

L'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE E LA COSTITUZIONE. PRIME NOTE

*Michela Manetti**

INTERNATIONAL PUBLIC ORDER AND THE CONSTITUTION. FIRST REMARKS

ABSTRACT: *The essay analyzes the transformations of the so called international public order, as it is applied by Italian tribunals in matters relating to artificial human fertilization. It recalls the constitutional sentence that forty years ago established the supremacy of constitutional ethic upon the catholic Church's ethic, notwithstanding the special protection that the Constitution itself affords to it.*

KEY-WORDS: Artificial human fertilization; international public order; constitutional values; womens' fundamental rights; childrens' fundamental rights

SOMMARIO: 1. La prima trasformazione – 2. La seconda trasformazione – 3. I vizi che inficiano la versione universalistica – 4. Il conflitto tra etica cattolica ed etica costituzionale nella sentenza n. 18 del 1982 – 5. Prime conclusioni.

1. La prima trasformazione

Nel rileggere la storia di un concetto che è sempre stato molto discusso, si viene colpiti dalle trasformazioni che esso ha subito nel tempo – così come le ha subite il concetto di ordine pubblico (interno o senza aggettivi), a cui viene regolarmente giustapposto – ¹. Ma mentre quest'ultimo ha trovato alla fine un proprio assetto, lo stesso non può dirsi per il primo.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione l'ordine pubblico *tout court*, dapprima recepito senza eccessivi scrupoli dalla stessa giurisprudenza costituzionale, è stato soggetto ad un profondo ripensamento, in vista della necessità di conciliarlo con la tutela delle libertà e dei diritti inviolabili. All'esito di questo processo sono emerse in sostanza due posizioni: l'una che dà la prevalenza (anche se non l'esclusiva) all'ordine pubblico in senso materiale, l'altra che ritiene altresì vigente un ordine pubblico di natura ideale, sia pure rivisto e corretto alla luce dei

* Professore ordinario di Diritto costituzionale Università di Siena, attualmente in convezione con Roma Tre. Mail: michela.manetti@uniroma3.it. Il contributo è stato accettato per la pubblicazione sul n. 3/2021 di *BioLaw Journal* – Rivista di BioDritto.

¹ Sul tema, da diverse prospettive disciplinari, v. A. VIVIANI, *Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 4, 1999, 847 ss.; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005; F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007.

principi costituzionali (che la Corte ha chiamato ordine pubblico costituzionale, e che ha ritenuto indispensabile per la sopravvivenza della forma di stato democratica).

Esiste dunque un inquadramento comune che ha consentito e consente alla dottrina (e alla giurisprudenza) di confrontarsi, pur rimanendo divisa².

Anche l'ordine pubblico internazionale, com'era inevitabile, ha dovuto fare i conti con il radicale cambiamento rappresentato dalla Costituzione repubblicana, ma le strade seguite sono state diverse e non sempre comunicanti.

Mentre alcuni hanno ritenuto che l'ordine pubblico internazionale, come argine all'ingresso di norme o di provvedimenti stranieri, dovesse essere svuotato dai contenuti caratteristici del fascismo, per ospitare i nuovi principi di civiltà accolti nella Costituzione³, altri hanno inteso contestare, più radicalmente, il riferimento ai principi dell'ordinamento statale (poco importa se democratico anziché autoritario), per sostituirli con i principi emergenti «dalla coscienza della comunità»⁴.

In quest'ultima tesi, la reazione alla chiusura che l'ordinamento fascista manifestava verso tutto quanto fosse straniero o estraneo si traduceva in un'apertura incondizionata alle convinzioni radicate nella comune civiltà giuridica europea, delle quali avrebbero dovuto farsi interpreti i tribunali. L'approccio anti-statalistico abbracciava così tanto le fonti dell'ordine pubblico internazionale, che si rintracciavano esclusivamente nella società, quanto il ruolo della giurisdizione, che si sottraeva al rispetto della legge per dare voce al diritto sorto in via non istituzionalizzata⁵.

