

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

VINCENZO BARBA

Ordine pubblico e gestazione per sostituzione
Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
destinato a GenIUS 2019-2

Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019

Sommario

1. La sentenza delle Sezioni Unite 12193/2019 e il possibile paradosso. – 2. La clausola generale di ordine pubblico internazionale. – 2.1 Normatività della clausola generale di ordine pubblico. – 2.2. Segue: dalla legge al diritto. – 2.3. Funzione assiologica e di controllo. – 3. Ordine pubblico e miglior interesse del minore. – 4. Cenni alla gestazione per sostituzione.

Abstract

Il saggio commenta la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione in materia di gestazione per sostituzione, cercando di individuare i punti di forza e di debolezza di questa decisione. Costituisce l'occasione per una riflessione sia sul concetto di ordine pubblico internazionale, sia sul tema della gestazione per sostituzione. Nel saggio si contesta la idea che il miglior interesse del minore possa essere -come dice la Cassazione- un contro-limite dell'ordine pubblico internazionale, dal momento che l'ultimo e il primo debbono compenetrarsi e non giustapporsi. Si contesta la idea della Cassazione secondo cui la gestazione per sostituzione è sempre contraria all'ordine pubblico internazionale e che non sia non è possibile un bilanciamento con il miglior interesse del minore, che sarebbe stato compiuto dal legislatore. Si contesta, anche, più in generale, la idea che la gestazione per sostituzione sia sempre e aprioristicamente contraria all'ordine pubblico internazionale, dal momento che si tratta di fenomeno molto complesso che richiede una valutazione molto attenta dei singoli interessi, specie quando si tratti di una gestazione per sostituzione ispirata alla solidarietà gratuita.

The essay comments on the decision of the United Sections of the Cassation on the matter of gestation by substitution, trying to identify the strengths and weaknesses of this decision, offering a more general interpretation of this phenomenon in the Italian legal system. It is the occasion for a reflection both on the concept of international public order and on the gestation by substitution. The essay contests the idea that the best interest of the minor can be - as the Cassation says - a counter-limit of the international public order, since the last and the first must interpenetrate and not juxtapose. The idea of the Supreme Court according to which the gestation by substitution is always contrary to the international public order is disputed and it is not possible a balance with the best interest of the minor, which would have been made by the legislator. The idea that gestation by substitution is always and a priori contrary to international public order is also disputed, more generally, since it is a very complex phenomenon that requires a very careful evaluation of individual interests, especially when it comes to of a gestation for replacement inspired by free solidarity.

* Professore Ordinario di Diritto Privato presso Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

1. La sentenza delle Sezioni Unite 12193/2019 e il possibile paradosso

Le Sezioni Unite della Cassazione, nella difficile sentenza in commento, affrontano il delicatissimo tema della gestazione per sostituzione¹ e si provano ad attraversarlo mediante un uso, sapiente, delle clausole generali di ordine pubblico internazionale e interesse del minore, nella piena consapevolezza che questa decisione è destinata a rivestire una eco straordinaria e ricadute applicative assai significative².

L'esito della decisione, per vero abbastanza scontato, è di netta chiusura nei confronti della gestazione per sostituzione, considerata assolutamente contraria ai principi di ordine pubblico internazionale e incapace di poter essere salvata attraverso il bilanciamento con l'eventuale interesse del minore.

La norma di cui all'art. 12 della L. 40/2004, la quale condanna la surrogazione di maternità con una sanzione penale particolarmente grave, è considerata espressione di un principio di ordine pubblico internazionale tanto importante da non poter essere in alcun modo superato, neppure qualora si profili all'orizzonte l'interesse del minore.

Sulla base di questa premessa, le Sezioni Unite escludono, categoricamente, che possa essere riconosciuto in Italia un provvedimento straniero dal quale risulti che il soggetto nato da gestazione per sostituzione sia figlio dell'eventuale genitore genetico e del genitore c.d. d'intenzione o, dei genitori d'intenzione, qualora nessuno dei due sia anche genitore genetico³.

-
- 1 Questa formula è da preferirsi a quella, pure utilizzata dalla cassazione, di maternità surrogata, per il semplice fatto che non si dà mai, in questi fenomeni una surrogazione di maternità. Poiché il linguaggio e, specie, quello dei giuristi non è mai ingenuo, ma sempre performante e indirizzante, con maggiore consapevolezza e criticità si deve parlare di gestazione per sostituzione.
 - 2 Sulla sentenza, si v., almeno, M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore*, in *Famiglia*, 2019, p. 369 ss.; G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 677 ss.; M. Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 667 ss.; G. Recinto, *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'* in *Dir. succ. fam.*, 2019, pp. 347-354; G. Perlingieri, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, pp. 337-345. Più in generale, A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017, p. 3 ss.; S. Stefanelli, *Procreazione e diritti fondamentali*, in A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, *Le persone e la famiglia. 4. La filiazione e i minori*, Torino, 2018, pp. 93-220.
 - 3 Per chiarezza, nel prosieguo utilizzo l'espressione genitore genetico, per indicare il legame genetico con il nato, l'espressione genitore biologico per indicare la madre che lo partorisce e genitore d'intenzione per indicare il soggetto che pur non offrendo materiale genetico, pur non partorendo il bambino è parte nel progetto genitoriale. Distinguo pertanto tra gestazione per sostituzione c.d. *tradizionale*, nella quale la madre surrogata risulta inseminata artificialmente con i gameti maschili di un componente della coppia, dalla gestazione per sostituzione c.d. *gestazionale*, nella quale la madre surrogata porta a termine una gravidanza a seguito dell'impianto di un embrione rispetto alla formazione del quale lei rimane estranea. In entrambi i casi, la madre surrogata è da considerarsi madre biologica, in quanto porta a termine la gravidanza e partorisce il nato. La madre surrogata è anche madre genetica soltanto nel caso di gestazione per sostituzione tradizionale, mentre non sarà madre genetica nel caso della gestazione per sostituzione gestazionale. Ciò significa che i soggetti rispetto ai quali è predicabile una sicura genitorialità giuridicamente rilevante, secondo il diritto italiano, sono diversi nell'uno e nell'altro caso. Nel caso di gestazione per sostituzione tradizionale, il nato è: a) figlio biologico e genetico della madre surrogata; b) figlio genetico del soggetto con i cui gameti maschili è stata fecondata la donna. Nel caso di gestazione per sostituzione gestazionale il nato è: a) figlio biologico della madre surrogata; b) figlio genetico della donna con i cui gameti femminili è stato formato l'embrione impiantato nella madre surrogata; c) figlio genetico dell'uomo con i cui gameti maschili è stato formato l'embrione impiantato nella madre surrogata.

Secondo la decisione delle Sezioni Unite, nel caso di ricorso alla gestazione per sostituzione gli unici soggetti ai quali si può riconoscere la genitorialità sono il genitore biologico o il genitore genetico⁴, mentre non si può attribuire genitorialità, anche qualora ciò risulti da un atto straniero, al genitore d'intenzione.

La Suprema Corte, che pure si esprime in modo così duro nei confronti della gestazione per sostituzione, è, però, attenta agli interessi concreti del nato, specie nel caso in cui costui abbia già instaurato una relazione familiare e di affetto con il genitore d'intenzione. Al riguardo afferma che si riconosce la genitorialità a favore del solo genitore genetico e che nulla esclude che il genitore d'intenzione possa chiedere l'adozione del nato ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d) della legge 184/1983, ossia l'adozione speciale.

Il principio di diritto è, dunque, così espresso: «il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla gestazione per sostituzione ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983».

La decisione del caso concreto, però, non può dirsi pienamente soddisfacente per una pluralità di ragioni che attengono al risultato finale e ad alcuni delicati passaggi del ragionamento ad essa sotteso.

Il tutto senza considerare che questa pronuncia, che pure aspira a porre una precisa chiusura nei confronti della gestazione per sostituzione, non soltanto non riesce a emarginare, come sembrerebbe, il fenomeno, lasciando uno spazio di rilevanza di non scarsa importanza, ma finisce, perfino, per creare una evidente disparità tra le coppie omo-affettive, da un lato, e quelle etero-affettive, dall'altro.

Nel caso di coppie omo-affettive che ricorrano alla gestazione per sostituzione potrà attribuirsi la genitorialità soltanto a colui che risulti genitore genetico e, dunque, all'uomo o alla donna che ha prestato i propri gameti per la formazione dell'embrione. L'altro componente della coppia omo-affettiva non potrà essere riconosciuto come genitore del nato da gestazione per sostituzione, anche qualora ciò risulti da un atto straniero (di nascita o giurisdizionale). Il genitore che non ha alcun legame genetico con il nato, ossia il c.d. genitore d'intenzione, ma che ha un rapporto familiare con il genitore genetico (in quanto coniuge, unito civile o convivente) potrà chiedere, soltanto, l'adozione del minore attraverso lo strumento dell'art. 44, comma 1, lett. d) L. 183/1984.

Sotto questo profilo, contrariamente a quanto è stato affermato da alcuni, mi sentirei di escludere che si possa ipotizzare una discriminazione tra le coppie omo-affettive maschili e quelle femminili⁵, dal momento che nel caso di gestazione per sostituzione, ossia quando la gestazione sia realizzata da una donna estranea alla coppia, la soluzione sarà identica nell'uno e nell'altro caso, riconoscendosi la genitorialità al solo genitore genetico. Né può affermarsi che si sia in presenza di una vera e propria gestazione per sostituzione nel caso di coppia omo-affettiva femminile, nella quale una delle due don-

⁴ Per quanto si tratti di una ipotesi non comune, essa non può essere esclusa. Si pensi al caso in cui la gestante porti a termine la gravidanza il cui embrione è costituito con gameti femminili altrui. Il figlio, in questo caso è geneticamente della madre che ha dato i gameti e biologico della madre che lo ha partorito.

⁵ In questo senso sembra orientato M. Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, cit., p. 675.

ne porta a termine la gravidanza con embrione formato con i gameti femminili dell'altra. In questo caso, infatti, non vi è una vera e propria surrogazione di maternità, perché la donna porta a termine la gravidanza non per altri, ma per sé e, soprattutto, perché la donna che partorisce non intende abdicare alla sua funzione genitoriale, ma, all'esatto opposto, intende instaurare con il nato un rapporto affettivo genitoriale.

Escludendo, dunque, una differenza nel possibile trattamento tra coppie omo-affettive maschili e coppie omo-affettive femminili⁶, sembrerebbe plausibile affermare che la decisione in commento ponga una chiusura definitiva nei confronti della gestazione per sostituzione.

Le Sezioni Unite pensano, infatti, non soltanto di aver messo ai margini dell'ordinamento giuridico italiano il fenomeno, ma anche di essere riuscite a disincentivare il ricorso a questa tecnica di procreazione medicalmente assistita, dal momento che sembra non poter garantire alla coppia la piena realizzazione del loro progetto genitoriale.

Quid iuris, però, se a ricorrere alla gestazione per sostituzione sia una coppia etero-affettiva, in cui la donna non può o, addirittura, non vuole, ancorché per motivi futili, portare avanti la gravidanza?

Pensiamo al caso di una coppia etero-affettiva che ricorra a una madre surrogata, affinché porti a termine la gestazione di un embrione formato con gameti della coppia (c.d. gestazione per sostituzione gestazionale). Supponiamo che la gestazione per altri avvenga in un paese in cui è consentita e che in quel paese si ottenga un provvedimento giurisdizionale dal quale risulti che il nato è figlio dei due componenti della coppia.

