

SORVEGLIARE GLI ADULTI PUNENDO I BAMBINI

*Giuseppina Barcellona**

SUPERVISING ADULTS BY PUNISHING CHILDREN

ABSTRACT: *The article addresses the issue of the admissibility of birth certificates of children born abroad through surrogacy, starting from the recent Constitutional Court decision no. 33 of 2021. The instrument of analogy and the representation of public international order as a set of principles and rules structurally organized constitute the "point of view" from which the Constitutional Court's conclusions are subjected to critical examination.*

KEY-WORDS: Surrogacy; best interests of the child; woman's dignity; international public order; analogy.

SOMMARIO: 1. Prologo: la Corte costituzionale, il *best interests of child* e l'ordine pubblico internazionale – 2. Divieto di surrogazione e topografia del conflitto: i confini della fattispecie e la dignità della donna – 3. Lo "spazio vuoto" e l'analogia – 4. L'ordine pubblico internazionale e la pietra filosofale: a mò di postilla.

1. Prologo: la Corte costituzionale, il best interests of child e l'ordine pubblico internazionale
Con la sentenza n. 33 del 21 il giudice costituzionale torna a pronunciarsi su un tema – quello dello *status filiationis* del bambino nato all'estero da Gestazione Per Altri (di seguito GPA) – che ha diviso, e continua a dividere, giurisprudenza e dottrina, e sul quale, da ultimo, si sono espresse tanto la *Grande Chambre* della Corte EDU¹ che le Sezioni unite della Corte di cassazione².

La *quaestio* sulla quale la Corte era chiamata a decidere riguardava, più esattamente, la trascrizione del provvedimento straniero che riconosce il rapporto di filiazione fra bambino surrogato e genitore non biologico. Ed era un problema – questo – che, a seguire le indicazioni delle Sezioni unite, si sarebbe dovuto risolvere dichiarando l'irricevibilità del provvedimento

* Professore associato, Facoltà di scienze economiche e giuridiche, Università degli studi Kore di Enna, Mail: giuseppina.barcellona@unikore.it. Il contributo è stato accettato per la pubblicazione sul n. 3/2021 di *BioLaw Journal* – Rivista di BioDiritto.

**Il presente contributo è destinato agli scritti in onore del Prof. S. Andò

¹ Il riferimento è al parere consultivo del 10 Aprile 2019 reso su richiesta della Corte di cassazione francese.

² Corte cass., Sez. Un., 12193/2019.

straniero perché contrario al divieto di surrogazione (art. 12 l. 40/2004), indicato come principio dell'ordine pubblico internazionale, e garantendo all'interesse del minore una tutela "compensativa" nella forma dell'adozione in casi particolari.

Della coerenza di una tale soluzione con i principi costituzionali dubita, però, il giudice rimettente, il quale chiede alla Corte di valutarne la conformità agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, comma 1 della Costituzione (siccome rinvierebbe all'art. 8 della CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di *best interests of child*). Nella prospettiva della prima sezione civile della Corte di cassazione, infatti, il cd. diritto vivente violerebbe il principio del migliore interesse del minore per almeno un duplice ordine di motivi. Innanzitutto, esso sarebbe palesemente in contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU, che ha recentemente affermato che il diritto interno deve rendere possibile il riconoscimento del legame di filiazione fra il bambino nato all'estero da GPA e genitore d'intenzione. Ad un tal proposito – si rammenta nell'ordinanza³ – la Corte EDU chiarisce che un tale riconoscimento può avvenire anche con mezzi alternativi alla trascrizione del provvedimento giudiziario (o dell'atto di nascita) straniero nei registri dello stato civile, a condizione, però, che sia sempre garantita «l'effettività del riconoscimento» e non si esponga «il minore a una protratta situazione di incertezza giuridica»⁴. Ed è proprio sotto questo profilo che la soluzione prospettata dalle Sezioni unite viene ritenuta insufficiente. L'adozione in casi particolari, indicata, altrove⁵, come forma nella quale può trovare protezione l'interesse del bambino nato da GPA, non garantirebbe quella «effettività e celerità di attribuzione dello *status filiationis*» che la Corte EDU aveva definito irrinunciabile.

Ma vi è di più. Il giudice *a quo* sembra anche ritenere che il cd. diritto vivente sia il portato di un'inadeguata considerazione del dispositivo dell'ordine pubblico internazionale, e quindi di quella barriera che si ritiene sia posta a presidio di «di valori e principi che informano e fondano un ordinamento positivo determinato»⁶: «la tutela dell'interesse del minore [...] e il principio dell'ordine pubblico – si legge nell'ordinanza di rimessione⁷ – solo apparentemente possono apparire due entità contrapposte perché, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in

³ Corte cass., I sez. civ., ord. 8325/2020.

⁴ Così scriveva la *Grande Chambre* nel parere consultivo del 10 Aprile 2019: «une procédure d'adoption peut répondre à cette nécessité dès lors que ses conditions sont adaptées et que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien».

⁵ Si veda Corte cost., 272/2017, dove l'adozione in casi particolari è indicata come la forma nella quale può trovare protezione l'interesse del nato da GPA.

⁶ Così F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, 27 ss.

