

Constitucionalismo: diálogos intergeneracionales entre España e Italia

Vol. I

Directores:

**Antonio Pérez Miras, Germán M. Teruel Lozano,
Silvia Romboli, Giacomo Palombino**



Derecho Constitucional
Europeo

|C|E|P|C|



CONSTITUCIONALISMO: DIÁLOGOS INTERGENERACIONALES
ENTRE ESPAÑA E ITALIA

COLECCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Directora

Yolanda Gómez Sánchez

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea

Consejo Asesor

Eugeni Gay Montalvo, abogado y exmagistrado del Tribunal Constitucional

Elisa Pérez Vera, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED y exmagistrada del Tribunal Constitucional

Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y exmagistrado del Tribunal Constitucional

Tania Groppi, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena

Nuno Piçarra, professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa y juez del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Enrique Arnaldo Alcubilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos y magistrado del Tribunal Constitucional

Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, ad personam, de la UE

Teresa Freixes Sanjuán, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, ad personam, de la UE

José María Gil-Robles Gil-Delgado, Catedrático Jean Monnet, ad personam, de la UE y Presidente de la Fundación «Jean Monnet pour l'Europe»

Miguel Recuerda Girela, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada

Juan Damián Moreno, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid

Fernando Martín Díz, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca

María José Cíaurriz Labiano, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED

Carlos Fernández de Casadevante Romani, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos

Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Diego Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares

Emilio Jiménez Aparicio, abogado

José Suay Rincón, Catedrático de Derecho Administrativo y exmagistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

Antonio Torres del Moral, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED

Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo de CUNEF Universidad

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense

CONSTITUCIONALISMO: DIÁLOGOS INTERGENERACIONALES ENTRE ESPAÑA E ITALIA

VOLUMEN I

ANTONIO PÉREZ MIRAS, GERMÁN M. TERUEL LOZANO,
SILVIA ROMBOLI, GIACOMO PALOMBINO (DIRS.)



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
MADRID, 2025

Primera edición: mayo de 2025.

Esta publicación se ha realizado en el marco de las Acciones Jean Monnet EUCONS: The Constitutional Bases of Europe: «Towards the Citizens of Europe» (621157-EPP-1-2020-1-ES-EPPJMO-PROJECT) y The Constitutional Bases of Europe: «Towards a Sustainable Democracy» (101127701-ERASMUS-JMO-2023-HEI-TCH-RSCH).

El apoyo de la Comisión Europea para la producción de esta publicación no constituye una aprobación del contenido, el cual refleja únicamente las opiniones de los autores, y la Comisión no se hace responsable del uso que pueda hacerse de la información contenida en la misma.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

Todos los trabajos han sido sometidos a revisión por parte del Comité científico del Seminario Ítaloespañol.

Tutti i contributi sono stati sottoposti a valutazione da parte del Comitato scientifico del Seminario Italospagnolo

© De los trabajos, sus autores.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales para esta edición.



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO BOE: 144-25-019-X (edición en papel)
144-25-020-2 (edición en línea, PDF)
144-25-021-8 (edición en línea, ePUB)

NIPO CEPC: 145-25-015-5 (edición en papel)
145-25-016-0 (edición en línea, PDF)
145-25-017-6 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3021-3

Depósito legal: M-28174-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

Páginas

VOLUMEN I

¿QUÉ CONSTITUCIONALISMO?

1. Le prospettive attuali del costituzionalismo, *Giuseppe de Vergottini* 15
2. Sopravvivenza e adattamento del costituzionalismo: percorsi, innovazioni e limiti, *Roberto Toniatti* 23
3. El constitucionalismo en tiempos difíciles, *Pablo Lucas Murillo de la Cueva* 43
4. El futuro del constitucionalismo en el mundo reglobalizado: mediaciones negativas en la globalización fragmentada, *Francisco Balaguer Callejón* 75
5. ¿Constitucionalismo?, ¿qué constitucionalismo? Por un constitucionalismo complejo y ponderado, *Juan Francisco Sánchez Barrilao* 91
6. Dal costituzionalismo ambientale a un costituzionalismo per le generazioni future: le nuove dimensioni dell'art. 9 della Costituzione italiana, *Giacomo Palombino* 107

CONSTITUCIONALISMO, GLOBALIZACIÓN E INTEGRACIÓN EUROPEA

7. L'Europa dei diritti, fra luci e ombre, *Marilisa D'Amico* 127
8. La constitución de la Unión Europea como respuesta del constitucionalismo a la autocracia, *Andrea Morrone* 143

	Páginas
9. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Corte Constitucional italiana ante la protección de valores, principios y derechos fundamentales: ¿colaboración o disputa?, <i>Silvia Romboli</i>	149
10. La Sovranità attraverso (e dopo) la globalizzazione. Dalla piramide alla rete?, <i>Ivan Daldoss</i>	171
11. Constitutional Pluralism and <i>Verfassungsgerichtsverbund</i> : the Progeny of European Constitutional Identity, <i>Nicola Abate</i>	191
12. Luces y sombras de la Conferencia sobre el Futuro de Europa: ¿Un paso más en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea?, <i>Alejandro Villaluenga Garrido</i>	217
13. L'Italia di fronte alla guerra in Ucraina. Tra principio pacifista e sistema delle «fonti belliche», <i>Antonello Lo Calzo</i>	237

FORMA DE ESTADO, FORMA DE GOBIERNO Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA

14. ¿Están en crisis la democracia y el parlamentarismo?, <i>Gregorio Cámara Villar</i>	261
15. ¿Está el parlamentarismo en crisis?, <i>Juan Fernando López Aguilar</i>	295
16. È in crisi il parlamentarismo? Riflessioni sullo stato attuale del parlamento italiano, <i>Paola Bilancia</i>	319
17. Democrazia e responsabilità politica nel parlamentarismo europeo, tra Unione e Stati membri, <i>Nicola Lupo</i>	331
18. La forma di Stato e di governo italiana alla prova del PNRR, <i>Carlo Colapietro</i>	343
19. La participación política de grupos vulnerables a través de cuotas electorales: el caso mexicano, <i>Yessica Esquivel Alonso</i>	349
20. Le istituzioni del futuro (e i c.d. <i>future studies</i>) nei processi decisionali, <i>Luca Bartolucci</i>	371
21. La partecipazione dei cittadini all'elaborazione delle politiche pubbliche: il caso italiano, <i>Valentina Capuozzo</i>	393
22. La partecipazione dei cittadini europei al processo legislativo: riflessioni e prospettive di un dialogo incompleto, <i>Claudio Di Maio – Giuseppe Laneve</i>	407

23.	Los problemas en la investidura del Presidente de Castilla y León tras las elecciones de febrero de 2022, <i>Andrés Iván Dueñas Castrillo</i>	427
24.	La forma de gobierno en los ayuntamientos, <i>Ángel Fernández Silva</i> ...	439
25.	Forma di Governo e rappresentanza politica: modelli populistici e Governi di coalizione, <i>Luigi Sica</i>	461
26.	La dinámica coalizional en l'evoluzione della forma di governo spagnola, <i>Alessandro Fricano</i>	481
27.	La democracia interna de los partidos políticos en Italia: <i>il dolce far niente</i> , <i>Alicia González Moro</i>	499
28.	Un grave ilícito constitucional: La doctrina del TC en torno a la admisión de iniciativas parlamentarias por parte de la mesa de los parlamentos, <i>Francisco Ortega Candela</i>	521
29.	La erosión de la democracia salvadoreña y la pérdida de calidad en la representatividad, ante el discurso de reelección presidencial inmediata, <i>Karla Georgina Martínez Herrera</i>	539