In un caso del genere, a seguire il ragionamento della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, il provvedimento straniero, che riconosce ai due componenti della coppia come genitori, po-

⁶ Occorre considerare una recente sentenza della Corte costituzionale (Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221, in *Leggi d'Italia*) sulle tecniche di riproduzione umana medicalmente assistita. Due tribunali italiani (Pordenone e Bolzano) hanno chiesto alla Corte costituzionale di valutare la legittimità costituzionale della legge nella parte in cui limita l'accesso a queste tecniche a una coppia eterosessuale, escludendo, di fatto, la coppia omosessuale (ovviamente di donne). La Corte Costituzionale respinge la richiesta, affermando che la ammissione alle tecniche di riproduzione medicalmente assistita a una coppia omosessuale porterebbe a una frattura diretta delle due idee portati della legge (coppia eterosessuale e sterilità). Al di là del risultato, che mi lascia molto insoddisfatto, perché credo che sarebbe stato opportuno permettere, come già ha fatto il legislatore spagnolo, l'accesso della donna alle tecniche di riproduzione medicalmente assistita, ci sono alcune affermazioni che mi sembrano preoccupanti. In particolare, è preoccupante che la Corte costituzionale italiana continui a considerare la famiglia eterosessuale come l'unico modello di famiglia costituzionalmente protetto in modo pieno, affermando che la coppia omosessuale costituisce una formazione sociale (come se fosse una relata differente dalla famiglia), e continui ad affermare che la scelta del legislatore di considerare la famiglia eterosessuale come la più adeguata per crescere i figli è una scelta razionale e ragionevole. Al riguardo si legge nella motivazione della sentenza: «di certo, non può considerarsi irrazionale e ingiustificata, in termini generali, la preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato. In questa prospettiva, l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia ad *instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il "luogo" più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali». Questa ultima affermazione non può essere condivisa e credo che sia necessario manifestare un dissenso fermo e convinto. Non basta dire che la coppia omosessuale può svolgere una funzione genitoriale adeguata, ma all'esatto contrario occorre affermare che non esiste alcuna differenza astratta e che la idoneità di una coppia, indipendentemente dall'orientamento sessuale, deve valutarsi sempre in concreto. Fin quando si affermi, pur con cautela, che la coppia eterosessuale è quella che più garantisce la crescita del minore, è impossibile trarre conclusioni giuridiche coerenti con il sistema dei valori normativi e adeguate alla nostra difficile contemporaneità.

trebbe diventare efficace, ancorché alla base esista una gestazione per altri. Dal momento che i due componenti della coppia sono genitori genetici del nato, il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite vorrà, giocoforza, che il provvedimento che riconosca quei due soggetti come genitori del nato da gestazione per sostituzione possa e debba trovare piena efficacia in Italia.

E ciò a prescindere dal contratto di gestazione per sostituzione, dalle ragioni concrete che hanno spinto la donna della coppia a ricorrere alla gestazione per altri, della disciplina del contratto di gestazione per sostituzione, delle ragioni e delle condizioni che sono state assicurate alla madre surrogata.

Si potrebbe giungere, così, al terribile paradosso che pur in presenza di una gestazione per sostituzione alla quale si ricorre per futili motivi (perché la donna della coppia non vuole sopportare la gestazione, considerandola una fatica eccessiva o, peggio ancora, una esperienza da evitare per una cura del proprio corpo), sfruttando oltre misura la gestante (perché si trova in uno Stato che sfrutta le donne, o perché è in una condizione di estremo bisogno, o perché è in una condizione di dipendenza dalla coppia committente), l'ordinamento dovrebbe riconoscere l'efficacia dell'eventuale provvedimento straniero che dichiara i componenti della coppia come genitori del nato. Ciò perché quei due soggetti sono, entrambi, genitori genetici del nato.

Si giunge, così, al paradosso che in questo caso, la gestazione per sostituzione consente il risultato che la Corte pensava di avere definitivamente emarginato.

Questo paradosso, per quanto tale, credo che suggerisca di rivedere la soluzione del caso concreto, anche al fine di verificare se non sia opportuno operare maggiori distinguo, verificando, peraltro, se sia sempre coerente alla legalità costituzionale italo-europea, l'idea che dove c'è gestazione per sostituzione, c'è sempre contrarietà al c.d. ordine pubblico internazionale.

2. La clausola generale di ordine pubblico internazionale

La negazione di ogni rilevanza al fenomeno di gestazione per sostituzione si svolge attraverso il richiamo alla clausola generale di ordine pubblico⁷, in guisa che la decisione in commento assume rilevanza significativa anche sotto questo profilo.

Da un punto di vista teorico, nonostante qualche opinione contraria, mi sembra che questa decisione finisca con il porsi in linea di stretta continuità con le precedenti e che in termini puramente astratti meriti ampia condivisione.

Ancorché la Corte non lo dica in modo espreso, è indubitabile che l'ordine pubblico viene considerato una vera e propria clausola generale, ossia un frammento di norma giuridica, caratterizzato da una certa vaghezza intenzionale, dipendente dal fatto che il suo contenuto rinvia ad altre valutazioni.

La parola ordine pubblico non è norma (regola o principio), ma frammento di norma.

⁷ Per riferimenti di dottrina e giurisprudenza cfr. V. Barba, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss.; Id., *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, in www.articolo29.it, *La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, 2018, pp. 2-11; G. Perlingieri e G. Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019; S. Álvarez González, *¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?*, in *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, coord. por Nuria Bouza i Vidal Madrid, 2015, pp. 146-181; Id., *La relatividad esférica del orden público internacional. Una descripción básica*, en proceso de publicación (*leído gracias a la cortesía del Autor*); Id., *Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: Límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario*, in *Diario La Ley*, 1-9, 2000; Id., *Gestión por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)*, in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, Vol. XCII, 2016, Tomo I, 2016, 227-262.

L'espressione "clausola generale", evoca, infatti, quella tecnica di normazione, per effetto della quale si inserisce in una norma giuridica (e di qui la circostanza che si tratta soltanto di un frammento di norma e mai di una norma in sé compiuta) un criterio di valutazione elastico, che rinvia a una pluralità di altre valutazioni e introduce elementi di flessibilità applicativa.

Le Sezioni Unite ribadiscono che esiste una differenza tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale, dacché il primo rileva come limite all'autonomia privata, mentre il secondo come limite al riconoscimento di atti e discipline straniere. Con la conseguenza che la parola "internazionale" serve soltanto per richiamare l'attenzione dell'interprete sulla sua funzione, ossia per ribadire che esso serve per giudicare sulla riconoscibilità in Italia di un atto giuridico straniero (negoziale o sentenza) o sull'applicabilità di una legge straniera in Italia.

Da qui viene che il concetto di ordine pubblico internazionale deve avere un'estensione più limitata rispetto a quello del c.d. ordine pubblico interno, dacché, altrimenti, si finirebbe per impedire il riconoscimento di qualunque atto straniero o l'applicazione di qualunque legge straniera che non abbia un contenuto perfettamente corrispondente a quello delle nostre leggi nazionali.

Nel ribadire che l'aggettivo "internazionale" serve soltanto per evocare la funzione che assume la clausola generale, si conferma anche che si tratta di un concetto di diritto interno, ossia che ogni ordinamento ha un proprio "ordine pubblico internazionale" e che non esiste un "ordine pubblico internazionale" valevole o comune per tutti gli Stati (peraltro sarebbe molto difficile stabilire quale debba o possa essere la comunità internazionale di riferimento). Ne viene, dunque, che il contenuto dell'ordine pubblico internazionale nel diritto italo-europeo è diverso da quello del diritto franco-europeo, o del diritto ispanico-europeo, o del diritto americano⁸, sebbene non possiamo tralasciare di considerare

8 Occorre assumere consapevolezza che la complessità dell'ordinamento, la cui unità è affidata alla sapienza e responsabilità dell'interprete, suggerisce di continuare a far riferimento a norme di diritto internazionale, o di diritto europeo, soltanto allo scopo di ricordarne la fonte di provenienza, ma non certo al fine di istituire una contrapposizione o giustapposizione di quelle rispetto alle norme di fonte statale, dacché le une e le altre, nella loro articolazione, costituiscono il nostro sistema ordinamentale, senza possibilità che si possano separare le une dalle altre. Piuttosto avendo mente sia al criterio gerarchico sia a quello di competenza, che finiscono, sovente, con il collocare le prime in posizione preminente rispetto alle seconde, con tutte le conseguenze in punto di scelte assiologiche che ciò importa, sempre, però, nel rispetto della nostra identità costituzionale. Nello studio del c.d. diritto europeo, come in quello del c.d. diritto internazionale, occorre distinguere il profilo dell'organizzazione, che attiene al momento fondativo e al funzionamento del soggetto internazionale, nato dall'accordo sovranazionale, dal profilo della c.d. disciplina materiale, destinata a trovare applicazione nei singoli Stati nazionali. Rispetto al primo profilo non v'ha dubbio che sia possibile discorrere di un diritto europeo o di un diritto internazionale come ordinamento autonomo e coordinato rispetto a quello dei singoli Stati, dacché si tratta del diritto che genera un soggetto internazionale, che viene dotato di propri organi. In questo, però, si esaurisce l'autonomia del diritto europeo e del diritto internazionale rispetto al diritto dei singoli Stati nazionali. Rispetto, infatti, alla disciplina materiale, la quale è destinata a trovare applicazione nei singoli Stati nazionali, non ha senso parlare di un diritto internazionale o di un diritto europeo diverso, o parallelo, o giustapposto rispetto a quello nazionale, dacché regole e principi di diritto europeo e/o di diritto internazionale sono destinate ad applicarsi in ogni singolo Stato nazionale, in uno alle sue norme statali. Secondo quest'angolo di osservazione non esiste un diritto europeo diverso, contrapposto, giustapposto, o coordinato rispetto al diritto italiano; piuttosto esiste un diritto italo-europeo. Una norma di un regolamento europeo, piuttosto che una norma del Trattato si applica al cittadino italiano unitamente alle norme statali o, addirittura, in luogo di una preesistente norma statale in conflitto con quella. Prescindendo dal caso delle direttive europee le quali, tendenzialmente, diventano norme di fonte nazionale, per il tramite del loro recepimento, non v'ha dubbio che le norme di un regolamento europeo, in ragione della loro immediata e diretta applicabilità (cfr. art. 288 TFUE), come del resto le norme della Carta europea dei diritti dell'uomo (cfr. artt. 6, 52 TUE, 355 TFUE) o dei Trattati (cfr. artt. 52 TUE, 355 TFUE), anch'esse immediatamente e direttamente applicabili, come le norme di diritto internazionale, immediatamente applicabili in forza del principio di adattamen-

una importante attenuazione della natura esclusivamente statale del contenuto dell'ordine pubblico internazionale, sia per la influenza dei diritti umani e il loro concretamento da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo sia per la influenza del diritto europeo. Sebbene possiamo continuare a dire che il contenuto dell'ordine pubblico internazionale dipende da ciascuno Stato nazionale, bisogna riconoscere un processo di erosione di questo contenuto⁹ y un importante intervento della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che pretende di controllare i limiti dentro i quali gli Stati nazionali possono ricorrere a questo concetto per non riconoscere un atto straniero¹⁰ o applicare una legge straniera.

La circostanza che taluni principi normativi possano essere comuni all'ordine pubblico internazionale di più Stati nazionali o di taluni Stati nazionali non legittima il convincimento che esiste un concetto di ordine pubblico internazionale sovranazionale o meta-nazionale, ma soltanto che possa occorrere, in taluni momenti storici, che qualche principio sia comune all'ordine pubblico internazionale vigente in più Stati, senza che ciò valga a sciogliere l'ordine pubblico internazionale dai singoli sistemi ordinamentali, facendone un concetto del diritto comune delle genti.

Occorre, in altri termini, la consapevolezza che oggi non è più possibile parlare di un sistema delle fonti italiane, ma di un sistema complesso e aperto delle fonti italo-europee, il quale è premessa essenziale per una reinterpretazione degli istituti giuridici non più comprensibili «se non in una logica costituzionale e comunitaria»¹¹.

