



14 LUGLIO 2021

Tra diritti e poteri: la surrogazione di
maternità all'estero riletta alla luce degli
insegnamenti di Alessandro Pizzorusso

di Stefano Agosta

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Messina

Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso^{*}

di Stefano Agosta

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Messina

Abstract [It]: Il peculiare caso dell'esecuzione in Italia della pronuncia estera che riconosce il rapporto di genitorialità tra il padre non biologico ed il figlio venuto alla luce grazie alla maternità surrogata realizzata in un altro paese si presta ad essere esaminato da molteplici angoli visuali. Nella prospettiva dei diritti, sono in particolare intervenute sia le S.U. della Corte di Cassazione che la Corte costituzionale: le prime (2019) negano al padre intenzionale il riconoscimento della co-genitorialità, ammettono l'accesso all'adozione c.d. in casi particolari ex art. 44, lett. b), l. n. 184/1983 e ribadiscono la bilanciabilità dell'interesse del minore con altri valori parimenti ritenuti meritevoli di protezione costituzionale (come, sopra tutti, la dignità umana della gestante); la seconda (2021) riconosce il best interest del figlio a vedersi finalmente riconosciuto dall'ordinamento quanto già si è consolidato nella sua quotidianità di fatto, conferma la non assiomatica recessività del bisogno (penalmente presidiato) di scoraggiare l'accesso all'estero delle coppie alla surrogazione di maternità ma richiede al contempo al legislatore di individuare la soluzione che, tra le molte possibili sul tappeto, offra maggiori garanzie di affidabilità del bilanciamento tra tutte le istanze coinvolte rispetto al tradizionale istituto dell'adozione in casi particolari. Negando un'illegittima interferenza nella sfera discrezionale esclusivamente riservata al legislatore, sul versante dei poteri le stesse S.U. cit. escludono infine che la decisione di ammettere la trascrivibilità in Italia di un atto estero di co-genitorialità sia affetta dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale. A distanza di quasi un quarantennio trova, così, ulteriore conferma l'insegnamento di Alessandro Pizzorusso il quale, negando che l'attività giudiziaria potesse essere declassata a meccanica esecuzione del comando legislativo, riaffermava al contrario la centralità del ruolo della magistratura nel processo di creazione-applicazione normativa e nella stessa forma di governo italiana.

Abstract [En]: The peculiar case of the execution in Italy of the foreign ruling which recognizes the parenting relationship between the non-biological father and the child born with surrogacy in another country can be examined from multiple angles. In the rights perspective, in particular the Court of Cassation United Section and the Constitutional Court have spoken: the first (2019) deny the intentional father the recognition of co-parenting, admit access to the special cases adoption pursuant to art. 44, lett. b), l. no. 184/1983 and they reaffirm minor's interest balancing with other constitutional values (such as, above all, pregnant woman's human dignity); the second (2021) recognizes child's best interest in being finally recognized by the legal system what has already been consolidated in his everyday life, the Court confirms the need (criminally guarded) to discourage access abroad of couples to the surrogacy non-axiomatic recessivity but, at the same time, requires the legislator to identify the solution that, among many possible, offers greater guarantees of reliable balancing between all the instances involved compared to adoption in particular cases traditional institution. By denying unlawful interference in legislator discretionary and exclusively reserved sphere, in the public power's perspective the same U.S. cit. finally exclude that the decision to admit the transcribability in Italy of a co-parenting foreign act is affected by excessive jurisdictional power vice. Almost forty years later, Alessandro Pizzorusso's teaching is confirmed when it denies that judicial activity could be downgraded to legislative act mechanical execution and reaffirmed judiciary central role in law creation-application process and in the same Italian form of government.

Parole chiave: genitorialità; maternità surrogata; adozione in casi particolari; dignità umana; ordine pubblico

* Articolo sottoposto a referaggio. Il testo riproduce – con qualche lieve integrazione – il contributo destinato alla raccolta di scritti in ricordo di Alessandro Pizzorusso (in corso di stampa).

Keywords: parenthood; surrogacy; adoption in special cases; human dignity; public order

Sommario: **1.** La vicenda della surrogazione di maternità all'estero sul *piano dei diritti*: il riconoscimento della co-genitorialità del padre intenzionale e la rimessione alle Sezioni Unite della Corte di cassazione. **2.** (*Segue*): la pronuncia delle S.U. (tra l'indicazione per l'adozione non legittimante e la necessità che anche il *best interest* del minore entri nel bilanciamento). **3.** (*Segue*): il recente intervento della Corte costituzionale con sent. n. 33/2021 (e l'esigenza di un rapido superamento dell'istituto dell'adozione in casi particolari). **4.** La vicenda della surrogazione di maternità all'estero sul *piano dei poteri*: l'eccesso di potere giurisdizionale, la presunta invasione della sfera di attribuzioni del legislatore e la perdurante attualità dell'insegnamento di Alessandro Pizzorusso (sul ruolo della magistratura nell'odierna forma di governo).

1. La vicenda della surrogazione di maternità all'estero sul piano dei diritti: il riconoscimento della co-genitorialità del padre intenzionale e la rimessione alle sezioni unite della Corte di cassazione

«Per quanto nell'ambito dell'ordinamento giudiziario possa farsi ricorso ad istituti ispirati al principio democratico, è chiaro che in nessun caso essi potranno giungere ad attribuire alla Magistratura quel carattere rappresentativo che, in misura maggiore o minore, è invece proprio del sistema di organi coordinati intorno al *continuum* Parlamento-Governo»: questo naturalmente non vuol dire che «l'opera del giudice» possa – o, men che mai, debba – «essere ridotta a quella di un meccanico esecutore della legge», il magistrato dovendo piuttosto esercitare «nel processo di creazione ed applicazione del diritto un ruolo importante ed autonomo». Ciò è tanto più vero e verificabile «negli ordinamenti moderni, nell'ambito dei quali la supremazia della legge è stata ridimensionata dalla preminenza della Costituzione, dal controllo di costituzionalità e da altre innovazioni di questo genere, ed il sistema delle fonti si è venuto articolando in una molteplicità di gradi e di competenze che lo rendono estremamente complesso ed intricato».

Con la consueta, cristallina, lucidità che sempre ha contraddistinto il Suo pensiero – e cui l'ampia platea dei Suoi lettori ed estimatori di ogni tempo è avvezza – così Alessandro Pizzorusso ragionava sul contributo della cultura giuridica al funzionamento delle istituzioni nel quadro di una più ampia riflessione sul ruolo della magistratura nel sistema politico italiano¹.

Lungi dall'apparire *ratione temporis* desuete ed invecchiate, casomai ancor più profetiche e vitali appaiono le parole del Maestro oggi – a quasi un quarantennio di distanza da quando sono state per la prima volta pronunziate – specie se messe a confronto coi molteplici esempi ad ogni piè sospinto emergenti dalla più recente esperienza giudiziaria e, tra questi, con l'assai delicato e complesso caso dell'esecuzione in Italia della pronuncia estera che riconosca il rapporto di genitorialità tra il padre non biologico ed il figlio venuto alla luce grazie alla gestazione per altri realizzata in un altro paese (di cui si sono proprio di recente

¹ Così, A. PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, Napoli, 2021, spec. 72 (1, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, capitolo terzo, *La magistratura nel sistema politico italiano*, par. 2, *Il contributo della cultura giuridica al funzionamento delle istituzioni*).

occupate le S.U. della Corte di cassazione²): ipotesi, quest'ultima, che non difficilmente si presta d'altra parte ad essere riguardata da diverse "altezze" – e non esclusivamente dalla prospettiva, come pure potrebbe *prima facie* pensarsi, dei *diritti* e del bilanciamento tra esigenze parimenti avvertite come di rilievo costituzionale – come quella dei *poteri* e del travagliato dipanarsi del rapporto giudice-legge (e, perciò solo, tra questi e lo stesso Legislatore).