ESTADO DE DERECHO Y SUS MECANISMOS DE DEFENSA

30.	Cosa debba intendersi per <i>rule of law</i> e Stato di diritto nell'epoca della globalizzazione. Il tortuoso percorso semantico di due nozioni politico-giuridiche dallo Stato liberale allo Stato costituzional-democratico, <i>Emanuele Gabriele</i>	557
31.	El <i>continuum</i> de los criterios de Copenhague en un contexto de crisis del Estado de Derecho, <i>Bettina Steible</i>	581
32.	Stato di diritto e condizionalità finanziaria. Spunti di riflessione per il futuro dell'Unione, <i>Carlo Alberto Ciaralli</i>	603
33.	El Reglamento 2020/2092 como instrumento protector del presupuesto de la UE y del Estado de Derecho: ¿un verdadero avance en el proceso de integración?, <i>Andrea Garrido Raya</i>	623

SISTEMA DE NORMAS Y REFORMA CONSTITUCIONAL

34.	El principio de eficacia de la Constitución y las relaciones de aplicabilidad/validez entre normas constitucionales, <i>Leonardo Álvarez Álvarez</i> ...	647
35.	Le decisioni relative alla «sala de máquinas»: un fallimento della Costituzione cilena?, <i>Rosa Iannaccone</i>	671

	Páginas
36. Una concepción democrática de los límites al poder de reforma constitucional, <i>Iago Pacetti Blanco</i>	695

JUSTICIA CONSTITUCIONAL

37. El uso de argumentos de oportunidad en la reciente jurisprudencia constitucional española, <i>Marta F. León Alonso</i>	709
38. El recurso de amparo contra decisiones judiciales: una propuesta de mejora, <i>Ana López Navío</i>	731
39. Tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali: spunti di diritto costituzionale nel quadro europeo, <i>Ander Maglica Murua</i>	747
40. Gli effetti negativi della mancata cooperazione tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia: riflessioni a partire dal caso rumeno (Corte di Giust., sent. 22/2/2022 RS, C-430/21), <i>Paolo Gambatesa</i>	767
41. Notas sobre el arbitraje en la doctrina del Tribunal Constitucional, <i>Antonio José Vélez Toro</i>	789
42. La stabilità lavorativa nella giurisprudenza costituzionale. L'apporto del Giudice delle leggi all'individuazione, e alla garanzia, di un diritto costituzionale, <i>Cristina Luzzi</i>	807
43. La corsa al trilogio ovvero la prima parola è quella che conta (recenti tendenze a partire da Corte cost. sentt. nn. 54 e 67 del 2022), <i>Francesco Torre</i>	823
44. Legalità penale e sentenze monito nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, <i>Ilaria Giugni</i>	839
45. Gli effetti delle ordinanze monitorie di rinvio della Corte costituzionale sull'Ordinamento penitenziario, <i>Valentina Mondello</i>	857
46. Il (difficile) dialogo tra le Corti sull'ordine pubblico applicato alla filiazione da tecniche di procreazione vietate, <i>Stefania Pia Perrino</i>	875
47. Il mandato d'arresto europeo nella giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola. Integrazione interordinamentale e tutela dei diritti fondamentali in un <i>judge-made system</i> , <i>Angelo Raffaele Salerno</i>	897

IL (DIFFICILE) DIALOGO TRA LE CORTI SULL'ORDINE PUBBLICO APPLICATO ALLA FILIAZIONE DA TECNICHE DI PROCREAZIONE VIETATE

STEFANIA PIA PERRINO¹
Università degli Studi di Milano – Bicocca

SOMMARIO: 1. *Premessa.*–2. *L'ordine pubblico internazionale e le torsioni interpretative.*–3. *L'oggetto del test di compatibilità con l'ordine pubblico.*–4. *La clausola di ordine pubblico applicata alla genitorialità d'intenzione nella recente giurisprudenza.*–5. *Conclusioni.*

1. PREMESSA

L'ordine pubblico (Guarnieri, 1974; Pedrini, 2013) rappresenta l'insieme di principi identificativi di un ordinamento in un dato momento storico (Perlingieri, Zarra, 2019). Questo insieme muta a seconda del bilanciamento, svolto tra i valori individuati nel caso concreto: ciò rende l'ordine pubblico una clausola generale a struttura flessibile e storica, entro cui vivono i principi che compongono la coscienza sociale entro un determinato periodo, a presidio del «pluralismo dei valori, atteggiamenti, culture, presenti contemporaneamente in una organizzazione sociale» (Rodotà, 1987).

¹ Post Doc in Diritto Privato e PhD in Scienze Giuridiche. Il paper costituisce il risultato delle ricerche condotte nell'ambito del JUST PARENT, Legal protection for social parenthood (101046382) progetto finanziato dalla Commissione europea nell'ambito del Justice Programme (2021-2027).

Nel diritto privato, questo insieme di principi è idoneo a determinare la nullità degli atti di autonomia per la violazione di interessi generali, non esplicitamente tutelati da norme imperative (D'Addino Serravalle, 1983) ma riassunti in principi informativi della società (Lonardo, 1978). Diversamente, nella accezione internazionalprivatistica, i principi precludono la produzione di effetti giuridici di norme e provvedimenti stranieri, allorquando concretamente in contrasto nel momento applicativo. Identica è la nozione, diversa è la funzione. La clausola di ordine pubblico deve essere intesa, allora, come insieme dei principi e dei valori deducibili dall'intero ordinamento giuridico positivo (Scognamiglio, 1966), comprensivo della Costituzione, del diritto penale, del diritto privato, del nucleo di valori e principi che ispirano le norme di diritto internazionale, delle consuetudini internazionali o del diritto dei trattati, inclusi i principi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dei Patti internazionali (Angelini, 2007; Barba, 2018)². Oltre al rispetto delle norme cogenti, l'accezione internazionalprivatistica della clausola presidia il c.d. *international comity* e offre continuità delle situazioni giuridiche, non solo nel paese di origine ma pure nel paese di destinazione.

L'inclusione dei citati principi è stata agevolata dalla giurisprudenza (Di Marzio, 2017; Feraci, 2018)³; tuttavia, non sono mancate torsioni interpretative proprio da parte di quest'ultima e si evidenziano, con particolare frequenza, nel riconoscimento degli effetti derivanti dalla filiazione costituita all'estero tramite forme di procreazione assistita vietate in Italia, ma consentite all'estero, quale è la gestazione per altri (di seguito, GPA).

2. L'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE E LE TORSIONI INTERPRETATIVE

Le citate forzature possono essere così esemplificate: l'applicazione del test di compatibilità con la clausola di ordine pubblico al presupposto e non agli effetti dell'istituto straniero; il fenomeno del c.d. *downgrading*; l'appiattimento dei principi e dei valori richiamati dalla clausola sul diritto cogente.

La clausola di ordine pubblico internazionale consente di riconoscere in Italia gli effetti di un istituto sconosciuto all'ordinamento domestico, ma

² Cass. civ., sez. I, 7 agosto 2020, n. 16804, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2020, 4, p. 1386; Cass. civ., SS. UU., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Riv. dir. intern.*, 2019, 4, p. 1225.

³ Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Italgire*, rv. 641311 – 01

noto e regolato dall'ordinamento straniero, ogniquale volta i citati effetti risultano compatibili con i principi e valori richiamati. Non si innesta un istituto, ma si consente la produzione degli effetti che dall'istituto derivano, in considerazione dell'atto o del provvedimento di cui si richiede il riconoscimento. Gli effetti transitano così in un ordinamento che non conosce l'istituto, ma che può disciplinare già effetti identici o simili oppure può vantare valori non ostativi a quegli effetti, privati del proprio presupposto. Ad esempio, per il riconoscimento di un atto o di una sentenza sullo *status filiationis* del figlio nato dalla surrogazione della maternità, il test di compatibilità dovrebbe riguardare la filiazione senza legami genetici, biologici e gestazionali tra figlio e genitore o genitori, mentre non dovrebbe avere per oggetto il presupposto (Iorio, 2022)⁴ della gestazione per altri. Se così non fosse, risulterebbe priva di rilevanza la struttura flessibile ed elastica della clausola e la sua accezione internazionalprivatistica⁵. Tuttavia, l'applicazione giurisprudenziale della clausola a questi effetti determina la prima distorsione.

La seconda torsione interpretativa attiene alla tecnica del *downgrading* (Barel, 2017). Non riconosciuti gli effetti derivanti dall'istituto presupposto, per contrarietà con l'ordine pubblico internazionale, spesso si opera un semi-riconoscimento degli effetti prodotti dall'atto o dalla sentenza straniera: gli effetti vengono considerati dal giudice italiano solo in via parziale o dimidiata, attraverso l'applicazione di categorie giuridiche già note nell'ordinamento nazionale. Ciò è accaduto per gli effetti dei matrimoni egualitari tra persone dello stesso sesso all'estero (Lopex Pegna, 2017; Cardaci, 2017) ricondotti all'istituto domestico delle unioni civili, *ex art.* 1 l. 20 maggio 2016, n. 76, e, parimenti, per lo *status filiationis* tra minore e genitore sociale (Tripodina, 2017; Angelini, 2017; Long, 2017), derivante dalle citate forme di procreazione vietate in Italia, ricondotto allo schema delle adozioni in casi particolari, di cui all'art. 44, co. 1, lett. d), l. 183/1984. Più precisamente, lo *status* di genitorialità legale viene attribuito al genitore sociale all'estero, conformemente alle regole interne, ma in Italia questo *status* è considerato in contrasto con l'ordine pubblico; tuttavia, qualche tutela⁶ deve essere attribuita e si opta per l'applicazione del paradigma previsto per l'adozione c.d. mite. Si opera così un riconoscimento dimidiato: l'adozione in casi particolari, infatti, non determina la genitorialità⁷; è revocabile, *ex artt.* 51-53 l. 184/1983; necessità del consenso del genitore biologico, *ex art.* 46, l. 184/1983; difetta dell'usufrutto legale dell'adottante sui beni

⁴ Cass. Civ., SS. UU., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *ilFamiliarista*, 3 gennaio 2023.

⁵ Per un approfondimento della prima torsione interpretativa, *infra* § 3.

⁶ Cass. civ., 12193/2019, cit., p. 38.

⁷ Corte cost., 10 marzo 2021, n. 33, § 5.8.

propri dell'adottato, *ex art.* 48, co. 3, l. 184/1983; resta fermo il rinvio all'art. 55 l. 184/1983, nella parte in cui prevede che l'adozione non attribuisce all'adottante alcun diritto di successione (Iorio, 2022). Solo recentemente e grazie all'intervento della Consulta⁸, sono state dichiarate illegittime le norme che precludevano l'acquisto di un legame giuridicamente rilevante con la famiglia dell'adottante.

Il *downgrading* determina l'applicazione di un modello diverso e deteriore (Caldironi, 2021) per la protezione del superiore interesse del minore, laddove imbrigliato in un procedimento troppo lento, sottoposto al consenso del genitore biologico, inidoneo a generare una filiazione giuridica (Iorio, 2022), ma soprattutto subordinato ad una iniziativa del genitore sociale, il quale potrebbe morire prima della proposizione della domanda o decidere di non presentare alcuna istanza, specie in casi di sopravvenuta crisi della coppia⁹. Diversamente, ciò non accade per gli effetti di altri istituti sconosciuti all'ordinamento italiano e incompatibili con la clausola generale di ordine pubblico, come, ad esempio, gli effetti derivanti da una pronuncia di condanna ai *punitive damages*: non si impiegano gli istituti che, secondo l'orientamento maggioritario (Scognamiglio, 2010; Sesta, 2018; Dellacasa, 2017; Pardolesi, 2011; Pisani Tedesco, 2022), appaiono dotati di una funzione extracompen-sativa, non si scomodano le penalità di mora (Trapuzzano, 2012; Chiarloni, 1980; Luiso, 2021), la retroversione degli utili (Lopez De Gonzalo, 2017), la responsabilità processuale aggravata (Mandrioli, Carratta, 2021; Conso-lo, 2019; Toppetti, 2014; Di Marzio, 2012).

La terza torsione interpretativa si evidenzia, poi, nella prassi di appiattimento interpretativo che riduce la clausola a diritto cogente (Angelini, 2007). Secondo le Sezioni Unite del 2019¹⁰, tale clausola include e si declina in vari referenti normativi. La delibazione trova ostacolo nel divieto surrogazione della maternità, ai sensi dell'art. 12, co. 6, l. 40/2004, che costituisce fatto tipico di reato, ma pure offensivo del bene giuridico tutelato, sempre e comunque. A sostegno dell'assolutezza e della inderogabilità del divieto di surrogazione si suole sottolineare la portata generale dell'inciso «in qualsiasi forma». Tuttavia, non si chiarisce nella parte motiva della pronuncia se sia l'istituto della surrogazione della maternità a violare l'ordine pubblico o siano gli effetti che derivano dalla surrogazione, ossia la filiazione, a contrastare con l'ordine pubblico, atteso che il riconoscimento di atti e provvedimenti inerisce all'ingresso in Italia degli effetti e non al trapianto dell'istituto giuridico straniero.

⁸ Corte cost., 30 marzo 2022, n. 79.

⁹ Corte cost., 33/2021, cit., § 5.8.

¹⁰ Cass. civ., SS. UU., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Osservatorio AIC*, 2020, 2, p. 185-211.

Contribuisce a dare sostanza alla clausola di ordine pubblico pure la disciplina delle adozioni: la gestazione per altri rischia di rappresentare uno strumento elusivo dei requisiti soggettivi necessari per le adozioni e si pone in oggettivo conflitto con le regole poste a tutela dei minori. L'adozione rappresenta allora l'unico strumento idoneo per la realizzazione di progetti genitoriali privi di legami biologici con il nato¹¹ e, fuori dalle pratiche di fecondazione artificiali ammesse, cessa di operare la rilevanza del principio di autoresponsabilità fondato sul consenso informato ai trattamenti, mentre torna ad operare il *favor veritatis*. Ciononostante, il rapporto tra genitore sociale e nato da GPA merita una qualche protezione giuridica, attraverso l'applicazione dell'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. d), l. 184/1983.

L'impostazione esegetica della Cassazione ha attribuito gravidanza alle norme di diritto interno, nonostante la desuetudine dell'impianto normativo in materia di adozioni (Iorio, 2022) ed il riferimento ad un divieto contenuto nella legge 19 febbraio 2004, n. 40, colpita da un numero considerevole di dichiarazioni di illegittimità costituzionale¹² e mai riformata nel corso di 18 anni, pur a fronte degli auspici della dottrina, della Consulta e della Corte EDU (Guazzarotti, 2013)¹³.