Se non si può negare l'influenza della Costituzione in un approccio che può definirsi tanto aperto al dialogo con gli altri ordinamenti, quanto orientato allo Stato-comunità, neppure può mettersi in dubbio che esso vada molto al di là, rinnegando l'«illuministica ambizione» ordinante che la Carta esprime verso la società e anche verso l'assetto del diritto internazionale

² Basti citare le opposte ordinanze emesse dal Tribunale di Roma in data 12 dicembre 2019 e in data 23 febbraio 2020 nei confronti rispettivamente di Casapound e di Forza Nuova, con riguardo alla cancellazione dell'account che Facebook aveva imposto ad entrambe.

³ V. al riguardo N. PALAIA, *L'ordine pubblico "internazionale"*, Padova, 1974.

⁴ G. BARILE, *Ordine pubblico: d) diritto internazionale privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, 1106 ss. Ma v. *amplius* ID., *I principi fondamentali della comunità statale (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969.

⁵ L'incoraggiamento rivolto ai tribunali a non tenere conto del "sistema formale del diritto interno statale italiano" traspare chiaramente in G. BARILE, *Ordine pubblico*, cit., 1111 ss.

6.

Questa idea germina, oltre tutto, in un periodo nel quale tale ambizione è ancora pienamente riconosciuta: sembrano anzi decisamente pionieristiche, per l'epoca, l'impostazione integralmente anti-positivistica e la finalità di favorire in tal modo le esigenze del commercio internazionale, quasi un preludio alla rivincita del diritto di formazione "spontanea" e della *lex mercatorum* come sua precipua manifestazione⁷.

La tesi in esame si mostrava tuttavia ben consapevole dei rischi cui l'intrinseca creatività dell'autonomia privata può condurre, sottolineando la necessità di evitare che le norme basilari della convivenza vengano eluse attraverso l'artificiale predisposizione di collegamenti con ordinamenti stranieri⁸.

2. La seconda trasformazione

La contesa in ordine al significato dell'ordine pubblico internazionale continua oggi in termini diversi, che pure riecheggiano le contrapposizioni del passato.

Decisivo rilievo assume, al riguardo, l'imponente fenomeno di armonizzazione cui ha dato vita l'ordinamento dell'Unione europea, tramite gli atti normativi che toccano – in forme più o meno generali – la disciplina del diritto internazionale privato contenuta nella legge n. 218 del 1995.

Tale fenomeno non ha comportato tuttavia il venir meno dell'ordine pubblico internazionale, richiamato da detta legge in continuità con quanto già previsto dall'art. 31 disp. prel. cod. civ. Come osservato in dottrina, per quanto si potesse ipotizzare che le disposizioni euro-unitarie di conflitto avrebbero condotto ad un superamento della necessità della previsione del limite dell'ordine pubblico, «non più necessaria in un ambito giuridico fortemente integrato», le discipline in esame non hanno potuto non ribadire la vigenza di tale limite, quale esso è concepito e applicato da parte di ciascuno Stato membro, pur riallineandolo ai principi del

⁶ Cfr. M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1, 2013, 2.

⁷ Così G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale (l'ordine pubblico internazionale)*, cit., 69 ss. che invoca i «principi del diritto spontaneo della comunità» richiamando l'esperienza del mondo giuridico cristiano medioevale e i valori universali che esso riconosceva. Questi ultimi hanno notoriamente trovato il loro più raffinato interprete nelle opere di P. GROSSI, a partire da *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

⁸ G. BARILE, *Ordine pubblico*, cit., 1120 ss.

diritto euro-unitario, quando si entri nel campo di applicazione di quest'ultimo⁹. In quest'ambito viene attribuita particolare importanza al rispetto dei diritti che sono affidati alla tutela della Corte di Giustizia, ritenuti vincolanti anche a prescindere dal loro concreto riconoscimento nell'ordinamento dello Stato membro interessato¹⁰.

Da questo punto di vista, la «comunitarizzazione» del diritto internazionale privato non sembra giunta in definitiva a rovesciare il regime dei rapporti tra diritto interno e diritto straniero¹¹, ma ha piuttosto messo in luce la nozione di “ordine pubblico europeo”, come sintesi dei principi caratterizzanti l'ordinamento sovranazionale.

