

## **La maternità surrogata al vaglio della Corte costituzionale: riflessioni sull'ord. n. 8325/2020 della Corte di cassazione**

*Carmela Salazar<sup>1</sup>*

*SOMMARIO: 1. Una questione di costituzionalità complessa. – 2. I dubbi del giudice a quo, la sent. n. 12193/2019 delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione e la sent. n. 272/2017 della Corte costituzionale. – 3. Segue: la maternità surrogata, la dignità delle donne, l'ordine pubblico internazionale. – 4. Segue: il ruolo "parametrico" attribuito al parere consultivo della Corte Edu. – 5. Conclusioni.*

### **1. Una questione di costituzionalità complessa**

L'ord. n. 8325/2020 della prima sezione civile della Corte di cassazione solleva una questione di costituzionalità complessa, che riporta al vaglio della Corte costituzionale la legge sulla procreazione medicalmente assistita in una delle sue norme più controverse, quella che punisce «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità» (art. 12, c. 6, l. n. 40/2004)<sup>2</sup>.

Riassumendo brevemente la vicenda che ha condotto al giudizio *a quo*: una coppia di cittadini italiani di sesso maschile, coniugati secondo le leggi canadesi, aveva richiesto all'ufficiale di stato civile del Comune di Verona di rettificare l'atto di nascita del bambino di cui essi sono i genitori intenzionali, essendo questo venuto al mondo, in Canada, attraverso una pratica di maternità surrogata. Inizialmente, le autorità canadesi avevano predisposto un atto nel quale era indicato come unico

---

<sup>1</sup> Carmela Salazar, Professore ordinario di Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

<sup>2</sup>Tra i primi commenti all'ordinanza di rimessione, v. A. M. LECIS, *Una nuova frontiera del dialogo tra giurisdizioni: la Cassazione rimette alla Corte costituzionale una q.l.c. fondata sul parere consultivo della Corte Edu in materia di GPA*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 21 maggio 2020; G. ARMONE, *La gestazione per altri: nuovo appuntamento davanti alla Corte costituzionale*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 22 maggio 2020; G. LUCCIOLI, *Il parere preventivo della Corte edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata: un conflitto inesistente o un conflitto mal risolto dalla Corte di Cassazione?*, in *Giustizia Insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 22 maggio 2020; A. SCALERA, *Sui nati da maternità surrogata si va verso la "fase 2"?*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 18 giugno 2020.

genitore, tra i due, quello biologico, ma successivamente la Suprema Corte della British Columbia ha pronunciato una sentenza che riconosce entrambi quali genitori del minore, con la conseguente modifica dell'atto di nascita.

Dinanzi al rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile alla richiesta di rettifica, i coniugi si sono rivolti alla Corte di appello di Venezia per chiedere l'esecutorietà in Italia della sentenza canadese, nel frattempo passata in giudicato, al fine di ottenere la trascrizione dell'atto di nascita. La Corte ha accolto il ricorso con ordinanza, ma la decisione è stata a sua volta impugnata dinanzi al Giudice di legittimità dal Ministero dell'interno e dal Sindaco di Verona, che hanno denunciato – tra l'altro – il contrasto tra la decisione veneziana e i principi, considerati dai ricorrenti riconducibili all'ordine pubblico, attinenti alla configurazione della filiazione nell'ordinamento italiano quale discendenza tra persone di sesso diverso, ed alla previsione del divieto di surrogazione di maternità sancito dall'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004.

La complessità della questione di costituzionalità sollevata nel corso di quest'ultimo giudizio non dipende soltanto dalla circostanza che essa, riguardando la pratica della maternità surrogata (o gestazione per altri, d'ora in poi anche GPA), tocca una tematica “eticamente sensibile”, oggetto di un dibattito interdisciplinare amplissimo ed al centro di decisioni giudiziarie di vario orientamento, specie con riguardo alla possibilità di trascrivere atti di nascita formati all'estero attestanti la maternità/paternità (anche) del “genitore intenzionale non genetico”<sup>3</sup>. Al

---

<sup>3</sup>La letteratura in materia è incontenibile: oltre alle opere (e alle pronunce) che saranno indicate in seguito, si rinvia, tra gli scritti più recenti, ai contributi di AA.VV. raccolti in *Biolaw Journal – Riv. Biodiritto* ([www.rivista.biodiritto.org](http://www.rivista.biodiritto.org)), 2/2016, 1 ss., nonché a quelli di AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di E. Olivito - S. Niccolai, Jovene, Napoli, 2017; G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata in ConsultaOnline* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 1/2017, 325 ss.; B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 1/2017, 183 ss.; S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: un'occasione di riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 79 ss.; ID., *La maternità surrogata e la Corte costituzionale* (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio), in *Oss. fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2/2018, 24 ss.; A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 2/2018, 1 ss.; S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Esi, Napoli, 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino, 2018; AA.VV., *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro delle questioni di genere*, a cura di M. Caielli-B. Pezzini-A. Schillaci, 2019, consultabile all'indirizzo [www.cirsde.unito.it](http://www.cirsde.unito.it), nonché, volendo, C. SALAZAR, *Il corpo delle donne e la Costituzione. Alcune domande intorno alla questione di*

di là di questo pur non trascurabile dato, balza agli occhi la peculiare argomentazione posta a sostegno dei dubbi formulati dal giudice *a quo*: l'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004 è stato impugnato unitamente all'art. 18, d. p. r. n. 396/2000 (secondo cui gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se contrari all'ordine pubblico), ed all'art. 64, c. 1, lett. g), l. n. 218/1995 (relativo al riconoscimento delle sentenze straniere), nella parte in cui tali disposizioni, se interpretate alla luce del diritto vivente formatosi a seguito della notissima sent. n. 12193/2019 delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione, impediscono che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, un provvedimento straniero dal quale risulti che un bambino nato da GPA sia figlio (anche) del genitore d'intenzione, individuando come disciplina applicabile quella dell'adozione in casi particolari<sup>4</sup>.

L'obiettivo della Corte remittente sembra essere quello di ottenere una decisione che travolga il principio di diritto fissato appena un anno fa dalle Sezioni unite, adite dalla stessa sezione della Corte di cassazione in un caso simile a quello che ha dato vita al giudizio *a quo*<sup>5</sup>. Tale principio,

---

*costituzionalità proposta dalla Corte di appello di Bari sulla "legge Merlin" e qualche riflessione sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di GPA, in AA.VV., 70 anni dopo, tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo, a cura di B. Pezzini-A. Lorenzetti, Giappichelli, Torino, 2019, 161 ss.*

<sup>4</sup>Si tratta della decisione con cui le Sezioni unite «scardinano» [M. C. VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in [GenIUS, ([www.geniusreview.it](http://www.geniusreview.it)), 2/2019, 6] la decisione della Corte d'appello di Trento che ha dichiarato l'efficacia nel nostro ordinamento del provvedimento statunitense relativo alla genitorialità del padre d'intenzione, privo di legami genetici con due gemelli nati all'estero in seguito a GPA. Questo il principio: «il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, 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; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983». Tra i molti commenti, v. AA. VV., Focus: *L'interesse del minore e le esigenze di ordine pubblico nella sentenza delle Sezioni unite n. 12193/19*, a cura di M. Gattuso, in GenIUS ([www.geniusreview.it](http://www.geniusreview.it)), 2/2019, 6 ss.; G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in Fam. dir., 2019, 677 ss.; M. ACIERNO-S. CELENTANO, *La genitorialità e la gestazione per altri. L'intervento delle Sezioni unite*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 14 maggio 2019; S. ALBANO, *Maternità surrogata e rapporto di filiazione*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 19 ottobre 2019B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in Oss. AIC ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 5/2019, 197 ss.