3. L'OGGETTO DEL TEST DI COMPATIBILITÀ CON L'ORDINE PUBBLICO

Come osservato, nella applicazione della clausola si verifica talvolta una sovrapposizione tra presupposto ed effetti. Ciò si evidenzia attraverso il raffronto tra le diverse applicazioni della clausola agli effetti di matrimonio poligamico, ripudio, *kafalah*, danni punitivi, diseredazione o patti *mortis causa*.

Il matrimonio c.d. monoandrico poliginico simultaneo (Baruffi, 2017), validamente contratto nello stato di origine tra un uomo e più donne, è un istituto contrario all'ordine pubblico, per contrasto con gli artt. 29 Cost., 86 c.c. e 556 c.p. (Perlingieri, Zarra, 2019). Tuttavia, il test di compatibilità non serve a «omologare un'unione poligamica» (Raffiotta, 2012)¹⁴, ma deve essere condotto caso per caso e con riferimento agli effetti (Angelini, 2019). La distinzio-

¹¹ Corte EDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, in *Rass. Adv. Stato*, 2017, 1, 9 ss.

¹² Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, rv. 33414-33415, in *Italggiure*.

¹³ Corte EDU, Grande Camera, 3 novembre 2011, C-57813/00, S. H. e al. c. Austria.

¹⁴ Corte d'Appello Torino, 18 aprile 2001, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 1492; Trib. Bologna, 12 marzo 2003, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2004, p. 775; *contra* Cass, civ., 28 febbraio 2013, n. 4984, in *D&G*; TAR Emilia-Romagna, 19 dicembre 1994, n. 926, in *Stranieri*, 1995, p. 58.

ne tra presupposto ed effetti (Rizzuti, 2015) ha determinato, ad esempio, il riconoscimento del ricongiungimento familiare o il riconoscimento dello stato di figlio o la delibazione della condanna al risarcimento del danno da morte o del danno per illecito endofamiliare oppure il riconoscimento di pretese successorie di una delle mogli¹⁵. In tutti questi casi, si presuppone il matrimonio poligamico (Morozzo della Rocca, 2019; Corbetta, 2000; Baruffi, 2019; Bianchini, 2008), ma non è necessario l'innesto dell'istituto per la propagazione degli effetti né l'individuazione di un istituto analogo per provvedere ad una protezione giuridica: «la persona va tutelata in quanto tale e indipendentemente dal numero di formazioni sociali nelle quali sceglie di realizzare la propria personalità» (Perlingieri-Zarra, 2019).

Pure il ripudio (*talaq*) da parte del marito costituisce un presupposto che non supera il *filtro* (Angelini, 2019) dell'ordine pubblico internazionale (Virgadamo, 2017; Vanin, 2015), perché diretto allo scioglimento unilaterale del vincolo coniugale da parte del marito (D'Arienzo, 2004; Milani, 2021; Crea, 2016), titolare di un diritto potestativo, il cui esercizio può essere delegato a terzi (Marchei, 2021; Ruo, 2021), è talvolta revocabile e produce effetti anche quando la consorte non ne risulta a conoscenza (Scolar, 2000). Si afferma l'intrascrivibilità dell'atto di ripudio per la violazione del principio di uguaglianza, del diritto di difesa della moglie e delle regole che impongono l'accertamento in giudizio del venire meno della comunione di vita¹⁶. Tuttavia, «non è compito del giudice della delibazione (...) soppesare se, in disparte dal modo in cui sia avvenuta la formazione delle determinazioni che vi sono contenute, si prestino o meno a contestazioni di tipo meritale»; il suo compito consiste nel considerare gli effetti risolutivi collegati allo scioglimento del vincolo (Vanin, 2015) ed, eventualmente, «dare continuità alle situazioni giuridiche validamente prodottesi nell'ordinamento giuridico di provenienza, ma soprattutto per assicurare che la donna non subisca ulteriori pregiudizi dal mancato riconoscimento del ripudio» (Perlingieri, Zarra, 2019).

Simili considerazioni sono state, poi, utilizzate per la *kafalah*. Negli ordinamenti in cui la filiazione è solo legittima e in cui l'adozione è vietata, questo istituto consente di attribuire una protezione giuridica, ancorché revocabile, al minore nato da una relazione adulterina o fuori dal matrimonio o abbandonato¹⁷. Siffatto presupposto contrasta con la clausola generale, non è così per gli

¹⁵ Cass. civ., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Giust. civ.*, 1999, p. 2695.

¹⁶ Cass. civ., SS. UU., 28 maggio 2004, n. 10378, rv. 573282, in *Italggiure*.

¹⁷ In questo senso, si veda Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2020, n. 25310, rv. 659575-01; Cass. civ., SS. UU., 19 settembre 2013, n. 21108, rv. 627475-01.

effetti che ne derivano e non occorre neppure che l'ordinamento italiano conosca istituti simili a quello in esame per dare corso al riconoscimento degli effetti che ne derivano¹⁸.

La Cassazione a Sezioni Unite, poi, ha recentemente affermato la compatibilità degli effetti, consistenti nella liquidazione del risarcimento, di una sentenza di condanna ai *punitive damages* con l'ordine pubblico internazionale. Il giudice nazionale non può emettere provvedimenti punitivi, oltre a quelli già espressamente tipizzati dal diritto interno; tuttavia, non si esclude la delibazione della sentenza straniera, viste le plurime funzioni da assegnare alla responsabilità civile, a patto che risulti accertata la violazione di un diritto fondamentale della persona e rispettati i principi di tipicità, prevedibilità e proporzionalità¹⁹. L'ordine pubblico viene inteso come un veicolo di promozione della ricerca di principi comuni agli Stati membri, in relazione ai diritti fondamentali, riferibile ai principi involabili a garanzia del diritto di agire e resistere in giudizio, mentre non investe le sole modalità con cui i diritti sono regolamentati o si esplicano nelle singole fattispecie.

Similmente, in ambito successorio, per gli istituti di diseredazione (Barba, 2012) oppure per le vicende circolatorie *mortis causa* (Perlingieri, Zarrà, 2019), talvolta sconosciuti in Italia o addirittura vietati, non può essere adottata una soluzione a priori, ma è possibile il riconoscimento degli effetti verificando la posizione dei soggetti coinvolti, con particolare attenzione per la posizione del diseredato o del legittimario, alla stregua dei principi di ragionevolezza e proporzionalità²⁰.

E allora si può affermare che in tali ambiti l'oggetto del test di compatibilità sono gli effetti, *case by case*. Non si opera una riduzione o traduzione entro il paradigma noto, non si offre spazio all'istituto straniero né si fa applicazione automatica dell'equivalente o simile istituto domestico, mentre si ammettono esclusivamente gli effetti compatibili. Diversamente, per gli atti e i provvedimenti sulla filiazione priva di legami genetici, biologici e gestazionali, derivante da surrogazione della maternità o da fecondazione eterologa in favore di coppia omoaffettiva, l'oggetto del test torna ad essere il presupposto.

Sulla compatibilità della filiazione da gestazione per altri, come è noto, si è pronunciata la Corte di Cassazione nel 2019²¹. Al riconoscimento degli effet-

¹⁸ Cass. civ., SS. UU., 19 settembre 2013, n. 21108, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1, p. 86; Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2020, n. 25310, in *IlFamiliarista*, 7 gennaio 2021.

¹⁹ Cass. Civ., SS. UU., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Italggiure*, rv. 64914-01; *contra* Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Persona e Danno*, 19 gennaio 2007.