⁷ Corte cass., I sez. civ., ord. 8325/2020.

quanto espressione dell'inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione dell'ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano». Dunque, non la prevaricazione dei «principi e valori esclusivamente propri» dell'ordinamento interno ad opera di un interesse del minore importato dalla Corte EDU e virtualmente capace di «erodere qualunque vincolo imposto dal diritto positivo»⁸; piuttosto la corretta considerazione di un dispositivo – l'ordine pubblico internazionale – del quale, di certo, è parte il divieto di surrogazione, ma che include anche norme e principi che sanzionano la tutela dell'interesse del minore, definendo ambiti e conflitti nei quali esso è destinato a prevalere.

Muove da queste riflessioni la costruzione di una *quaestio* tesa ad ottenere una pronuncia che accerti l'incostituzionalità, fra gli altri⁹, dell'art. 12, comma 6, l. 40/2004

«nella parte in cui non consent[ono]e, secondo l'interpretazione del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri [...] del c.d. genitore d'intenzione non biologico»¹⁰.

Da quest'interrogazione e dalle riserve che la animano prende a ragionare il giudice costituzionale, che, facendo appello ad un “doveroso” *self restraint*¹¹, finisce con l'adottare una sentenza di inammissibilità:

«di fronte al ventaglio di opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»¹².

La complessità della materia ed il riconoscimento degli spazi rimessi al *dominium* del

⁸ Così F. FERRARI, *L'interesse del minore fra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 33/2021*, in *Onlinefirst – Biodiritto*, 13.

⁹ Oltre all'art. 12, comma 6 l. 40/2004, la q.l.c. riguarda, infatti, anche l'art. 64, comma 1, lett. g), l. 218/1995 e l'art. 18, d.P.R. 396/2000.

¹⁰ C. cass., I sez. civ., ord. n. 8325 del 2020.

¹¹ A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità legislativa (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in giurcost.org, 1, 2021, 221 ss.

¹² Corte cost., 33/2021, punto 5.9 del *considerato in diritto*.

legislatore, tuttavia, sembrano non esonerare il giudice costituzionale dal dovere di indirizzare al Parlamento un suggerimento, indicandogli un possibile “punto d’equilibrio”¹³ fra le contrapposte istanze dell’ordine pubblico internazionale e dei diritti del bambino.

2. Divieto di surrogazione e topografia del conflitto: i confini della fattispecie e la dignità della donna

Nell’affrontare la *quaestio* sollevata dalla prima sezione civile della Corte di cassazione, il giudice costituzionale tiene a precisare che la tutela del prioritario interesse del minore non è certo sconosciuta all’ordinamento italiano, ma che una tale preminenza non deve, per ciò stesso, tradursi in una illimitata espansione, in una “tirannia”, perseguita in danno dei diritti che ad esso (il *best interests of child*, cioè) si contrappongono: «gli interessi del minore dovranno essere bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall’ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità»¹⁴.

Muove da un tale *incipit* la valutazione della soluzione interpretativa adottata dalle Sezioni unite e delle riserve che in ordine ad essa sono espresse nell’ordinanza di rimessione. La Corte, invero, conviene con il giudice *a quo* che lo strumento dell’adozione in casi particolari sia incapace di garantire una sufficiente protezione all’interesse del minore; di contro, essa ritiene legittimo il rifiuto di trascrivere il provvedimento straniero che riconosce il rapporto di filiazione fra bambino surrogato e genitore non biologico: ad esso corrisponde – si legge nella parte motiva della sentenza¹⁵ – il legittimo «scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa [...] lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi».

Il limite della scelta ermeneutica adottata dalle Sezioni unite viene, quindi, indicato nella strumentalizzazione della «persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della surrogazione»¹⁶. Ma è questo un limite al quale la soluzione suggerita dalla Corte porrebbe rimedio, prospettando quello che vi viene considerato un ragionevole bilanciamento fra le contrapposte istanze dei diritti del minore e dell’ordine

¹³ Corte cost., 33/2021, punto 5.7 del *considerato in diritto*.

¹⁴ Corte cost., 33/2021, punto 5.5 del *considerato in diritto*. Ad un tal proposito, seppur riferita alla sent. 272/2017, si legga 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](https://www.costituzionalismo.it), 1, 2018, 149 ss.

¹⁵ Corte cost., 33/2021, punto 5.6 del *considerato in diritto*.

¹⁶ Corte cost., 33/2021, punto 5.7 del *considerato in diritto*.

pubblico internazionale. Il “punto d’equilibrio”, già indicato dalla Corte EDU e poi caldeggiato dal giudice costituzionale, consentirebbe di continuare a rifiutare la trascrizione dei provvedimenti stranieri che attestano il rapporto di filiazione fra bambino surrogato e genitore d’intenzione, limitandosi a richiedere la predisposizione di un «procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato»¹⁷. In questo modo – argomenta ancora la Corte – verrebbe scongiurato il rischio di una strumentalizzazione dei diritti del minore, senza che ciò determini – come invece sarebbe accaduto se si fosse accolta la *quaestio legitimitatis* – la pretermissione degli interessi della comunità statale.

A fronte dell’indiscutibile progresso che la soluzione prospettata dalla Corte presenta, perché garantirebbe, almeno virtualmente, una più adeguata protezione all’interesse del bambino nato da surrogazione di maternità; dei pregi che ad essa si ascrivono può, tuttavia, dubitarsi. Ad un più attento esame, infatti, può sembrare che il bilanciamento che vi viene implementato non sia in grado di scongiurare – come invece si è affermato – il rischio di una retrocessione dello *status* del bambino a mezzo su cui, ancora una volta, si costruiscono le politiche di deterrenza statali. La tutela dell’interesse della comunità statale a disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità continua, quindi, a richiedere che si neghi al bambino lo *status legitimitatis* e che per lui si predisponga una tutela “compensativa”.