La tesi in esame può essere rappresentata come il frutto dell'ulteriore trasformazione indotta nel nostro ordinamento dall'integrazione euro-unitaria, grazie alla quale l'ordine pubblico internazionale (senza mutare la propria natura difensiva e/o identitaria) si arricchisce del riferimento ai principi e diritti che essa promuove – e li promuove in quanto sono già stati, nelle apposite sedi, ritenuti coerenti con l'assetto dei beni e valori costituzionali di ciascuno Stato membro.

Ben diverso, e a ben vedere opposto, è il punto di vista che si basa invece sulla natura universale dell'ordine pubblico internazionale, visto come l'espressione di “principi di giustizia” dotati di valore assoluto, quali sarebbero in particolare manifestati nelle dichiarazioni o convenzioni internazionali poste a tutela dei diritti fondamentali.

Questa idea riprende il tentativo di sganciare completamente la nozione di ordine pubblico internazionale dal riferimento al diritto positivo dello Stato (o dell'ordinamento sovranazionale cui lo Stato aderisca), per proiettarla in una dimensione definita dall'*overlapping consensus* delle nazioni civili. Grazie all'ancoramento alle Carte dei diritti, essa appare meno sfuggente rispetto alla dottrina più sopra ricordata, che si richiamava ai principi del diritto posti spontaneamente dalla comunità: ma potrebbe trattarsi di un'apparenza ingannevole.

Deve ricordarsi infatti che le Carte dei diritti, specialmente se richiamate nel loro insieme, offrono una identificazione dei diritti assolutamente generale e generica, cui possono apporsi i limiti più vari, a loro volta eventualmente contrastanti con le tutele offerte dalle Costituzioni

⁹ Cfr. L. FUMAGALLI, *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IV, Milano, 2011, 479 s., ove si ricordano gli altri casi nei quali l'integrazione comunitaria può subire deroghe per i «motivi di ordine pubblico» invocabili dagli Stati membri.

¹⁰ *Ivi*, 484 s.

¹¹ *Ivi*, 489.

nazionali¹². Su questa strada è fatale scivolare nel rinvio al diritto naturale: tipica in tal senso la giurisprudenza della Cassazione che fa appello ai “diritti inviolabili” come se questi fossero dotati di una natura normativa auto-evidente, e come se non confliggevano mai tra di loro (o con altri principi e valori).

Se si considerano le distinte versioni che del diritto naturale offrono lo spirito laico e quello religioso, bisogna ammettere che l’affidamento nelle virtù maieutiche della giurisprudenza sia in questa versione ancora più ampio di quanto lo fosse nella precedente. Alla magistratura non è invero affidato il compito, che le è sempre stato congeniale, di manifestare le convinzioni prevalenti nella società, bensì quello di delineare – anche in contrasto con queste ultime – i diritti dei singoli o dei gruppi che corrispondano a principi universali di giustizia. Un compito dagli esiti imprevedibili, che potrebbero essere resi coerenti ed equilibrati soltanto *a posteriori*, grazie al susseguirsi delle decisioni delle diverse giurisdizioni in continuo dialogo tra loro.

Non è un mistero del resto che in una ideologia pregiudizialmente ostile all’intervento del legislatore democratico, come soggetto incapace di promuovere l’ottimizzazione dei principi costituzionali, è il confronto tra le giurisdizioni e tra le voci dottrinali a rappresentare l’unica forma di controllo e bilanciamento praticabile.

3. I vizi che inficiano la versione universalistica

In definitiva la tesi or ora esaminata rispecchia l’ottica, e ripropone i problemi, che caratterizzano attualmente l’approccio ai diritti di natura antipositivista o neocostituzionalistica¹³.

Per il tema che ci occupa è necessario tuttavia considerare altre specifiche contro-indicazioni, che emergono dal paragone con la dottrina fondata sull’origine sociale dell’ordine pubblico internazionale. Quest’ultima, come si è visto, muoveva dalle esigenze del commercio internazionale, che non considerava tuttavia idonee a giustificare l’elusione della legge nazionale.