Svolti questi chiarimenti, il tema centrale è stabilire quale sia il contenuto dell'ordine pubblico internazionale.

Sotto questo profilo la decisione in parola mi pare molto significativa perché ribadisce la valenza normativa della clausola generale, ma anche perché ribadisce la differenza tra legge e diritto, precisando che per riempire di contenuto la clausola generale occorre far riferimento al secondo e non an-

to dell'ordinamento interno (cfr. artt. 10, 11 Cost.), fanno parte integrante e sostanziale di un unico sistema ordinamentale, nel quale l'interprete è chiamato a individuare le regole del caso concreto. Non si può parlare di un diritto europeo che si aggiunge ora al diritto italiano, ora al diritto spagnolo, ora al diritto francese, bensì di un diritto italo-europeo, di un diritto franco-europeo, di un diritto ispanico-europeo. Ragione per la quale una medesima disposizione di legge di c.d. matrice europea o internazionale, pur essendo sempre eguale a sé stessa, secondo che sia calata in uno o altro sistema ordinamentale, può assumere significati (*recte*: esprimere norme) non sempre perfettamente identici e, soprattutto, deve essere sottoposta da parte dell'interprete al controllo di conformità ai principi fondamentali dell'ordinamento, che segnano la sua identità costituzionale (artt. 2, 4 TUE).

⁹ S. Álvarez González, *¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?*, cit., p. 162, segnala che la erosione del contenuto strettamente nazionale dell'ordine pubblico internazionale di ciascuno Stato membro si apprezza sotto due distinti profili. In primo luogo, la proliferazione di clausole speciali di ordine pubblico, che esprimono principi che, inevitabilmente, influiscono sul contenuto dell'ordine pubblico di ciascuno Stato. In secondo luogo, la dottrina del Tribunale di Giustizia che, sebbene affermi la competenza esclusiva di ciascuno Stato membro in ordine al potere di determinare i limiti dentro i quali i tribunali di ciascuno Stato possono utilizzare questo concetto per evitare l'applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di un atto straniero, giungono, in casi sempre più significativi, ad affermare che il riconoscimento di un atto straniero non si possa considerare contrario all'ordine pubblico internazionale di quello Stato membro.

¹⁰ In questo senso, STJCE de 2 de junio de 2016, Asunto C-438/14, Nabil Peter Bogendorff von Wolfersdorff; STJCE de 12 de mayo de 2011, Asunto C-391/09, Malagožata Runevic-Vardyn; STJCE de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein; STJCE de 14 de octubre de 2008, Asunto C-353-/06, Strefan GrunKin; STJCE de e de octubre de 2003, Asunto C-148/02, Carlos Gracia Avello. In tema, v. S. Álvarez González, *Regimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario*, in *Diario La Ley*, N. 5876, Sección Doctrina, 22 Oct. 2003, p. 1657 ss.

¹¹ P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 286.

che alla prima.

Entrambi i profili meritano attenzione.

2.1. Normatività della clausola generale di ordine pubblico

In questa fase è opportuno indulgiare sul rilievo dato alle norme ordinarie nella definizione dei principi cardine di un istituto: rilievo che deriverebbe dalla loro natura di nervature sensibili che costituiscono il tessuto connettivo del sistema, inverando i principi costituzionali¹². Tale costrutto argomentativo è stato di recente utilizzato dalle stesse sezioni unite della Cassazione nel sancire la compatibilità con il nostro ordinamento di prescrizioni straniere in materia di danni punitivi¹³.

L'eleganza del periodare della S.C. non può, tuttavia, offuscare la circostanza che in tal modo, con chiara inversione della gerarchia delle fonti, si fa della legge ordinaria la chiave di lettura di previsioni ad essa sovraordinate.

A nostro avviso il ruolo attribuito alle disposizioni di rango primario va, in linea generale, ridimensionato e, nel caso di specie, rigettato. A tale conclusione si perviene sia ragionando in via astratta, sia in concreto.

In prospettiva generale va considerato, infatti, che le norme ordinarie possono rivelarsi non conformi ai dettami costituzionali o essere, per così dire, costituzionalmente neutre, e dunque inidonee a restituire in maniera puntuale ed efficace la trama dei principi su cui si fonda l'assetto ordinamentale. Si pensi, ad esempio, all'esito di incoerenza che si sarebbe determinato applicando il criterio di cui si discute alla materia dei rapporti familiari prima della riforma del 1975. Segnatamente, nel lungo torno di tempo in cui coesistero – generando un ampio, diffuso stridore – le previsioni del codice civile nella loro formulazione originaria, espressione della concezione istituzionale della famiglia e largamente informate al criterio della supremazia del marito e del padre, con gli enunciati della Carta fondamentale, portatori di un antitetico sistema di valori.

Sotto altro punto di vista si rifletta sulla circostanza che il legislatore ordinario, nella sua discrezionalità – e dunque in funzione delle scelte di politica del diritto che prevalgono in un dato momento

¹² Così, quasi alla lettera, la pronuncia in esame, punto 12.1, che riproduce Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 8-9/2017, p. 1787 ss., con nota di A. Di Majo, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*; in *Foro it.*, 2017, 1, c. 2613 ss., con note di A. Palmieri, R. Pardolesi, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile* (c. 2630 ss.), di E. D'Alessandro, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piove* (c. 2639 ss.), di R. Simone, *La responsabilità civile con è solo compensazione: punitive damages e deterrenza* (c. 2644 ss.), di P.G. Monateri, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite* (c. 2648 ss.); e successivamente con nota di C. Salvi, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, *ivi*, 2018, I, c. 2504 ss. Il brano citato, contenuto al punto 6 della motivazione, così recita per esteso: «La sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale». La questione è, allora, come si dirà meglio in seguito nel testo, capire *quando* sia necessario rifarsi alle leggi ordinarie. E un differente ma non per questo secondario ordine di problemi è quello di verificare, tra le norme ordinarie, *quelle* che effettivamente e inequivocabilmente *inverano* i canoni costituzionali, posto che in teoria *tutte* le previsioni di rango sottordinato a quelle costituzionali dovrebbero essere ad esse conformi a quest'ultime e quindi in misura più o meno marcata esserne espressione.

¹³ Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 5 luglio 2017, n. 16601, cit. La sentenza è richiamata dalla decisione in esame al punto 12.1 della motivazione.

storico – ben può adottare regolazioni che privilegino un certo assetto di interessi facendone correlativamente recedere altri: *ma questo non significa necessariamente che la norma primaria sia l'unica che rispecchi i principî costituzionali*. Un esempio in tale direzione è costituito dalla previgente disciplina in materia di filiazione che, pur nel tendenziale rispetto del principio di uguaglianza sancito all'art. 30 Cost., attribuiva talune prerogative ai figli legittimi a scapito di quelli naturali; disciplina che fino a poco tempo prima della riforma che ha introdotto lo stato unico di figlio è stata giudicata dalla Consulta comunque coerente con il dettato costituzionale¹⁴.

Ancor più facile rammentare che può esservi una previsione ordinaria che si rivela non conforme alla Carta fondamentale. L'esempio più vicino alla materia che ci occupa è la prescrizione della legge n. 40 del 2004 che impediva il ricorso alla fecondazione eterologa, dichiarata in contrasto con la Costituzione dopo dieci anni di vigenza¹⁵. Senza dimenticare, per inciso, che prima del varo della legge sulla procreazione medicalmente assistita la pratica era pacificamente ammessa.

Non va trascurato, poi, che la stessa maternità per sostituzione, in mancanza di specifica regolamentazione e sulla base dei principî costituzionali, era stata giudicata ammissibile da una corte di merito, in quanto nel caso di specie informata a canoni di solidarietà, gratuità, spontaneità, in un contesto familiar-amicale assolutamente armonioso e scevro da condizionamenti, indebiti sfruttamenti di una ipotetica posizione di debolezza della gestante, e da qualsivoglia compressione della sua dignità¹⁶. In altra occasione la giurisprudenza interna ha poi ritenuto non in contrasto con l'ordine pubblico un *parental order* britannico con il quale, pur in assenza sia di gestazione e parto sia di corrispondenza cromosomica con la prole, veniva riconosciuta la genitorialità della madre sociale¹⁷.

-
- 14 Corte costituzionale, 18 dicembre 2009, n. 335, in *G.U.*, 23 dicembre 2009, n. 51, 1^a s.s., che, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 537, 3° comma, c.c. (nel testo anteriore al d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154), ha affermato che «la possibilità di richiedere la commutazione, condizionata dalla previsione della facoltà di opposizione da parte del figlio naturale e dalla valutazione delle specifiche circostanze posta a base della decisione del giudice, non contraddice la menzionata aspirazione alla tendenziale parificazione della posizione dei figli naturali, giacché non irragionevolmente si pone ancor oggi (*quale opzione costituzionalmente non obbligata né vietata*) come termine di bilanciamento (compatibilità) dei diritti del figlio naturale in rapporto con i figli membri della famiglia legittima» (punto 2.4. della motivazione; corsivo aggiunto).
- 15 Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162, in *G.U.*, 18 giugno 2014, n. 26, 1^a s.s., che, com'è noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, 3° comma, e di altre previsioni collegate, della legge 19 febbraio 2004, n. 40.
- 16 Tribunale di Roma, ordinanza del 17 febbraio 2000, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 74 e ss., con nota di A. Specchio, *Procreazione artificiale tra diritto, etica e bioetica*; e p. 300 e ss., con nota di R. Natoli, *La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto*.
- 17 Corte d'appello di Bari, 13 febbraio 2009, in *Fam. e dir.*, 3/2010, p. 251 ss., con nota di M.C. De Tommasi, *Riconoscibilità dei c.d. "parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004*. È noto, poi, che nel sistema attuale – prima dell'odierna pronuncia delle Sezioni unite – la giurisprudenza si muoveva in modo ondivago, in alcuni casi ritenendo contrario all'ordine pubblico il provvedimento straniero che attesta la copaternità facendo leva sulla illiceità della condotta dei genitori in violazione del divieto di «surrogazione di maternità» di cui all'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004 e sulla non configurabilità nel nostro ordinamento di una filiazione da persone dello stesso sesso (v. Procura della Repubblica di Roma, 27 luglio 2018, n. 9100, in *Fam. e dir.*, 5/2019, p. 496 ss.), in altri, invece, si attestò sul contrario (e per noi condivisibile) versante della portabilità dello *status* di figlio acquisito all'estero concentrando l'attenzione sulla posizione del figlio. In questo senso, ad es., Tribunale di Milano, 24 ottobre 2018, *ivi*, p. 494 ss., con nota (relativa ad entrambe le decisioni richiamate) di I. Barone, *Omogenitorialità maschile da surrogazione di maternità tra aperture giurisprudenziali e sistema costituzionale*. La Corte meneghina ha opportunamente ritenuto che la richiesta rettificazione corrispondesse «al superiore interesse della minore (...) in riferimento non solo ai diritti patrimoniali connessi alla certificazio-

Ed ancora, si deve considerare che in materia di minori non ogni fattispecie penalmente rilevante – e che quindi esprime immediatamente un profondo disvalore giuridico rispetto all’ordinato e armonioso svolgimento dei rapporti umani – comporta ricadute pregiudizievoli sui figli incolpevoli. Si pensi alla vicenda dell’incesto, riguardo alla quale l’evoluzione giurisprudenziale e legislativa ha portato ad espungere dall’ordinamento le previsioni che impedivano la formalizzazione del rapporto di genitorialità, e ciò nel chiaro intento di non far subire alla prole le conseguenze negative della condotta degli ascendenti. Nella stessa direzione è la traiettoria interpretativa che ha condotto alla non automatica applicazione della pena accessoria della decadenza dalla (allora) potestà parentale contemplata nell’abrogato art. 569 c.p., in conseguenza della condanna del genitore per il delitto di alterazione di stato (di cui all’art. 567 c.p.). E così pure per l’ipotesi del reato di soppressione od occultamento di stato (art. 566 c.p.) giacché, come sottolineato dalla Consulta, l’automatismo della pena accessoria stride con la salvaguardia delle esigenze educative ed affettive del minore, che invece richiedono l’attenta valutazione del giudice nel caso concreto¹⁸.