Quest’innegabile compressione dei diritti del minore, che di certo è minima¹⁸, forse solo simbolica, è, tuttavia, ritenuta ragionevole, dal momento che – si è detto¹⁹ – il divieto di surrogazione è chiamato a presidiare – come pure si ricorda nel dispositivo della sentenza²⁰ - i «diritti e [del]la stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi». Sarebbero, dunque, questi i principi fondamentali che si oppongono alla trascrizione dell’atto di nascita del bambino surrogato e che, diversamente, rischierebbero di

¹⁷ Corte cost., 33/2021, punto 5.7 del *considerato in diritto*

¹⁸ O che, quanto meno, tale potrebbe essere se si procedesse ad una complessiva riforma della disciplina dell’adozione.

¹⁹ Sulla dignità della donna come bene giuridico tutelato dal divieto di surrogazione e, perciò, idoneo a motivare l’irricevibilità dell’atto di nascita del bambino nato all’estero da GPA, si vedano: C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico internazionale. L’assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITTO (a cura di), *Maternità Filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 132 ss.; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore*, cit., 164 ss.

²⁰ Corte cost., 33/2021, punto 5.6 del *considerato in diritto*, ma si v. anche Corte cost., 272/2017 punto 4.2 del *considerato in diritto*.

essere travolti da un *best interest* “tiranno” e incontenibile.

L’ostensione del vessillo della dignità della donna, e l’argomentazione che a partire da esso è costruita, non paiono, però, insuperabili.

È certo vero che la dignità della donna²¹ può indicarsi come il bene giuridico che il divieto di surrogazione (art. 12, comma 6 l. 40/2004) è preordinato a tutelare; ma è anche vero che, a ben leggere l’art. 12, comma 6 della l. 40/2004, una tale protezione appare condizionata, nell’estensione e nella forma, alla “topografia del conflitto”²² che ad un tale divieto è sottesa. La norma, infatti, punisce «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza, [...] la surrogazione di maternità»; essa, dunque, si propone di disciplinare il conflitto che vede contrapporsi il diritto della donna di disporre del proprio corpo, il potere negoziale che gliene verrebbe e la libertà contrattuale della coppia che intende accedere alla surrogazione di maternità²³. Ma se così, se il divieto di surrogazione è il criterio solutivo predisposto dal legislatore per regolare questa, e solo questa, topografia del conflitto, allora sembra si debba concludere che la sua applicazione non è ammessa a superare i confini definiti dalla fattispecie: esso determina, perciò, oltre all’applicazione della sanzione penale a tutti i soggetti che, a vario titolo, abbiano concorso alla commissione del reato, la nullità degli accordi di surrogazione e la conseguente inesigibilità delle prestazioni che in essi trovano fondamento.

La necessaria simmetria tra “topografia del conflitto” e principio regolativo, dunque, sembra escludere che il limite all’autonomia privata recato dall’art. 12, comma 6 della l. 40/2004 possa essere utilizzato per risolvere il diverso tipo di problema che i provvedimenti (e naturalmente anche gli atti di nascita) stranieri di cui ci si occupa prospettano. Questi provvedimenti sottendono, infatti, una mappa del conflitto assolutamente diversa da quella che si è sin qui

²¹ Di certo, non può revocarsi in dubbio che un tale principio sia messo in discussione, e profondamente, quando la donna, per sopravvivere, si veda costretta ad alienare la propria capacità procreativa. La dignità che, qui, appare messa in forse, però, non sembra quella astratta, di matrice kantiana, cui pure sembrano riferirsi la Corte costituzionale e la dottrina maggioritaria, ma la diversa “dignità sociale” che costituisce l’oggetto dell’art. 3 Cost. Ed è, questa, una dignità che non chiede semplicemente «che l’uomo sia sempre trattato alla stregua di un fine e mai come un mezzo», ma che esige siano rimossi «gli ostacoli di ordine economico e sociale», che, di fatto, privano la donna di ogni libertà di scelta, costringendola a mercificare il proprio ventre. Ma se questa comprensione del principio della dignità umana fosse corretta, si dovrebbe, forse, riconoscere anche che un tal limite non avrebbe ragione d’essere quando la GPA fosse a titolo gratuito: la gratuità e la logica che vi è implicita potrebbero rendere lecito l’accesso ad una tale tecnica procreativa, così come già legittimano la donazione in vita di un organo e, perché no, dei gameti indispensabili alla fecondazione eterologa. Sull’utilizzo “improprio” che, sempre più di frequente, è fatto della dignità umana si v. R. BIN, *Libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in forumcostituzionale.it, 26 Novembre 2019.

²² R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 62.

²³ Oltre, naturalmente, a punire il comportamento di quanti rendono possibile l’incontro di “domanda” ed “offerta” di mercato, perché pubblicizzano e fungono da intermediari fra le coppie che intendono accedere alla GPA e le donne disponibili a portare avanti una gravidanza per conto di terzi.

considerata e che ha motivato il divieto di surrogazione: gli interessi che, in questo caso, si contendono la protezione del diritto possono indicarsi nell'interesse della comunità a scoraggiare il ricorso alla surrogazione e nel diritto allo *status filiationis* del bambino. Si tratta di una mappa che non contempla più, fra i suoi termini, la dignità della donna e l'autonomia negoziale, ma che comprende, invece, l'interesse del minore; una mappa, quindi, la cui diversità impone la ricerca di un criterio solutivo adeguato, che muova, cioè, dalla corretta considerazione del peso che l'ordinamento giuridico già assegna a ciascuno degli interessi che vi sono inclusi.