Poter brevemente trattare – come la presente occasione impone, d'altro canto, di fare – del primo dei due richiamati profili apparirebbe nondimeno oltremodo arduo senza un minimo cenno all'articolata vicenda giudiziaria sottesa alla questione in commento. Sviluppata nel corso di un certo arco di tempo (spaziante dal 2009 al 2016) prima di presentarsi al cospetto del giudice italiano, essa prende avvio dalla scelta di una coppia omosessuale maschile sposata in Canada di ricorrere alla surrogazione di maternità coi gameti di uno solo dei due *partners*: con la conseguenza che i due gemelli venuti al mondo con la doppia cittadinanza (italiana e canadese), pur risultando geneticamente discendenti del solo padre biologico, vengono per tutto il tempo allevati e cresciuti anche da quello c.d. intenzionale.

Ad essere infine trascritto in Italia, tuttavia, è solamente il primo dei due provvedimenti giurisdizionali canadesi – quello che, cioè, riconosce la genitorialità al solo padre genetico – mentre la richiesta di trascrizione dell'altro (che dispone, invece, la rettifica dell'atto di nascita configurando il rapporto di filiazione col padre non biologico) finisce inevitabilmente davanti alla Corte d'Appello di Trento a seguito del netto rifiuto opposto in merito dall'ufficio dello stato civile³. Nel dichiarare la co-genitorialità del padre intenzionale – in luogo della più piana ed agevole soluzione dell'adozione c.d. in casi particolari *ex art. 44, lett. b)*, l. n. 184/1983, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*⁴ – il giudice trentino⁵ delinea così non solo l'esatto perimetro del *best interest* di cui sono portatori i due minori coinvolti⁶ nel caso

² Cfr. Corte di cassaz., S.U., sent. 8 maggio 2019, n. 12193 su cui, *ex multis*, G. LUCCIOLI, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in www.articolo29.it (23 maggio 2019); A.R. VITALE, *La maternità surrogata nella sentenza delle Sezioni Unite Civili n. 12193/2019*, in www.centrostudilivattino.it (23 maggio 2019); A. PALMA, *Maternità surrogata e "diritto ad essere genitori" dopo la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 12193 del 2019*, in www.salvisjurius.it (18 luglio 2019).

³ In tal senso, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 1 *cons. dir.*, secondo cpv).

⁴ ... nella specie escludendo che «l'interesse dei minori possa trovare una tutela più adeguata (...) non essendo pacifica l'ammissibilità del ricorso a tale forma di adozione da parte delle coppie omosessuali»: sul punto, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 1.1 *cons. dir.*, quarto cpv).

⁵ In oggetto, ord. 23 febbraio 2017 a proposito della quale, tra i tanti, 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*, in www.articolo29.it (28 febbraio 2017); M. WINKLER, *Maternità surrogata: due gemelli a due padri, la storica sentenza della Corte d'Appello di Trento*, in www.altalex.com (6 marzo 2017); E. TARQUINI, *Discriminazione diretta per orientamento sessuale e organizzazioni di tendenza (nota a Corte d'appello di Trento, 23 febbraio 2017)*, in www.questionegiustizia.it (20 luglio 2017).

⁶ ... «articolato», cioè, «in diverse situazioni giuridiche che hanno trovato riconoscimento sia nell'ordinamento internazionale che in quello interno, ed individuabile in particolare nel diritto del minore alla conservazione dello status di figlio riconosciuto in un atto validamente formato in un altro Stato, come conseguenza diretta del *favor filiationis* emergente dalla L. n. 218 del 1995, art. 13, comma 3, e art. 33, commi 1 e 2, ed implicitamente riconosciuto dall'art. 8, par. 1, della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo»: così, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 1.1 *cons. dir.*, terzo cpv).

concretamente sottoposto alla sua attenzione ma, soprattutto, le negative ripercussioni che sarebbero diversamente discese dalla negazione della riconosciuta condizione giuridica⁷: per far ciò, tuttavia, data per presupposto logico-giuridico del ragionamento non può che essere una ben precisa nozione di ordine pubblico internazionale, più ampiamente aperta alla protezione accordata dai documenti sopranazionali ai diritti fondamentali della persona che non asfitticamente ristretta alle sole previsioni di cui alla disciplina legislativa domestica⁸.

In luogo di un'accezione *chiusa e nazionalistica* di ordine pubblico in «funzione di limite all'applicazione della legge straniera (L. n. 218 del 1995, art. 16) ed al riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri (L. n. 218 del 1995, art. 64)»⁹ – rimasta di fatto isolata¹⁰ seppure, forse, maggiormente idonea ad arginare l'opera “creativa” del giudice – la Corte d'Appello cit. dimostra in altre parole di volerne piuttosto privilegiare una «*aperta ed universalistica* (...) di promozione (...) e garanzia di tutela dei diritti fondamentali della persona» (ampiamente consolidata, ormai, nella giurisprudenza di legittimità¹¹, sebbene

⁷ ... in ordine, in particolare, al «riconoscimento in Italia di tutti i diritti che ne derivavano nei confronti del R., indipendentemente dalla possibilità di farli valere nei confronti dell'altro genitore, impedendo al R. di assumere la responsabilità genitoriale nei loro confronti, e privando di rilievo giuridico nel nostro ordinamento l'identità familiare ed i legami familiari legittimamente acquisiti in Canada»: cfr., Corte di cassaz. civ., S.U., *ibidem*.

⁸ Richiamando «la più recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui il contenuto di tale nozione va desunto esclusivamente dai principi supremi e/o fondamentali della Carta costituzionale, ovvero sia da quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario» il giudice ha così «escluso il contrasto con l'ordine pubblico in caso di difformità della norma straniera da norme del diritto nazionale con cui il legislatore abbia esercitato la propria discrezionalità in una determinata materia»: «con la conseguenza che, ai fini della relativa valutazione, il giudice deve verificare se l'atto straniero contrasti con l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla CEDU» (in tal senso, Corte di cassaz. civ., S.U., *op. et loc. ult. cit.*).

⁹ Così, ancora di recente, Corte di cassaz., S.U., sent. 31 marzo 2021, n. 9006 (punto 16.1 *cons. dir.*) – a proposito della quale, ad esempio, S. CELENTANO, *Le Sezioni Unite: sì alla trascrizione della adozione da parte di due papà*, in www.articolo29.it (31 marzo 2021); S. OCCHIPINTI, *Adozione di coppie gay: la decisione delle Sezioni Unite*, in www.altalex.com (20 aprile 2021); A. BALDARI, *Adozioni per le coppie omoaffettive: ultimo intervento della Corte di Cassazione*, in www.diritto.it (11 maggio 2021) – cui si rinvia per tutte le citazioni del seguente periodo.

¹⁰ V. spec. Corte di cassaz., sez. I civ., sent. 11 novembre 2014, n. 24001 su cui, *ex plurimis*, G. MATTIELLO, *Utero in affitto: pratica vietata in Italia, il minore è adottabile*, in www.altalex.com (17 novembre 2014); F. RUSSO, *Cassazione Civile: no alla maternità surrogata*, in www.filodiritto.com (7 gennaio 2015); S. ALBANO, *Maternità surrogata e tutela del rapporto di filiazione*, in www.questionegiustizia.it (19 ottobre 2019).