Per inciso le considerazioni ora svolte valgono altresì a contrastare l’assunto delle Sezioni unite sull’affievolirsi e il recedere dell’interesse del nato da gpa a mantenere lo stato di figlio a causa della violazione del divieto di maternità di sostituzione. In questo caso – è sempre il ragionamento della Corte – non opererebbe più il principio di autoresponsabilità che informa la disciplina della genitorialità nel caso di ricorso alla procreazione medicalmente assistita, e in forza del quale prevale la volontà di essere genitore rispetto al dato biologico e prevarrebbe di conseguenza il canone della verità genetica per la determinazione della genitorialità¹⁹.

Chiuso l’inciso, non appare necessario – sempre rimanendo sul piano general-abstracto – ricorrere alle prescrizioni ordinarie per conseguire il condivisibile esito di comporre un quadro aggiornato del sistema giuridico, necessario per cesellare un concetto di ordine pubblico (internazionale) che sia in presa diretta con il tempo presente e più precisamente con l’assetto attuale dell’ordinamento interno.

ne del suo *status*, ma soprattutto ai (...) diritti alla bigenitorialità, alla certezza giuridica, all’unicità della propria condizione giuridica e sociale e dunque all’identità personale, nonché alla stabilità dei legami acquisiti fin dalla nascita nel contesto familiare». Ed ha soggiunto che «solo certificando allo Stato Civile la genitorialità anche formale del sig. (...) *l’identità giuridica della minore può quindi ricongiungersi alla sua già delineata identità sociale*, potendo al contrario il rigetto della domanda pregiudicarne i diritti in caso ad esempio di scioglimento dell’Unione Civile o di decesso del sig. (...), con effetto palesemente discriminatorio per la minore perché fondato unicamente sull’identità sessuale della coppia che ha scelto di generarla con le tecniche di PMA». Cfr. altresì Tribunale di Agrigento, decreto del 12 aprile 2017, in www.articolo29.it, che ha disposto la rettifica della trascrizione dell’atto di nascita di una bambina nata in Ucraina con gpa su iniziativa di una coppia di genitori eterosessuali, ordinando la trascrizione del nominativo della madre d’intenzione (pare biologicamente legata alla bimba) quale genitrice della minore. In dottrina, nell’impossibilità di richiamare i tanti contributi sul tema, si rinvia a quelli contenuti nel numero monografico n. 1/2017 di giudicedonna.it.

18 Corte costituzionale, 23 febbraio 2012, n. 31, in *G.U.*, 29 febbraio 2012, n. 9, 1^a s.s.; Corte costituzionale, 23 gennaio 2013, n. 7, in *G.U.*, 30 gennaio 2013, n. 5, 1^a s.s.

19 «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»: Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 6 novembre 2018-8 maggio 2019, n. 12193, cit., punto 13.2. D’altra parte, come già segnalato, per la S.C. l’interesse del minore non viene obliterato, potendo il legame con il genitore d’intenzione, non biologicamente correlato al nato, trovare copertura giuridica con il ricorso allo strumento dell’adozione in casi particolari di cui alla lett. d) dell’art. 44, l. n. 183/1984, considerata quale norma di chiusura del sistema, che consente di dare veste giudica a rapporti costituiti e sviluppatasi *in fatto* tra il bambino e soggetti con i quali non ha un legame di tipo genetico. E ciò nel segno della rilevanza della continuità affettiva tra il minore e coloro che – a vario titolo – sono stati significativamente e durevolmente coinvolti nella sua esistenza. Sul punto v. *infra* nel testo, ultimo paragrafo.

Infatti, come la stessa giurisprudenza costituzionale ha sottolineato, pure le previsioni della *Charta* sono soggette ad una lettura evolutiva²⁰, di cui si fanno carico gli interpreti senza dover necessariamente passare per il medio della legislazione ordinaria. E – può aggiungersi – è semmai un’ermeneusi costituzionalmente e convenzionalmente orientata che, mettendo in circolo principi e regole posti a presidio dei diritti e delle libertà fondamentali pure a livello sovranazionale, si incarica di ridisegnare il sistema veicolando al suo interno il precipitato di più moderni predicati assiologici condivisi in ambito internazionale. Una nitida dimostrazione di ciò è offerta dalla nota decisione della Suprema Corte che, sulla base degli artt. 12 della Cedu e 9 della Carta dei diritti fondamentali EU (nella lettura aggiornata accolta dalla Corte EDU), ha sancito il superamento, nel nostro ordinamento, della «concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire “naturalistico”, della stessa “esistenza” del matrimonio»²¹. L’evoluzione dei principi in materia di matrimonio a livello sovranazionale ha così portato ad un allargamento del perimetro contenutistico dell’istituto.

Motivi per sconfessare l’approccio ermeneutico adottato dalle Sezioni unite nella decisione in commento vengono altresì dalla differente prospettiva dell’applicazione concreta.

Nel caso dei danni punitivi l’individuazione delle coordinate della materia passa necessariamente per le norme ordinarie, giacché non è dato rinvenire nella Carta costituzionale, in disposizioni di pari rango ovvero in statuizioni di livello interposto specifici enunciati o principi che vi si attaglino e da cui sia possibile ricavare gli assi portanti della regolamentazione municipale. Infatti, seppure il principio di solidarietà di cui all’art. 2 Cost. costituisce il fondamento assiologico del precetto del *neminem laedere*, la sua traiettoria non arriva ad incidere sull’individuazione dei danni risarcibili, sicché per metterne a fuoco l’ordito normativo è ineluttabile volgersi alla disciplina primaria.

Né, d’altra parte, a questo scopo possono essere utilmente scandagliate altre previsioni costituzionali. Non certamente dall’art. 41 in tema di iniziativa economica, benché da esso venga confermata la rilevanza dei diritti fondamentali nel quadro dello svolgimento delle attività economiche e nel confronto con le logiche del mercato, e si tragga altresì argomento per predicare l’ingiustizia del danno inferto alla persona quando lesa nella sua sicurezza, libertà, dignità da chi esercita attività d’impresa. La previsione costituzionale tuttavia non ricomprende sotto il suo spettro la questione dei danni risarcibili né tantomeno dei danni punitivi, per i quali, nuovamente, l’interprete dovrà ricorrere alle previsioni di rango ordinario.

Discorso tutt’affatto diverso va fatto, per contro, per la materia familiare e, in particolare, per la regolamentazione della genitorialità e la tutela dei minori: ambiti nei quali è dato rinvenire un significativo ordito di regole e principi di matrice costituzionale e convenzionale, i quali spiegano la propria influenza sulla normativa di rango sottordinato, plasmandone i contenuti anche in via interpretativa²². E dunque, in definitiva, secondo un corretto movimento dall’alto verso il basso e non – come avviene

20 Corte costituzionale, 15 aprile 2010, n. 138, in *G.U.*, 21 aprile 2010, n. 16, 1^a s.s., secondo cui gli istituti interessati dalle previsioni della Carta fondamentale «non si possono ritenere ‘cristallizzati’ con riferimento all’epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell’ordinamento, ma anche dell’evoluzione della società e dei costumi» (punto 9 della motivazione).

21 Corte cassazione, sezione I, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2727 ss., con nota di R. Romboli, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei «dicta» della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo, nell’interpretazione della Corte di cassazione* (c. 2756 ss.).

22 La giurisprudenza della Corte Edu sulla tutela dei rapporti di fatto e la genitorialità *same-sex*, sull’adozione e la continuità affettiva, il diritto del minore all’identità e alla vita privata e familiare, la rilevanza del principio di non discriminazione e l’unicità dello stato di figlio.

con l'opzione adottata dalla decisione qui in esame – utilizzando la normativa ordinaria per colorare di significato i principî generali, con chiara inversione dell'ordine delle fonti.

Va comunque precisato che pure la lettura costituzionalmente e convenzionalmente conforme delle norme ordinarie relative alla fattispecie in esame può condurre a una conclusione difforme da quella accolta dal S.C., come si cercherà di argomentare nel prosieguo della trattazione.

2.2. Segue: dalla legge al diritto

Sotto un diverso profilo, la sentenza è molto importante perché afferma la distinzione tra legge e diritto, precisando che per riempire di contenuto la clausola generale non basta far riferimento ai soli testi di legge.

Segna un definitivo superamento del legismo, ossia di quell'atteggiamento culturale che identifica il diritto con la legge e le norme con le regole e che risolve la interpretazione a mera scoperta di un significato dell'enunciato legislativo, considerando i giudici intelligenze meramente applicative²³.

La sentenza dà per superato questo atteggiamento e si muove, con disinvoltura, nell'ambito di una teoria dell'interpretazione conforme alla legalità costituzionale italo-europea. Dà per acquisito che l'interpretazione è una complessa attività culturale volta all'individuazione dell'ordinamento del caso concreto²⁴, che i principî e, tra essi, quelli costituzionali ed europei, hanno una valenza normativa, che il diritto è anche fattualità. Perché il diritto muove dal caso e non deve appiattare il caso per ricondurlo a forza entro i confini di una o altra norma, ma all'esatto contrario, rispettare la particolarità e specificità del singolo caso e individuare per esso le regole e i principî più coerenti e adeguati rispetto agli interessi coinvolti. Non è il fatto che si deve adattare al diritto, ma il diritto che deve adattarsi al fatto.

Si muove nella contemporanea prospettiva tesa ad affermare la valenza culturale del diritto²⁵, im-

23 L'esaltazione dell'interpretazione letterale e della certezza del diritto, come espressioni del legismo e del formalismo, se potevano servire nell'Italia fascista per mettere argine all'importazione di mode gius-liberistiche molto in auge in ordinamenti totalitari dell'epoca, sono assolutamente dissonanti nell'attuale sistema ordinamentale.

24 Per tutti, P. Perlingieri, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss.; Id., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologia. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3 ed., Napoli, 2006, *passim*.

25 Sull'interconnessione tra diritto e cultura, A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. I Il concetto di diritto*, 5ª ed., Milano, 1996, p. 396 ss., «il diritto fa parte dell'insieme di valori spirituali delle società umane ed è a questo titolo fenomeno culturale [...] E adesso ben chiaro che il diritto, del quale abbiamo con insistenza ricordato i caratteri associati della spiritualità e della socialità, È un fenomeno culturale e non è intellegibile fuori dalla dimensione culturale delle società umane». P. Grossi, *La formazione del giurista*, cit., p. 36, «il diritto pertiene naturalmente alla società, perché è una insopprimibile dimensione con cui la società vive la sua storia». P. Perlingieri, 'Dittatura del relativismo' e 'tirannia dei valori', in *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, a cura di T. G. Tasso, Napoli, 2011, p. 136, «in definitiva, il diritto è fenomeno culturale, perenne confronto del sistema giuridico con la realtà fattuale, insieme di questioni e possibili soluzioni, in una prospettiva storica». Id., *Primato della politica e diritto dei giuristi*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2014, p. 120, «il binomio tra *ius* e *societas* è inscindibile. Il diritto è struttura della società, espressione e parte della sua cultura. Se non esiste un diritto separato dalla società occorre dissentire da chi vorrebbe limitarsi ad una indagine linguistica delle norme o da chi vorrebbe separare il diritto dalla economia o dalla morale, in un vero delirio di weigneriana purezza del diritto. Non è possibile sottrarre la complessità del fenomeno giuridico dall'esperienza e quindi dalla attualità. I valori che nascono dalla cultura giuridica condizionano l'attività ermeneutica e quindi il diritto». S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir.*

ponendone una valutazione che non può né risolversi né sminuirsi nel solo testo della legge. In questo orizzonte, l'interpretazione conforme a Costituzione non esprime un tipo di interpretazione, ma più, semplicemente, ribadisce il carattere sistematico e assiologico dell'interpretazione. Perché non può interpretarsi alcun testo di legge in difformità dai principi espressi dalle fonti di grado superiore.