3. Lo “spazio vuoto” e l'analogia

Quest'ultima considerazione conduce al merito della scelta della Corte di adottare una sentenza di inammissibilità.

A determinare questa decisione sarebbe l'assenza di una norma che, espressamente, disciplini lo *status* del bambino nato dall'illecito ricorso alla GPA, ovvero, di un principio (costituzionale e non) che possa limitare la discrezionalità legislativa, costringendola entro “rime obbligate”:

«di fronte al ventaglio di opzioni possibili tutte compatibili con la Costituzione [...] – si legge negli ultimi passaggi della parte motiva della sentenza²⁴ – questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore».

Il “vuoto” che motiva la sentenza d'inammissibilità, d'altronde, può sembrare ancora più evidente, quando lo si raffronti alla disciplina prevista all'art. 9 della l. 40/2004, che si preoccupa di blindare lo *status filiationis* del bambino nato dal, in principio illecito, ricorso alla PMA eterologa²⁵. Ed è un'omissione, questa, a partire dalla quale si è probabilmente inferita la volontà del legislatore di sbarrare la strada ai certificati di nascita dei bambini nati all'estero da

²⁴ Corte cost., 33/2021, punto 5.9 del *considerato in diritto*.

²⁵ L'art. 9, l. 40/2004, infatti, recita: «1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice.

2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi».

surrogazione di maternità; ma che, invece, avrebbe dovuto condurre ad esplorare le virtualità regolative dell'ordinamento giuridico, ricorrendo, ove possibile, all'analogia.

La postulazione di una lacuna e l'eventuale attivazione dello strumento analogico richiedono, però, che si definisca, in via preliminare, il tipo di problema che i provvedimenti stranieri di cui ci si occupa sollevano. Che sembra possa essere prospettato nei termini che seguono: che trattamento riservare a chi abbia un legame genetico con uno solo dei propri genitori e che, inoltre, si trovi ad «essere involontariamente, con la propria stessa esistenza»²⁶, prova dell'illecito da essi compiuto?

Muove da questa imprescindibile “messa a fuoco” la ricerca di norme e principi idonei a colmare quella che si presenta come una lacuna in senso tecnico: tali norme e principi, nel caso in esame, possono indicarsi, con sufficiente sicurezza, nell'art. 9 della l. 40/2004 e nella sentenza della Corte costituzionale 494/2002, ai quali, non a caso, l'ordinanza di rimessione fa insistito riferimento.

È proprio l'art. 9 l. 40/2004 la prima norma che occorre interpellare per procedere alla costruzione della regola analogica. Non sembra, invero, discutibile che la condizione del bambino surrogato sia, seppur limitatamente ad uno specifico profilo, sovrapponibile a quella del nato da eterologa: entrambi sono geneticamente legati ad uno solo dei due genitori. Ed è, questa, una condizione che l'art. 9 della l. 40/2004 non considera ostativa ai fini dell'acquisizione dello *status legitimitatis*, come, d'altronde, avrà modo di chiarire lo stesso giudice costituzionale con la sentenza 162/2014: «il progetto di formazione di una famiglia con figli, anche indipendentemente dal dato biologico – vi si legge²⁷ - è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, *anche in applicazione di principi costituzionali*».

L'art. 9 della l. 40 mostra, dunque, che la non ascrivibilità della filiazione ad uno dei genitori, di per sé, non è ragione sufficiente per negare lo *status legitimitatis*²⁸: lo *ius sanguinis* non può motivare l'irricevibilità del provvedimento straniero che riconosce il rapporto di filiazione fra bambino surrogato e genitore non biologico.

A questo ragionamento si è, però, obiettato che una tale estensione dell'art. 9 della l. 40/2004

²⁶ Corte cost., 494/2002, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

²⁷ Corte cost., 162/2014, punto 6 del *considerato in diritto (cors. nos.)*

²⁸ Questa norma, anzi, da un lato, sancisce il principio che l'estraneità biologica di uno dei genitori non è ostativa del riconoscimento dello *status legitimitatis* e, dall'altro, non reca, di per sé, elementi che escludano l'applicazione di un tale principio a “casi simili”, che, cioè, prospettino al sistema giuridico un identico tipo di problema: quello di un bambino che egualmente non abbia un legame genetico con entrambi i genitori e che tuttavia aspiri ad essere riconosciuto loro figlio legittimo. Vi è, dunque, insita nel disposto dell'art. 9 della l. 40/2004, una virtualità regolativa che va oltre la fattispecie che la reca e che non può essere tralasciata.

troverebbe un ostacolo insormontabile nella natura penale della sanzione che accompagna il divieto di surrogazione²⁹, e che testimonierebbe l'elevato grado di disvalore che si è sempre attribuito ad una tale pratica procreativa.

Certo così sarebbe, se non fosse che quest'argomento si presta ad essere confutato dal secondo dei riferimenti che completano il quadro analogico, ossia dal principio recato dalla sentenza 494/2002, con la quale il giudice costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 251, comma 1 e 278, comma 1, c.c. «nella parte in cui non consentono indagini sulla paternità dei figli incestuosi», precludendo loro l'acquisizione dello *status legitimitatis*.

