo" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche* in, in *Genlus*, 2015, 2, p. 167 ss.

³⁸ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in www.ildirittoamministrativo.it, con nota di O. SPORTELLI. Cfr. A. GORGONI, *Art 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, IV, pp. 540-551; G. CASABURI, *Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 21-26; R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 3, pp. 956-1011; G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in www.forumdeiquadernicostituzionali.it, 2018, p. 6.

riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, co. 1, cost., quest'ultimo, in relazione all'art. 8 della CEDU. La questione merita un approfondimento per il sottile percorso argomentativo utilizzato dal giudice remittente - accolto in parte anche dal giudice delle leggi, ancorché in via interpretativa- incentrato sulla valorizzazione del diritto vivente. Il riferimento al mutato contesto emerge laddove si opera un confronto con la precedente questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., sebbene nella previgente formulazione, che era stata dichiarata infondata con sent. n. 112 del 1997³⁹, sulla base dell'asserzione secondo cui l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità è espressione di un principio di ordine superiore e di conseguenza ogni falsa rappresentazione di stato debba essere caducata. Il giudice remittente dubita che tale impostazione possa considerarsi ancora attuale, atteso che si potrebbe porre in contrasto con i principi di particolare tutela che la Costituzione e il diritto imposto dalla CEDU assicurano ai minori e, pertanto, sollecita una rinnovata riflessione sul tema della coincidenza tra *favor veritatis* e *favor minoris*. La Corte Costituzionale, nel dichiarare non fondata la questione, enuclea una serie di argomentazioni che, in linea con il percorso tracciato da Cass. n. 19599 del 2016, evidenziano la consapevolezza della necessità di fornire una indicazione ermeneutica della norma rispettosa delle sollecitazioni che provengono dall'esperienza così come formatasi tra la bassa corte dei fatti. Centrale è il richiamo al *best interest of the child*, principio attorno al quale percola l'iter argomentativo del giudice delle leggi ed il cui sviluppo in concreto impone la necessità di una rilettura dell'azione *ex art. 263 c.c.* ed in particolare della cornice di valori presidiati dalla norma, non necessariamente coincidenti con il *favor veritatis*, essendo avvertita l'esigenza nella materia del familiare, di procedere ad una comparazione degli interessi in questione, sì da scegliere quale tra questi debba prevalere nel caso concreto. In alcune vicende la valutazione comparativa tra tali interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa; in altre situazioni, come quella in esame, la valutazione viene rimessa al giudice, il quale è tenuto a verificare tutte le circostanze del caso concreto. Il bilanciamento che ne deriva segue un giudizio comparativo votato al principio di ragionevolezza⁴⁰, tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello

³⁹ Corte cost., 22 aprile 1997, n. 112, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1764; in *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 842; in *Corr. giur.*, 1997, 7, p. 837.

⁴⁰ Sul tema G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., *passim*; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, p. 1573 ss.; J. LUTHER, voce *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubb.*, XII,

status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore. Ne consegue, e la riflessione incide direttamente sulla portata della sent. n. 19599 del 2016, che il *best interest of the child* possa legittimare nel nostro ordinamento un legame di genitorialità anche solo sociale e non biologico, senza porsi in contrasto con l'ordine pubblico inteso nella sua accezione sovranazionale.

Come è noto l'orientamento giurisprudenziale seguito alla sentenza n. 19599 del 2016, ne ha accolto le principali linee argomentative, con riflessi che si colgono non soltanto in relazione a casi dal contenuto analogo ma anche laddove affiorano aspetti che si intrecciano pur non sovrapponendosi con quelli oggetto di vaglio da parte della Suprema Corte nella richiamata pronuncia. Una delle più recenti applicazioni della *ratio decidendi* è rinvenibile in Cass. civ. (ord.), n. 14007 del 2018⁴¹. La vicenda da cui ha avuto origine la pronuncia muove dalla richiesta, da parte di due donne (una francese ed una italofrancese) di trascrizione di due sentenze del giudice francese attraverso le quali ognuna adottava il figlio biologico dell'altra. Si premette che le due donne erano unite da una relazione amorosa stabile e continua sin dagli anni '80 del secolo scorso, sfociata nella stipula, nel 2000, presso il Consolato francese a Napoli, di un "patto civile di solidarietà", previsto dalla legislazione francese e, nel 2013, nel matrimonio contratto in Francia, in virtù della legge francese n. 404 del 2013 (matrimonio trascritto nei registri dello stato civile, a seguito di provvedimento della Corte d'appello di Napoli, considerato definitivo nella sentenza in esame). Più precisamente, entrambe le donne hanno partorito attraverso pratiche di inseminazione artificiale ed i rispettivi figli minori sono stati reciprocamente adottati da parte delle due donne