¹¹ Così, ad esempio, Corte di cassaz. civ., sez. III civ., sent. 22 agosto 2013, n. 19405 [su cui, tra gli altri, N. MARCHEI, *Il limite dell'ordine pubblico davanti alla Chiesa cattolica e davanti allo Stato secolare: due percorsi giurisprudenziali a confronto*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 1 ss.; G. ARMONE, *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, in www.questionegiustizia.it (2019); B. BAREL, *Le nuove frontiere dell'adozione dei minori: dal sempre più ampio riconoscimento delle adozioni all'estero all'accesso all'adozione interna da parte di coppie same-sex e di single*, in www.geniusreview.eu (ottobre 2020), 1 ss.], sez. I civ., sent. 30 settembre 2016, n. 19599 [su cui, *ex multis*, A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in www.articolo29.it (3 ottobre 2016); M. WINKLER, *Figlio di due madri: la Cassazione, la genitorialità e l'ordine pubblico internazionale*, in www.quotidianogiuridico.it (11 ottobre 2016); A. CAUTELA, *Cassazione: ammissibile la trascrizione dell'atto di nascita del figlio di coppia omosessuale*, in www.salvisjurius.it (4 dicembre 2016)], sez. I civ., sent. 15 giugno 2017, n. 14878 su cui, *ex plurimis*, REDAZIONE, *Figlio di coppia lesbica: sì al cognome della madre sociale*, in www.altalex.com (20 giugno 2017); S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito. Nota a Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878*, in www.articolo29.it (10 luglio 2017); C. CAMPIGLIO, *La genitorialità nelle coppie same-sex: un banco di prova per il diritto internazionale privato e l'ordinamento di stato civile*, in www.cortedicassazione.it (13 giugno 2018)], S.U., sent. 5 luglio 2017, n. 16601 [su cui, tra gli

probabilmente più incline a stimolare la creazione giudiziaria): «i principi provenienti dal diritto dell'Unione Europea, delle Convenzioni sui diritti della persona cui l'Italia ha prestato adesione e con il contributo essenziale della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti umani» – oltre che «il sistema dei principi e valori derivanti dalla Costituzione» e «quelli desumibili dalle leggi ordinarie» – dovendo, insomma, prendere il posto di quelli «derivanti dalla» sola «legge ordinaria, specie se riguardanti i limiti di accesso alla filiazione ed alla costituzione degli status»¹² nella valutazione giudiziale di quel «complesso dei principi fondamentali e caratterizzanti il profilo etico giuridico dell'ordinamento di un determinato periodo storico» («secondo la definizione accolta da dottrina internazionalistica autorevole»).

Investita del ricorso rispettivamente proposto dal Procuratore generale tridentino, dal Ministero dell'Interno nonché dal Sindaco di Trento (nella sua veste di ufficiale di governo), nondimeno, la Corte di Cassazione, I sez. civ.¹³, decide infine di rimettere la decisione della causa alle S.U.: scelta, quest'ultima, invero obbligatoriamente imposta non solo dal rilievo dei peculiari nodi di diritto che richiedono di essere sciolti ma anche, se non soprattutto, dal denunciato vizio di sconfinamento giurisdizionale nell'ambito riservato alla discrezionalità legislativa (sull'inconsistenza del quale ultimo dovrà tuttavia tornarsi, *infra*, in chiusura delle presenti notazioni)¹⁴.

2. (Segue): la pronunzia delle S.U. (tra l'indicazione per l'adozione non legittimante e la necessità che anche il best interest del minore entri nel bilanciamento)

Se negando insomma la genitorialità dell'uomo che – pur non rientrando nella previsione di cui all'art. 8, l. n. 40/2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*¹⁵ – si è preso cura dei due minori le S.U. cit. finiscono, per un verso, per ribaltare nel *merito* il verdetto del 2017, per un altro, tuttavia, esse contestualmente consentono al padre intenzionale medesimo l'accesso all'istituto dell'adozione non

altri, L. LUCENTI, *Le S.S.UU. 16601/2017 e il danno punitivo: brevi note*, in www.jusdicere.it (7 luglio 2017); V. AVENTAGGIATO, *Danni punitivi: il via libera delle Sezioni Unite*, in www.altalex.com (3 agosto 2017); C. M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in www.giustiziacivile.com (31 gennaio 2018)] oltre che, ovviamente, S.U., sent. 8 maggio 2019, n. 12193 già cit.

¹² Così, nuovamente, Corte di cassaz., S.U., sent. 31 marzo 2021, cit. (punto 11 *cons. dir.*).

¹³ Sul punto, ord. 22 febbraio 2018, n. 4382 su cui, *ex plurimis*, G. VASSALLI, *Genitorialità di due padri all'estero è riconoscibile in Italia?*, in www.altalex.com (6 aprile 2018); M. DOGLIOTTI, *I "due padri" e l'ordine pubblico ... tra sezioni semplici e sezioni unite*, in www.quotidianogiuridico.it (16 ottobre 2018); A. MORACE PINELLI, *La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33*, in www.giustiziainsieme.it (30 aprile 2021).

¹⁴ In oggetto, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 8 *cons. dir.*, terzo cpv).

¹⁵ ... a norma della quale «i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6».

legittimante *supra* cit.¹⁶: ciò evidentemente perché il ventaglio delle misure normative discrezionalmente adottabili per attribuire alla filiazione una qualche rilevanza nell'ordinamento non può che incontrare un invalicabile ostacolo nell'esistenza tra il figlio ed il padre di una discendenza di tipo biologico pure negli orientamenti espressi dal diritto vivente EDU¹⁷.

Venendo al connesso piano del *metodo* – lungi dall'essere assoluto ed incondizionato – sul piano dell'*an* viene perciò riaffermata la bilanciabilità dell'interesse di cui è portatore il minore con altri valori parimenti ritenuti meritevoli di protezione costituzionale¹⁸ come, appunto, «la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione»¹⁹: né potrebbe, *ex adverso*, opporsi un diverso avviso espresso in materia a livello EDU dove, piuttosto, non è stata ritenuta in contrasto con la Convenzione europea quella disciplina,

¹⁶ Così, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 13.3 *cons. dir.*, ottavo per.) rispettivamente richiamando, sul punto, Corte cost. sent. n. 272/2017 – su cui, *ex multis*, 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 www.costituzionalismo.it, n. 1/2018, 147 ss.; 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* e 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)*, entrambi in www.forumcostituzionale.it (rispettivamente, 9 marzo e 15 febbraio 2018), 1 ss.; A. SCHILLACI, *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 (18 gennaio 2018) nonché, se si vuole, S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 2/2018, 1 ss. – e Corte di cassaz., sez. I civ., 22 giugno 2016, n. 12962 [a proposito della quale, tra i tanti, M. GATTUSO, *La vittoria dei bambini arcobaleno*, in www.articolo29.it (22 giugno 2016); I. STELLATO, *Adozione - Cassazione Civile: stepchild adoption e coppie same sex: via libera in casi particolari*, in www.filodiritto.com (25 ottobre 2016); G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in www.cortedicassazione.it (13 dicembre 2016)]: la prima laddove, in tali peculiari frangenti, ha imposto al giudice di «tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso» quali ad esempio – «oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita» – «la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela» (in tal senso, Corte cost. sent. n. 272 cit., punto 4.3 *cons. dir.*, terzo cpv); la seconda quando ha individuato «nella L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d), una clausola di chiusura del sistema, volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa, all'unica condizione della 'constatata impossibilità di affidamento preadottivo', da intendersi non già come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo» [sul punto, ancora, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 13.2 *cons. dir.*, quarto cpv)].