Il senso della pronuncia della Corte e la sua attinenza alla questione della quale si discute possono essere compresi appieno muovendo, ancora una volta, dalla ricostruzione della “topografia del conflitto” sottesa agli artt. 251 comma 1 e 278 comma 1 c.c. e dalla *ratio* della soluzione che vi è predisposta. È lo stesso giudice costituzionale ad individuare i termini del conflitto normato dalle due disposizioni del codice civile e ad esplicitarne il senso:

«la discriminazione dei figli di genitori incestuosi varrebbe a tutela della concezione costituzionale della famiglia, esigente che fatti tanto gravi come quelli di endogamia, dalla coscienza sociale considerati alla stregua di attentati all'ordine naturale dei rapporti interpersonali e [...] puniti come reato, restino fuori dall'ordine giuridico e non possano determinare l'attribuzione di *status filiationis*»³⁰.

A trovare soluzione nelle norme del codice civile impugnate era, dunque, il conflitto che contrapponeva il diritto allo *status* del bambino e l'interesse della comunità ad allontanare chi, seppur incolpevolmente, era il frutto della violazione delle sue regole; ed era un conflitto che vi veniva risolto scaricando sul figlio incestuoso il peso delle colpe dei genitori, ammettendo, cioè, che l'offesa che questi avevano arrecato alla “coscienza sociale” potesse riverberarsi in capo al bambino, determinando quella che la Corte³¹ definisce una «*capitis deminutio* perpetua e irrimediabile».

Ora, a considerare correttamente la “mappa” che si è appena rappresentata e quella che lo stesso giudice costituzionale ha tracciato in occasione della pronuncia della quale, qui, ci si occupa

²⁹ È, questo, infatti, l'argomento cui ricorrono le Sezioni Unite e che trova il consenso di parte della dottrina. Senza alcuna pretesa di essere esaustivi si rinvia, fra gli altri, a C. TRIPODINA, *op.cit.*, 132 ss.; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore*, cit., 164 ss.; F. FERRARI, *op.cit.*, 15.

³⁰ Corte cost., 494/2002, punto 6.1 del *considerato in diritto* (*cors. nos.*).

³¹ Corte cost., 494/2002, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

(ma anche nella precedente sentenza 272/2017) non possono non risultare evidenti le indiscutibili simmetrie. Ciò che si oppone alla trascrizione del provvedimento straniero che riconosce il rapporto di filiazione fra nato da GPA e genitore non biologico è un interesse pubblico che vi viene variamente declinato: era un «interesse alla verità» che presenta

«anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, qual è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane)»³²

nella sentenza 272/2017; ed è, nella più recente sentenza 33/2021, «lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»³³. E simmetriche appaiono anche le soluzioni che i conflitti che si sono rappresentati riceverebbero: i figli, «meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori»³⁴, si vedono negato un fondamentale diritto della persona (art. 2 Cost.), quello allo *status filiationis*.

Ma è proprio questa indiscutibile simmetria fra le topografie del conflitto che si sono esaminate a far ritenere che ad esse debba applicarsi il medesimo criterio solutivo, e che quanto statuito dalla sentenza 494/2002 per i figli incestuosi debba essere esteso anche ai nati da GPA³⁵. Anche

³² Corte cost., 272/2017, punto 4.2 del *considerato in diritto*.

³³ Corte cost., 33/2021, punto 5.5 del *considerato in diritto*.

³⁴ Corte cost., 494/2002, punto 6.1 del *considerato in diritto*.

³⁵ In merito ad una tale estensione della sentenza 494/2002 ai bambini nati all'estero da GPA si è, invero, osservato (F. FERRARI, *op.cit.*, 15 ss.) che essa non terrebbe in adeguata considerazione alcuni elementi, i quali, se correttamente valorizzati, ridimensionerebbero la portata dei principi affermati dal giudice costituzionale. Innanzitutto – si è detto – non si darebbe adeguato rilievo alla circostanza che il caso concreto dal quale, alla fine, era scaturita la pronuncia in discussione aveva ad oggetto un'azione per la dichiarazione di paternità (art. 278, comma 1, c.c.) e non, invece, una richiesta di riconoscimento attivata dal genitore; e che, per di più, la stessa Corte costituzionale, in quell'occasione, aveva escluso che la sua decisione potesse coinvolgere anche l'art. 251 c.c. (riconoscimento dei figli incestuosi) che rimaneva, perciò, estraneo alla dichiarazione di incostituzionalità. Da ultimo – si è aggiunto – il reato d'incesto prevede ancora, come pena accessoria, la perdita della responsabilità genitoriale. A queste obiezioni può, forse, risponderci nei termini che seguono. In primo luogo, se è innegabile che la sentenza della Corte è “scaturita” da un'azione per la dichiarazione di paternità; è anche vero, però, che una tale contingenza non sembra, per ciò stesso, in grado di limitare la portata generale del principio che vi è affermato. Prova ne sarebbe la circostanza che lo stesso legislatore, all'atto di riformare la disciplina della filiazione (l. 219/2012), ha deciso di riscrivere anche l'art. 251 c.c., che vietava il riconoscimento dei figli incestuosi, ribaltandone il segno. Né la portata generale delle affermazioni contenute nella sentenza – e ben comprese dal legislatore – paiono ridimensionate dalla precisazione fatta dalla Corte in merito ai confini del suo giudicato, e precisamente dall'espressa esclusione dell'art. 251 c.c. Una tale puntualizzazione può, infatti, considerarsi motivata dalla volontà del giudice costituzionale di rimanere coerente all'oggetto della *quaestio legitimitatis*, che – a causa della «tecnica di legiferazione e l'intreccio normativo che ne deriva» (Corte cost., 494/2002) – avrebbe potuto essere travisato. Né il carattere fondamentale del principio affermato dalla sentenza può ritenersi ridimensionato dalla circostanza che l'art. 564 c.p. ancora prevede, quale pena accessoria per il genitore incestuoso, la perdita della responsabilità genitoriale. Una tale sanzione, infatti, è destinata a colpire il solo genitore, ma lascia impregiudicato lo *status legitimitatis* del figlio: il bambino continua ad essere titolare di fondamentali diritti non soltanto verso le figure genitoriali, ma anche verso i suoi ascendenti e discendenti (nonni, fratelli, zii, ecc.). Non solo. Può anche sembrare che la stessa Corte costituzionale, con la