Regole e principi diventano componenti essenziali del sistema ordinamentale, con intesa che ogni regola trova fondamento in un principio, in guisa che il giurista è sempre tenuto a individuare la ragion sufficiente della norma, a individuare il principio di cui essa è espressione, a bilanciare questo principio con tutti gli altri principi in concorso, nel singolo caso. Ciò consente di individuare un regolamento del caso concreto compatibile, adeguato e congruente rispetto agli interessi coinvolti, dimostrando il definitivo superamento del metodo di interpretazione graduale proposto nell'art. 12 disp. leg. gen., e giustificando l'affermazione secondo cui ogni interpretazione è, intrinsecamente, analogica.

Il diritto, dunque, non coincide con la legge, acquisendo una valenza molto più ampia e capace di considerare anche la interpretazione che di esso deve offrirsi nel quadro mutante e mutevole del complesso sistema. Non si tratta, però, di fare piano e sordo riferimento al c.d. diritto vivente, dal momento che occorre riferirsi al più complesso e importante diritto vivente. Tra l'uno e l'altro c'è uno iato importante, che occorre sempre tener in conto.

Il diritto vivente, inteso come la interpretazione costante che viene offerta di una certa regola, diventa, spesso, anche strumento di soluzione del caso, dal momento che la formulazione asfittica della massima, che spesso prescinde da una adeguata narrazione degli interessi del caso, viene applicata a tutte le ipotesi simili. Questo che, senza meno, è diritto vivente potrebbe, però, non corrispondere al diritto vivente, ossia alla individuazione della regola da applicare al caso, valutando gli interessi concreti e dando piena attuazione ai principi e ai valori normativi.

L'interprete deve sempre avere come punto di riferimento il diritto vivente e non il diritto vivente, dacché la interpretazione offerta è vivente fin quando risulta coerente e attuativa rispetto ai principi e ai valori normativi di cui il sistema ordinamentale è espressione, mentre cessa di essere diritto vivente, con il rischio che permanga come diritto vivente, quando continui a essere stancamente applicata, ancorché il sistema valoriale normativo di riferimento imponga un evidente ripensamento di quella interpretazione.

Ne viene, dunque, che il diritto vivente presuppone un continuo adeguamento, nella convinzione che l'introduzione o la eliminazione anche di una sola disposizione di legge è potenzialmente idonea a incidere sull'intero assetto ordinamentale. Riprendendo, infatti, la nota immagine del diritto come liquido colorato è evidente che una sola goccia di bianco o di nero può cambiare il colore del tutto, senza che la goccia immessa conservi una individualità e rimanga chiusa in sé stessa.

La clausola generale, poiché deve considerare non la legge, ma il diritto vivente, è caratterizzata da *relatività* e *storicità*, in quanto il suo contenuto è destinato a mutare con il mutare non soltanto dei principi dell'ordinamento giuridico di riferimento, indipendentemente dal mutare della coscienza sociale o morale del popolo, ma anche con il modo in cui questi principi sono intesi e interpretati dalla

comm., 1967, I, p. 83 ss. e ora in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. I (1940-1979), Napoli, 2012, p. 3091 s., «se è vero che una riforma è matura non solo quando sono i fatti storici a reclamarla, non solo quando è divenuta generale la convinzione della sua necessità, ma quando gli studiosi hanno realizzato quel mutamento di condizioni culturali, quell'affinamento di nuovi e più adeguati strumenti, che condizionano ogni serio tentativo di rinnovamento degli istituti giuridici. La maturità di una riforma, infatti, non può mai misurarsi soltanto dal corpo di proposte tecniche che si è in grado di apprestare, ma dal rinnovamento della cultura giuridica e riuscita a promuovere rispetto alle idee espresse nei testi bisognosi di revisione». Ma si veda, anche, in prospettiva più filosofica, R. De Stefano, *Per un'etica sociale della cultura*, I, *Le basi filosofiche dell'umanesimo moderno*, Milano 1954; ID., *Per un'etica sociale della cultura*, II, *La cultura e l'uomo*, Milano 1963.

giurisprudenza ordinaria e costituzionale.

In base a questa considerazione, le Sezioni Unite concludono nel senso che «in tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995, dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»..

2.3. Funzione assiologica e di controllo

Da ultimo, risulta confermato che la clausola di ordine pubblico internazionale opera come *limite concreto successivo e negativo* e che esso ha una *funzione assiologica*.

Ciò che viene sottoposto a controllo di conformità all'ordine pubblico internazionale non è la singola norma, astrattamente considerata o il singolo atto straniero, astrattamente considerato, bensì l'ordinamento del caso concreto, ossia la disciplina che, concretamente, regolerebbe il singolo caso qualora fosse applicata la norma straniera o qualora fosse riconosciuta l'efficacia dell'atto straniero. Per questo, si dice che si tratta di un controllo *concreto*.

Ciò spiega, peraltro, perché il controllo di conformità all'ordine pubblico non può svolgersi rispetto a una legge una volta e per tutte, ma occorre, sempre, valutare il singolo caso concreto. Chiarisce perché una legge potrebbe reputarsi contraria all'ordine pubblico internazionale ove la si considerasse in quanto tale e astrattamente, mentre potrebbe risultare conforme all'ordine pubblico internazionale nel singolo caso concreto.

L'ordine pubblico internazionale opera come *limite successivo*, perché impedisce che possano produrre effetti nel nostro ordinamento leggi o atti stranieri che, in difetto di questo limite, regolerebbero il caso e come limite *negativo*, in quanto opera come condizione negativa di applicazione della legge straniera o come condizione negativa al riconoscimento di efficacia dell'atto straniero. L'aggettivo "*negativo*", vuole alludere al meccanismo tecnico di funzionamento, ossia alla circostanza che l'eccezione opera come condizione negativa di applicazione²⁶ della legge straniera, o come condizione negativa al riconoscimento di efficacia dell'atto straniero, ma non per descrivere il contenuto valutativo. L'espressione "*negativo*" serve, cioè, soltanto per evidenziare che l'eccezione di ordine pubblico internazionale importa la defettibilità della legge straniera o del riconoscimento dell'atto straniero, ma non a connotare il tipo di controllo, che, come è noto, non è meramente negativo, bensì anche positivo, dacché occorre verificare che l'ordinamento del caso concreto non soltanto non sia in contrasto con i diritti fondamentali, ma che sia, anche, attuativo di quelli.

L'eccezione di ordine pubblico infine, ha una *funzione assiologica e di controllo*.

L'interprete è chiamato a verificare, quando si debba fare applicazione di una legge straniera o si debba riconoscere efficacia a un atto straniero, se la disciplina del singolo caso concreto risponda ai principi fondamentali e irrinunciabili del nostro ordinamento, assumendo consapevolezza che

²⁶ Cfr. N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, 2005, p. 240 ss.; P. Chiassoni, *La defettibilità nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, pp. 491-494, 498.

l'interpretazione-applicazione della legge è un procedimento unitario e complesso avente lo scopo di individuare l'ordinamento del caso concreto.

L'eccezione di ordine pubblico internazionale non vuole impedire (e qui emerge la sua parziale differenza di contenuto rispetto all'ordine pubblico interno) ogni applicazione di una legge straniera, che implichi una contrarietà con una norma imperativa (o con un qualunque principio generale o fondamentale), bensì l'applicazione di una legge straniera o il riconoscimento dell'atto straniero, quando la disciplina del singolo caso determini una lesione dei principi fondamentali e irrinunciabili, o ne impedisca la piena attuazione. Tramite questa eccezione non si mira a escludere l'applicazione di una legge straniera quando si dia una qualunque contrarietà dell'ordinamento del caso concreto con una norma imperativa, ma soltanto quando occorra una contrarietà a quei principi che neppure la discrezionalità del nostro legislatore, ordinario o costituzionale, potrebbe modificare.

Ponendosi in questa prospettiva è possibile spiegare la differenza di funzione e contenuto tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale, nonché il diverso modo con il quale le due eccezioni influiscono sull'individuazione della regola del caso concreto.

Secondo che si debba applicare la legge italiana o, per effetto di una norma di diritto internazionale privato, una legge straniera, oppure secondo che un certo atto straniero sia, o no, riconosciuto in Italia, il giudizio del giurista può giungere a esiti diversi l'uno dall'altro e postulare che rispetto a casi analoghi si possano dare soluzioni concrete differenti e, addirittura, di segno opposto.

3. Ordine pubblico e miglior interesse del minore

Ciò che convince molto meno della decisione della Cassazione è la giustapposizione di "ordine pubblico internazionale" e "miglior interesse del minore".

A leggere la sentenza sembra, infatti, che il secondo possa e/o debba funzionare come controlimite del primo, in guisa che occorre verificare se la contrarietà all'ordine pubblico possa essere superata in ragione del miglior interesse possibile del minore.

Questo ipotetico contrasto viene risolto dalla Corte di Cassazione con carattere di quasi assolutezza. Si legge, infatti, non soltanto che la gestazione per sostituzione è una pratica contraria all'ordine pubblico internazionale, ma anche che tale contrarietà non può essere, sostanzialmente, superata in nessun caso, neppure evocando il miglior interesse del minore. La Corte di Cassazione opera questo bilanciamento definitorio tra ordine pubblico internazionale e migliore interesse del minore, trincerandosi dietro una scelta legislativa, assumendo che tale bilanciamento risulti già svolto dal legislatore. Secondo la Cassazione: «a fianco dei casi in cui il bilanciamento è demandato al giudice, "vi sono casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa", mentre "in altri il legislatore impone, allo opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata", confermando inoltre che in quest'ultimo caso l'interesse alla verità riveste natura anche pubblica, in quanto correlato ad una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, e per tale motivo è vietata dalla legge».

Questo passaggio argomentativo della decisione non può essere condiviso, per almeno due diverse ragioni.

La prima. Non convince che il miglior interesse del minore debba giustapporsi all'ordine pubblico internazionale, dacché, dal mio punto di vista, il primo è esso stesso una clausola generale che con-

corre alla individuazione dell'ordine pubblico internazionale²⁷ e non una sorta di meta principio che opera come contro-limite.

La seconda. Non convince che si tratti di un bilanciamento definitorio già compiuto dal legislatore e rispetto al quale non sia possibile alcun'altra e diversa valutazione.

I due profili sono intimamente connessi e interrelati, in guisa che la critica deve svolgersi in modo congiunto, nella piena consapevolezza che se il miglior interesse del minore non va giustapposto all'ordine pubblico internazionale, ma concorre a costituirne il significato, non è neppure plausibile che esista un bilanciamento definitorio.

La critica a questo delicato passaggio non può che prendere le mosse dalle considerazioni sul concetto di ordine pubblico internazionale, rispetto alle quali abbiamo anche condiviso le indicazioni proposte da parte della Cassazione.

Se è vero che l'ordine pubblico internazionale è una clausola generale che opera come limite negativo con funzione assiologica e di controllo, è fuor di dubbio che assume una funzione decisiva nella individuazione della disciplina del caso concreto.

L'eccezione di ordine pubblico internazionale si risolve, infatti, in una tecnica argomentativa di bilanciamento, finalizzata, nel conflitto tra ordinamento del caso concreto secondo la legge italiana²⁸ e ordinamento del caso concreto secondo la legge straniera, a dare prevalenza a una delle due norme, senza che quella recessiva sia dichiarata invalida e nel presupposto che si tratti pur sempre di un bilanciamento caso per caso e mai di un bilanciamento definitorio²⁹.