¹² V. i punti di vista diversi, ma convergenti, espressi al riguardo da M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2006, 1643 ss., e da R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

¹³ Per una articolata e raffinata critica del giuspositivismo v. da ultimo M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso*, Firenze, 2020.

Riguardo alle prime, si può notare come un tempo esse non potevano venire in considerazione con riguardo alle questioni di *status* e di filiazione, che ricadevano in uno degli ambiti più gelosamente custoditi del diritto pubblico. Ma lo statalismo autoritario, combattuto dapprima con la ricerca di spazi di libertà e di eguaglianza costituzionalmente protetti nell'ambito dei rapporti familiari, è stato in seguito surclassato dalle istanze di privatizzazione, basate sul riconoscimento della piena disponibilità delle parti nei confronti di tali rapporti¹⁴.

Ed è palese il rischio che le scelte individuali si pongano inevitabilmente in sintonia con quello che oggi è considerato l'unico parametro davvero universale, rappresentato dalla logica del mercato.

Quanto al problema dell'elusione della legge nazionale, esso perde evidentemente di importanza a petto di principi di giustizia concepiti come assoluti. E tuttavia è ben noto come l'universalità di questi ultimi possa essere facilmente contestata, come ci ha mostrato e ci mostra l'esperienza dei fenomeni migratori. Si è dubitato infatti se di fronte alle richieste di ricongiungimento avanzate dalle mogli di un matrimonio poligamico si debba dare precedenza al principio universale di eguaglianza dei coniugi (ammettendo al ricongiungimento soltanto la prima moglie, o quella che fortuitamente lo richiede per prima in ordine di tempo), o all'altrettanto universale principio di tutela della donna come soggetto debole, e tramite quest'ultima del principio di tutela dei figli minori, se ve ne sono.

Ora, a ben vedere tutte le contro-indicazioni qui analizzate possono ricondursi ad un'identica lacuna, che inficia la versione universalistica dell'ordine pubblico internazionale. Si tratta della scomparsa delle concezioni morali o etiche cui si ispira l'ordinamento in un dato momento storico, che pure hanno sempre costituito parte integrante della nozione in esame¹⁵.

È tradizionale invero il parallelo istituito tra i limiti che vengono opposti tanto all'autonomia privata che si esercita all'interno dell'ordinamento, quanto alle sue manifestazioni consacrate da leggi o da provvedimenti giurisdizionali di altri ordinamenti: l'ordine pubblico e il buon costume, rispettivamente *ex art. 1343 cod. civ.* ed *ex art. 31 disp. prel. cod. civ.*

Ora, l'abolizione dell'espresso riferimento al buon costume, da parte della legge n. 218 del 1995, fa pensare che il riferimento a quelle concezioni morali sia venuto meno, con l'effetto non

¹⁴ V. per tutti S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

¹⁵ Così G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, XII, Napoli, 1986, 83 ss.

tanto di restringere quanto di mutare sensibilmente il significato della clausola dell'ordine pubblico internazionale rispetto a quella previgente. Anche da qui si alimenta, verosimilmente, la criticata tendenza a far valere principi etici universali, ritenendo ormai irrilevante ciò che l'ordinamento nazionale abbia da dire al riguardo.

A ben vedere, tuttavia, il cambiamento è di tutt'altra natura, ed è stato determinato anche in questo caso dall'entrata in vigore della Costituzione. Quest'ultima, lungi dall'assorbire passivamente le concezioni morali dominanti nella società, ha ripensato completamente, alla luce dei principi democratico e personalistico, i valori da porre a modello nello svolgimento della vita collettiva.

La Carta appare così portatrice di una propria etica che, pur non imponendosi alle coscienze individuali, indirizza e circoscrive le forme di riconoscimento che i comportamenti dei privati possono ottenere da parte dell'ordinamento¹⁶. In tal senso essa individua un modello che si distingue bensì dall'asfittica autoreferenzialità dello statalismo ottocentesco e poi del nazionalismo fascista, ma che non si spinge sino a postulare il dissolvimento dei valori costituzionali nell'indistinto mare di principi di giustizia universalmente validi (sia pure argomentabili attraverso il dibattito e il confronto tra le diverse visioni del mondo oggi accettate).