per essi, dunque, non può non valere il senso di quell'arresto e del principio che vi è affermato, e cioè che l'interesse del minore alla pienezza dello *status filiationis* non è bilanciabile con l'interesse della collettività a punire chi abbia trasgredito le sue regole: qualunque sia la colpa dei genitori, essa non può, in modo alcuno, arrivare ad intaccare la sfera giuridica del figlio.

Ed è proprio questo principio, che non può non valere allo stesso modo tanto per i figli incestuosi che per quelli nati da GPA, che toglie ogni possibile ostacolo alle virtualità regolative già insite nell'art. 9 della l. 40/2004.

L'art. 9 della l. 40/2004 e la sentenza 494/2002 conducono, così, alla formulazione della norma analogica idonea a risolvere il tipo di problema prospettato dai provvedimenti stranieri che attribuiscono al bambino surrogato lo *status* di figlio legittimo del genitore non biologico: tanto l'assenza di un legame genetico (con uno dei due genitori), che il modo illegale in cui sia avvenuta la filiazione non possono motivare la negazione dello *status legitimitatis* al nato da surrogazione.

Queste considerazioni, se corrette, sembrano evidenziare più di una criticità nel ragionare della Corte e nelle conclusioni cui essa, alla fine, perviene.

Innanzitutto verrebbe meno quello "spazio vuoto" suscettibile di accogliere qualsiasi determinazione della discrezionalità legislativa, e a partire dal quale si fonda l'inammissibilità della *quaestio* sollevata dal giudice *a quo*: in luogo del «ventaglio di opzioni possibili tutte compatibili con la Costituzione» viene, invero, configurandosi una lacuna ordinaria che si sarebbe potuto colmare ricorrendo all'*analogia juris*.

Ma vi è di più. Proprio questa diversa prospettazione del problema e la regola analogica cui si è approdati paiono mostrare ulteriori limiti che il "punto d'equilibrio" suggerito dal giudice costituzionale presenta.

La predisposizione di un procedimento adottivo *ad hoc* per i soli nati da surrogazione sembra, infatti, dar corpo ad un singolare e diverso trattamento giuridico, che, però, non pare possa trovare fondamento in alcun principio dell'ordinamento, qualunque sia il livello della gerarchia delle fonti al quale si decida di guardare: non nell'assenza di un legame genetico con il genitore d'intenzione³⁶, non nell'omosessualità della coppia³⁷, non nella natura penale della sanzione³⁸

sentenza 33/2021, abbia, addirittura, superato un tale limite, prevedendo che chi ha aggirato il divieto di surrogazione possa comunque divenire il genitore adottivo del figlio avuto tramite l'illecito ricorso alla GPA, acquisendo, perciò, nei suoi confronti una responsabilità genitoriale piena.

³⁶ Corte cost., 162/2014.

che accompagna il divieto di surrogazione.

Si potrebbe, forse, dire che, se si dovesse dar seguito al suggerimento della Corte e predisporre un «procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato»³⁷, ci si troverebbe davanti ad una semplice distinzione e non ad una discriminazione: alla fine, pur se attraverso un percorso differente, i bambini surrogati si vedrebbero garantito uno *status* pressoché sovrapponibile a quello riconosciuto ai figli incestuosi ed ai nati da eterologa.

Anche quest'osservazione e la minimizzazione del *vulnus* all'interesse del bambino che vi è implicita, però, non paiono esenti da possibili critiche.

In primo luogo – si potrebbe replicare – un'elementare logica giuridica avverte che non è molto sensato distinguere cose cui l'ordinamento riconnette, alla fine, i medesimi effetti giuridici. Non solo. Se così fosse, proprio questa distinzione esclusivamente “nominale”, che non sottende, cioè, un diverso regime giuridico, paleserebbe l'incontrovertibile volontà di “bollare” i nati da GPA, di marcarne lo *status* in modo indelebile, perché la loro stessa nascita offende in modo intollerabile la comunità di cui ambiscono a far parte.

Ma della natura solo simbolica della distinzione suggerita dal giudice costituzionale può, anche, dubitarsi.

La diversa via che i nati da surrogazione sarebbero chiamati a percorrere, sempre che il legislatore faccia seguito all'invito ed al suggerimento contenuti nella sentenza, potrebbe mettere in forse la stessa coerenza dell'ordinamento, perché situazioni analoghe sarebbero destinatarie di discipline anche significativamente diverse.