²⁰ Sul punto, App. Bari, ord., 6 ottobre 2014, in *Corti salernitane*, 2016, p. 227 ss.

²¹ Cass. civ., SS. UU., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Osservatorio AIC*, 2020, 2, p. 185-211.

ti è stato opposto il divieto di surrogazione della maternità, contenuto nell'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004, a presidio della dignità della gestante e della disciplina delle adozioni. La Cassazione non ha separato i piani di indagine, non ha sottoposto al vaglio di compatibilità lo *status filiationis* derivante da condotta lecita nell'ordinamento straniero e illecita nell'ordinamento italiano, ma si è limitata a verificare se l'istituto possa considerarsi compatibile con i valori ordinamentali. Nella individuazione dei valori da includere nella clausola, però, la Cassazione omette di considerare come la filiazione derivante da fatto di reato o da fatto illecito non sia di per sé contraria all'ordine pubblico.

Chiarite le aporie, sulla interpretazione della clausola e sul riconoscimento degli effetti della filiazione tra figlio e genitore intenzionale è possibile constatare una recente evoluzione, e, dunque, l'avvio di un dialogo tra la Corte di Giustizia, la Corte EDU e la Cassazione italiana.

4. LA CLAUSOLA DI ORDINE PUBBLICO APPLICATA ALLA GENITORIALITÀ D'INTENZIONE NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA

La pronuncia del 2019 ha rappresentato lo stato dell'arte fino alle recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea²², della Cassazione²³ e della Corte EDU.

La Grande Camera della CGUE si è pronunciata su un caso di rifiuto dell'ufficiale di stato civile bulgaro di rilasciare l'atto di nascita della minore, figlia di una madre biologica britannica e di una madre sociale bulgara, all'esito di una fecondazione eterologa, precludendo così il conseguimento del documento di identità e, conseguentemente, frustrando il diritto la circolazione della minore nel territorio dell'Unione Europea (Murgo, 2022). Il rifiuto del pubblico ufficiale del Comune di Sofia è stato determinato dal contrasto del riconoscimento con i limiti di ordine pubblico, nella accezione inclusiva che attribuisce rilevanza ai divieti e alle sanzioni interne, poste a presidio della identità nazionale bulgara.

Il caso sottoposto alla Corte di Giustizia non ha per oggetto una filiazione da surrogazione della maternità: non si menziona la tecnica riproduttiva impie-

²² Corte di Giustizia, Grande Sezione, 14 dicembre 2021, C-490/20. Si segnala l'adesione a questo orientamento da parte di Corte di Giustizia, sez. X, 4 giugno 2022, C-2/21, inedita.

²³ Cass. Civ., Sez. I, 22 gennaio 2022, n. 1842, ord.; Cass. Civ., SS. UU., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *ilFamiliarista*, 3 gennaio 2023.

gata, si considera solo il contenuto dell'atto di nascita²⁴. Ciononostante, è possibile concentrarsi sulla interpretazione restrittiva e promozionale della clausola generale di ordine pubblico, suggerita dalla Corte di Lussemburgo, senza assimilare la surrogazione ad altre forme di riproduzione artificiale, non dotate di medesimo disvalore sociale.

Afferma la CGUE, lo Stato è obbligato a rilasciare il documento di identità ai cittadini bulgari e così pure alla minore nata da madre bulgara, indipendentemente dalla emissione di un nuovo atto di nascita. In questo modo, la minore può esercitare i suoi diritti insieme ai suoi genitori, indipendentemente dal genere e dall'ordinamento sessuale di questi ultimi. Diversamente, una misura nazionale che voglia ostacolare la libera circolazione delle persone e, segnatamente dei minori, in ragione dell'orientamento sessuale e del genere dei genitori, può essere giustificata solo dalla esigenza di tutelare altri diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti. Così non è nel caso deciso: l'ostacolo interposto dallo Stato non è funzionale alla tutela di diritti fondamentali della CDFUE.

L'accezione di ordine pubblico impiegata dallo Stato bulgaro, impeditiva del rilascio del documento, determina allora un sacrificio ingiustificato dei diritti della minore e, segnatamente, del rispetto alla vita privata, *ex art. 8 CEDU*, del diritto alla protezione e alle cure necessarie per il minore, del diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, della libertà di circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri, *ex artt. 7, 24 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Sarebbe contrario ai diritti fondamentali della CDFUE privare il minore del rapporto con uno dei suoi genitori nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri o rendergli *de facto* impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto solo perché i suoi genitori sono dello stesso sesso.

Così il diritto alla circolazione delle persone diviene pure diritto alla circolazione e alla continuità degli *status* di cui le persone sono titolari, quale che sia il luogo entro cui lo *status* è attribuito, e tale diritto entra a far parte di quei principi che vanno a significare pure la clausola generale più volte citata. Garantire la circolazione ed il soggiorno nell'ambito dell'Unione significa, allora, garantire pure il godimento dei diritti e delle relazioni che derivano dagli *status* originariamente acquisiti dalla formazione sociale, indipendentemente dai limiti di ordine pubblico presenti negli stati in cui la formazione sociale circola e soggiorna. Dichiara poi la Corte di Giustizia, la minore deve essere

²⁴ Corte di Giustizia, C-490/20, cit., § 122; Cass. civ., n. 19599/2016.

considerata «discendente» diretto della cittadina bulgara, pure in difetto di un legame genetico o biologico; parimenti, la madre sociale va considerata «familiare» della minore, a prescindere dalla disciplina sulla filiazione prevista nell'ordinamento domestico. Sul punto, però, la CGUE specifica: tale affermazione assume rilievo «ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti dall'art. 21, paragrafo 1, TFUE e dagli atti di diritto derivato connessi».

Sull'ordine pubblico la Corte di Giustizia predilige una impostazione restrittiva²⁵, promozionale, di tutela dell'*international comity*. Secondo la Corte, la clausola, da sempre intesa come strumento paternalistico di controllo statale per il respingimento di elementi estranei e incompatibili, non può essere interpretata in via unilaterale dallo Stato; il filtro di ordine pubblico non può trovare applicazione senza alcun controllo da parte delle Istituzioni dell'Unione. Se da un lato l'impostazione interpretativa può sorprendere, per la incidenza marcata su profili identitari nazionali, dall'altro non può destare sgomento, in quanto nella clausola generale si richiamano i principi del diritto nazionale e non.

Si aggiunge, poi, che la clausola di ordine pubblico deve operare entro un perimetro limitato, ossia quando si presentano genuine e gravi aggressioni per i diritti fondamentali degli individui: «*The concept of public policy as justification for a derogation from a fundamental freedom must be interpreted strictly, with the result that its scope cannot be determined unilaterally by each Member State without any control by the EU institutions. It follows that public policy may be relied on only if there is a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society*»²⁶.

Si badi, non si tratta di un *novum*. La Corte di Giustizia aveva già adottato una simile impostazione esegetica. Tuttavia, mentre in passato tale orientamento sulla clausola di ordine pubblico non ha trovato riscontro nella giurisprudenza italiana, all'opposto le coordinate ermeneutiche della Corte di Giustizia sono state colte da una recente ordinanza della Prima Sezione civile²⁷, che ha rimesso la questione della compatibilità della filiazione da surrogazione con l'ordine pubblico alle Sezioni Unite. L'ordinanza richiama espressamente la pronuncia della Corte di Giustizia, ancorché non relativa ad una GPA.