Torino, 1997, p. 341 ss.; L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Agg.*, Milano, 1997, p. 902 ss.; più di recente, G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, *passim*; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, *passim*; M. LA TORRE, *Introduzione*, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Torino, 2002, p. 3; L. D'ANDREA, *Il principio di ragionevolezza come principio architettonico del sistema*, *ibidem*, p. 231; F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007, *passim*; S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012, *passim*; R. PERCHINUNNO, *La ragionevolezza e la forza del numero (a proposito di un recente volume di Nicola Lipari)*, in *Studi in onore di G. Iudica*, Milano, 2014, p. 1067 ss.; L. BALESTRA, *A proposito delle categorie del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 25 ss.; F. D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, p. 1 ss.; E. MINERVINI, *Le categorie del diritto civile (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 712 ss. Secondo G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007, p. 48, mediante il principio di ragionevolezza, «l'altro lato del diritto, il lato materiale, fa la sua trionfale ricomparsa».

⁴¹ Cass. civ., sez. I, 31 maggio 2018, n. 14007, in *centrostudiliviatino.it*, 6 giugno 2018, con nota di S. NITOGIA, *La Cassazione ancora a favore della stepchild adoption*. Sul tema cfr. F. CARIMINI, *La stepchild adoption: una scelta "consapevole" tra esercizio delle libertà ed assunzione di responsabilità*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 1, p. 41 ss.

coniugate con adozione piena di diritto francese, per effetto di sentenze del giudice civile d'oltralpe. Inoltrata la richiesta di trascrizione delle sentenze all'ufficiale di stato civile italiano, questa viene respinta per un presunto contrasto con l'ordine pubblico. Tale diniego, quindi, viene impugnato presso la Corte d'Appello di Napoli la quale, con ordinanza del 30 marzo 2016, e quindi anteriormente alla sentenza n. 19599 del 2016, accogliendo la concezione di ordine pubblico internazionale, ordina all'ufficiale di stato civile di eseguire la trascrizione, non ravvisando alcun contrasto con l'ordine pubblico. Il provvedimento, impugnato in Cassazione, è sfociato in un'ordinanza che sollecita un vaglio ermeneutico per il rinnovato slancio con cui la stessa declina il principio dell'ordine pubblico, collocandolo ancora una volta in una dimensione sovranazionale, richiamando a piè pari le argomentazioni espresse in Cass. n. 19599 del 2016. Valorizzando il principio del superiore interesse del minore, questo si propone come limite all'operatività della clausola di ordine pubblico, la quale, nel solco tracciato dalla decisione della Consulta n. 272 del 2017, deve confrontarsi con le peculiarità del caso concreto. Sicché, nella vicenda in questione, il giudizio causale tra il provvedimento straniero e l'ordine pubblico sovranazionale, filtrato dal *best interest of the child*, porta a concludere che il diritto del minore a vivere in modo stabile in un ambiente domestico armonioso e ad essere educato e assistito nella crescita con equilibrio e rispetto dei suoi diritti fondamentali, operi come fattore integrativo *in mitius* dello stesso concetto di ordine pubblico. Dunque, ad avviso dei giudici di legittimità non risultano presenti profili di contrasto tra l'ordine pubblico e la trascrizione nei registri dello stato civile italiano dell'adozione di un minore, da parte di due persone dello stesso sesso, pronunciata all'estero.

4. *Come può uno scoglio arginare il mare?*

Le riflessioni appena avanzate mostrano un'inquietante fase di interregno intrisa di legalità liquida, in cui la decisione viene rimessa alla sensibilità del giudicante, chiamato ad applicare una legge dai contenuti talvolta inappaganti e di cui è costretto, in talune circostanze, a *rifiutare* il precetto normativo, per farsi esso stesso interprete e creatore di una regola sottratta ad ogni calcolabilità sebbene ancorata ai valori dell'ordinamento⁴². Intanto, in attesa che le Sezioni Unite si pronuncino, la

⁴² Da ultimo P. GROSSI, *Dalle "clausole" ai "principii" a proposito dell'interpretazione come invenzione*, cit., p. 11 ss. Sul tema R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. comm.*

bassura dell'esperienza evidenzia come, alla stregua di quanto si è preconizzato in un recente scritto sul tema⁴³, alcune amministrazioni comunali stiano procedendo *motu proprio* alla trascrizione di atti di nascita di minori nati all'estero da maternità surrogata conforme alla *lex loci*. Il quadro, dunque, è destinato a complicarsi e molti destini dipenderanno dagli esiti della decisione rimessa agli Ermellini.