Sembra, invero, difficile non accorgersi che lo *status* del figlio incestuoso e quello del nato da surrogazione godrebbero di una tutela nettamente asimmetrica: solo il primo è reso impermeabile all'interesse della comunità statale di punire, sia pure indirettamente, le colpe del mondo adulto. Ed è un *discrimen*, quello che colpirebbe questi figli, reso, se possibile, più evidente dall'ulteriore confronto con la disciplina di cui i bambini concepiti grazie alla PMA eterologa sono destinatari. La protezione predisposta dall'art. 9 della l. 40/2004, infatti, non si limita a blindarne lo *status* nei confronti di chiunque intenda eccepire l'assenza di un legame biologico col genitore d'intenzione, ma si spinge ben oltre: li garantisce anche «nei confronti di

³⁷ Corte cost., 221/2019.

³⁸ Corte cost., 494/2002.

³⁹ Corte cost., 33/2021, punto 5.7 del *considerato in diritto*.

chi si sia liberamente impegnato ad accoglierli assumendone le relative responsabilità»⁴⁰. Ed è questa una forma di tutela dalla quale i figli nati da GPA sarebbero esclusi anche se il legislatore, in tempi ragionevoli, dovesse seguire la via indicatagli dal giudice costituzionale: nelle more del procedimento adottivo, lo *status* del bambino rimarrebbe esposto ad un eventuale ripensamento del genitore non biologico, che, rifiutando di dare il proprio consenso all'adozione, potrebbe privare il minore dei diritti che dalla condizione di adottato discendono.

4. L'ordine pubblico internazionale e la pietra filosofale: a mo' di postilla

Queste considerazioni sollecitano ulteriori riflessioni, che attengono, questa volta, al dispositivo dell'ordine pubblico internazionale e all'utilizzo che di esso si è fatto.

L'inappropriata prospettazione del problema posto dai provvedimenti stranieri che attestano il rapporto di filiazione fra nato da surrogazione e genitore non biologico e la soluzione che per essi si è prospettata possono, infatti, sembrare l'esito di un inadeguato impiego della barriera dell'ordine pubblico internazionale.

La sentenza delle Sezioni unite che costituisce l'oggetto dell'ordinanza di rimessione individuava così gli elementi chiamati a comporre questa barriera: essa «non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili»⁴¹.

Questa definizione dava corpo ad un ordine pubblico internazionale che si arricchiva delle determinazioni del legislatore democratico e dell'opera di sistematizzazione realizzata dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria:

«la compatibilità con l'ordine pubblico [...] – chiariscono le Sezioni unite⁴² – dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche nel modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico».

⁴⁰ Corte cost., 347/1998, punto 3 del *considerato in diritto*.

⁴¹ Corte cass., Sez. Un., 12193/2019.

⁴² Corte cass., Sez. Un., 12193/2019.

Le Sezioni unite – si è giustamente osservato⁴³ – intendevano, in questo modo, rispondere, seppur “indirettamente”, alla sentenza 19599/2016 della I sezione della Corte di cassazione ed alla lettura innovativa che essa aveva dato del dispositivo dell’ordine pubblico internazionale. La I sezione della Corte di cassazione, infatti, aveva rappresentato questa barriera, funzionale a filtrare l’ingresso di atti e provvedimenti stranieri, come

«il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l’ordinamento interno in un determinato periodo storico [...] ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria»; da essa, per ciò stesso, erano escluse le scelte del legislatore che «non sono costituzionalmente obbligate»,

che non sono, cioè, «espressione di un vincolo costituzionale dal punto di vista dei contenuti»⁴⁴. È, questa, una rappresentazione dell’ordine pubblico internazionale che – si è detto – ne avrebbe, inevitabilmente, determinato l’“assottigliamento”⁴⁵, rendendo l’ordinamento interno permeabile al diritto straniero ed ai suoi principi, anche se contrari – come nel caso del divieto di surrogazione – alle determinazioni, pur transeunti, del legislatore democratico. Ma ciò che più destava preoccupazione era la rideterminazione del rapporto fra giudice ordinario e legislatore che questa lettura dell’ordine pubblico internazionale implementava: essa svalutava il «ruolo del legislatore, il cui dettato poteva e doveva essere direttamente aggirato in nome dei supremi principi costituzionali»⁴⁶ ed elevava il giudice a *dominus* assoluto⁴⁷ della barriera che avrebbe dovuto proteggere «il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale, conferendole una ben individuata e inconfondibile autonomia»⁴⁸.

I limiti di questa decisione – si è detto – sarebbero stati superati, appunto, dalla sentenza delle Sezioni unite 12193/2019, la quale, oltre a scongiurare il rischio di uno svuotamento della

⁴³ F. FERRARI, *L’interesse del minore fra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 33/2021*, cit., 2, ma dello stesso Autore si legga anche, *Profili costituzionali dell’ordine pubblico internazionale. Su alcuni “passi indietro” della Corte di Cassazione in tema di PMA*, in questa Rivista, 2, 2020, 169 ss. alla cui esaustiva bibliografia si rinvia.

⁴⁴ Corte cass., I sez. civ., 19599/2016

⁴⁵ C. TRIPODINA, *op. cit.*, 121 ss.; F. FERRARI, *L’interesse del minore fra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 33/2021*, cit., 3.