La Cassazione sottolinea che la Corte costituzionale²⁸ ha privato di fondamento i presupposti su cui si fondava la decisione delle Sezioni Unite

²⁵ Si tratta di una opzione interpretativa che ha già trovato adesione nel precedente Corte EDU, III sez., 18 maggio 2021, Valdis Fjölfnisdóttir e al. c. Islanda, C-71552/17.

²⁶ Corte di Giustizia, 5 giugno 2018, C-673/16, Relu Adrian Coman c. Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne, § 44.

²⁷ Cass. Civ., Sez. I, 22 gennaio 2022, n. 1842, ord. interlocutoria.

²⁸ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e 33, in *Famiglia*, 3, p. 421 ss.

del 2019. Inoltre, si pone una particolare attenzione alla continuità degli *status*, considerato il diritto alla circolazione dei cittadini tra paesi dell'Unione: tale circolazione non riguarda solo lo spostamento delle persone ma pure la conservazione degli *status* acquisiti dalle formazioni sociali. Ricostruiti in questi termini i precedenti, la Prima Sezione riscontra un vuoto normativo, conferma l'inidoneità dell'art. 44, co. 1, lett. d), l. 184/1983 per la tutela del minore e evidenzia l'opportunità di una nuova pronuncia delle Sezioni Unite, compatibile con il diritto costituzionale e comunitario, con le affermazioni contenute nella recente pronuncia della Corte di Giustizia e tenuto conto della carenza di disegni di legge in discussione in Parlamento sulla filiazione da G. P. A.

La Prima sezione invoca una «chiamata delle Corti, e *in primis* delle Sezioni Unite, alla ricerca di una interpretazione idonea ad assicurare la protezione dei beni costituzionali in gioco»²⁹. A parere della corte, l'art. 64 l. 218/1995 non determina l'ingresso dell'istituto sconosciuto al diritto domestico, bensì l'ingresso dei soli effetti che ne derivano e dunque dei diritti che quell'istituto riconosce ai soggetti coinvolti. Per il riconoscimento di provvedimento straniero, occorre andare oltre il dato del generale divieto di surrogazione della maternità, per individuare i confini applicativi di questa fattispecie di reato, i suoi elementi costitutivi, i suoi beni giuridici tutelati.

Particolare attenzione, pur senza espressa menzione, è dedicata così al principio di c.d. offensività (Mantovani, 2020; Tigano, 2021) in astratto e in concreto. La verifica di compatibilità degli effetti dell'istituto straniero con il complesso di principi di ordine pubblico va condotta in concreto, considerando con quali modalità risulti essere avvenuta la surrogazione svolta all'estero e se tali modalità risultino idonee a ledere la dignità della gestante, così come a minare i rapporti umani. Non pregiudicherebbe la dignità umana la G. P. A. realizzata in uno Stato in cui la procedura è medicalizzata, procedimentalizzata dalla legge, regolata a tutela della gestante e del minore. Si dubita, poi, della offensività e, conseguentemente, della incompatibilità con l'ordine pubblico allorché specifiche norme prevedano la possibilità in capo alla gestante di revocare il consenso in ogni tempo, con una previsione formale e calcolabile, fino al momento della nascita. Ancora, si ritiene non incompatibile la gestazione per altri realizzata in uno Stato in cui la genitorialità è attribuita secondo regole prevedibili e certe, con una serie di rigidi divieti di sfruttamento o di coercizione o anche solo di remunerazione in favore della gestante. In tali casi, sarebbe addirittura sproporzionato un automatismo sanzionatorio che, peraltro, non è previsto neppure per la filiazione derivante da altri delitti, tra cui figura l'incesto.

²⁹ Cass. Civ., n. 1842/2022, cit., p. 17.

Dunque, l'approccio così descritto valorizza un principio proprio del diritto penale, come già accaduto nell'arresto a Sezioni Unite sulla delibazione delle condanne ai danni punitivi³⁰, ricorrendo ai principi di certezza, prevedibilità, proporzionalità. Per tali ragioni, non si può ritenere sempre e comunque prevalente la dignità della gestante, così come non si può ritenere automaticamente prevalente il superiore interesse del minore (Lamarque-Laneve, 2019). Si dubita, allora, della incompatibilità a priori tra effetti e il limite di ordine pubblico, *ex art. 12, co. 6, l. 40/2004*.

L'«interferenza lesiva», produttiva di contrasto con la clausola di ordine pubblico, sussiste solo in alcuni casi espressamente elencati: nei casi in cui si eseguono pratiche elusive e illegali intese a vanificare le norme che garantiscono il minore nei procedimenti di adozione internazionale, riducendo il nato a forma di mercificazione³¹; quando l'adozione celi un accordo di maternità surrogata; quando la filiazione da surrogazione sia stata ottenuta fraudolentamente da parte di persone che non vantano i requisiti soggettivi richiesti dalla disciplina sulle adozioni; nei casi in cui la GPA è condotta da una donna terza ai committenti e le cellule riproduttive impiegate per la fecondazione appartengono solo a donatori. In tal caso mancherebbero tutti i legami biologici, genetici e gestazionali tra i committenti e il nato³², mentre, in conformità con i precedenti della Corte EDU, occorre almeno un apporto genetico della coppia.

L'ordinanza ha il pregio di superare l'appiattimento sul diritto cogente e adotta correttamente un metodo casistico di applicazione dell'ordine pubblico. Tuttavia, da alcuni recenti studi (Fenton-Glynn, 2022) emerge che in ben pochi casi si può individuare una procedura di GPA procedimentalizzata e posta a tutela della autodeterminazione della gestante e, in specie, solo nelle gestazioni per altri britanniche, meno frequenti di quelle statunitensi, canadesi, greche, ucraine, russe. In secondo luogo, la Cassazione, come affermato dalla Corte di Strasburgo nei casi Valdìs³³, Mennesson e Labbassee³⁴, nonché Paradiso e Campanelli³⁵, considera non suscettibili di riconoscimento gli effetti della filiazione da GPA in favore di genitori intenzionali entrambi privi di legami

³⁰ Cass. civ., n. 16601/2017, cit.

³¹ Cass. civ., Sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, 12, p. 3408; Corte EDU, Grande camera, 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli c. Italia, C-25368/12; Cass. civ., SS. UU., 31 marzo 2001, n. 9006, in *Foro italiano*, 2021, 6, I, 2054.

³² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 18 maggio 2021, Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland, in *European Journal of Health Law*.

³³ Corte EDU, III sez., 18 maggio 2021, Valdís Fjölnisdóttir e al. c. Islanda, C-71552/17.

³⁴ Corte EDU, V sez., 26 giugno 2014, Mennesson c. Francia, C-65941/11; Corte Edu, V sez., 24 giugno 2014, Labbasse c. Francia, C-65941/11.

³⁵ Corte EDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli c. Italia, C-5358/12.

biologici, mentre si considerano compatibili con l'ordine pubblico i casi di surrogazione della maternità in cui ci sia un legame biologico tra committenti e nato, in ragione dell'uso delle proprie cellule riproduttive. Orbene, non si comprende come tale approdo interpretativo possa essere considerato compatibile con il divieto nazionale di surrogazione della maternità «in qualunque forma» (Gorgoni, 2018; Stefanelli, 2021).