<sup>5</sup>Cfr. Corte cass., I sez. civ., ord. n. 4382/2018, su cui v., per tutti, i contributi di AA.VV., Focus. *La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un*

in quanto posto da una sentenza volta a radicare il diritto vivente, condiziona l'interpretazione delle disposizioni applicabili nel processo principale, inducendo – sostiene l'ordinanza di rimessione – una lettura delle stesse che le pone in contrasto con il diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel nucleo familiare e con i principi di uguaglianza, di ragionevolezza e di proporzionalità<sup>6</sup>. Da qui l'ampio novero dei parametri invocati, in cui rientrano gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, c. 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia del 1989, all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e all'art. 8 Cedu.

La peculiarità della questione si manifesta, poi, ancora più chiaramente nella parte in cui essa denuncia l'incompatibilità tra il diritto vivente derivante dalla decisione delle Sezioni unite e le indicazioni ricavabili dal parere consultivo pronunciato il 10 aprile 2019 dalla *Grande Chambre* della Corte Edu, su richiesta della Corte di cassazione francese, in occasione della prima applicazione del Protocollo n. 16 allegato alla Cedu<sup>7</sup>.

La Corte europea, come è noto, è stata interpellata con riguardo al riconoscimento nell'ordinamento francese del legame di filiazione tra un figlio nato da una GPA praticata all'estero e la “madre intenzionale non genetica”<sup>8</sup>. Il parere, partendo dalla premessa che rientra nel margine di apprezzamento di ogni Stato adottare politiche che scoraggino i propri

---

dibattito attuale, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>6</sup>Sulla sottoponibilità del diritto vivente allo scrutinio di costituzionalità, v. per tutti A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 180 ss.

<sup>7</sup>Cfr. l'*Advisory opinion, concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, 12 aprile 2019, consultabile in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int). In proposito, v. A. M. LECIS, *GPA e trascrizione degli atti di nascita: La Cassazione francese richiede il primo parere consultivo alla Corte EDU*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 18 ottobre 2018; R. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 28 maggio 2019; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Oss. fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2/2019; M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Oss. AIC* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 5/2019, 1 ss.

<sup>8</sup>La Corte francese ha chiesto se uno Stato parte superi il margine di apprezzamento a sua disposizione ai sensi dell'articolo 8 CEDU qualora rifiuti di trascrivere nei registri dello stato civile il certificato di nascita di un bambino nato all'estero al termine di una maternità surrogata, in quanto esso designa come “madre legale” la “madre intenzionale” (la trascrizione dell'atto era stata ammessa nella parte in cui designava come genitore il “padre intenzionale”, padre biologico del bambino). A questo proposito, la Corte ha chiesto anche se rilevi o meno il fatto che il bambino sia o non sia concepito con i gameti della “madre intenzionale”. Infine, la Corte ha chiesto se la possibilità per la “madre intenzionale” di adottare il figlio del coniuge soddisfi i requisiti dell'articolo 8 CEDU.

cittadini dal ricorrere, recandosi all'estero, a pratiche procreative proibite nel proprio territorio, ha evidenziato che gli effetti del mancato riconoscimento dello *status filiationis* si producono non solo sugli adulti che hanno fatto ricorso alla GPA, ma anche sui bambini nati in seguito a tale scelta, i quali non hanno alcuna responsabilità in ordine alla modalità con cui sono venuti al mondo. Il parere, pertanto, attesta l'incompatibilità con l'art. 8 Cedu della fissazione, a livello nazionale, di divieti assoluti e generali di riconoscimento di tale *status*, i quali negano ogni tutela al "superiore interesse del minore", privando i bambini del diritto all'identità e del diritto alla stabilità dei rapporti familiari, ribaditi anche nella Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia del 1989. Al tempo stesso, il parere ammette che il margine di apprezzamento permetta ai legislatori statali di intervenire, oltre che prevedendo la trascrizione integrale dell'atto di nascita straniero, anche predisponendo una procedura di adozione, che tuttavia – per considerarsi rispettosa dell'art. 8 Cedu, quale valida alternativa al riconoscimento dello *status filiationis* – deve soddisfare condizioni di effettività e di celerità, in modo tale che il legame legittimamente costituito all'estero produca effetti nell'ordinamento nazionale non oltre il momento della sua concretizzazione.

Secondo il giudice *a quo*, il rispetto di tali condizioni non è assicurato nel nostro ordinamento, poiché l'adozione in casi particolari non crea una relazione pienamente equiparata alla filiazione *pleno jure*, esigendo peraltro un lungo e complesso *iter* decisionale, che si avvia soltanto se lo richieda il genitore intenzionale: questo, dunque, potrebbe sottrarsi alle sue responsabilità – mortificando i diritti del minore – semplicemente restando inerte.

Per la Corte remittente, l'adozione in casi particolari potrebbe, semmai, considerarsi come modalità alternativa al riconoscimento dello *status filiationis* qualora questo appaia in contrasto con l'interesse del minore: ma proprio la valutazione *in concreto* di tale interesse risulta impossibile nei casi come quello al centro del giudizio *a quo*, alla luce del principio di diritto fissato dalle Sezioni unite. Esso, infatti, in forza della qualificazione dell'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004 quale principio di ordine pubblico internazionale, definisce una sorta di automatismo, che pre-orienta la decisione del giudice, *sempre e comunque*, in favore

dell'adozione in casi particolari. Tale meccanismo appare alla Corte remittente irrazionale e foriero di un esito sproporzionato, espressivo di un bilanciamento improprio tra i diritti del minore e l'interesse dello Stato a contrastare la GPA: un bilanciamento che lega la sorte del bambino a quella del contratto stipulato dagli adulti, muovendosi in contraddizione con la *ratio* delle recenti riforme del diritto di famiglia ispirate all'indifferenza dello stato del figlio rispetto alle condizioni di vita, ai rapporti familiari e personali ed alle scelte dei genitori<sup>9</sup>, senza peraltro che la *deminutio* dei diritti del minore sia compensata dall'apprestamento di una particolare tutela rivolta ai diritti della gestante. L'ordinanza rileva inoltre che, come tutti gli automatismi, anche quello scaturente dal principio di diritto sancito dalle Sezioni unite impoverisce il ruolo del giudice, pretendendo di vincolarlo ad offrire la *medesima* risposta – l'adozione in casi particolari – ad *ogni* domanda relativa al riconoscimento dell'efficacia di atti stranieri che attestino la paternità/maternità del “genitore d'intenzione non genetico” di minori nati da GPA, con l'elevata probabilità della concretizzazione di un trattamento *uguale* di casi *diversi*<sup>10</sup>.

Sin qui, le occasioni in cui la Corte costituzionale ha avuto modo di esprimersi sulla maternità surrogata sono nate da ordinanze di rimessione che non riguardavano direttamente l'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004, pur richiamando variamente tale norma nella struttura argomentativa delle questioni sollevate<sup>11</sup>. L'ord. n. 8325/2020 proietta, invece, in primo

---

<sup>9</sup>Cfr. la l. n. 2019/2012 e il d. lgs. n. 154/2013: in proposito, v. S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, cit., 130 ss. L'ordinanza richiama anche la nota sent. n. 494/2002 sui figli incestuosi: cfr. le considerazioni di B. LIBERALI, *Il divieto*, cit., 217 ss.

<sup>10</sup>I bambini potrebbero essere appena nati, ovvero potrebbero da anni convivere con i genitori “intenzionali”; questi potrebbero avere rispettato le norme dello Stato straniero, ovvero averle violate; la maternità surrogata potrebbe presentarsi come “commerciale” ovvero come “solidale”, etc. Peraltro, mancando una definizione normativa di maternità surrogata («sintagma che designa, come è noto l'accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando a “reclamare diritti” sul bambino che nascerà»: Corte cost., sent. n. 221/2019, par. 8, *cons. in dir.*), occorre attingere alle indicazioni provenienti dalla scienza, che consentono di prendere in considerazione fattispecie diverse, a seconda che i gameti provengano della coppia richiedente, o che vi sia l'incontro tra il seme maschile di uno dei componenti la coppia con quello di una donatrice ovvero con l'ovocita della portatrice, o, ancora, a seconda che dall'incontro di gameti maschili e femminili di due donatori esterni derivi un embrione destinato ad essere impiantato nel grembo della madre surrogata. Cfr. per tutti S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in A. SASSI-F. SCAGLIONE-S. STEFANELLI, *Trattato di Diritto Civile* diretto da R. Sacco, *Le Persone e la Famiglia*, 4, Utet Giuridica, Milano, 2018, 113 ss.