¹⁷ ... beninteso, «compatibilmente con gli altri interessi coinvolti nella vicenda, e fermo restando l'obbligo di assicurare una tutela comparabile a quella ordinariamente ricollegabile allo *status filiationis*»: in oggetto, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 13.3 *cons. dir.*, ottavo per.).

¹⁸ ... «da cui considerazione può ben incidere», cioè, «sull'individuazione delle modalità più opportune da adottare per la sua realizzazione, soprattutto in materie sensibili come quella in esame, che interrogano profondamente la coscienza individuale e collettiva, ponendo questioni delicate e complesse, suscettibili di soluzioni differenziate»: così, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 13.3 *cons. dir.*, terzo per.). E, ciò, indipendentemente dal fatto che i «principi sanciti dalle convenzioni internazionali in materia di protezione dei diritti dell'infanzia, cui lo Stato italiano ha prestato adesione, ratificandole e rendendole esecutive nell'ordinamento interno» – così come pure «le indicazioni emergenti dalla giurisprudenza formatasi al riguardo, e richiamata nell'ordinanza impugnata» – abbiano sempre mirato ad assicurare «la più ampia tutela al minore, riconoscendo allo stesso il diritto alla protezione ed alle cure necessarie per il suo benessere, impegnando gli Stati a preservarne l'identità ed a rispettarne le relazioni familiari, ed individuando, quale criterio preminente da adottare in tutte le decisioni che lo riguardino, il suo interesse superiore, nonché promuovendo la concessione delle garanzie procedurali necessarie ad agevolare l'esercizio dei suoi diritti» (in tal senso, *ibidem*, rispettivamente, primo e secondo per.).

¹⁹ Sul punto, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 13.4 *cons. dir.*).

espressiva del margine di discrezionalità statale, che proibisca la gestazione per altri in ragione, rispettivamente, della protezione dovuta alle madri surrogate ed ai minori nonché dell'assenza di un diffuso *consensus* sul punto sul piano sopranazionale²⁰. Il fatto che – in mancanza di un legame genetico col padre intenzionale – nella pratica della surrogazione di maternità finisca per risultare del tutto attenuato l'interesse al riconoscimento del rapporto di filiazione in capo al figlio²¹, sul piano del *quomodo* della possibile protezione giuridica, non significa dunque che esso debba infine risultare del tutto azzerato, anzi.

Così – mentre non è ravvisabile lesione alcuna della vita familiare del figlio ogni qualvolta l'ordinamento interno gli garantisca un'esistenza in tutto e per tutto equiparabile a quella condotta da altri minori nei rispettivi nuclei familiari di appartenenza – non altrettanto potrebbe dirsi, invece, per la vita privata dello stesso: a motivo degli effetti negativi che il disallineamento tra coppia biologica e coppia di intenzione potrebbe produrre sul corretto sviluppo psico-fisico del figlio e, *in limine*, sulla formazione della sua stessa identità²²; potenziale *vulnus*, quest'ultimo, che ad ogni buon conto non ricorrerebbe in tutte le ipotesi in cui – come quella in esame – il minore non sia comunque costretto a rinunciare né al rapporto di filiazione col genitore biologico né, tanto meno, alla possibilità di crescere all'interno della famiglia composta da quest'ultimo e dal padre intenzionale²³.

Peccato che a passare non è nemmeno un anno che la stessa Corte di Cassazione, I sez. civ. – la quale nel 2018 aveva rimesso la decisione della causa in epigrafe alle S.U. – con ord. 29 aprile 2020, n. 8325²⁴, finisce, nondimeno, per dubitare della compatibilità a Costituzione proprio del diritto vivente appena richiamato: il quale ultimo, ritenendolo contrastante col principio di ordine pubblico di cui alla proibizione della maternità surrogata *ex art. 12, comma 6, (Divieti generali e sanzioni)*, l. n. 40 cit., ha difatti

²⁰ In oggetto, nuovamente, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 13.3. *cons. dir.*, quarto per.).

²¹ ... laddove, cioè, la proibizione legislativa, «nell'ottica fatta propria dal Giudice delle leggi, viene a configurarsi come l'anello necessario di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione, segnando il limite oltre il quale cessa di agire il principio di auto-responsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica, e torna ad operare il favor veritatis, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica»: così, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 13.2. *cons. dir.*, quarto cpv).

²² Cfr. Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 13.3. *cons. dir.*, quinto per.) sul punto espressamente richiamando le considerazioni di Corte EDU, caso *Menesson e Labassee c. Francia* (26 giugno 2014) [a proposito della quale, *ex plurimis*, T. TRINCHERA, *Viola l'art. 8 della CEDU lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità*, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org> (6 luglio 2014); R.G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in www.questionegiustizia.it (28 maggio 2019); R. RUSSO, *Il caso Menesson, vent'anni dopo. divieto di maternità surrogata e interesse del minore. Nota a Arrêt n. 648 du 4 octobre 2019 (10-19.053) - Cour de Cassation - Assemblée plénière*, in www.giustiziainsieme.it (20 novembre 2019)].

²³ In tal senso, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 13.3. *cons. dir.*, sesto per.).

²⁴ Su cui, *ex multis*, D. BIANCHINI, *No alla maternità surrogata: la Cassazione dubita*, in www.centrostudiliviatino.it (6 maggio 2020); G. VASSALLO, *Maternità surrogata, sollevata questione di costituzionalità*, in www.altalex.com (28 maggio 2020); E. DICIOCIA, *Il divieto di surrogazione di maternità e il riconoscimento del rapporto con il genitore intenzionale*, in www.rivistafamilia.it (21 settembre 2020).

negato ingresso in Italia al *decisum* straniero che ammette in capo al padre non biologico la filiazione del minore generato all'estero con il c.d. utero in affitto²⁵.

A contrastare con gli artt. 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, Cost. – quest'ultimo con specifico riferimento, rispettivamente, alla CEDU (art. 8), alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18) ed alla Carta di Nizza-Strasburgo (art. 24) – sarebbe, in particolare, quel «combinato disposto»²⁶ variamente frutto dell'interpretazione sistematica degli artt. 64, comma 1, lett. g), (*Riconoscimento di sentenze straniere*), l. n. 218/1995, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*²⁷, 18 (*Casi di intrascrivibilità*), d.P.R. n. 396/2000, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127*²⁸ e 12, comma 6, cit.²⁹: e ciò, evidentemente, laddove l'interpretazione che offre di tali previsioni il «diritto vivente» impedisce che il padre non biologico possa nello stato civile italiano figurare quale genitore del figlio nato surrogato in un altro paese, nonostante l'autorizzazione da parte di un provvedimento estero in tal senso³⁰.

Pur formalmente dichiarando l'inammissibilità delle delicate questioni sottopostegli, la Consulta invero distingue subito (ed abbastanza nettamente...) tra le posizioni della gestante e del minore nella gestazione per altri: rispetto alla prima, in particolare, immediatamente esibendo l'intenzione di non voler affatto neppure negoziare l'orientamento restrittivo sin qui fermamente mantenuto.

A sostegno del quale ultimo, anzi, non viene invocato solo il precedente *decisum* di cui alla celebre sent. n. 272 cit. (com'era, d'altro canto, ampiamente prevedibile) – laddove ha, com'è noto, evidenziato il duplice inaccettabile *vulnus* che la surrogazione di maternità infliggerebbe tanto ai rapporti tra esseri umani, nel suo complesso, che alla dignità femminile, nello specifico³¹ – ma anche il precipuo rilievo, avanzato dall'Avvocatura generale dello Stato e da taluni *amici curiae*, per cui la scelta di portare avanti la gestazione fino alla consegna del nato alla coppia committente finisce per essere fortemente gravata dalla condizione

²⁵ Sul punto, Corte cost. sent. n. 33/2021 (punto 2 *cons. dir.*, terzo cpv) a proposito della quale, tra i tanti, A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)* ed E. ALBANESI, *Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?*, entrambi in www.giurcost.org (rispettivamente, 11 e 29 marzo 2021); G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in www.forumcostituzionale.it (13 maggio 2021).