L'impostazione interpretativa fondata sul metodo casistico e proposta dall'ordinanza appena illustrata non è stata accolta dalle Sezioni Unite. Secondo il Supremo consesso, la surrogazione della maternità si fonda su un accordo tra committenti e gestante per la rinuncia preventiva del reclamo dei diritti sul minore. Tale accordo, vietato e sanzionato, risulta gravemente lesivo della dignità in senso oggettivo (Bin, 2021; Barcellona, 2019) della persona, quale che sia la controprestazione pattuita. Eppure, le istanze di genitorialità risultano difficilmente comprimibili, atteso che il divieto e pure la sanzione penale non arginano il progetto familiare, attuabile in altri paesi che consentono e regolamentano la pratica, così abilitando la costituzione dello *status filiationis* secondo la *lex loci*.

Ciononostante, la legge italiana non si occupa della filiazione in contrasto con la legge né della filiazione costituita legittimamente all'estero. E allora si pone un problema di certezza: «nella gestazione per altri non ci sono soltanto i desideri di genitorialità, le aspirazioni e i progetti della coppia committente. Ci sono persone concrete. Ci sono donne usate come strumento per funzioni riproduttive, con i loro diritti inalienabili annullati o sospesi dentro procedure contrattuali. Ci sono bambini esposti a una pratica che determina incertezze sul loro *status* e, quindi, sulla loro identità nella società». Emerge sì l'esigenza di tutela delle istanze general-preventive, ma si pone pure un problema di tutela della continuità degli affetti del minore, del principio di uguaglianza e di non discriminazione, atteso che la persona nata non è mai un disvalore e la sua dignità non può essere strumentalizzata, neppure dal legislatore, per dissuadere e punire.

Peraltro, il monito rivolto dalla Corte costituzionale al legislatore è rimasto inascoltato: non è stata adeguata la disciplina in materia di adozione in casi particolari e solo parte delle criticità della legge sono state rimosse. Resta impregiudicata la discrezionalità del procedimento, persiste il tema delle lungaggini del procedimento e continua ad essere impraticabile questo percorso nei casi più delicati, ossia quando manca il consenso del genitore biologico, nonostante la lettura restrittiva della previsione da parte della giurisprudenza, che propone l'applicazione del modello del dissenso al disconoscimento.

Ciononostante, queste evenienze non conducono ad ammettere oppure a giustificare l'automatismo della trascrizione dell'atto straniero. L'automatico riconoscimento della genitorialità intenzionale non realizza la pienezza di tutela del minore, che richiede invece «una particolare conformazione, con i caratteri della effettività e della stabilità, impressa dalla concomitante e acclarata situazione di fatto». Dunque, seguendo pure le recenti coordinate ermeneutiche della Corte EDU³⁶, lo strumento più idoneo per la tutela del minore è quello della adozione in casi particolari e con essa si consente una valutazione in concreto e giurisdizionale del superiore interesse del minore.

La Cassazione fa riferimento pure alla recente condanna nel caso D. B. contro Svizzera³⁷. La Corte EDU ha accertato la violazione del diritto al rispetto della vita privata *ex art. 8 CEDU*, ai danni di un cittadino minore, per avere impedito il riconoscimento del rapporto giuridico di filiazione tra genitore d'intenzione e figlio nato da maternità surrogata, eseguita all'estero ma vietata in Svizzera. Lo Stato è stato chiamato a rispondere per l'ingerenza sproporzionata determinata dalla mancata previsione di strumenti alternativi di riconoscimento, cessata dopo quasi otto anni dalla nascita, allorquando è stata autorizzata l'adozione anche alle unioni registrate. L'art. 8 CEDU, come interpretato nei precedenti *Mennesson e Labbasse c. Francia* e, specialmente, nel parere consultivo reso il 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, non impone la trascrizione dell'atto straniero né il riconoscimento degli effetti della pronuncia statunitense, ma obbliga gli stati, che esercitano il proprio margine di discrezionalità, a rispettare la vita privata dell'individuo e, per questo, a garantire in via effettiva e celere una protezione giuridica al rapporto giuridico legittimamente acquisito all'estero, anche con l'applicazione di strumenti alternativi, tra cui si annovera l'adozione.

Le conclusioni in ordine alla intrascrivibilità e alla necessaria applicazione delle adozioni in casi particolari sono state raggiunte, poi, all'esito delle riflessioni svolte sulla clausola di ordine pubblico. La Suprema Corte afferma che la verifica di compatibilità riguarda gli effetti e non il presupposto e non può essere data una interpretazione estensiva alla clausola, altrimenti sarebbe sufficiente la diversità tra gli ordinamenti per non dare luogo alla delibazione. Diversamente, l'ordine pubblico si declina nei principi fondamentali, nei valori della nostra Costituzione, comprende le regole danno concreta attuazione ai principi costituzionali o esprimono un principio generale di sistema, si estende

³⁶ Corte EDU, sez. V, 16 luglio 2020, ric. n. 11288/18, D. c. Francia, in *HUDOC*.

³⁷ Corte EDU, sez. III, 22 novembre 2022, C-58817/15-58252/15 – D. B. e altri c. Svizzera, in *Giur. it.*, 2023, 1.

ai valori condivisi dalla comunità internazionale e, in particolare, alla tutela dei diritti umani risultanti dal diritto dell'Unione europea, dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla CEDU.

Nelle vicende sulla filiazione costituita all'estero da forme di procreazione vietata in Italia, i principi che compongono la clausola sono l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori, il principio del preminente interesse del minore, il principio di non discriminazione, il principio solidaristico che fonda la genitorialità sociale. Eppure, tre motivi ostacolano il riconoscimento automatico e, dunque, impediscono il superamento del filtro dell'ordine pubblico. Anzitutto, la trascrivibilità dell'atto o della pronuncia stranieri, recanti lo *status filiationis* legittimamente costituito all'estero, non disincentiva la GPA vietata in Italia. In secondo luogo, il consenso informato ai trattamenti rappresenta l'elemento costitutivo della filiazione priva di legami genetici esclusivamente per la filiazione da fecondazione eterologa, non anche per la surrogazione. Infine, occorre una valutazione del caso concreto per tutelare il superiore interesse del minore e questa può essere eseguita dal giudice adito nel procedimento di adozione in casi particolari.

5. CONCLUSIONI

Il dialogo tra le corti sulla clausola di ordine pubblico applicata alla filiazione determinata da GPA si è rivelato impervio e ha richiesto diversi stadi di confronto. Sul punto, in Italia, sono nuovamente intervenute le Sezioni Unite e risulta possibile svolgere diverse considerazioni critiche a margine della pronuncia.

Le Sezioni Unite non hanno accolto il metodo casistico dell'ordinanza di rimessione, per proporre un altro. Anche questo metodo richiede la valutazione caso per caso e in concreto, ma sorprendentemente non coinvolge la clausola di ordine pubblico. In via eccentrica, poi, esso non è devoluto all'ufficiale dello stato civile, non è devoluto al giudice della delibazione, ma è attribuito all'autorità giudiziaria adita per l'adozione del minore. Inoltre, è necessario attivare un'apposita procedura di adozione, su richiesta degli interessati, ancorché la filiazione sia stata legittimamente costituita all'estero.

L'indirizzo *bypassa* la funzione stessa della clausola di ordine pubblico e pone ulteriori problemi, rilevati e non risolti dalla stessa Cassazione. Sempre con riferimento alla clausola, pure affermando l'applicazione dell'ordine pubblico agli effetti e non al presupposto, si tradisce la premessa perché non si opera alcuna concreta distinzione tra filiazione e GPA. La dignità umana, qui intesa in senso oggettivo, continua a prevalere sul principio di non discrimina-

zione, di uguaglianza, di autodeterminazione: la dignità è tutelata come valore in sé, a prescindere dalle scelte dell'individuo e anche in contrasto con la sua libertà di autodeterminazione (Bin, 2019)³⁸. Si adotta un concetto che, come osservato da autorevole dottrina, si colloca «non molto lontano da quei concetti di moralità pubblica e di buon costume, di standard etici imposti all'individuo» e si rovescia il concetto, in quanto «non spetta all'individuo nella sua autonomia, determinare che cosa gli convenga fare per vivere dignitosamente, ma è la morale comune che gli impone di non far uso delle qualità del suo corpo se così offende il buon costume» (Bin, 2019).