<sup>11</sup>Si tratta, tuttavia, di affermazioni di non trascurabile portata. Si pensi, ad esempio, alla precisazione sulla necessità di distinguere il regime giuridico della fecondazione eterologa da quello della maternità surrogata, contenuta nella sent. n. 162/2014; o alla definizione di quest'ultima quale «pratica che

piano il divieto da essa fissato, ma in quadro – come si è detto – complesso e peculiare, che sarà di seguito esaminato nei suoi tratti salienti.

**2. I dubbi del giudice a quo, la sent. n. 12193/2019 delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione e la sent. n. 272/2017 della Corte costituzionale**

Nella decisione delle Sezioni unite, l'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004, in quanto principio riconducibile all'ordine pubblico internazionale, appare come *il punto di chiusura* dell'ordinamento, con riferimento alla (ri)definizione legislativa del novero delle tecniche di procreazione assistita, escludendo recisamente che tra queste possano farsi rientrare le pratiche riconducibili alla gestazione per altri; ma anche come *il punto di partenza obbligato* per la magistratura, nei casi di GPA, per la valutazione delle richieste dei “genitori intenzionali non genetici”, opponendo tale norma un ostacolo insormontabile al riconoscimento dell'efficacia degli atti stranieri che ne attestino la maternità/paternità. Un esito che, sin qui, è stato raggiunto in diversi casi<sup>12</sup>, ma che – stando al principio formulato dalle Sezioni unite – non potrebbe più aversi.

Tale ricostruzione appare debitrice, oltre che di precedenti decisioni dello stesso Giudice di legittimità<sup>13</sup>, anche del quadro

---

offende in modo intollerabile la dignità delle donne e mina nel profondo le relazioni umane», formulata in occasione della sent. n. 272/2017 (su di essa, v. *infra*); o, ancora, alla notazione, contenuta nella recente sent. n. 221/2019 (che ha dichiarato non fondate le questioni sollevate sulle norme delle l. n. 40/2004 che escludono l'accesso delle coppie omosessuali alla procreazione assistita), per cui «il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione». In quest'ultima sentenza, peraltro, la Corte ha sottolineato come la “riscrittura” ad ampio raggio della l. n. 40/2004 da essa stessa operata non abbia messo in discussione le scelte di fondo del legislatore, relative, per un verso, alla configurazione delle tecniche di procreazione assistita «come rimedio alla sterilità o infertilità, e non come modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati»; per l'altro, alla riproduzione del modello di famiglia «caratterizzata da una figura materna e da una figura paterna». Tali affermazioni lasciano trasparire l'incompatibilità della GPA con il nostro ordinamento, in conseguenza della «decostruzione della maternità» che essa comporta: I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in AA. VV., *Focus: Verità*, cit., 23.

<sup>12</sup>*Ex multis*, v. Corte app. Milano, decr. 28 ottobre 2016, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); Corte app. Trento, ord. 23 febbraio 2017, *ivi*, con nota di A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*; Trib. di Agrigento, sez. civ., decr. 12 aprile 2017, *ibidem*; Corte app. Napoli, sent. 4 luglio 2018, *ivi*, con nota di ID., *Corte di appello di Napoli: i bambini arcobaleno sono figli di entrambi i genitori sin dalla nascita*; Corte app. Venezia, ord. 16 luglio 2018, *ivi*, con nota di ID., *Due padri: da Venezia un'altra importante conferma*. Sul riconoscimento di sentenze straniere di adozione, v. spec. Trib. Firenze, decr. 7 marzo 2017 e 18 marzo 2107, *ibidem*, con commento dello stesso A., “Una vera e propria famiglia”: da Firenze un nuovo passo avanti per il riconoscimento dell'omogenitorialità. In proposito, v. anche M. WINKLER, *Riconoscimento di sentenza di adozione straniera e nozione «perimetrata» di ordine pubblico internazionale: le due decisioni del Tribunale per i minorenni di Firenze*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 23 marzo 2017. Per un quadro generale, v. A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza*, cit., 6 ss.

<sup>13</sup>Cfr. spec. Corte cass. I sez. civ., sent. n. 24001/2014, che definisce l'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004 quale norma «certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta a presidio di beni giuridici fondamentali», precisando che tale ricostruzione non si pone in contrasto con il superiore interesse del minore, poiché «il legislatore italiano, invero, ha considerato,

tratteggiato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 272/2017, ampiamente richiamata dalle Sezioni unite. Si tratta della pronuncia che ha risolto la questione sollevata dalla Corte di appello di Milano sull'art. 263, c. c. nel corso di un giudizio avverso una sentenza di disconoscimento di maternità pronunciata nei confronti di una donna, che appariva come madre di un bambino venuto al mondo attraverso GPA in India, nel certificato di nascita formato in tale Paese. La donna e il marito erano entrambi indicati come genitori, ma in realtà il legame genetico con il bambino sussisteva solo nei confronti dell'uomo: da qui, la sentenza di disconoscimento di maternità, pronunciata in seguito alla richiesta in tal senso formulata dal curatore speciale del minore nominato dal Tribunale per i minorenni, la cui impugnazione ha dato vita al giudizio a quo.

Nel corso del processo, la ricorrente aveva proposto una questione di costituzionalità avente ad oggetto il divieto legislativo di surrogazione di maternità, ma la Corte di appello ne ha sollevata una diversa, impugnando l'art. 263 c. c. – era questa, in realtà, la norma applicabile al giudizio – nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo laddove sia ritenuta rispondente all'interesse del minore, con riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, c. 1, Cost, quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu<sup>14</sup>.

La Consulta ha rigettato la questione con una decisione interpretativa, ritenendo che tale valutazione non sia preclusa al giudice, ma – spingendosi al di là del “chiesto” – ha inserito nella trama argomentativa della motivazione una dura condanna della maternità surrogata, definendola come già accennato, quale pratica «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (sent. n. 272/2017, par. 4. 2, *cons. in dir.*)<sup>15</sup>. L'asprezza di tale

---

non irragionevolmente, che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando all'istituto dell'adozione [...] la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico».

<sup>14</sup>Un interessante dibattito sulla questione di costituzionalità si legge in AA.VV., Focus: *Verità della nascita e GPA (gravidenza per altri)*, a cura di B. Pezzini, in *GenIUS* ([www.geniusreview.it](http://www.geniusreview.it)), n. 2/2017, 6 ss.