L'ordine pubblico internazionale diventa, dunque, il criterio di ragionevolezza sulla base del quale s'istituisce la gerarchia assiologica, affermando che l'applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può e deve spingersi sino al punto di creare una frattura rispetto all'ordinamento del caso concreto derivante dall'applicazione della legge italiana, ma non oltre il punto in cui il contrasto concerna i principi fondamentali e irrinunciabili del nostro sistema ordinamentale, ossia i principi identificativi, *massime*, ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana, che trovano una loro espressione normativa nell'art. 2 Cost.

L'ordine pubblico internazionale è, dunque, uno strumento di fondamentale importanza per garantire la coerenza del sistema, dacché, per un verso, consente che nel nostro ordinamento giuridico i casi che presentano un qualche elemento di estraneità possano essere regolati da una legge straniera, ove pure ciò comporti la validità di atti d'impulso altrimenti invalidi (ossia la defettibilità di talune regole e principi imperativi); per altro verso, impedisce che possano applicarsi norme straniere quando importino un ordinamento del caso concreto non già meramente contrastante con una o altra norma giuridica (regola o principio), anche imperativa, ma contrario ai principi identificativi del sistema ordinamentale, ossia ai principi di tutela dei diritti inviolabili della persona umana.

²⁷ Così, chiaramente e in modo ampiamente condivisibile, M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore*, cit., p. 370, «non sono convinta che l'ordine pubblico che qui si afferma si ponga in competizione e quindi in contrasto con il *best interest* del minore nato da surrogazione di maternità, anche perché ritengo che il superiore interesse del minore, sebbene concetto indeterminato, sia esso stesso principio di ordine pubblico».

²⁸ Utilizzo da qui e nel prosieguo, l'aggettivo "italiana" in via sintetica e con intesa che intendo riferirmi al sistema ordinamentale italo-europeo, come sistema di fonti complesso e aperto.

²⁹ Sui due tipi di bilanciamento, M. Nimmer, *The right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, in *California Law Review*, 1968, p. 935 ss.; G. Scaccia, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3953 ss.; G. Pino, *Teoria e pratica del bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 577 ss.; Id., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 2007, pp. 255-261.

L'ordine pubblico internazionale impedisce che il progetto normativo disegnato nella Costituzione fallisca, in senso giuridico. Un progetto normativo, infatti, può fallire in senso assiologico, qualora il progetto sia sbagliato sin dall'origine (es. diritto nazista)³⁰, può fallire nei fatti, quando esso resti inefficace, ma può anche fallire in senso giuridico quando il diritto di grado inferiore disattenda quello di livello superiore³¹. Il fallimento assiologico e il fallimento fattuale non dipendono dal giurista; il fallimento giuridico, invece, sì.

L'eccezione di ordine pubblico è una clausola generale che serve a evitare il fallimento giuridico, serve a evitare che si possa dare un diritto contrario ai suoi stessi principi fondamentali e irrinunciabili; che si possa dare diritto che smetta di mettere al suo vertice la persona umana e la sua dignità.

In questa prospettiva è inevitabile, allora, che il miglior interesse del minore sia un parametro fondamentale al fine di valutare se nel singolo caso concreto possa applicarsi la disciplina straniera o se debba applicarsi la disciplina interna.

Il miglior interesse del minore non è un contro-limite dell'ordine pubblico internazionale, ma valore normativo del nostro sistema ordinamentale, che concorre a individuare ordinamento del caso concreto.

Movendo da questa prospettiva che nega in radice la possibile giustapposizione tra ordine pubblico internazionale e miglior interesse del minore, deve anche escludersi che esista un bilanciamento definitorio svolto a livello legislativo, rispetto al quale l'interprete possa e debba arretrare nel caso di potenziale applicazione di legge straniera. All'esatto contrario, l'intervento del giurista si rende sempre indispensabile e necessario e, soprattutto, imprescindibile ai fini della individuazione della disciplina del caso concreto.

Sotto un diverso profilo, deve osservarsi che ogni norma giuridica compie una valutazione comparativa degli interessi in concorso e che ogni norma sceglie. Ciò non impedisce però né il bilanciamento, né tanto meno la defettibilità di quella regola nei casi in cui possa trovare applicazione una legge straniera. Non bisogna sovrapporre, cioè, il problema della valenza normativa di un divieto di diritto interno con la defettibilità di quel divieto nei casi in cui si faccia applicazione di una disciplina straniera o si postuli il riconoscimento di un atto formato all'estero.

Il profilo è molto delicato e merita una riflessione.

Propongo un diverso esempio, cercando di utilizzare il medesimo ragionamento svolto e le parole usate dalla Cassazione nel caso in commento.

La norma di cui all'art. 458 c.c. pone la nullità dei patti successori (come l'art. 12, comma 6, L. 40/2012 pone la nullità del contratto di gestazione per sostituzione). Si può anche affermare che la

³⁰ Inutile dire, che la valutazione del fallimento assiologico dell'ordinamento presuppone, comunque che il valutatore riguardi a quel progetto sulla base di un certo complesso di norme, che gli consentano di rie che si tratta di un progetto assiologico geneticamente fallito. Al di là da questo aspetto, che apre il problema della valutazione dell'ordinamento, ossia degli strumenti e dei criteri con i quali è possibile giudicare il fallimento *ab origine* del progetto, ossia dei criteri sulla base dei quali può dirsi che il progetto sia, sin dall'origine, sbagliato, non v'ha dubbio che si tratta di una fallibilità misurata all'esterno dell'ordinamento.

³¹ Così, G. Pino, *Aspetti notevoli della filosofia del diritto di Letizia Gianformaggio*, in *Diritto potere e ragione nel pensiero di Letizia Gianformaggio*, a cura di O. Giolo e B. Pastore, Napoli, 2016, pp. 120-123, il quale, come dichiara alla nota n. 45 di p. 120, ricostruisce e rielabora i possibili fallimenti del progetto giuridico nel pensiero di Gianformaggio. L. Gianformaggio, *Sul senso della giustificazione morale e giuridica*, in *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, 1986, p. 165 ss.; Id., *Certezza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1998, p. 459 ss.; Id., *La critica morale del diritto: critica esterna o critica interna*, in Id., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, 2008, p. 63 ss.

norma di cui all'art. 458 c.c. esprime un principio di ordine pubblico (trattandosi di norma imperativa di divieto, che commina la nullità degli) e che il legislatore con questa norma ha considerato il valore da essa espresso non irragionevolmente prevalente sull'interesse del *de cuius* a regolare contrattualmente la sua successione. Si può anche affermare che questo bilanciamento è stato compiuto direttamente dal legislatore.

Occorre adesso verificare quale sia la portata applicativa di queste affermazioni (che sono esattamente eguali nel contenuto a quelle che la Cassazione svolge con riferimento al divieto di gestazione per sostituzione).

La prima conclusione è semplice: ogni contratto successorio è nullo, né esiste spazio perché il giudice possa affermare la validità di un patto successorio al quale si deve applicare la legge italiana.

Che succede, però, se al patto successorio trovi applicazione una legge di un ordinamento diverso, nella quale il patto successorio è valido ed efficace.

In questo caso la nostra giurisprudenza, con soluzione ragionevole e condivisibile afferma che il patto successorio è valido. Afferma cioè che il divieto di patto successorio, di cui all'art. 458 c.c., non contrasta con il principio di ordine pubblico internazionale.

Se, viceversa, la Corte di cassazione avesse ragionato come ha fatto nel caso in commento, avrebbe potuto esprimere il seguente principio di diritto: «il riconoscimento dell'efficacia del patto successorio straniero con cui sia stato istituito un erede in via contrattuale trova ostacolo nel divieto di patti successorii previsto dall'art. 458 c.c., qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la libertà testamentaria; la tutela di tale valore è stata considerata non irragionevolmente prevalente sull'interesse del *de cuius*, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione».

In presenza di una legge di divieto, occorre distinguere il caso nel quale si applica la legge nazionale, dal caso in cui si applica una legge straniera. Mentre in caso di applicazione della legge nazionale, la esistenza del divieto esclude la validità dell'atto contrario, nel caso di applicazione della legge straniera occorre verificare se il divieto sia contrario all'ordine pubblico internazionale. La esistenza del divieto, che esprime sicuramente una scelta valoriale del legislatore, non esclude che si debba verificare, in concreto, se l'applicazione della norma straniera sia contraria all'ordine pubblico internazionale. Questa valutazione nel concreto deve essere effettuata, non essendo mai possibile, affermare in via aprioristica, che la esistenza del divieto vale come bilanciamento già compiuto dal legislatore. Se così fosse, non ci sarebbe più alcun margine per applicare una legge straniera o riconoscere l'efficacia di un atto straniero, quando la legge italiana contiene una norma di divieto.

In definitiva, mi sembra che l'affermazione di un bilanciamento definitorio svolto dal legislatore e preclusivo di un bilanciamento fatto dal giudice non possa essere condivisa e, soprattutto, che migliore interesse del minore non può essere un contro limite esterno dell'ordine pubblico internazionale, ma un dato che concorre a individuare l'ordine pubblico internazionale del caso concreto.

Nel caso di specie, peraltro, non si trattava di affermare se fosse valido o no un contratto di gestazione per sostituzione, ma solo di verificare la riconoscibilità di un atto formato all'estero dal quale risultava che il nato da gestazione per sostituzione era figlio della coppia, ancorché uno dei due genitori fosse solo tale per intenzione, non avendo alcun legame genetico con il nato.

Nel caso di specie, dunque, la validità del contratto di gestazione per sostituzione rimane sullo sfondo, dacché si trattava, soltanto, di verificare la riconoscibilità di efficacia di un atto che costituiva un legame genitoriale.

Il miglior interesse del minore, nel caso di specie, ha una rilevanza soltanto formale e non sostanziale, dacché si svolge una valutazione generica e astratta. V'ha pure di più, perché bel lungi dal considerare quale fosse in concreto il miglior interesse del minore, il mancato riconoscimento di efficacia dell'atto di nascita straniero diventa lo strumento giuridico per respingere ai margini del nostro ordinamento il fenomeno della gestazione per sostituzione.

Il vero obiettivo della Corte, sull'altare del quale ha ceduto senza una adeguata valutazione il miglior interesse del minore, è la disincentivazione della gestazione per sostituzione, affermando che una filiazione realizzata attraverso questa tecnica non consente la instaurazione di un rapporto genitoriale, al di fuori del legame genetico. Si tratta di un obiettivo politico, che nulla a che vedere con il miglior interesse del minore e con l'ordine pubblico internazionale.

4. Cenni alla gestazione per sostituzione

Secondo la decisione in commento, che riprende le parole della Corte costituzionale del 2017³², la gestazione per sostituzione³³ dovrebbe considerarsi irrimediabilmente contraria all'ordine pubblico in-

³² Corte costituzionale, 22 novembre 2017, n. 272, in *Leggi d'Italia*. Vale tuttavia la pena osservare che sebbene la Corte costituzionale dica esattamente questo, si tratta non soltanto di un *obiter dictum*, ma soprattutto di una affermazione che viene svolta nell'ambito di un contesto particolare. Al riguardo vale la pena considerare che l'affermazione svolta incidentalmente dalla Corte segue a questa precisazione: «quanto al divieto di maternità surrogata previsto dall'art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), il giudice a quo ritiene che lo stesso potrebbe porsi in contrasto con i principi costituzionali, laddove riferito ad ipotesi di gestazione "relazionali" o "solidaristiche", non lesive della dignità della donna, né riducibili alla logica di uno scambio mercantile, ma caratterizzate da intenti di pura solidarietà. Tuttavia, osserva il rimettente, anche tale questione risulta estranea alla vicenda in esame, in quanto la surrogazione di maternità è avvenuta al di fuori di un contesto relazionale e non sarebbe ravvisabile una condizione di libertà della donna che ha portato a termine la gravidanza». In altri termini, non mi pare che la Corte svolga una affermazione di assoluta chiusura, semplicemente riprendendo la considerazione svolta dal giudice a quo. A parere del quale una gestazione per sostituzione solidale profila un ordine di problemi ben diverso.