⁴⁶ F. FERRARI, *L’interesse del minore fra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 33/2021*, cit., 3. Dello stesso A. si leggano anche le riflessioni contenute in *Profili costituzionali dell’ordine pubblico internazionale. Su alcuni “passi indietro” della Corte di Cassazione in tema di PMA*, cit., 184 ss.

⁴⁷ C. TRIPODINA, *op. cit.*, 125.

⁴⁸ Corte cass., 27592/2006.

nozione di ordine pubblico internazionale, avrebbe, soprattutto, “riassetto”⁴⁹ il rapporto fra legislatore e giudice ordinario, restituendo centralità ai bilanciamenti realizzati dalle scelte legislative.

Ed è stato proprio in forza di tale operazione che Il giudice di legittimità ha potuto indicare nel divieto di surrogazione e nell’istituto dell’adozione i principi che avrebbero sbarrato la strada ai certificati di nascita dei bambini nati da GPA rilasciati da uno stato straniero. Si sarebbe trattato, infatti, di principi posti dal legislatore a presidio di “beni fondamentali”:

«vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l’istituto dell’adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto, perché soltanto a tale istituto [...] l’ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»⁵⁰.

Ora, a parte l’inspiegabile omissione della disciplina della PMA eterologa e della genitorialità priva di legami di sangue che essa rende legittima, non si può che concordare con questa definizione dell’ordine pubblico internazionale. Ciò che, semmai, desta più di una perplessità è il modo in cui un tale dispositivo, e le *rationes* di cui esso si compone, sono immaginati e impiegati.

L’ordine pubblico, infatti, è un «dispositivo, un congegno deputato [...] ad un’operazione ermeneutica volta a conservare estendendo»: esso «serve ad attingere le virtualità regolative ricomprese nel bacino dell’ordinamento giuridico ed a rilanciarle con più forza sì da spingerle là dove esse non riuscirebbero a giungere ordinariamente»⁵¹. Ma quest’operazione, l’esplicitazione della *vis* regolativa del sistema normativo che, così, si rende possibile, non può prescindere dalle confinazioni e gerarchizzazioni decise dal legislatore, non può, in altri termini, prescindere dal nesso, che questi istituisce, fra fattispecie normativa, tipo di problema e principio regolativo.

Le Sezioni Unite, al contrario, paiono concepire l’ordine pubblico internazionale alla stregua di un “arsenale” di principi non strutturati al quale attingere, pressoché liberamente, per impedire l’accesso ad atti e provvedimenti stranieri che potrebbero minare la “coerenza interna” dell’ordinamento giuridico.

⁴⁹ F. FERRARI, *L’interesse del minore fra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 33/2021*, cit., 4.

⁵⁰ Corte cass., Sez. Un., 12193/2019

⁵¹ M. BARCELLONA, *Ordine pubblico*, in *Enciclopedia del diritto, I Tematici*, I, Milano, 2021, *contratto*, diretto da G. D’AMICO, Milano, 2021, 769.

Ciò che il giudice di legittimità sembra aver dimenticato, quindi, è che quella coerenza interna non può essere preservata soltanto attraverso l'inclusione delle determinazioni del legislatore ordinario nell'ordine pubblico internazionale, ma richiede che si rispettino anche le gerarchie ed i confinamenti attraverso i quali, proprio nelle trame stesse del sistema ordinario, è garantita la convivenza di principi costituzionali, e non, virtualmente assoluti e antinomici.

È, dunque, questo l'errore in cui sembrano essere inciampate le Sezioni unite, e del quale non pare si sia resa abbastanza conto la Corte costituzionale: aver applicato il divieto di surrogazione "fuori" dagli spazi entro i quali il legislatore ordinario lo aveva confinato e avere così superato il nesso su cui si fonda l'ordine positivo, che indissolubilmente lega la fattispecie normativa, il "tipo di problema" ed il principio regolativo. Confondere il divieto di surrogazione cui sono sottoposti gli adulti con la disciplina delle conseguenze che ricadono sul figlio è un errore che ripropone, anche in questo caso, un'alterazione nei rapporti fra *legislatio* e *jurisdictio*: il giudice ordinario può liberamente attingere all'arsenale di principi dell'ordine pubblico, accantonando le «gerarchizzazioni e complementarizzazioni di principi regolativi altrimenti antinomici»⁵² decise dal legislatore democratico. Cosicché, ancora una volta, è lui il *dominus* assoluto della barriera destinata a proteggere la coerenza interna dell'ordinamento, l'artefice di nuovi e inediti bilanciamenti, che finiscono con il ridisegnare, rendendole asimmetriche, le geometrie del sistema.

La coerenza interna dell'ordinamento rischia, così, di essere messa in crisi dall'inappropriato utilizzo di un dispositivo – l'ordine pubblico internazionale – cui il legislatore ha assegnato il compito di «espandere il suo ordine, di allargare la rete del suo sistema e di colonizzarne il relativo "ambiente"»⁵³. Sicché, se ciò che a questo dispositivo si chiede è di riaffermare un ordine, un insieme organizzato secondo gerarchizzazioni e confinamenti, allora prescindere dalla logica che presiede alla formazione di quest'ordine ed al modo in cui vi sono organizzate le sue parti significa disarticolarne l'essenziale struttura, significa sostituire il disordine all'ordine.

⁵² M. BARCELLONA, *op.cit.*, 777.

⁵³ M. BARCELLONA, *op. cit.*, 768.