<sup>15</sup>Sulla sentenza, v. 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* ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 1/2018, 148 ss.; G. BARCELONA, *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.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 9 marzo 2018; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, *ibidem*; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2/2018; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, 6/2017, 2990 ss.; A. SCHILLACI, *Oltre la “rigida alternativa tra vero e falso”: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, *ivi*, 1/2018, 385 ss.; ID., *La Corte costituzionale e la conservazione dello status filiationis acquisito all'estero: (molte) luci e (poche) ombre, tra verità biologica e interesse del minore*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 18 gennaio 2018.

giudizio – viepiù evidente se si considera che una parte rilevante della motivazione è volta a ricostruire il percorso compiuto dall’ordinamento verso una sempre maggiore apertura alla dimensione “intenzionale” della genitorialità – si riverbera anche in altri passaggi della sentenza, in particolare in quello in cui la Corte afferma che, nel quadro delle valutazioni attinenti al bilanciamento tra *favor veritatis* e *favor minoris* spettante al giudice in occasione dell’applicazione dell’art. 263, c. c., rientra «necessariamente la considerazione dell’elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale» (par. 4. 3, *cons. in dir.*). La magistratura è perciò chiamata dalla Consulta a tenere in conto «che vi sono casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa. In altri il legislatore impone, all’opposto, l’imprescindibile presa d’atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata» (par. 4. 2, *cons. in dir.*)<sup>16</sup>. Al tempo stesso, la sentenza rileva come tale imposizione conviva con la presenza di istituti che scongiurano il sacrificio totale dell’interesse del minore, consentendo la costituzione di un legame giuridico col “genitore intenzionale non genetico”: un legame, «che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, qual è l’adozione in casi particolari», garantisce al minore «una adeguata tutela» (par. 4. 3, *cons. in dir.*)

Ora, a mio avviso, la Corte – secondo lo schema tipico delle sentenze interpretative di rigetto “adeguatrici”<sup>17</sup> – “suggerisce” al giudice *a quo* (ed, indirettamente, agli altri giudici), che il ricorso all’adozione in casi particolari si presenta come *un’opzione di certo percorribile*, in quanto coerente con la Costituzione, nonostante essa offra all’interesse del minore una protezione più blanda rispetto a quella derivante dal riconoscimento dello *status filiationis*. Dalla sentenza, tuttavia, non emerge in modo altrettanto certo che questo debba essere *sempre* escluso e che l’adozione in casi particolari individui la *sola soluzione praticabile*, come invece afferma il principio di diritto fissato dalle Sezioni unite.

---

<sup>16</sup>In questo punto, la sentenza ribadisce la distinzione, già evidenziata nella sent. n. 162/2014, tra l’inseminazione eterologa e la GPA: vero è che nella GPA la gestante riceve il materiale genetico da terzi, ragione per cui – se si guarda al *modus procedendi* – «nella sostanza la surrogazione di maternità non è che una variante della fecondazione eterologa applicata alla donna»: V. SCALISI, *Maternità surrogata: come far cose con regole*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza. Problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta-G. D’Amico-L. D’Andrea, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, 212. Tuttavia, è vero anche che nel nostro ordinamento quest’ultima è costruita in modo che al di fuori della coppia coinvolta si ritrovino soltanto donatori anonimi, e che la madre biologica e la madre legale – all’opposto di quello che accade nella GPA – coincidano *sempre*, preservandosi così il principio “*mater semper certa*” (Cfr. B. PEZZINI, *Introduzione*, in AA.VV., *Focus: Verità*, cit., 7).

<sup>17</sup> Cfr. per tutti A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 187 ss.

Sul punto vale la pena di soffermarsi.

### 3. Segue: la maternità surrogata, la dignità delle donne, l'ordine pubblico internazionale

Le Sezioni unite attingono all'iter logico-giuridico sviluppato dalla Corte costituzionale, benché la sent. n. 272/2017 non riguardi una richiesta di trascrizione di uno *status filiationis* riconosciuto all'estero, bensì l'impugnazione della rimozione di uno *status* già attribuito, in considerazione della sua non veridicità. Tuttavia, la severità con cui la Consulta denuncia l'offesa recata dalla maternità surrogata alla dignità delle donne – *di tutte le donne*, non soltanto di quelle coinvolte, di volta, in volta, nella pratica – chiama in gioco la dimensione *oggettiva* della dignità della persona, proiettando tale aspra condanna al di là del caso specifico sottoposto alla Consulta.

Il riferimento alla dignità dischiude implicazioni che richiederebbero un approfondimento ben più ampio di quello ora possibile<sup>18</sup>. Nel giro di queste brevi notazioni, è consentito soltanto rilevare come dalla giurisprudenza costituzionale affiori che nella nozione giuridico-costituzionale della dignità coesistano una componente *soggettiva* – oggetto di una particolare attenzione, di recente, nell'accesa discussione sorta intorno al noto “caso Cappato”<sup>19</sup> –

<sup>18</sup>Tra gli scritti più recenti, v. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Eguaglianza e libertà nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009, 85 ss.; A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 1/2011 [nonché ID., *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *ConsultaOnline* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), II/2018, 392 ss.]; A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012; G. M. FLICK, *Elogio della dignità*, Città del Vaticano, 2015; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, 247 ss.; A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*. ([www.constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it)), 3/2019, I, 1 ss.

<sup>19</sup>Il riferimento, ovviamente, è a Corte cost., ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019, sulle quali la letteratura è vastissima: si rinvia, per tutti, a AA.VV., *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, a cura di A. Morrone, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 23 ottobre 2018; AA.VV., *Diritto alla vita, dignità umana e autodeterminazione nel caso Cappato. Aspetti problematici di un conflitto di valori*, num. monografico di *Diritti fondamentali* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 2018; G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur cost.*, 6/2018, 2487 ss.; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *ConsultaOnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 3/2018, 571 ss.; ID., *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 27 maggio 2019; ID., *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 27 novembre 2019; AA.VV., *Forum sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Riv. Gr. Pisa* ([www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)), 1/2019, 155 ss.; A. D'ALOAIA, *In attesa della legge (o del nuovo intervento della Corte Costituzionale) sul suicidio medicalmente assistito*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 30 giugno 2019; S. CANESTRARI, *Una sentenza “inevitabilmente infelice”: la “riforma” dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 4/2019, 2160 ss.; R. G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, Dat e congedo dalla vita dopo la l. n. 219/2017*, Aracne, Roma, 129 ss.; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n.*

e una componente *oggettiva*, quest'ultima evocata apertamente dalla Corte in un'altra importante decisione, la sent. n. 141/2019.

Si tratta della sentenza che ha respinto le censure proposte dalla Corte di appello di Bari sulla "legge Merlin", con riferimento alla prostituzione "volontaria" esercitata dalle *escort*<sup>20</sup>. In tale occasione, per quel che qui rileva, la Consulta ha avuto modo di segnalare come, nella parte in cui l'art. 41, c. 2, Cost. individua nella dignità della persona un limite all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata, esso allude, per l'appunto, alla componente *oggettiva* della stessa: «non si tratta, di certo, della "dignità soggettiva", quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore» (sent. n. 141/2019, par. 6. 1, *cons. in diritto*). Spetta al legislatore – quale «interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico» – l'individuazione delle ipotesi in cui l'esercizio dell'autonomia dei privati in ambito economico si traduce in un'«attività che degrada e svilisce l'individuo»<sup>21</sup>: il che accade per antonomasia nei casi in cui il corpo umano o le sue parti siano trasformate in «fonte di lucro» [art. 3, lett. c), Carta dei diritti fondamentali dell'Ue]. Se si considera che il corpo

---

207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?, in *Quad. cost.*, 3/2019, 531 ss.; C. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, *ivi*, 267 ss.; C. TRIPODINA, La «circoscritta area» di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, 224 s.; G. RAZZANO, Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio, in *Diritti fondamentali* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 1/2020, 618 ss.