²⁶ In oggetto, Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 2 *cons. dir.*, quinto cpv).

²⁷ ... nella parte in cui stabilisce che «la sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico».

²⁸ ... quando dispone che «gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico».

²⁹ ... laddove duramente punisce «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità (...) con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

³⁰ Così, Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 1 *cons. dir.*).

³¹ In tal senso, ad esempio, S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in AA.VV., *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di S. Niccolai-E. Olivito, Napoli, 2017, 233.

di fragilità economico-sociale in cui versa la donna, proprio per ciò più esposta al pericolo di sfruttamento insito in questo genere di pratiche³²: per non dire, d'altro canto, della chiusura ancora non molto tempo addietro espressa a livello eurounitario dallo stesso Parlamento europeo il quale – pronunziandosi sulla *Situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015* – non ha mancato di stigmatizzare appunto «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali»³³ (e a fondamento della quale sembrerebbero riposare le medesime preoccupazioni manifestate nel giudizio oltre che, ovviamente, dallo stesso orientamento espresso dalle S.U. cit. di cui dubita il giudice remittente³⁴).

Venendo alla diversa condizione del minore nato a seguito del ricorso all'utero in affitto, nel *merito* ben pochi dubbi possono invero nutrirsi sul fatto che il suo *best interest* sia quello di vedersi finalmente riconosciuto dall'ordinamento quanto già si sia consolidato nella sua quotidianità di fatto³⁵: e, ciò, non già solamente sul versante *filiale* ma pure, se non soprattutto, su quello *genitoriale*. Rispetto al primo, giacché la stessa giurisprudenza costituzionale ed EDU ha già ampiamente dimostrato, rispettivamente, come un nucleo familiare e le relazioni affettive ad esso riconducibili, *sub specie* dell'unione civile italiana, debba godere dell'ampio spettro di tutela in tal senso offerto dall'art. 2 Cost. alle formazioni sociali e come, più in generale, la persistenza di tali rapporti si riveli oltremodo centrale per il corretto sviluppo dell'identità psico-fisica del minore³⁶.

Relativamente al secondo dei due profili *supra* menzionati, poiché il legame genitoriale finirebbe per essere distortamente (e, proprio per ciò, ingiustamente...) rappresentato se fosse circoscritto al solo rapporto tra il minore e quello dei componenti della coppia il cui apporto genetico è stato fondamentale per la sua venuta al mondo tramite gestazione per altri e non pure con entrambe le persone che abbiano volontariamente assunto il ruolo genitoriale provvedendo alla crescita ed alla cura del figlio in attuazione di un progetto familiare *ab origine* immaginato³⁷: né sarebbe, d'altro canto, a piacimento eludibile da parte

³² Con riferimento, cioè, all'«ulteriore considerazione (...) che gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita»: cfr. Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.1. *cons. dir.*, secondo cpv).

³³ In tal senso, *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015*, in *Tutela dei diritti fondamentali e della dignità*, par. 82, in <https://eur-lex.europa.eu/> puntualmente richiamata da Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.1. *cons. dir.*, terzo cpv).

³⁴ Sul punto, Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.1. *cons. dir.*, primo cpv).

³⁵ In oggetto, Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.4. *cons. dir.*, secondo cpv).

³⁶ Così, Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.4. *cons. dir.*, quarto cpv) [sul punto, volendo, S. AGOSTA, *Coming without coming from: The adoptee's right of access to origins within the constraints of maternal anonymity*, in *Biolaw journal*, n. 1/2021 (*special issue*), spec. 171 s.].

³⁷ Cfr. Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.4. *cons. dir.*, settimo cpv).

della coppia medesima «quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali»³⁸.

3. (Segue): il recente intervento della Corte costituzionale con sent. n. 33/2021 (e l'esigenza di un rapido superamento dell'istituto dell'adozione in casi particolari)

Nel *metodo*, tuttavia, nemmeno il giudice delle leggi pare invero incontrare troppe difficoltà nel riaffermare la non assiomatica prevalenza dell'interesse del minore su qualsivoglia altra confliggente esigenza di rango parimenti costituzionale³⁹, con ciò evidentemente riprendendo (e, a sua volta, più vigorosamente rilanciando) quanto in effetti già sancito a suo tempo dalle S.U. ult. cit. Se per un verso, difatti, la giurisprudenza domestica e sopranazionale non hanno mancato, ad ogni piè sospinto, di evidenziare il centrale rilievo di cui il *best interest* del minore deve necessariamente beneficiare in ogni bilanciamento che lo coinvolga – a motivo della peculiare posizione di fragilità in cui fisiologicamente versa il suo titolare – per un altro, tuttavia, non meno vero è che «[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri»⁴⁰.

Sul delicato campo ora in commento, ciò non può che evidentemente tradursi nel necessario e proporzionale contemperamento del bisogno – presidiato da apposita sanzione penale – di scoraggiare l'accesso all'estero delle coppie alla surrogazione di maternità col contrapposto interesse del minore⁴¹. Intorno all'*an* di tale ultimo obiettivo, d'altro canto, paiono non per caso convergere non solo le S.U. cit.⁴² ma pure, se non soprattutto, la stessa giurisprudenza costituzionale ed EDU sul punto: la prima quando in particolare invoca, con sent. n. 272 cit., proprio la necessità di coniugare il dovere di porre un argine a pratiche condannate dal Parlamento con il legittimo interesse dei minori⁴³; la seconda, in tutte quelle decisioni sulla materia *de qua* laddove – preso atto dell'imprescindibile esigenza di dare idonea

³⁸ «Per una analoga sottolineatura, si veda la sentenza n. 347 del 1998, che – seppur nel diverso contesto della fecondazione eterologa – già evocava i diritti del minore «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità»: in tal senso, Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.4. *cons. dir.*, quinto cpv).

³⁹ Sul punto, Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.5. *cons. dir.*, primo cpv).

⁴⁰ ... diversamente avendosene, casomai, «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»: così, Corte cost. sent. n. 85/2013 (punto 9 *cons. dir.*, secondo cpv) – a proposito della quale, *ex plurimis*, R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Giur. cost.*, n. 3/2013, 1510 ss.; M. MASSA, *Il commissariamento dell'ILVA e il diritto delle crisi industriali*, in www.forumcostituzionale.it (17 giugno 2013); V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in www.rivistaaic.it (20 settembre 2013) – espressamente richiamata, in oggetto, da Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.5. *cons. dir.*, secondo cpv).

⁴¹ Così, Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.5. *cons. dir.*, terzo cpv).

⁴² Cfr. Corte cost., *ibidem*.

⁴³ In tal senso, Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.6. *cons. dir.*, primo cpv).

qualificazione giuridica al rapporto di fatto intercorrente tra la coppia ed il minore accudito – consente in capo a ciascun legislatore statale un variabile spazio di discrezionale intervento⁴⁴.