³³ Sul tema è indispensabile tenere conto della letteratura spagnola, dal momento che il contenuto della nostra sentenza, che qui commentiamo, non è affatto differente da quello della sentenza de Pleno de La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, STS 247/2014 del 6 de octubre de 2014, sebbene il testo della legge spagnola sia parzialmente diverso da quello italiano, prevedendo, espressamente quale sia la sorte del nato per effetto di gestazione per sostituzione. La sentenza in parola afferma che «el argumento no puede estimarse, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes. Además, es importante tomar en consideración que la ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución. También prevé cual debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico. La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina». Successivamente a questa sentenza era da attendersi che la Dirección General de los Registros y del Notariado modificasse la sua precedente Instrucción de 5 de octubre de 2010, con la quale aveva considerato suscettibile di riconoscimento non la mera certificazione registral straniera nella quale consta una filiazione che può derivare da una gestazione per sostituzione, ma la resolución judicial que avalla il contratto di gestazione per sostituzione e dichiara costituita la relazione di filiazione corrispondente. In senso contrario, la Dirección General con una Circolare de 11 de julio de 2014 ha dichiarato vigente la dottrina de la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, continuando a consentire la registrazione degli atti formati all'estero, in presenza di una resolución judicial. Ancora più di recente, era stata emanata una nuova Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019, la quale affermava la possibilità di una registrazione anche in assenza di una resolución judicial; tuttavia essa è stata privata di efficacia il 18 febbraio 2019. In più si consideri che successivamente alla Sentenza del Tribunale Supremo del 2014 si è svi-

ternazionale in quanto offenderebbe in modo intollerabile la dignità della donna e minerebbe nel profondo le relazioni umane.

Questa considerazione profila questioni molto complesse e finisce con intersecarsi con il difficilissimo tema della dignità umana³⁴, rispetto al quale è sempre molto problematico assumere posizioni

luppata anche una giurisprudenza de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sulle prestazioni di maternità/paternità derivata da una gestione per sostituzione, che ha finito per porsi in contrasto con la sentenza del Tribunale Supremo, riconoscendo al genitore di intenzione il diritto alle prestazioni sociali e, dunque, il suo stato di genitore. Da ultimo, non si possono sottacere neppure le decisioni de la Audiencia Provincial (da ultimo, SAP MU181/2019 de 31 de enero de 2019; AAP B 6494/2018 de 16 de octubre de 2018) nelle quali si consente l'adozione al genitore di intenzione in caso di gestazione per sostituzione, anche quando costui già risulti genitore nell'atto di nascita formato all'estero. Mi pare, dunque, che la situazione attuale spagnola si degna della massima attenzione. Per una valutazione di tali questioni si veda, almeno, S. Alvarez González, *Gestación por sustitución y orden publico*, en *Indret*, 2017, pp. 165-200; L. Álvarez de Toledo Quintana, *El futuro de la maternidad subrogada en España: Entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2014), vol. 6, n. 2; R. Barber Càrcamo, *La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.739; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2015), vol. 7, n. 2; M. I. De La Iglesia Monje, *Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 725, mayo de 2011; J.R. De Verda y Beamonte, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)*, en *Principi, regole, interpretazione, contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Mantova, 2017; J.R. De Verda y Beamonte, *Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)*, en *Diario La Ley*, n. 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, año XXXI; M.R. Diaz Romero, *La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*, en *Diario La Ley*, n. 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, año XXXI; M.P. García Rubio y M. Herrero Oviedo, *Maternidad subrogada: dilema éticos y aproximación a su respuestas jurídicas*, en *Revista Derecho civil*, 2018, p. 67 ss.; I. Heredia Cervantes, *El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro*, en *El Notario del Siglo XXI*, 9 de abril de 2014; I. Heredia Cervantes, *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*, en *ADC*, Tomo LXVI, fasc. II, 2013; T. Hualde Manso, *De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada. Comentario a la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011*, en *Revista Aranza di Civil-Mercantil*, n. 10, 2012; S. Quicios Molina, *Regulación por el ordenamiento español del la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar*, en *Revista de derecho privado*, 2019, p. 3-46; A.J. Vela Sanchez, *El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo*, en *Diario La Ley*, n. 8162, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2013; A.J. Vela Sanchez, *La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia*, en *Diario La Ley*, n. 8055, Sección Doctrina, 4 de abril de 2013, año XXXIV; A.J. Vela Sanchez, *La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley Portuguesa n.o 25/2016, de 22 de agosto*, en *Diario La Ley*, n. 8868, Sección Doctrina, 22 de noviembre de 2016; S. Vilar Gonzalez, *Situación actual de la gestación por sustitución*, en *Revista de Derecho UNED*, n. 14, 2014.

³⁴ Innegabile che il valore normativo ispiratore della filosofia del nostro sistema ordinamentale è la persona umana e la sua dignità. Per tutti, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3 ed., Napoli, 2006, *passim*, spec. pp. 566 ss. e 597 s.; Id., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss., e in *Id., Il diritto dei contratti*, cit., p. 239 ss.; Id., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.; Id., *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1 ss.; Id. e P. Femia, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 61; Id., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss., ora in *Id., Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, cit., p. 29 ss. Avverte i rischi che una teoria ispirata a formalismo estremo può condurre nell'attuale sistema delle fonti, P. Grossi,

precise e nette. Anche perché occorre sempre distinguere la dimensione soggettiva, secondo cui la dignità coincide, sostanzialmente, con l'attributo primo e irrinunciabile della persona, dalla dimensione sociale, secondo cui la dignità, come postulato fondamentale da cui discende lo stesso principio personalista, ha contenuto valoriale non soltanto in riferimento all'essere umano in quanto tale, ma anche alla sua vita di relazione e, più in generale, all'essere umano come uomo della società in cui vive³⁵.

In termini più generali, richiamando la filosofia kantiana, la dignità umana impone di considerare persona umana un fine in sé, avvertendo che essa «non può mai essere adoperata esclusivamente quale mezzo».

Per quanto il tema della dignità sia di indubbia complessità e ardua valutazione, non è difficile pensare a ipotesi di gestazione per sostituzione, nelle quali è certa una contrarietà al valore della dignità umana. Al riguardo è sufficiente pensare ai casi in cui la gestazione per sostituzione comporta uno sfruttamento della miseria e della povertà della donna, o quando costringa la donna, al di fuori di ogni adeguata tutela e informazione, a rinunciare alla genitorialità del nato, o quando si traduca in mero spregiudicato profitto economico di un "imprenditore".

Sono ipotesi semplici, che evocano alla mente le drammatiche immagini di villaggi riproduttivi allocati in paesi in via di sviluppo, nei quali le donne sono, sostanzialmente, segregate a "produrre" figli da affidare alle coppie committenti e ridotte in forme di nuova schiavitù, ossia trasformate in macchine di produzione.

Quando l'immaginario del giurista viene sospinto verso questo scenario, non c'è dubbio che la risposta di segno negativo non può tardare ad arrivare. Si avverte la assoluta incompatibilità di questo fenomeno con la dignità umana, non soltanto in una dimensione soggettiva, ma anche in quella sociale. Senza necessità di sperimentare le più raffinate interpretazioni della dignità sociale, che hanno portato alle note pronunce francesi³⁶ ed europee³⁷ sul lancio dei nani, non è possibile dubitare della contrarietà di queste ipotesi al valore della dignità umana.

Il giurista contemporaneo, chiamato a conoscere la multiforme e variegata realtà, non credo, però, che possa o debba arrestare qui la propria indagine. A egli compete, infatti, la responsabilità di verificare se il fenomeno della gestazione per sostituzione si risolva, sempre, in una violazione della dignità umana e, soprattutto, se una valutazione di riprovazione giuridica del fenomeno negoziale debba sempre comportare la negazione della genitorialità di intenzione.

I due profili meritano, dal mio punto di vista, di essere separati³⁸.

Rispetto all'ultimo ho sostanzialmente già detto nelle pagine anteriori, alle quali non posso che rinviare, precisando che la valutazione dell'interesse del minore, specie nelle ipotesi in cui la genitorialità di intenzione abbia lunga durata non può essere preventivamente esclusa sulla base di un bilanciamento definitorio che si afferma apoditticamente compiuto dal legislatore.

Quale sarebbe, infatti, la sorte di un nato da gestazione per sostituzione da due genitori commit-

La formazione del giurista, cit., p. 48, «il formalismo legalista appariva in tutta la sua drammaticità come una scelta suicida. E, infatti, chi ha voluto con ammirevole coerenza cavalcarlo fino in fondo è giunto a posizioni dichiaratamente nichiliste». Per tutti le convincenti considerazioni di G. Resta, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014.

³⁵ P. Becchi, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2009; W. Hassemer, *Argomentazione con concetti fondamentali: l'esempio della dignità umana*, in *Ars Interpretandi*, 10, 2005, pp. 125-139; G. Azzone, *Dignità e diritto privato*, in *Ragione pratica*, 2018, p. 75 ss.

³⁶ Conseil Constitutionnel, Decisione n. 94-343/344 DC, del 27 luglio 1994.

³⁷ Corte Europea dei Diritti umani, *Laskey, Jaggard y Brown contro Regno Unito*, n. 21627/93, 21826/93 e 21974/93, del 19 febbraio 1997.

³⁸ Così, G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero*, cit., p. 452; F.P. Patti, *Riconoscimento del figlio e gestazione per altri*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2019*, Roma, 2019, pp. 21-24.

tenti italiani che abbiano vissuto per molti anni dopo la nascita nel paese nel quale la gestazione per sostituzione è stata portata a termine e dopo questo lungo periodo intendono rientrare in Italia.

Non credo che il principio di diritto affermato dalla sentenza a Sezioni Unite della Cassazione si possa adeguatamente attagliare al caso in parola, sicché il mancato riconoscimento del certificato di nascita formato all'estero e, per l'effetto, il mancato riconoscimento della genitorialità dei due genitori d'intenzione che abbiano cresciuto il minore per lungo tempo, non mi parrebbe una scelta coerente con il sistema e con l'interesse del minore. Pensare che al minore che per dieci o più anni abbia vissuto all'estero con i due genitori italiani, si possa togliere la responsabilità genitoriale perché il soggetto è nato per effetto del ricorso alla gestazione per sostituzione, mi pare che sia una soluzione che non possa essere condivisa e, soprattutto, che il miglior interesse del minore in questo caso non possa essere considerato, aprioristicamente, sotto-ordinato all'interesse alla verità biologica.

Mi pare cioè che la valutazione fatta dalla Corte di Cassazione mentre potrebbe, forse, valere nel caso in cui il riconoscimento dell'atto di nascita formato all'estero venisse domandata in un momento sostanzialmente contestuale alla nascita del minore (ma anche in questo caso il bilanciamento andrebbe svolto in modo concreto), non potrebbe certamente valere nel caso in cui fosse intercorso molto tempo dalla nascita e il minore avesse instaurato con i genitori di intenzione un rapporto familiare stabile e si identificasse, addirittura, come componente di quella famiglia.