<sup>20</sup>La decisione è stata variamente commentata: v. A. ANSELMO, *Il corpo delle donne innanzi alla Consulta: consumo o libertà?*, in *Giudicedonna.it* ([www.giudicedonna.it](http://www.giudicedonna.it)), 1/2019, 1 ss.; S. BERNARDI, *Sulla illegittimità costituzionale dei delitti di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione: irrilevante il fatto che l'esercizio del meretricio sia frutto di libera scelta?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 8 luglio 2019; R. BIN, *La Corte, i giudici e la dignità*, in *Biolaw Journal – Riv. BioDiritto* ([www.rivista.biodiritto.org](http://www.rivista.biodiritto.org)), 2/2019, 1 ss.; ID., *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 26 novembre 2019; A. DE LIA, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 20 giugno 2019 (*ivi*, v. anche M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, 8 settembre 2019); A. DI MARTINO, *È sfruttamento economico e non autodeterminazione sessuale: la Consulta salva la legge Merlin*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 20 giugno 2019; C. P. GUARINI, *La prostituzione «volontaria e consapevole»: né libertà sessuale né attività economica privata "protetta" dall'art. 41 Cost. A prima lettura di Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Oss. AIC* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 4/2019; F. PIERGENTILI, *Prostituzione: dignità umana e autodeterminazione nella sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, in [www.centrostudiliviatino.it](http://www.centrostudiliviatino.it), 14 giugno 2019; D. PIVA, *Sulla (perdurante) legittimità del reclutamento e del favoreggiamento della prostituzione – Corte cost. n. 141 del 2019*, in [www.archivio\\_penale.it](http://www.archivio_penale.it), 2019; N. FOLLA, *Legge Merlin: favoreggiamento e reclutamento della prostituzione costituiscono reato anche quando "vendere sesso" è una scelta libera e consapevole*, in *Corr. giur.*, 11/2019, 1303 ss.; F. POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale, ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. La sent. n. 141/2019 e la "sostanza delle cose"*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2/2020.

<sup>21</sup>Le citazioni sono tratte dalla sent. n. 141/2019, par. 6, *cons. in dir.*

umano «non è un involucro abitato da un individuo», ma «è la persona stessa»<sup>22</sup>, quando esso viene “messo sul mercato” ne deriva *inevitabilmente* la degradazione di chi subisca una tale reificazione, anche in assenza di costrizioni, violenze o minacce.

Il discorso svolto dalla Corte nella sent. n. 141/2019 può applicarsi, *mutatis mutandis*, alla maternità surrogata “commerciale”. La mercificazione della gravidanza e la “contrattualizzazione” della consegna dei neonati alle coppie “committenti” dietro pagamento di una somma di denaro trasformano in *mezzo* il grembo femminile ed in *beni commerciabili* i bambini: tali pratiche, nel nostro ordinamento, non possono *in alcun caso* considerarsi lecite. La *vis* rivoluzionaria e pervasiva del principio della pari dignità sociale di tutti i cittadini (art. 3, c. 1, Cost.), in connessione con la richiesta dell’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà (art. 2 Cost.), comporta che a *nessuno* sia consentito di determinare la *disumanizzazione* di un altro essere umano – come quella derivante dalla messa “sul mercato” del corpo, che reifica la persona nella sua interezza – e nemmeno di *contribuire in alcun modo* a tale degradazione, pur quando essa si compia (o *sembri* compiersi...) con il consenso di chi la subisce, nel quadro di una relazione contrattuale (art. 41, c. 2, Cost.). Non si può, inoltre, ignorare che l’affidamento alla Repubblica della *protezione* della maternità, dell’infanzia e della gioventù (art. 31 Cost.) si spiega alla luce del principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, c. 2, Cost.), in ragione della intrinseca condizione di vulnerabilità, dovuta al *deficit* di autosufficienza che – in modo diverso – caratterizza ciascuna di queste delicate fasi della vita: una fragilità che si accentua, come è ovvio, quanto più le donne in gravidanza, i minori e i giovani appartengano a fasce socialmente ed economicamente “deboli” e siano perciò esposti a divenire facili prede di chi intenda approfittarsi della loro inesperienza o della situazione di bisogno in cui versino. Né, guardando alla realtà di molti Stati in cui la maternità surrogata “commerciale” è ammessa, si può obliterare che «la medicalizzazione e la giuridicizzazione (per contratto o per legge di tale pratica) hanno rappresentato una nuova forma di controllo e di esercizio di ‘potere’ sul corpo della donna»<sup>23</sup>.

In questa luce, non stupisce che le Sezioni unite abbiano guardato al divieto di GPA come «terminale del canone costituzionale di tutela

---

<sup>22</sup>Così, S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *Biolaw Journal – Riv. BioDiritto* ([www.rivista.biodiritto.org](http://www.rivista.biodiritto.org)), 2/2016, 10.

<sup>23</sup>In tal senso, v. F. ANGELINI, *Bilanciare insieme*, cit., 12. Per una visione diversa da quella proposta nel testo, v. però M. GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, in *Giudicedonna.it* ([www.giudicedonna.it](http://www.giudicedonna.it)), 2/2017, 1 ss.

della dignità della donna gestante e di quello della prevalenza della verità biologica della nascita»<sup>24</sup>.

Le Sezioni unite, però, si spingono ad un approdo a mio avviso non immediatamente desumibile dalla sent. n. 272/2017 della Consulta, nella parte in cui assegnano all'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004 il rango di principio di ordine pubblico, inteso quest'ultimo quale «insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico», che – proprio in quanto espressione di principi storicamente determinati – appare ricostruibile alla stregua «non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria».

Qui le Sezioni unite “aggiornano” il concetto di ordine pubblico internazionale, “saldando” due recenti e ben noti orientamenti: quello tratteggiato dalla sent. n. 19599/2016 della prima sezione civile della Corte di cassazione, secondo cui esso si compone del «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico [...] ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria», come tali desumibili dalla Costituzione e – in quanto con essa compatibili – «dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, nonché dalla Cedu»<sup>25</sup>; e quello, delineato dalle stesse Sezioni unite, che mira alla

<sup>24</sup>Le citazioni sono tratte da M. C. VENUTI, *Le sezioni unite*, cit., 9.

<sup>25</sup>Si tratta della decisione favorevole alla trascrizione di un certificato di nascita, formato all'estero, attestante la doppia maternità nei confronti di un bambino nato da una coppia di donne sottopostesi ad una “variante” dell'inseminazione eterologa, grazie alla quale una delle due – la madre biologica – aveva ricevuto il seme da un donatore anonimo e l'ovocita dall'altra. La pronuncia evidenzia la differenza tra la maternità surrogata e il caso oggetto del giudizio, ma ciò nonostante, molti giudici di merito hanno assunto la sentenza quale *leading case* a supporto di decisioni favorevoli alla trascrizione di provvedimenti stranieri che riconoscono come genitori quelli “intenzionali non genetici” in ipotesi di GPA, ritenendo che la l. n. 40/2004 sia inidonea ad esprimere principi di ordine pubblico internazionale, in quanto non direttamente e univocamente attuativa di “principi supremi dell'ordinamento costituzionale”. Sulla decisione, confermata da Cass., sez. I civ., sent. n. 14878/2017, si rinvia, per tutti, a C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 119 ss.; S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS* ([www.geniusreview.it](http://www.geniusreview.it)), 2/2017, 49 ss.; della stessa A., v. anche *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità*, cit., spec. 214 ss.; A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza*, cit., 6 ss. Di recente, peraltro, la Corte di cassazione si è espressa in senso opposto con riferimento alla formazione in Italia di atti di nascita nei quali siano indicate due madri, ritenendo – anche alla luce della sent. n.221/2019 della Consulta – che nel nostro ordinamento una sola persona abbia diritto di essere menzionata come tale, in virtù di un rapporto di filiazione che presupponga il legame biologico e/o genetico con il nato: cfr. Corte cass., I sez. civ., sentt. n 7668 e 8029/2020, su cui v. G. FERRANDO, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, e S. CELENTANO, “Tradizione”, “natura” e pregiudizio. *Storie di figli nati a metà*, entrambi

valorizzazione del ruolo giocato dalle leggi ordinarie nella definizione incessante dell'insieme dei principi fondanti dell'ordinamento, ruolo fortemente ridimensionato nella prima ricostruzione, che esclude possa riscontrarsi contrarietà all'ordine pubblico in conseguenza della semplice incompatibilità con norme interne, pur se imperative ed inderogabili, esprimendo queste ultime, in linea di principio, scelte discrezionali delle maggioranze parlamentari che le hanno adottate<sup>26</sup>. Con una suggestiva metafora, le norme legislative costitutive dell'ordine pubblico sono definite, in questo secondo orientamento, quali «nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo», che «inverano l'ordinamento costituzionale»<sup>27</sup>. In realtà, tale paragone lascia nell'ombra i criteri in base ai quali individuare, nel *mare magnum* delle leggi ordinarie, quelle «portatrici» di principi di ordine pubblico, posto che, in linea di massima, tutte o quasi possono ricondursi all'attuazione dei principi costituzionali. Ma, tornando alla questione di costituzionalità, si può sostenere che, in forza della connessione tra i due orientamenti operata dalle Sezioni unite, queste considerano l'art. 12, l. n. 40/2004 come un «ganglio nevralgico» in tale fascio di «nervature sensibili».