Se, dunque, il complesso dei pertinenti principi costituzionali ed il consolidato diritto vivente EDU intorno alla soluzione che recisamente vieti la trascrizione in Italia di qualsivoglia provvedimento estero (pronuncia giurisdizionale o atto dello stato civile, in questo senso, poco importa) che al padre non biologico riconosca la co-genitorialità paiono parimenti concordare, questo naturalmente non vuol dire che privo di ogni copertura da parte dell'ordinamento debba per forza rimanere il bisogno che si instauri un rapporto di rilievo giuridico tra il figlio e quei genitori che così fortemente ne abbiano voluto il concepimento, la nascita ed il successivo, costante ed amorevole accudimento⁴⁵. Quando insomma concretamente realizzi il *best interest* del minore è perciò ovvio che – sul piano del *quomodo* – necessario sarebbe che il rapporto di genitorialità fosse pienamente (ed autenticamente...) impiantato mediante una procedura che garantisca le maggiori celerità ed effettività possibili⁴⁶.

Peccato che – a motivo delle caratteristiche che intrinsecamente lo connotano⁴⁷ – neppure l'estensione a quest'ipotesi del tradizionale istituto dell'adozione c.d. in casi particolari *ex art. 44, cit.* (invece ammessa dalle S.U. più volte cit.) possa effettivamente dirsi pienamente allineata a quanto ormai precipuamente imposto, invece, dalla trama dei valori costituzionali in gioco⁴⁸: difatti, pur avendo l'impiego giurisdizionale di quest'ultima forma di adozione certo favorito nel corso del tempo una qualche accettabile modalità di protezione dei minori che versassero in tali peculiari situazioni, appare oltremodo chiaro, insomma, che essa non è più idonea a disciplinare – almeno per come imposto a livello

⁴⁴ ... «dal complesso delle pronunce rese sul tema dalla Corte di Strasburgo» evincendosi, in altre parole, «che – anche a fronte della grande varietà di approccio degli Stati parte rispetto alla pratica della maternità surrogata – ciascun ordinamento gode, in linea di principio, di un certo margine di apprezzamento in materia; ferma restando, però, la rammentata necessità di riconoscimento del 'legame di filiazione' con entrambi i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura»: sul punto, Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.6. *cons. dir.*, secondo cpv).

⁴⁵ In oggetto, Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.7. *cons. dir.*, primo e secondo cpv): senza d'altro canto qualche forma di riconoscimento – «sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice» – da parte dell'ordinamento, «ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna *chance*» in questo senso, per ciò solo, «finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata» (*ibidem*, quarto cpv).

⁴⁶ Così, Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.7. *cons. dir.*, terzo cpv).

⁴⁷ Com'è noto, del resto, esso non solo «non attribuisce la genitorialità all'adottante» – come, pure, è tutt'ora controverso se «consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri» – ma «richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore 'biologico' (art. 46 della legge n. 184 del 1983)»: la quale ultima cosa ben potrebbe non avvenire in tutte quelle sfortunate ipotesi «di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita»: cfr. Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.8. *cons. dir.*, secondo cpv).

⁴⁸ In tal senso, Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.8. *cons. dir.*, primo cpv).

costituzionale ed EDU, appunto – una condizione così delicata come quella configurata appunto dalla maternità surrogata⁴⁹.

Ad un talmente gravemente compromesso grado di protezione del *best interest* dei figli surrogati in Italia non potrebbe che spettare, in conclusione, al solo Parlamento il compito di rimediare: nell'esercizio del proprio potere discrezionale sforzandosi di individuare, cioè, quella – che tra le molte possibili opzioni normative sul tappeto – sulla carta offra maggiori garanzie di affidabilità (se non di successo garantito) del bilanciamento tra tutte le istanze coinvolte⁵⁰.

Se fin qui si è tentato (come anticipato *supra*) sinteticamente di illustrare la richiamata vicenda dal lato, per dir così, *dei diritti*, alla stregua di non poche altre che nel corso del tempo l'hanno in effetti preceduta, vi è da riconoscere come anche la presente si presti ad ogni modo ad una breve lettura sul contiguo versante *dei poteri*: con tale ultima espressione volendo, in particolare, richiamare la dinamica – spesso e volentieri frastagliata (quando non veramente e propriamente contrastata) – che finisce per intessersi tra potere giudiziario e legislativo proprio in frangenti talmente delicati. Dalla peculiare prospettiva adesso assunta neppure troppo stupisce, perciò, come le stesse S.U. più volte cit. siano state, innanzitutto, chiamate a dire la loro sul difetto assoluto di giurisdizione lamentato come primo motivo dei ricorsi avverso la decisione della Corte d'Appello di Trento cit.: laddove il Ministero dell'Interno ed il Sindaco della città tridentina hanno, cioè, chiesto nello specifico al giudice di verificare che non sia stato indebitamente invaso l'ambito discrezionalmente riservato al Parlamento – oltrepassando il perimetro fisiologicamente spettante alla magistratura – con una pronuncia che, in mancanza di una disciplina autorizzatoria *ad hoc*, abbia ammesso la trascrivibilità in Italia di un atto estero di co-genitorialità⁵¹.

Sia riguardata dal punto di vista del diritto *vigente* EDU che di quello *vigente* interno, del resto, a parere dei ricorrenti l'ordinanza tridentina sembrerebbe esibire una sorta di “parossismo creativo” del tutto ultroneo a quella attività interpretativa del diritto che ordinariamente dovrebbe connotare invece la pratica giudiziaria: con riferimento al primo, nella misura in cui essa ne strumentalizzi il contenuto al fine di azzerare ogni differenziazione sul piano domestico esistente tra coppie dello stesso sesso e coppie di sesso diverso; relativamente al secondo, laddove tale pronuncia deliberatamente ignori l'esistenza di una serie di misure legislative che consentono la configurazione di un legame paterno-filiale giuridicamente rilevante senza con esse pure dover necessariamente approdare ad una piena parità tra situazioni tra di loro assai diverse, come quelle relative al duopolio rapporto biologico-non biologico⁵².

⁴⁹ Sul punto, Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.8. *cons. dir.*, terzo cpv).

⁵⁰ In oggetto, Corte cost. sent. n. 33 cit. (punto 5.9. *cons. dir.*, primo e secondo cpv).

⁵¹ Così, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 3 *cons. dir.*, primo per.).

⁵² Cfr. Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 3 *cons. dir.*, secondo e terzo per.).

4. La vicenda della surrogazione di maternità all'estero sul piano dei poteri: l'eccesso di potere giurisdizionale, la presunta invasione della sfera di attribuzioni del legislatore e la perdurante attualità dell'insegnamento di Alessandro Pizzorusso (sul ruolo della magistratura nell'odierna forma di governo)

Vizio – quello, poc'anzi richiamato, di eccesso di potere giurisdizionale per aver illegittimamente debordato entro la cornice costituzionalmente spettante in via esclusiva alla discrezionalità legislativa – che, ad ogni modo, il giudice di legittimità respinge recisamente al mittente⁵³. Nel *merito* è difatti di ogni evidenza come sia ad un ben preciso quadro dei rapporti familiari quello cui il giudice trentino ha ritenuto di accedere: facente più leva, cioè, sul versante *non biologico* della responsabile condivisione di un progetto familiare che vede l'impegno comune da parte di entrambi i componenti della coppia di crescere un figlio con le più amorevoli cure che non su quello meramente *biologico* e, in quanto tale, inevitabilmente condizionato dalla sola discendenza genetica⁵⁴. Obbligata a rintracciare la regola da far valere nel caso concretamente sottoposto alla sua attenzione, correttamente la Corte tridentina ha perciò invocato – nel *metodo* – i consolidati approdi del più recente diritto vivente domestico ed EDU in materia laddove hanno, in particolare, rinvenuto un *minimum* comune denominatore tra le molteplici indicazioni affioranti dalle discipline vigenti⁵⁵: in tal modo cogliendo il risultato della definizione del comando legislativo più emergente da una vera e propria *reductio ad unum* delle molteplici previsioni vigenti che non dal semplice dato testuale che le connota⁵⁶.