Se, come precisa autorevole dottrina, l'interesse del minore è quello alla veridicità e alla certezza del proprio stato di filiazione³⁹, occorre considerare che in un caso del genere non corrisponderebbe, affatto, all'interesse del minore l'accertamento dello stato di filiazione rispetto alla donna che lo ha partorito, ma che mai ha voluto intrattenere e intrattenuto con lui un rapporto genitoriale, negando, al contempo, il rapporto genitoriale con quelle persone con cui il minore sia cresciuto e che il minore stesso riconosce, nel pieno rispetto della sua stessa identità, come propri genitori.

Mi pare, cioè, che non sia corretto, né conforme all'ordine pubblico internazionale una soluzione che aprioristicamente, per punire il contratto di gestazione per sostituzione, negasse in radice e aprioristicamente il riconoscimento dell'atto straniero che attesta un rapporto di filiazione del nato con i genitori di intenzione. Altro è il tema della validità del contratto e degli effetti del contratto, altro il riconoscimento dell'atto straniero, ossia le conseguenze, mediate e indirette, del ricorso, in un paese in cui ciò è lecito e consentito, alla gestazione per sostituzione.

Rimane adesso di verificare se davvero il fenomeno della gestazione per sostituzione sempre si risolva in una patente ed evidente violazione del valore della dignità umana e, dunque, in un fenomeno rispetto al quale il nostro ordinamento giuridico deve porsi in una posizione di netta chiusura e deciso contrasto.

Il tema è esternante complesso e richiede un approfondimento ampio e multidisciplinare, sicché nell'economia di questo lavoro non sarà possibile che proponga qualche spunto di riflessione.

In primo luogo, occorrerebbe domandarsi se l'affermazione svolta dalle Sezioni Unite della Cassazione, nella parte in cui considera la gestazione per sostituzione irrimediabilmente contraria all'ordine pubblico internazionale in quanto offenderebbe in modo intollerabile la dignità della donna e minerebbe nel profondo le relazioni umane, possa valere nel caso di gestazione per sostituzione avvenuta per spirito di generosità e tra persone legate, tra loro, da un vincolo affettivo.

Pensiamo al caso di due sorelle o cugine una delle quali, pur essendo fertile, non possa, per un problema medico, portare a termine una gravidanza e pensiamo al caso in cui l'altra si offra di portare a termine la gravidanza facendosi impiantare l'embrione costituito dai gameti della parente (sorella/cugina) e del marito dell'ultima.

³⁹ M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle sezioni unite*, cit., p. 474.

Postulare che in questo caso la gestazione per sostituzione offenda irrimediabilmente la dignità della donna è conclusione che mi lascia molto perplesso e, ancora di più, che tale fenomeno possa minare nel profondo le relazioni umane. All'esatto contrario, mi sentirei di affermare che tale fenomeno non soltanto non offende la dignità della donna, ma, addirittura, potrebbe essere capace di rafforzare le relazioni umane.

Questa riflessione mi pare che possa conservarsi anche ponendosi nella prospettiva che consideri la dignità umana non soltanto nella dimensione soggettiva, ma anche in quella oggettiva, e nella piena consapevolezza che il valore della dignità non può dirsi realizzato per il solo fatto che la persona abbia assunto una decisione in modo libero, consapevole, cosciente e volontario, dovendosi verificare anche se quella decisione non trasformi la persona, ancorché su base volontaria e cosciente, da fine a mezzo.

Per quanto si tratti di una valutazione astratta e, dunque, di una valutazione che si scontra con tutti i limiti propri di ogni discussione giuridica di tipo puramente teorico, mi pare che la soluzione offerta dalle Sezioni Unite andrebbe ripensata e, soprattutto, che il fenomeno della gestazione per sostituzione andrebbe valutato con maggiore ponderazione, facendo molti distinguo e verificando sempre gli interessi in concreto.

Sotto un diverso profilo, non mi pare che questa riflessione debba essere limitata ai casi in cui esista un rapporto di parentela tra la madre di intenzione e la donna che offre la gestazione, ben potendo estendersi ai casi in pur in assenza di qualsivoglia parentela o affinità, la gestazione per sostituzione permanga ispirata da solidarietà.

Del resto, che il nostro ordinamento consenta negozi di autonomia privata non patrimoniali che incidono sul corpo umano non è una novità, quando si pensi alla disciplina delle c.dd. donazioni di organi e campioni biologici⁴⁰.

Piuttosto è da dire che dovrebbe, radicalmente, mutare la prospettiva, assumendo che la gestazione per sostituzione non può essere oggetto di un contratto, la cui inammissibilità dovrebbe derivare dalla natura non patrimoniale della prestazione stessa, bensì oggetto di un atto di autonomia negoziale non patrimoniale.

Che la gestazione per sostituzione non possa essere considerata, almeno in Italia, una prestazione a contenuto patrimoniale, non credo che possa essere posto in discussione, quando ci si ponga a riflettere che il concetto di patrimonialità che il nostro ordinamento recepisce non è di stampo soggettivistico, in guisa che è patrimoniale tutto ciò che è suscettibile di valutazione economica, ma di tipo oggettivo, in guisa che è patrimoniale non la prestazione rispetto alla quale c'è qualcuno disposto a pagare, ma solo quella rispetto alla quale la collettività è disposta a pagare un prezzo⁴¹.

⁴⁰ Tra le fonti più rilevanti, solo per citare le più note: art. 1 Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani dell'UNESCO 4 aprile 1997; artt. 2, 8, 9, 10, 12, 14, 15, 16 e 17 Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani dell'UNESCO - 16 ottobre 2003; la Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani (2005); artt. 2, 5, 11, 13, 19, 20, 21 e 22 Convenzione di Oviedo, 4 aprile 1997 - Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e della dignità dell'essere umano con riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina - Ratificata in Italia con Legge 28 marzo 2001, n. 145; art. 3 Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea (Nizza 7 dicembre 2000); Considerando 13, 14, 16 e 18 della Direttiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004; artt. 1, 2, 3, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 21, 22 e 23 Raccomandazione R(2006)4 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa - 15 marzo 2006; artt. 3 e 4 Legge 1 aprile 1999, n. 91 "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti"; artt. 13 e 14 Legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"; artt. 3 e 4 Legge 21 ottobre 2005, n. 219 "Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati"; artt. 2, 3, 4 e 8 Legge 22 febbraio 2006, n. 78; art. 3 Decreto Legislativo 6 novembre 2007, n. 191; art. 6 Legge 30 giugno 2009, n. 85.

⁴¹ Sul tema, sia consentito rinviare a L. Di Bona, *I negozi a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2001, p. 3 ss.

Movendosi in questa prospettiva, il tema non è tanto la nullità del contratto, ma la impossibilità in Italia di considerare la gestazione per sostituzione quale prestazione deducibile in un rapporto obbligatorio e in un contratto. Ciò non significa, ovviamente, esclusione aprioristica e radicale di una attività negoziale che possa riguardare la gestazione per sostituzione, ma sola esclusione del contratto. La prestazione non patrimoniale, che non è esclusa dalla negoziazione, è affidata all'autonomia negoziale non patrimoniale, la quale è dominata dalla logica della gratuità liberale e da negozi tendenzialmente unilaterali, solidali, gratuiti e revocabili. Il compimento dei quali presuppone, indispensabilmente, che il suo autore risulti ampiamente informato, di modo che sia sempre perfettamente consapevole del valore e del significato giuridico del proprio atto, della sua possibile revocabilità, delle conseguenze giuridiche che esso comporta e di tutti i rimedi e le tutele che l'ordinamento prevede a presidio della situazione esistenziale della quale dispone.

Mi pare, allora, che il tema della gestazione per sostituzione in Italia dovrebbe considerarsi dentro di questo marco e mi pare che in questo contesto, quando si assuma consapevolezza della sua possibile dimensione di gratuità solidaristica, si possa escludere che offenda la dignità della donna e che miniri irrimediabilmente le relazioni umane.

All'esatto opposto diventa atto di generosità non molto diverso da molti altri e del quale l'ordinamento deve farsi, responsabilmente, carico, evitando soluzioni aprioristiche e totalizzanti, costruite sotto il falso mito che laddove ci sia gestazione per sostituzione ci sia anche e sempre la riduzione in schiavitù della donna.

Sotto un diverso profilo, rimane, ovviamente, il problema dei casi in cui la gestazione per altri abbia costituito oggetto di un vero e proprio contratto in un ordinamento straniero e diverso da quello italiano e quando si ponga l'esigenza di verificarne la sua conformità/contrarietà all'ordinamento nazionale.

Anche qui, confermando le precedenti considerazioni svolte, credo che la risposta dell'ordinamento italiano debba essere di ferma chiusura in tutti i casi in cui la maternità surrogata sia avvenuta non soltanto dietro la corresponsione di un prezzo, ma, soprattutto, in violazione di qualunque diritto umano della gestante, quando tra i genitori di intenzione e la gestante non ci sia stato alcun contatto o relazione umana, quando, stipulato il contratto, la gestante non possa più revocare il proprio consenso, quando la donna sia, sostanzialmente, ridotta in stato di schiavitù. Al di fuori di tutte queste ipotesi, quando la gestazione per sostituzione si realizzi per spirito di solidarietà gratuita, in un contesto di condivisione tra genitori d'intenzione e gestante, quando esista una adeguata informazione e la gestante conservi sino all'ultimo la possibilità di affermare ed esercitare la propria genitorialità, quando costituisca, cioè, un dono della vita, non credo che una valutazione di irrimediabile chiusura dell'ordinamento debba essere conservata.

Ciò che ripugna al nostro ordinamento e rispetto a cui è indispensabile esprimere un dissenso fermo e convinto è ogni fenomeno di gestazione per sostituzione in cui la donna sia sostanzialmente ridotta in schiavitù e in cui la gestazione per sostituzione diventi una faccenda puramente economico-patrimoniale che, pur con tutte le informazioni necessarie, impedisce sin da subito e irrimediabilmente alla gestante ogni possibile relazione con il nato. Ho la sensazione che le nostre Sezioni Unite della Cassazione quando hanno deciso il caso commentato avevano di fronte un caso del genere e, per questo hanno assunto questa posizione di tanto ferma chiusura, e che per esprimere fermo dissenso siano state costrette a disgiungere ordine pubblico internazionale e interesse del minore, che invece sono coesenziali, affermando addirittura che il miglior interesse del minore non poteva lasciare spazio per nessun'altra soluzione.

Mi pare, invece, che l'atteggiamento debba essere sostanzialmente diverso, quando la gestazione per sostituzione costituisca un dono. In tali casi, ove pure si tratti di un contratto, credo che la valutazione di conformità o difformità ai principi e ai valori del nostro ordinamento debba essere fatto tenendo in conto della natura non patrimoniale della prestazione e, pur con tutte le differenze e cautele

necessarie, delle garanzie alle quali, in genere, il nostro ordinamento assoggetta l'atto di autonomia negoziale non patrimoniale dispositivo del corpo umano e dei campioni biologici. Quando si sia in presenza di un negozio ispirato alla logica della solidarietà gratuita la soluzione mi pare che possa e debba essere diversa. In questa valutazione occorre svolgere una valutazione di tipo sostanziale e non formale. Non importa verificare se la gestazione per altri abbia costituito oggetto di un contratto, occorrendo verificare, nella sostanza, se la disciplina e le modalità del rapporto, indipendentemente dalla struttura, realizzino gli interessi e le tutele tipiche dell'atto di autonomia negoziale non patrimoniale.

Mi pare, dunque, che i problemi sia molteplici, perché molteplici sono gli interessi delle persone e che un diritto che sia, davvero, a servizio, della persona umana, debba esitare bilanciamenti definitivi e valutare con maggiore attenzione gli interessi concretamente coinvolti, alla luce dei principi e dei valori del sistema normativo, evitando ipostatizzazioni e ricorso a immagini, che pure richiamando drammatiche realtà, non possono mai esprimere la complessità degli accadimenti umani.