Uno scenario, quello appena descritto, che certamente non incoraggia ma dal quale è possibile rifuggire ascoltando l'auspicio che proviene da una recente dottrina⁴⁴, formatasi in quella scuola che ha assunto la teoria dell'interpretazione come principale orizzonte di studi ed approfondimenti nell'attuale dialogo della civilistica italiana⁴⁵. È nel controllo di ragionevolezza, anche nella prospettiva ermeneutica dalla *Drittwirkung*⁴⁶, che viene rintracciata la strada per uscire dal pessimismo che consegue all'incertezza della postmodernità, con riguardo alla tutela e alla promozione della persona umana, come valore posto all'apice della gerarchia delle fonti ordinamentali⁴⁷. Una ragionevolezza, tuttavia, che abbandona la molteplicità di significati, per trasformarsi in criterio ermeneutico, giudizio di valore, strumento di concretizzazione storico-relativo ma unitario e condizionato dai valori fondamentali⁴⁸ del contesto

Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 1998, p. 105, il quale afferma che «in presenza di una lacuna, il giudice si sostituisce al legislatore creando egli stesso una norma nuova idonea a risolvere la controversia»; P. G. MONATERI, voce *Interpretazione del diritto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, X, Torino, 2008, p. 57, secondo cui «tutto ciò non è né sovversivo, né nihilista né altro: significa solo avere maggiore coscienza del proprio ruolo all'interno del *legal process*, e di saper anche che il processo del diritto non è in realtà dominato da nessuna singola componente, ma è il risultato di una congerie di modelli culturali, spesso anche taciti, che trascendono il controllo esplicito di ciascuno di noi».

⁴³ R. PICARO, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁴ Sul tema G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., *passim*.

⁴⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *Appunti di "Teoria dell'interpretazione"*, Camerino, 1970, p. 53 ss.; ID., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, p. 38 ss.; ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 203 ss.; ID., *Formazione dei giudici. Scuola superiore della magistratura*, in *Giust. proc. civ.*, 2007, p. 313; ID., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1989, p. 92 ss.; ID., *Interpretazione assiologica e diritto civile*, in *Corti salernitane*, 2013, p. 478 ss. Si vedano, inoltre, i numerosi studi sviluppati nello specifico contesto da P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 238 ss.; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 335 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 441 ss.; ID., *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787 ss., ora in ID., *L'ordinamento vigentee i suoi valori. Problemi del diritto civile*, cit., p. 327 ss.; ID., *La forma del licenziamento individuale come «garanzia»*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 1069 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 609 ss.

⁴⁶ Su cui l'insegnamento di P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in ID., *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, cit., p. 111 ss.

⁴⁷ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 97 ss.

⁴⁸ Così G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 16 ss. In materia

ordinamentale, che si conforma alla logica complessiva del sistema giuridico, che vive nella dimostrazione argomentativa così come sussunta nella motivazione che accompagna il provvedimento giudiziario, sottraendosi in questo modo ad ogni tentativo di abuso incontrollato dell'interprete⁴⁹. Dunque, nel sistema attuale della famiglia, nel mentre si smarrisce la calcolabilità affidata alla norma, laddove questa non si esprima mediante principi, si impone un'accezione della prevedibilità della decisione quale esito di un controllo, permeato di ragionevolezza, dei valori assiologici di una comunità nel suo storico divenire, come esplicitati dall'interprete nelle motivazioni⁵⁰. Non la conoscenza in anticipo della soluzione giudiziaria in applicazione di un metodo di cui si presuppone l'infalibilità sulla base di una postulata certezza del diritto⁵¹, ma un più reale *pre-vedere* alla stregua di un criterio di ragionevolezza conformato al caso concreto, siccome permeato dei valori ordinamentali gerarchicamente imposti e costantemente bilanciati in un processo unitario

cfr. A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, p. 561 ss.; A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, c. 192 ss.; M. GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di «ragionevolezza» delle norme speciali?*, in *Giu. cost.*, 1962, p. 82 ss.; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit., p. 1573 ss.; G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 1, p. 709 ss.; A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, agg. 1994; L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, cit., p. 899 ss.; J. LUTHER, voce *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., p. 341; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., *passim*; ID., *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da Cassese, V, Milano, 2006, p. 4805 ss.; ID., *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di studi, Roma 2 – 4 ottobre 2006, Quaderno monografico di *Nova juris interpretatio*, Roma, 2007, p. 291 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, *passim*; ID., *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009, *passim*; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 146 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, p. 23 ss.; E. NAVARRETA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 1, p. 643 ss.; ID., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 971 ss.