Sul piano dell'esperienza concreta, tale apprezzamento dell'*iter* decisionale seguito dal giudice d'appello non può che inevitabilmente portare la Corte di Cassazione a sezioni unite insomma a concludere per la natura evidentemente teorico-astratta del pur lamentato vizio, fin da subito apparendo più che evidente come creazione ed interpretazione del diritto – ben separate e distinguibili *in vitro* – finiscano per dimostrarsi invece difficilmente divisibili *in vivo* (se non al costo di inaccettabili deformazioni...) come effigi della medesima moneta: allorquando, cioè, la vocazione inevitabilmente “creativa” dell'attività di ricerca della regola pratica da applicare emerga dal caso giudiziario con tutto il proprio vigore, non

⁵³ In tal senso, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 11 *cons. dir.*, primo per.).

⁵⁴ Sul punto, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 11 *cons. dir.*, primo e secondo per.).

⁵⁵ ... avendo, cioè, «la Corte d'appello giustificato la propria decisione attraverso il richiamo a una pluralità di indici normativi, collegati tra loro ed interpretati alla luce dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Corte EDU»: in oggetto, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 11 *cons. dir.*, secondo per.).

⁵⁶ Così, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 11 *cons. dir.*, quarto per.). Né potrebbe realisticamente sostenersi, in contrario, che – così facendo – questi non «si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio (...) in quanto tale operazione non può tradursi nella violazione dei limiti esterni della giurisdizione, ma può dar luogo, al più, ad un *error in iudicando*»: cfr. sempre Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (*ibidem*) sul punto non mancando di richiamare peraltro i propri precedenti di cui, rispettivamente, alle sentt. 28 gennaio 2011, n. 2068, 12 dicembre 2012, n. 22784 e 27 giugno 2018, n. 16974.

consentendo perciò di assegnare a quest'ultima quel ruolo riduttivamente “euristico” che invece, periodicamente, si vorrebbe invocare⁵⁷.

Quasi inutile, a questo punto, soggiungere come siffatta operazione non possa sempre dimostrarsi, per così dire, “a costo zero”, non essendovi casomai chi non intraveda in questo recente *trend* giurisprudenziale più di un rischio non solo per la nozione stessa di ordine pubblico internazionale ma pure, se non *a fortiori*, per il parametro, l'oggetto e, *in limine*, per la natura stessa del giudizio sul limite dell'ordine pubblico. A parte difatti il pericolo, rispettivamente, di un endemico ed innaturale appiattimento dell'accezione di ordine pubblico in esame⁵⁸, di un singolare «effetto di traboccamento» che tra i parametri di riferimento la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la CEDU finirebbero per avere⁵⁹ nonché di un restringimento eccessivo della vincolatività spettante alla legge sottoposta al vaglio di appartenenza o meno all'ordine pubblico (condannata a non essere disattesa, cioè, solo nella remota ipotesi in cui si dimostri per filo e per segno interamente riproduttiva del dettato costituzionale), a risentire maggiormente di siffatto diritto vivente sarebbe proprio lo scrutinio sull'esistenza del limite dell'ordine pubblico *ex se* considerato: il quale finirebbe in altre parole per convertirsi in una sorta di anticipazione giudiziaria (e, a parere di alcuni, impropria) del sindacato di legittimità costituzionale⁶⁰ (nella migliore delle ipotesi) ovvero per dissolversi del tutto⁶¹ (ovviamente nella peggiore).

Se, ad ogni buon conto, alla magistratura l'attuale ordinamento costituzionale consente (o, come che sia, di essa tollera...) non solo l'elaborazione di veri e propri precedenti (aventi una fondamentale ricaduta in relazione a quanto si imponga come obbligatorio per il diritto) ma pure ogni attività interpretativa mirante a calare il comando generale ed astratto della legge nella specificità delle vicende quotidiane, ciò non può evidentemente avere a che fare col solo processo di formazione delle norme isolatamente considerato e sin qui richiamato, ma deve necessariamente e più ampiamente iscriverne quest'ultimo nell'attuale forma di governo italiana e, soprattutto, nella precipua esigenza di una sua razionalizzazione⁶².

⁵⁷ In tal senso, Corte di cassaz. civ., S.U., cit. (punto 11 *cons. dir.*, terzo per.).

⁵⁸ Cfr., per esempio, F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in AA.VV., *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., spec. 37 ss.

⁵⁹ Così, A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 1 ss.

⁶⁰ Così, E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, spec. 4.

⁶¹ In tal senso, 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., 126 s.

⁶² Sul punto, A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, part. 994 s. (6, *Il ruolo della magistratura nel sistema costituzionale*, capitolo primo, *La magistratura nel sistema politico italiano*, par. 1, *La forma di governo vigente in Italia e il ruolo della Magistratura*).

Ai fini della riflessione che si è voluta in questa circostanza svolgere (e, soprattutto, a chiusura di essa) ancor più profetico ed illuminante appare, sotto quest'ultimo angolo visuale, proprio il pensiero di Alessandro Pizzorusso laddove evidenzia come l'equilibrio dell'intero processo normativo nel suo complesso considerato – vale a dire dalla confezione *astratta* fino all'applicazione *concreta* dell'imposizione legislativa – non possa che essere inevitabilmente debitore, per così dire, rispettivamente della convergente *spinta* impressa dal fattore politico e della opposta *controspinta* prodotta, invece, dal fattore giuridico-culturale⁶³.

Genuina testimonianza del principio di sovranità popolare che deve necessariamente permeare di sé l'ordinamento, il primo è naturalmente espressivo delle forze politiche predominanti nel breve periodo⁶⁴ – dei governanti rappresentativi, cioè – il cui atto-principe, la legge, non può che essere connotato da un maggiore «tasso di politicità»⁶⁵. Con precipua funzione riequilibratrice (*recte*, appunto, razionalizzatrice⁶⁶) di un principio come quello di rappresentatività che, se lasciato del tutto a briglia sciolta, rischierebbe di fare *tabula rasa* dell'intera piattaforma dei diritti costituzionali⁶⁷, nondimeno, il secondo fattore pare invece diversamente espressivo della cultura giuridica prevalente nel lungo periodo: portatori della quale ultima

⁶³ ... «i due tipi di influenze» concorrendo «quindi a realizzare un ordinato sviluppo della società nell'ambito del quale sia assicurato lo spazio necessario per un'evoluzione che ne assicuri il progresso, ma sia altresì garantito il rispetto dei principi che ne caratterizzano il regime come, nel caso della nostra Repubblica, quelli di libertà, di socialità e di democrazia»: in oggetto, A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, spec. 73 (1, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, capitolo terzo, *La magistratura nel sistema politico italiano*, par. 2, *Il contributo della cultura giuridica al funzionamento delle istituzioni*).

⁶⁴ «Se cerchiamo», d'altro canto, «di stabilire quale possa essere la giustificazione della conservazione di tale sistema di creazione-applicazione del diritto in un regime che nega qualunque altra forma di legittimazione del potere statale che non sia quella derivante dall'investitura popolare, dobbiamo pervenire alla conclusione che tale giustificazione sta nell'esigenza di combinare le influenze che sull'attività dei pubblici poteri vengono esercitate, in un determinato momento storico, dalle forze politiche in quel momento prevalenti, con le diverse influenze che derivano invece dalla cultura giuridica e politica operante nell'ambito della società e che rappresentano il risultato di movimenti di pensiero molto più lenti e complessi»: così, A. PIZZORUSSO, *op. et loc. ult. cit.*

⁶⁵ «L'influenza di fattori di tipo politico si combina, difatti, «con quella dei fattori di tipo culturale in ogni caso in cui un organo dello Stato deve adottare una deliberazione, sia essa di tipo legislativo, amministrativo o giurisdizionale, ma la proporzione rispettiva delle due influenze è diversa a seconda dei casi»: «esistono infatti atti dotati di un più alto tasso di politicità, fra i quali sono da annoverare la legge nei suoi diversi tipi e gli atti tradizionalmente denominati 'di governo', ed atti dotati di un più alto tasso di giuridicità, fra i quali sono in primo luogo da menzionare quelli che, come le sentenze, contengono obbligatoriamente una motivazione. I primi risentono in modo preminente delle influenze di tipo politico, i secondi di quelle di tipo culturale»: cfr. A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, part. 73 s.