Naturalmente, sulla recente ridefinizione per via giurisprudenziale del concetto di ordine pubblico internazionale si è acceso un ampio dibattito, al quale in questa sede non è possibile nemmeno accennare. Ai fini delle note che si vanno svolgendo, va però evidenziato che, come si è visto, per le Sezioni unite l'elevazione dell'art. 12, l. n. 40/2004 a principio di ordine pubblico non comporta soltanto l'inclusione del «granitico divieto di surrogazione di maternità»<sup>28</sup> nello spettro delle variabili di cui il giudice deve tenere conto in occasione del bilanciamento tra *favor minoris* e *favor veritatis*, bensì *predetermina anche l'esito di tale operazione*. Questo, come già detto, coincide sempre con l'esclusione del riconoscimento di un provvedimento straniero dal

---

in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 12 maggio 2020.

<sup>26</sup>In senso analogo, v. la già ricordata Corte cass. I sez. civ., sent. n. 24001/2014, secondo cui l'ordine pubblico si pone come «limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna», il quale «dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili», da individuarsi includendo nell'ordinamento nazionale «principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale».

<sup>27</sup>Corte cass., Sez. un. civ., sent. n. 16601/2017 (avente ad oggetto i «danni punitivi»), su cui v. A. Di MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 8-9/2017, 1787 ss.; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, 1, 2630 ss.; *ivi*, v. anche di E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, 2639 ss.; R. SIMONE, *La responsabilità civile con è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, 2644 ss.; P.G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, 2648 ss.; C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, *ivi*, 2018, I, 2504 ss.

<sup>28</sup>Così, M. C. VENUTI, *Le sezioni unite*, cit., 8.

quale risulti che il nato da GPA sia figlio del genitore “d’intenzione non genetico” e con l’applicazione delle norme sull’adozione in casi particolari.

Ora, a mio avviso, il profilo problematico più rilevante di questa ricostruzione non si rintraccia nella collocazione dell’interesse del minore in una posizione “recessiva”. Posto che l’interesse del minore si presenta come «una nozione paurosamente oscillante e suscettibile di trasformarsi camaleonticamente in ragione dei casi, disponendosi docilmente a sue plurime, continuamente cangianti appunto, ridefinizioni da parte dell’operatore di turno»<sup>29</sup>, risponde alla logica del bilanciamento che tutti i diritti – anche quelli cui, ordinariamente, si riconosce un ruolo “preminente” – possano in casi specifici ritrovarsi “soccumbenti”, subendo perciò la loro tutela un ridimensionamento a vantaggio di quella apprestata ai diritti con in quali entrino in conflitto, qualora le esigenze dei casi concreti inducano a ritenere *ragionevole* tale approdo, e purché la contrazione della tutela non si spinga sino ad un drastico azzeramento della protezione. Non esistendo una gerarchia in astratto tra i diritti (e i principi) costituzionali, «il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»<sup>30</sup>. In altre parole, «un diritto pesa più o meno, a seconda del concreto rapporto in cui si trova in una situazione data, con uno o più altri diritti»<sup>31</sup>. Peraltro, nel caso di specie, come si è visto, l’interesse del minore non viene *del tutto* privato di tutela, subendo un sacrificio solo parziale, sulla cui *ragionevolezza* la sent. n. 272/2017 si è già espressa in senso positivo, ritenendo adeguata la protezione offerta dall’adozione in casi particolari.

Il punto discutibile riguarda, piuttosto, la sostanziale restrizione della discrezionalità dei giudici e le implicazioni che ne derivano: come si è visto, secondo il principio fissato dalle Sezioni unite, nei casi come

---

<sup>29</sup>Cfr. A. RUGGERI, *La maternità surrogata, ovvero sia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS* ([www.geniusreview.it](http://www.geniusreview.it)), 2/2017, 65. Anche nella giurisprudenza della Corte Edu il “preminente interesse del minore”, che individua un costante punto di riferimento (anche) nella soluzione di casi connessi alla maternità surrogata, conduce ad esiti diversi, a seconda dei casi: sul punto, *ex multis*, v. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016; B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell’adozione e della filiazione “sorrette” da un’ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 1/2017, 1 ss.; B. LIBERALI, *Il divieto*, cit., 209.

<sup>30</sup>Corte cost., sent. n. 85/2013, par. 9, *cons. in dir.*

<sup>31</sup>In tal senso, v. G. SILVESTRI, nell’intervista di R. CONTI intitolata *Il dialogo Habermas Günther, riletto dalla cultura giuridica italiana. Parte prima*, in *Giustizia insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 19.6.2020.

quello al centro del processo *a quo* l'esito del giudizio diviene, in sostanza, definibile *a priori*, quali che siano le specificità emergenti dalle domande avanzate dai "genitori intenzionali non genetici" in ordine al riconoscimento dell'efficacia dei provvedimenti stranieri. Il bilanciamento compiuto *in astratto* dal legislatore toglie *sistematicamente* ogni spazio a quello *in concreto*, spettante alla magistratura.

Il giudice *a quo* rileva qui un impoverimento del ruolo dei giudici analogo a quello contemplato dall'art. 569, c. p., dichiarato incostituzionale nella parte in cui prevedeva la perdita automatica della potestà genitoriale in caso di condanna pronunciata per il delitto di alterazione di stato (sent. n. 31/2012) e per quello di soppressione di stato (sent. n. 7/2013), ma – *mutatis mutandis* – si può richiamare anche il meccanismo scaturente dall'originaria stesura dell'art. 3, c. 1, d. lgs. n. 23/2015, anch'esso annullato dalla Corte nella parte in cui fissava «una misura risarcitoria uniforme indipendente dalle peculiarità e dalla diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro», traducendosi «in un'indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono, nell'esperienza concreta – diverse»<sup>32</sup>. Nel nostro caso, non soltanto situazioni differenti finiscono per essere assoggettate al medesimo trattamento, ma in più per i bambini nati da GPA, e solo per essi, laddove manchi il legame genetico con almeno uno dei componenti la coppia, «si determina una differenziazione nella modalità di riconoscimento e di mantenimento dello *status filiationis*, che dipende esclusivamente dalle modalità del concepimento e della gestazione»<sup>33</sup>.

In tal modo, l'ordinanza di rimessione mette in dubbio la compatibilità con la Costituzione del principio di diritto fissato dalle Sezioni unite nella parte in cui ammette che la legge possa imporre alla magistratura l'accantonamento sistematico del canone di ragionevolezza-proporzionalità nell'esercizio dell'attività ermeneutica, oscurando così l'esigenza di offrire alle *singole* domande di giustizia avanzate nelle aule giudiziarie una risposta costituzionalmente conforme, in quanto *equilibrata*, «cioè rispettosa delle diverse e [...] contrastanti pretese di tutela, riferibili a princìpi costituzionali diversi»<sup>34</sup>.