A questo punto, la domanda cui si tratta di rispondere è se l'interprete (il giudice) sia autorizzato a sostituire l'etica positivizzata nella Costituzione con un'etica dei diritti che sta fuori della Costituzione; un'etica che – se non è personalista ed egualitaria, come la Costituzione esige – non può non essere, secondo lo spirito dei tempi, individualistica ed orientata dai valori del mercato.

Il postulato antipositivistico e l'esaltazione della creatività giurisprudenziale che caratterizzano le ideologie neocostituzionalistiche, pur essendo tesi a realizzare la “migliore tutela” dei diritti fondamentali, contribuiscono invero ad ampliare il varco attraverso il quale si afferma, quotidianamente e globalmente, l'ideologia del mercato.

¹⁶ Sia consentito rinviare sul punto a M. MANETTI, *Il buon costume*, sub art. 21, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), Bologna, 2006, 204 ss.

4. Il conflitto tra etica cattolica ed etica costituzionale nella sentenza n. 18 del 1982

Nella babele delle opinioni, può costituire un punto fermo l'esperienza vissuta dal nostro ordinamento riguardo alla trascrizione nei registri dello stato civile delle sentenze dei tribunali ecclesiastici che pronunziano la nullità di matrimoni c.d. concordatari.

Si tratta di una tipica questione di diritto internazionale privato, retta però dalla speciale regola che ai sensi dell'art. 7 Cost. assicura una protezione rafforzata alle decisioni della Chiesa e dei suoi organi nelle materie concordatarie: la Corte costituzionale fu chiamata a stabilire se tale protezione implicasse l'automaticità della trascrizione, e più precisamente l'obbligo del giudice italiano di delibare positivamente le sentenze di nullità in discorso, quand'anche risultasse che esse erano state adottate a seguito di un procedimento nel quale le garanzie della difesa (del coniuge contrario alla dichiarazione di nullità) erano state totalmente pretermesse.

Com'è ben noto, la Corte – sotto la guida del più autorevole costituzionalista cattolico – adottò una pronuncia storica (che avrebbe condotto poi alla conforme modifica della disciplina concordataria) ritenendo che il diritto di difesa, nel suo nucleo essenziale, rappresenti un principio supremo dell'ordinamento, tale da non poter essere derogato neppure dagli atti della Chiesa cattolica che godono della speciale protezione assicurata dall'art. 7 Cost.

Sotto queste spoglie la sentenza n. 18 del 1982 ha anche affrontato, e risolto, un conflitto tra due concezioni etiche: quella cattolica, che basa il matrimonio sulla sincerità del consenso prestato al momento della celebrazione, affidando la verifica di questa circostanza a tribunali che ritiene illuminati dallo Spirito Santo, e quella costituzionale, ispirata alle esigenze di stabilità del legame matrimoniale, che ritiene gli interessi del coniuge che vi fa affidamento (e dei figli, se ve ne sono) non sacrificabili senza l'instaurazione di un minimo di contraddittorio.

Per risolvere tale conflitto la Corte si è fondata sul principio di sovranità dello Stato, ritenendolo applicabile anche verso la Chiesa *ex artt. 1 e 7 Cost.*, e ha individuato nell'ordine pubblico il dispositivo posto a presidio di tale principio nei confronti degli atti provenienti da altri ordinamenti.

Ciò che più importa, la Corte ha precisato che l'ordine pubblico consiste nelle «regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società»¹⁷.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 18 del 1982.

In tempi non sospetti il giudice costituzionale ha, in definitiva, validato come argini all'ingresso del diritto straniero (e sia pure particolarmente pregiato, come quello canonico) i principi ispiratori dell'etica costituzionale, così come sono interpretati ed attuati nei diversi momenti storici ad opera del legislatore¹⁸.

5. Prime conclusioni

Tornando all'oggi, è facile vedere il conflitto tra diverse etiche familiari che le tecniche di procreazione assistita, nel loro complesso, hanno rinfocolato, e che il legislatore ha inteso affrontare tramite la disciplina contenuta nella legge n. 40 del 2004.