⁶⁶ Seppure, difatti, «l'intera organizzazione dello Stato e degli enti pubblici deve risultare fondamentalmente ispirata al principio della sovranità popolare», «ciò non esclude affatto che gli istituti classici della democrazia possano incontrare correttivi destinati a far fronte a quelle esigenze di razionalizzazione del potere cui i costituenti si sono giustamente dimostrati sensibili»: in tal senso, A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, spec. 76.

⁶⁷ Se «la via normale attraverso la quale la volontà popolare può manifestarsi e far pesare le sue esigenze contingenti non è costituita certamente dall'influenza culturale dei giuristi, ma dall'influenza politica dei governanti», «la prima serve soprattutto ad impedire che la spinta delle esigenze contingenti possa travolgere i principi fondamentali della società o le garanzie delle libertà dei singoli»: sul punto, A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, part. 75.

sarebbero, invece, i giuristi⁶⁸ – come tali ovviamente non rispondenti al principio di rappresentatività⁶⁹ – e, *in primis*, i giudici, il cui atto-principe è piuttosto costituito dalla sentenza, per sua natura caratterizzata da un predominante «tasso di giuridicità».

Avendo, rispettivamente, imposto una serie di penetranti limiti al potere del legislatore ordinario⁷⁰ ed uno statuto di genuina autonomia e indipendenza alla magistratura⁷¹ è dunque sempre da ascrivere alla Carta costituzionale il vero ultimo “punto di non ritorno” che ha *ab origine* consentito la transizione da un regime come quello pre-repubblicano – caratterizzato da un netto *favor* del fattore politico su quello giuridico-culturale⁷² – all’attuale ordinamento repubblicano: nel quale, cioè, è soprattutto la virtuosa sinergia tra giudici e Corte costituzionale ad aver reso invece possibile un rinnovato e duraturo equilibrio che veda

⁶⁸ «Tale funzione si identifica in quella che, nel corso della storia, è sempre stata esercitata dal corpo dei giuristi e pertanto compete ad essi per il solo fatto della loro preparazione culturale e professionale, senza che gli organi dello Stato attraverso la cui opera essa principalmente si manifesta e si realizza abbiano bisogno di assumere carattere rappresentativo»: in oggetto, A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, spec. 998.

⁶⁹ «L’assegnazione di funzioni inserite nel processo di creazione-attuazione del diritto alla Magistratura, alla Corte costituzionale o ad altri organi formati in modi tali da non consentire di qualificarli come rappresentativi, ma tuttavia per altro verso idonei ad immettere nel processo stesso importanti influenze di ordine giuridico-culturale, va dunque inquadrata fra questi strumenti di razionalizzazione del regime parlamentare monista fondato sul principio democratico»: così, A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, part. 76.

⁷⁰ «La Costituzione repubblicana ha posto le basi per una radicale modificazione di questo stato di cose, anche se fin qui soltanto parzialmente realizzata. In particolare, essa ha introdotto limitazioni ai poteri del legislatore, anche in sede di revisione costituzionale, che si traducono inevitabilmente in una valorizzazione delle influenze culturali, spettando evidentemente ai giuristi elaborare i principi che, in positivo, corrispondono a tali limitazioni. Ed infatti il compito di garantire il rispetto di tali limiti è stato affidato, in primo luogo, alla Corte costituzionale, che non è un organo di formazione esclusivamente politica, ma si compone invece di persone qualificate innanzi tutto dalla loro preparazione giuridica, e che opera in stretto collegamento con gli altri organi giurisdizionali cui è praticamente affidato il potere d’iniziativa del controllo di costituzionalità delle leggi. Nel raccordo giudici-Corte costituzionale si ha anzi un procedimento di modificazione dell’ordinamento giuridico nell’ambito del quale è consentito ai giuristi in quanto tale di esercitare un’influenza diretta ed immediata senza passare in alcun modo attraverso l’opera dei politici»: cfr. A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, spec. 74.

⁷¹ «Ora già si è visto come nell’attuale sistema di governo parlamentare monista l’attività giurisdizionale non possa essere ricondotta ad alcun centro di potere giustificato da un autonomo titolo di legittimazione, quale poteva essere un tempo un re «per grazia di Dio» o può essere ancor oggi un capo dello Stato in un regime presidenziale. Ne consegue che l’attività giurisdizionale deve necessariamente esercitare un ruolo subordinato rispetto a quello degli organi rappresentativi, come del resto risulta dal precetto costituzionale secondo cui «i giudici sono soggetti [...] alla legge» (art. 101, 2° comma, Cost.), ma che ciò nondimeno essa esercita tale ruolo in circostanze diverse da quelle in cui opera qualunque altro esecutore di leggi, cui il giudice si contrappone per le garanzie d’indipendenza e per la libertà d’interpretazione da cui è assistito»: in tal senso, A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, part. 73.

«In questo quadro la riaffermazione, compiuta dalla Costituzione, del principio d’indipendenza della Magistratura, la quale è espressione del corpo dei giuristi, si risolve necessariamente in un rafforzamento dell’influenza culturale che questi non avevano mai cessato di esercitare, soprattutto nell’ambito dell’attuazione in via giurisdizionale delle norme poste dal legislatore, attraverso l’esercizio della potestà loro istituzionalmente riconosciuta di provvedere all’interpretazione del diritto. Ed è appena il caso di rammentare che, se questa funzione si manifesta soprattutto nell’opera dei giudici, essa rappresenta però il risultato ultimo nel quale viene, per così dire, a condensarsi anche il lavoro degli avvocati e degli studiosi»: sul punto, A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, spec. 74 s.

⁷² «L’ordinamento italiano vigente prima della Costituzione del 1947 era in larga misura orientato alla prevalenza del momento «politico» della formazione del diritto, per cui l’influenza del fattore ‘culturale’ si presentava, almeno teoricamente, ridotta ad operare al livello dell’attività esecutiva ed anche qui in misura assai ristretta a causa dell’organizzazione rigorosamente centralizzata della Pubblica amministrazione e della limitata indipendenza della Magistratura, che favorivano una rapida e puntuale trasformazione delle direttive politiche in comandi giuridici»: in oggetto, A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, part. 74.



non di rado proprio il fattore giuridico-culturale imporsi su quello politico. Sono «queste», insomma, le «considerazioni» che «consentono a nostro avviso di concludere che la posizione costituzionale del potere giudiziario trova la sua giustificazione essenzialmente in questa, funzione che ad esso – al pari che alla Corte costituzionale ed alle giurisdizioni speciali – è affidata, di farsi portatore, nel processo di creazione-attuazione del diritto, di quelle influenze giuridico-culturali che valgono ad assicurare il rispetto dei principi fondamentali che compongono la costituzione materiale vigente nel nostro paese e, più in generale, la continuità del diritto pur nella sua costante evoluzione»⁷³.

⁷³ Così, A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, spec. 75.