Naturalmente, non è possibile prevedere l'esito del giudizio, ma questo snodo dell'ordinanza sembra offrire una buona dose di consistenza ai dubbi del giudice *a quo*. A meno che non si ritenga che l'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004 sia non soltanto una norma

---

<sup>32</sup> Sent. n. 194/2018, par. 11, *cons. in dir.*

<sup>33</sup> Così, B. LIBERALI, *Il divieto*, cit., 217 ss.

<sup>34</sup> Così, G. SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Rass. parl.* 3/2008, 583.

“costituzionalmente necessaria”, secondo la definizione che la Consulta ha attribuito all’intera disciplina sulla procreazione medicalmente assistita<sup>35</sup>, ma sia anche una norma a “contenuto costituzionalmente vincolato”: il divieto rigoroso di surrogazione della maternità esprimerrebbe, allora, non già una scelta *discrezionale* del legislatore, ma l’*unica* opzione che il nostro ordinamento possa ammettere. L’assolutezza del divieto, l’inderogabilità del bilanciamento fissato dal legislatore, il sacrificio dei diritti del minore, la compressione della discrezionalità giudiziaria si giustificherebbero in relazione al fine di scongiurare un’incisione *immediata e diretta* sulla dignità della persona: valore che, nel nostro ordinamento, «rappresenta la sintesi dei valori fondamentali intangibili, anche se bilanciabili», così che essa «non è a sua volta, bilanciabile»<sup>36</sup>.

Senonché, l’attribuzione di una tale, peculiare natura all’art. 12, c. 6, l. n. 40/2004 – che ne confermerebbe l’ascrizione all’ordine pubblico internazionale, in quanto norma che senza dubbio “invera l’ordinamento costituzionale” – *presuppone un’espressa attestazione in tal senso da parte della Consulta*, cui compete l’individuazione delle leggi “a contenuto costituzionalmente vincolato”: attestazione di cui, però, non si trova traccia nelle decisioni della Corte<sup>37</sup>. Forse, ciò si deve alla circostanza che, sin qui, essa si è espressa sulla maternità surrogata in modo frammentario e disorganico, attraverso *obiter dicta* e precisazioni *ad abundantiam*, in pronunce relative a questioni di costituzionalità impiegate su norme diverse dall’art. 12, l. n. 40/2004. Ma appunto per questo, e posto che è sempre difficile interpretare il silenzio, a mio avviso la questione sollevata dall’ord. n. 8325/2020 *esige* che la Corte costituzionale ricomponga tali frammenti in una visione unitaria, per sciogliere definitivamente il nodo del “rango” attribuito, nel nostro ordinamento, al divieto di surrogazione della maternità.

#### **4. Segue: il ruolo “parametrico” attribuito al parere consultivo della Corte Edu**

Ulteriori notazioni possono svolgersi sul ruolo “parametrico” assegnato dall’ordinanza di rimessione al parere consultivo della Corte di Strasburgo.

---

<sup>35</sup>La Corte ha così definito la l. n. 40/2004 nella sent. n. 162/2014, par. 5 *cons. in dir.*, richiamando in proposito anche le sentt n. 45 e 49/2005.

<sup>36</sup>In tal senso, v. G. SILVESTRI, nell’intervista curata da R. CONTI, intitolata *Il dialogo Habermas Günther*, cit.

<sup>37</sup> Un semplice accenno alla qualificazione dell’art. 12, c. 6, l. n. 40/2004 quale principio di ordine pubblico da parte delle Sezioni unite, senza alcuna altra considerazione, si legge nella sent. n. 221/2019, par. 8, *cons. in dir.*

Per la Corte remittente non assume rilievo alcuno la circostanza che l'Italia non abbia ancora ratificato il Protocollo n. 16, e nemmeno che i pareri preventivi siano sprovvisti di efficacia vincolante, nei confronti del giudice che li richieda ed, a maggior ragione, nei confronti di quelli degli altri Stati. Questi dati restano sullo sfondo dell'ordinanza, che definisce il parere, con una formula suggestiva ma afflitta da una certa dose di indeterminatezza, alla stregua di «un giudizio astratto teso a chiarire in via preliminare il contenuto delle norme convenzionali, fornendo quindi un ausilio ai giudici nazionali, che potranno così prevenirne la soluzione ovvero, se già commessa, porvi rimedio». Con la precisazione che esso «*impone* scelte ermeneutiche differenti da quelle adottate dalle Sezioni unite» (corsivo aggiunto)<sup>38</sup>.

Ora, non è possibile, nel giro di queste rapide notazioni, approfondire le complesse problematiche connesse all'introduzione dello «strumento di nomofilachia europea» previsto dal Protocollo n. 16<sup>39</sup>: ma certamente può notarsi come la mancanza di efficacia vincolante non sminuisca il ruolo che i pareri potranno assumere nel “dialogo” tra «le più alte giurisdizioni statali»<sup>40</sup> e la Corte Edu. Appare infatti probabile che essi producano un seguito conforme, e non solo all'interno degli Stati direttamente coinvolti, «se non altro per il timore che gli atti che vi si discostino possano quindi dar adito a ricorsi a Strasburgo in sede giurisdizionale»<sup>41</sup>. Come è stato rilevato, non si può dimenticare che si tratta di un «parere reso dal (potenziale) giudice del medesimo caso»<sup>42</sup>. Tuttavia, l'adesione ai pareri resta una *scelta* e non un *obbligo* per le autorità giudiziarie nazionali, posto che essi sono formulati dalla Corte europea in una sede *diversa da quella giurisdizionale*: basta questo a escludere che i pareri possiedano una capacità di condizionare il poterdovere dei giudici di interpretare le leggi in senso convenzionalmente conforme, *ex art. 117, c. 1, Cost.*, pari a quella propria delle sentenze del

---

<sup>38</sup>Cfr. A. M. LECIS, *Una nuova frontiera, cit.*; G. LUCCIOLI, *Il parere preventivo della Corte edu, cit.*

<sup>39</sup> Per questa locuzione, v. R. CONTI, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *ConsultaOnline* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2014, 1 ss. (più di recente, v. ID., *Chi ha paura del Protocollo 16 - e perché?*, in *Sistema penale* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), 27 dicembre 2019. Cfr. anche G. SORRENTI, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 8 luglio 2014; A. RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Riv. dir. comparati* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 1/2020, 213 ss.; M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei protocolli n. 15 e n. 16 della Cedu*, in *Sistema penale* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), 27 novembre 2019.

<sup>40</sup> Così, l'art. 1 del Protocollo n. 16, che rimette ai singoli Stati l'individuazione delle autorità giudiziarie cui attribuire il ruolo di “interlocutrici dirette” della Corte europea (art. 10).

<sup>41</sup> In tal senso, v. A. RUGGERI, *Protocollo 16, cit.*, 226.

<sup>42</sup> Così, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti, cit.*, 113.

Giudice di Strasburgo. In senso opposto sembra invece andare l'ordinanza di rimessione, nella parte in cui, denunciando il contrasto tra il parere della Corte europea ed il quadro normativo interno, se interpretato alla luce del principio di diritto fissato dalle Sezioni unite, ritiene che tale contrasto "ridondi" nella violazione dell'art. 117, c. 1 Cost. Scorrendo la ricca motivazione della questione di costituzionalità, l'impressione è che essa si infragisca proprio nel punto in cui allude a questo inedito meccanismo di "ridondanza": la Corte remittente *presume* che il contrasto tra il quadro normativo interno e le indicazioni del Giudice europeo determini senz'altro una violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., assegnando al parere un ruolo "parametrico" che appare discutibile.

O meglio: un ruolo del genere potrebbe attribuirsi a quei pareri che riproducano fedelmente gli indirizzi consolidati della giurisprudenza di Strasburgo, presentandosi come espressivi della "sostanza" di tali orientamenti<sup>43</sup>. In questo caso, infatti, essi opererebbero come "mappe" offerte alla magistratura nazionale per l'individuazione, nella materia cui si riferiscono, del «"diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo» (Corte cost., sent. n. 49/2015). Ma anche in questa ipotesi il vincolo nei confronti dell'attività ermeneutica dei giudici non deriverebbe dai pareri in quanto tali, bensì dalle sentenze della Corte Edu, secondo le coordinate tracciate dalla Consulta a partire dalle notissime "sentenze gemelle" del 2007<sup>44</sup>.