Al riguardo la giurisprudenza costituzionale ha com'è noto adottato numerose pronunce di incostituzionalità. Quando però le questioni di legittimità costituzionale si sono avvicinate ai temi più controversi, rappresentati per un verso dalla genitorialità delle coppie omoaffettive e per l'altro dalla tendenza degli aspiranti genitori a recarsi all'estero onde aggirare i divieti previsti dalla legge italiana, la Corte non ha proseguito, come molti avevano previsto, nella sua opera di smantellamento della legge n. 40¹⁹.

Essa ha anzi colto l'occasione offerta dalla sent. n. 272 del 2017 per esprimersi positivamente, sia pure in forma di *obiter*, sul divieto di maternità surrogata previsto da tale legge, inducendo a ritenerlo legittimo, se non costituzionalmente imposto, a causa della lesione intollerabile che la surrogazione di maternità apporta alla dignità della gestante e alle relazioni umane.

Il giudice costituzionale ha inoltre aggiunto un importante tassello all'*acquis* desumibile dal lontano precedente del 1982, ribadendo il ruolo che – nell'attuazione dei principi costituzionali, verace manifestazione della sovranità – spetta al legislatore «quale interprete della volontà della collettività», chiamato a tenere conto «degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»²⁰.

Nel solco tracciato in tal modo dalla sentenza n. 84 del 2016, le decisioni n. 221 del 2019, n.

¹⁸ In tal modo la funzione di argine svolta dai principi costituzionali verso l'esterno viene limitata a quei principi che abbiano ricevuto pratica attuazione: così R. NANIA, *Principi costituzionali e ordine pubblico internazionale*, in *Diritto e società*, 3, 1979, 434 s.

¹⁹ Sul tema v. da ultimo M.P. IADICICCO, *Procreazione e diritti fondamentali*, Torino, 2020.

²⁰ Corte cost., sent. n. 84 del 2016, riguardante il divieto di utilizzazione degli embrioni derivanti dalla PMA a fini di ricerca.

230 del 2020, n. 32 e 33 del 2021 hanno invero dichiarato espressamente e ripetutamente che, per quanto possano apparire criticabili le regole poste a risoluzione del conflitto, spetta al legislatore, e soltanto al legislatore, cambiarle.

Al riguardo va precisato come, per un verso, la posizione assunta dalla Corte non possa considerarsi meramente astensionista²¹. Nel ritenere che il Parlamento sia libero di disciplinare l'assunzione dei ruoli genitoriali anche da parte di coppie omoaffettive, o di coppie anziane, o anche di singoli individui (cambiando appunto l'opposta regola attualmente vigente a norma della legge n. 40), il giudice costituzionale ha invero chiarito che l'eterosessualità della coppia, e la stessa bigenitorialità, non possono considerarsi presupposti costituzionalmente imposti in vista dell'applicazione delle nuove tecniche procreative.

Per altro verso, tuttavia, non può esagerarsi l'importanza dei moniti posti a conclusione delle pronunce in esame. Di fronte alla chiara dichiarazione di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, è difficile attribuire un valore pregnante alle sollecitazioni che la Corte formula in vista di un più adeguato assetto dei beni coinvolti; e ciò tanto più quando, con la novità epocale racchiusa nell'ordinanza c.d. Cappato e nella successiva sentenza, la Corte ha mostrato di ritenere ben più aggredibili di un tempo le situazioni di incostituzionalità caratterizzate dalla compresenza di più soluzioni legittime²².

Non diversa, al riguardo, appare la posizione espressa dalla Corte di Strasburgo nel parere reso alla Francia in ordine allo *status* dei figli nati da maternità surrogata contrattata all'estero: dove è assai difficile – come peraltro lo è sempre, nelle decisioni emesse da quest'organo – sceverare dal *decisum* relativo al caso singolo principi applicabili in via generale, dato anche il margine di apprezzamento che viene riconosciuto agli Stati in assenza di un comune consenso sul trattamento da riservare a tale pratica²³.