⁴⁹ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 23.

⁵⁰ G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 36 ss.; P. PERLINGIERI, *Conclusioni della prima sessione*, in AA. VV., *Fonti, metodo e interpretazione*, cit. p. 197, che con immediatezza rileva che «diventa davvero arduo sostenere che buona fede, diligenza.....e così tutte le clausole generali che caratterizzano il sistema- possono essere interpretate come si fosse ancora nella fase pre-costituzionale utilizzando valori e principi che in quel momento storico lo identificavano»; V. SCALISI, *Fonti-teoria-metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, cit., p. 50, secondo cui «richiamarsi ai valori significa cogliere in un tempo dato e in uno spazio definito le necessità assiologico-reali della vita, le c.d. necessità vitali, di una comunità o aggregazione di consociati, quali emergenti ai diversi livelli (organico, animato o più specificamente spirituale) e quindi verificare se e in che misura tali necessità vitali (esigenze, bisogni, interessi), valutate nelle loro connessioni di qualificazione (oggettive e soggettive), siano sostenute da corrispondenti comportamenti collettivi e sociali oggettivamente conoscibili e materialmente osservabili e come tali univocamente orientati alla loro realizzazione. Il concorso di entrambi gli anzidetti momenti (la necessità di vita e l'azione che vale a soddisfarla) è ciò che, nel quadro di una concezione oggettiva, di tipo storico-reale, definisce il *valore*, ma è anche ciò che, riferito alle necessità di vita dei consociati e alle loro azioni volte a soddisfarle, vale a costituire l'ordine dei *valori* di una determinata comunità e quindi il necessario indice di giuridicità, o dover essere giuridico, da assumere a essenziale criterio di valutazione giuridica».

⁵¹ N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1965, p. 150; ID., *Il positivismo giuridico*, Bologna, 1979, p. 74.

e sistematico⁵² che si alligna nel divenire storico, nel rispetto del limite invalicabile della dignità umana⁵³. Nella prospettiva del tema trattato essenziale si rivela una ricostruzione che, tra mutamenti sociali inarrestabili cui è sottoposta la formazione familiare nelle sue dimensioni orizzontale e verticale, tra inerzie legislative e interpretazioni di supplenza, sia attenta a non smarrire l'obiettivo di tutelare la personalità dei minori, il cui *best interest* è diffusamente proclamato ma in concreto ancora troppo poco assicurato.

⁵² Nel senso auspicato da P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 3, p. 322 ss., dove afferma che «l'attuale sistema ordinamentale, tuttavia, nonostante la pluralità delle fonti che lo caratterizza, si prospetta, non già quale somma di ordinamenti separati e distinti sia pure coordinati, ma unitario, proprio in funzione applicativa e di controllo. La normativa comunitaria e quella di origine internazionale conformano e integrano il sistema ordinamentale della Repubblica in una unità indissolubile» e da V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 4, p. 413 ss. ora in ID., *Fonti-teoria-metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, cit., p. 433 ss., per il quale un'ermeneutica funzionalmente orientata a giustizia deve rivendicare il primato assiologico rispetto alla fonte anche di rango apicale, nella prospettiva di una concezione *integrale* della giuridicità; ID., *Dalla scuola di Messina un contributo per l'Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 1, p. 1 ss. ora in ID., *Fonti, teoria, metodo*, cit., p. 259 ss.

⁵³ «Sia perché i comandi codificati non sono mai in grado di tener dietro all'incessante divenire sociale, economico e tecnico, sia perché fattispecie apparentemente chiarissime vanno riempite continuamente, nel momento applicativo, di funzioni, principi e valori normativi al fine di soddisfare anche l'essenziale fattualità del diritto, la quale si concretizza non soltanto nella inseparabilità tra fatto e singola disposizione, ma tra fatto e diritto», così G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 37 e p. 120 ss.