Pertanto, anche se si ritiene che nel parere sulla maternità surrogata la Corte europea abbia trasfuso la "sostanza" dei propri orientamenti consolidati in questa controversa materia<sup>45</sup>, resta comunque fermo che –

---

<sup>43</sup> Cfr. A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in Riv. AIC., ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2/2014, 12.

<sup>44</sup> Tra i contributi più recenti, v. A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra Cedu e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2017; R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *ConsultaOnline* ([www.giurost.org](http://www.giurost.org)), III/2018, 618 ss.; A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in *Oss. AIC* ([www.osservatoriocostituzionale.it](http://www.osservatoriocostituzionale.it)), 1/2018, 1 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, Esi, Napoli, 2018, 275 ss.; E. MALFATTI, *La Cedu come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Riv. Gruppo di Pisa* ([www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)), 2019, 116 ss.

<sup>45</sup> In realtà, nei casi in cui ha avuto modo di esprimersi su vicende che coinvolgevano ipotesi di maternità surrogata, la Corte Edu non si è mai interrogata direttamente sulla compatibilità con la Cedu di tali pratiche, in sé e per sé considerate. Si ritrovano, è vero, alcuni *topoi* ricorrenti, come ad esempio, al di là del richiamo al "preminente interesse del minore", l'estensione della tutela accordata dall'art. 8 Cedu ai legami familiari *de facto*, con la precisazione che la norma «non protegge il semplice desiderio di formare una famiglia, ma presuppone l'esistenza di una famiglia, o quantomeno di una potenziale relazione» (Corte Edu, sent. 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*); o, ancora, l'individuazione nel legame genetico o biologico con il minore quale limite oltre il quale è rimessa alla discrezionalità del legislatore statale l'individuazione degli strumenti più adeguati per conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale: cfr. spec. Corte Edu (*Grande Chambre*), sent. 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*; Corte Edu, sent. 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia* e

come è noto – spetta al Giudice delle leggi «valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano», tenuto conto, per un verso, che a differenza della Corte Edu, la Consulta opera «una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata» (sent. n. 264/2012, par. 4. 1, *cons. in diritto*); per l'altro, che «la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, così che nel concetto di massima espansione delle tutele – il “metaprincipio” che guida la Consulta nell'opera di integrazione tra le tutele apprestate ai diritti fondamentali dalla Costituzione, dalla Cedu e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue<sup>46</sup> – «deve essere compreso il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela» (sent. n. 317/2009, par. 7, *cons. in diritto*).

Ciò significa che la Corte costituzionale valuterà la sussistenza delle condizioni in presenza delle quali gli orientamenti del Giudice di Strasburgo sono da considerarsi vincolanti, alla stregua della sua stessa giurisprudenza: acquista perciò peculiare rilievo l'eventuale rigetto della questione di costituzionalità qui esaminata, con la conferma, da parte della Consulta, della natura di principio di ordine pubblico dell'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004. In tal caso, infatti, il Giudice delle leggi potrebbe ritenere che l'adeguamento del nostro ordinamento alle indicazioni formulate dalla Corte europea finisca per condurre a «un ordinamento del caso concreto non già meramente contrastante con una o altra norma giuridica (regola o principio), anche imperativa, ma contrario ai principi identificativi del sistema»<sup>47</sup>.

Nell'ipotesi ora formulata, la Corte costituzionale potrebbe offrire il proprio avallo al “disallineamento” tra il nostro ordinamento e le indicazioni provenienti da Strasburgo, nella medesima prospettiva seguita in occasione di altri casi di “conflitto” tra le due Corti, in cui la Consulta ha “disapplicato” le sentenze di condanna della Corte Edu, ritenendo che

---

*Labassee c. Francia*. In linea di massima, può dirsi che la Corte ha lasciato alle autorità nazionali «il compito di dipanare il groviglio etico e giuridico generato dall'intreccio di desideri individuali, esigenze pubbliche e sentimenti morali»: così, L. POLI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri*, in AA.VV., *Riproduzione e relazioni*, cit., 162 ss. (170 per la citazione), cui si rinvia per ogni altro riferimento bibliografico e giurisprudenziale.

<sup>46</sup> Cfr. A. RANDAZZO, *Il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Diritti fondamentali*, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2/2020, 689 ss.

<sup>47</sup> Così, V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenIUS* ([www.geniusreview.it](http://www.geniusreview.it)), 2/2019, 20.

l'esecuzione della decisione avrebbe comportato uno squilibrio nella tutela sistemica dei diritti costituzionali coinvolti<sup>48</sup>.

### 5. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni svolte sin qui, la singolarità della questione sollevata dalla prima sezione della Corte di cassazione si conferma anche per un motivo ulteriore rispetto a quelli già individuati: essa chiama la Corte costituzionale a esprimersi, allo stesso tempo, sul *passato* e sul *futuro*.

Sul *passato*, in quanto, al fine di sciogliere i dubbi prospettati nell'ordinanza di rimessione, la Consulta offrirà, presumibilmente, l'“interpretazione autentica” delle proprie affermazioni sull'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004 contenute in varie decisioni attinenti a questioni che non puntavano «al centro del bersaglio normativo, sfiorandolo solo nel suo cerchio più ampio, marginale»<sup>49</sup>. Sul *futuro*, poiché appare probabile che, nell'esprimersi sul ruolo “parametrico” assegnato dal giudice *a quo* al parere consultivo della Corte Edu, il Giudice delle leggi si soffermi anche sulle ricadute che la novità introdotta dal Protocollo n. 16 potrà produrre sulle dinamiche del “dialogo” con la Corte di Strasburgo.

Tuttavia, non è il caso di azzardare profezie: altre volte mi è capitato di ricordare una *boutade* attribuita a Niels Bohr, secondo cui è difficile formulare previsioni, specie quando riguardano l'avvenire. È bene, pertanto, che queste riflessioni si fermino qui, nell'attesa della decisione della Corte costituzionale.

---

<sup>48</sup>Su di essi, v. R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu*, cit., 631 ss.; E. MALFATTI, *La Cedu*, cit., 144 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti*, cit., 293 ss.

<sup>49</sup>Così, A. RUGGERI, *La maternità surrogata*, cit., 63. Ed è auspicabile, peraltro, che la Consulta si esprima anche sulla portata del divieto, chiarendo se esso ingloba o meno anche le ipotesi di maternità surrogata “gratuita” (in *reale* assenza di forme di mercificazione della gravidanza e dei bambini), specie se esse avvengano tra persone legate da un vincolo affettivo: in proposito, v. G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 55 ss.; B. PEZZINI, *Nascere*, cit., 220 ss., nonché ID., *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il “principio del nome della madre” nella gravidanza per altri*, in AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità*, cit., 118 ss.; A. RUGGERI, *La maternità surrogata*, cit., 60 ss.; A. RUGGERI-C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *ConsultaOnline* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 1/2017, 138 ss.; C. SARACENO, «Dilemmi intorno alla maternità surrogata», in *Giudicedonna.it*, ([www.giudicedonna.it](http://www.giudicedonna.it)), 2017, 1 ss.; S. AGOSTA, *In fuga dai divieti*, cit., 79 ss.; ID., *La maternità surrogata*, cit., 24 ss.; V. BARBA, *Ordine pubblico*, cit., 32 ss.; L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè, Milano, 2108, 199 ss.; A. LORENZETTI, *Riflessioni sulla maternità surrogata: cuique suum?*, in AA.VV., *Riproduzione e relazioni*, cit., 143 ss.