Del resto, come è stato da più parti osservato, altra è la soluzione del conflitto che il giudice si

²¹ V. invece C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile"*. *La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, e A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, nei commenti alla sentenza n. 219 pubblicati in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2021, 2613 ss.

²² La Corte ha del resto dimostrato in due successive occasioni di non considerare il caso Cappato un'eccezione, ma un modello replicabile.

²³ Per un opportuno approfondimento dei vincoli che possono scaturire da tale parere v. F. FERRARI, *L'interesse del minore tra protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021*, in corso di pubblicazione in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021 5 ss.

trova ad offrire *a posteriori*, quando il bambino concepito con le nuove tecniche procreative è ormai venuto al mondo, altra è la soluzione che il legislatore è chiamato ad escogitare *ex ante*, tenendo conto di tutti gli interessi coinvolti²⁴: ad esempio gli interessi dei bambini che potrebbero essere rifiutati dai genitori d'intenzione, perché portatori di handicap, o che potrebbero essere presentati come figli nati da maternità surrogata quando invece sono più brutalmente frutto del traffico di esseri umani, o ancora dei numerosissimi bambini attualmente abbandonati che vedono diminuire le probabilità di essere adottati, quanto più si afferma la pratica della maternità surrogata.

Quest'ultima pone peraltro gravissime ipoteche sulla libertà e sulla dignità della donna che, accettando di condurre la gestazione per altri, si impegna a rinunciare al frutto del proprio ventre, a sparire dalla biografia del figlio come fonte della sua identità, a perdere per sempre la possibilità di un rapporto affettivo²⁵. E non sembra, a parere di chi scrive, che un sacrificio di tale portata possa rimanere inavvertito (forse non nell'immediato, ma nel lungo periodo) per la donna che pratica la maternità surrogata come "dono" nei confronti di un'altra donna, parente od amica²⁶.

Sono molti invero gli indizi che spingono a vedere dietro questa pratica un processo di reificazione tanto della madre gestante quanto del bambino, nell'ambito dei cambiamenti generali che la capacità di «fabbricare esseri umani» induce nell'antropologia contemporanea²⁷. Ed è sorprendente che le giurisdizioni impegnate a promuovere, anche contro la legge, i diritti fondamentali dei genitori d'intenzione e del bambino che essi hanno voluto, dimentichino totalmente i diritti delle donne e degli altri bambini che pure la maternità surrogata coinvolge

²⁴ Come osserva S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, Napoli, 2017, 217 ss., chi propone *de jure condendo* la legalizzazione della surrogazione deve essere in grado di «dimostrare che l'interesse superiore di un bambino appena nato è di essere separato dalla madre».

²⁵ Secondo B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, 91 ss., la menzione del nome materno nel certificato di nascita sarebbe condizione necessaria per rendere lecita la *surrogacy*. Ma il riconoscimento come "ulteriore" genitore non potrebbe a mio modesto avviso sanare, se non marginalmente, il disconoscimento che subiscono il valore della gravidanza e il valore del figlio che ne scaturisce.

²⁶ È questo un aspetto a mio modesto avviso trascurato dal saggio di A. RUGGERI, C. SALAZAR, "Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio". *Riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consultaonline*, 27 marzo 2017.

²⁷ Sull'assunzione da parte dell'Uomo, attraverso la tecnica, dello statuto di creatore, ma al tempo stesso di "cosa creata", indistinguibile da qualunque altro artefatto, v. M. REVELLI, *Umano Inumano Postumano*, Torino, 2020, 92 ss.

necessariamente, o meglio che li considerino alla stregua di meri interessi pubblici, contenuti di politiche legislative in quanto tali liberamente sacrificabili.

A distanza di tanti anni, si vede bene quanto sia stata perniciosa l'esaltazione dei principi di giustizia che avrebbero imposto di mantenere la bambina Serena Cruz presso la coppia che l'aveva tenuta con sé violando la legge²⁸. Nell'intento di contrapporre emblematicamente una verità morale (ritenuta) incontestabile alla (pretesa) ottusità del legislatore parlamentare si è completamente cancellata la verità morale rappresentata dai diritti altrui, che quel legislatore aveva pur cercato di proteggere.

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 192 ss.