Inoltre, si richiamano – per escluderne l'applicazione – le norme che si occupano della filiazione e della autodeterminazione dei pazienti nella PMA. Secondo la Cassazione, gli art. 8 e 9 l.n. 40/2004, in cui si stabilisce che la genitorialità e la filiazione sociale, rilevano solo per i casi di fecondazione eterologa. Così il consenso rappresenta elemento costitutivo solo quando la gestazione è condotta da uno dei due pazienti, mentre non può produrre effetti per la GPA. Eppure, le disposizioni risultavano incluse in un impianto normativo che non considerava la fecondazione eterologa tra i trattamenti ammessi, anzi la vietava e la sanzionava: solo con la dichiarazione di illegittimità del 2014³⁹ la Consulta ha ammesso le filiazioni da eterologa. Dunque, non si comprende come le norme possano rilevare esclusivamente per una pratica che è stata ammessa dieci anni dopo l'entrata in vigore della legge. Inoltre, solo l'art. 9, co. 3°, l.n. 40/2004 si riferisce alla eterologa e, peraltro, rileva pure la collocazione topografica delle disposizioni: si tratta di norme inserite nella parte generale della l.n. 40/2004 (Bianca, 1989; Salanitro, 2007).

Ancora, la recentissima sentenza sembra accordare particolare rilievo alla giurisprudenza CEDU, secondo cui l'adozione costituisce lo strumento di attuazione del *best interest of the child*. Tuttavia, l'adozione richiamata dalla Corte EDU non è l'adozione in casi particolari: struttura e natura risultano ben diverse da quelle che caratterizzano l'adozione legittimante. Sempre su tale aspetto, non si considera la recente condanna della Corte EDU nel caso K. K. contro Danimarca⁴⁰, proprio sulla filiazione da G. P. A. commerciale vietata sul territorio nazionale, nonché le opinioni del caso D. B. contro Svizzera. Tali sentenze di condanna si fondano prevalentemente sul citato parere consultivo del 2019, reso secondo il Protocollo 16⁴¹, sull'art. 8 CEDU. L'*avis consultatif*, tuttavia, è facoltativo per le giurisdizioni nazionali dei paesi firmatari del Pro-

³⁸ In questo senso già Corte cost., 7 giugno 2019, n. 141, in *Giur. pen.*, 2019, 10.

³⁹ Corte cost., n. 162/2014, cit.

⁴⁰ Corte EDU, sez. II, 6 dicembre 2022, C-25212/21, K. K. e al. c. Danimarca.

⁴¹ Protocollo n. 16 alla CEDU, in https://www.echr.coe.int/documents/protocol_16_ita.pdf

to collo; se ne fa applicazione a soggetti diversi dalle parti della causa in cui è stato richiesto, benché esso sia reso senza effetti diretti per i terzi; soprattutto il parere viene applicato a vicende occorse in epoca antecedente, in deroga al principio di irretroattività, e risulta applicato in vicende che coinvolgono stati non firmatari del Protocollo 16 (Lamarque, 2015).

Dunque, il (difficile) dialogo prosegue, ma le Alte corti non sembrano condividere il medesimo messaggio sull'ordine pubblico e sul rimedio dell'adozione del minore nato da GPA. Eppure, tale situazione potrebbe presto essere superata dalla Commissione europea. Infatti, è stata recentemente presentata una proposta di regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione, ex art. 81 § 3 TFUE. L'obiettivo è l'armonizzazione delle regole di diritto internazionale privato sulla filiazione, a prescindere dalle modalità di concepimento e alle condizioni sussistenti alla nascita. Le finalità del regolamento sono, tra le altre, la certezza del diritto e la riduzione delle conseguenze negative in capo ai minori in situazioni transfrontaliere. Le funzioni del regolamento, dunque, sono le medesime che animano l'apparato motivazionale della recente pronuncia delle Sezioni Unite civili.

Si prevede l'applicazione della *lex loci* e il ricorso ad un certificato unico europeo, teso ad attestare la filiazione pure in difetto di legami genetici o gestazionali tra genitori e figli. Per questa via, si supererebbero definitivamente le menzionate torsioni interpretative, operate dalla giurisprudenza.

BIBLIOGRAFIA

- ANGELINI, F. (2007). *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, p. 110;
- (2020). *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S. U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità*, in *Osservatorio AIC*, 2, p. 185-211;
- (2017). *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in Niccolai, S.; Olivito E. (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, p. 31 ss.
- ANRÒ, I. (2019). Il protocollo n° 16 alla Cedu in vigore dal 1° agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra corti?. *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, p. 189.

- BARBA, V. (2012). La disposizione testamentaria di diseredazione. *Famiglia, persone, successioni*, 11, p. 763-787;
- BARCELLONA, G. (2019). *La dignità del nano: storia di un quid*, in Bergonzini, C., Cossiri, A., Di Cosimo, G., Guazzarotti, A., Mainardis, C. (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 600 ss.;
- (2006) *Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino: Giappichelli;
- (2006). *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino: Giappichelli;
- BAREL, B. (2017). Le unioni civili e le convivenze di fatto, in A. Cagnazzo; F. Preite (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Milano, p. 120 ss.
- BENANTI, C. (7 febbraio 2022), Lo Stato membro che non riconosce la doppia genitorialità dello stesso sesso, è comunque obbligato a rilasciare al minore, suo cittadino, il documento d'identità. *Familia*, <https://www.rivistafamilia.it/2022/02/07/lo-stato-membro-che-non-riconosce-la-doppia-genitorialita-dello-stesso-sesso-e-comunque-obbligato-a-rilasciare-al-minore-suo-cittadino-il-documento-didentita/>;
- BERGONZINI, C., COSSIRI, A., DI COSIMO, G., GUAZZAROTTI, A., MAINARDIS C. (2019), *Scritti per Roberto Bin*, Torino: Giappichelli;
- BIANCA, C. M. (1989). *Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano*, in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova: Cedam, p. 152-168;
- BIN, R. (2018). *Della forma dell'acqua: la dignità umana, volti e risvolti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 1;
- (2019). *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *Biolaw Journal*, 2, p. 1-5;
- (26 novembre 2019). *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Quad. cost.*;
- *Quanto è laica la giurisprudenza della Corte costituzionale sulle questioni eticamente sensibili?*, Relazione al Convegno «30 anni di Laicità dello Stato. Fu vera gloria?», Firenze, 27-28 settembre 2019;
- (2021). *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, in *Biolaw Journal*, 3, p. 145-150;
- CARBONE V. (2014). *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, in *Famiglia e diritto*, 753;
- CHIARLONI, S. (1980) *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano; Luiso, F. P. (2021). *Diritto processuale civile*, III ed., Milano, p. 240;
- D'ADDINO SERRAVALLE, P.(1983). *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, p. 87;
- D'ARIENZO M. (2004). *Diritto di familia islámico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. Fam. Pers.*, p. 203.

- D'AVACK, L. (2014). *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1005 ss.;
- DELLACASA, M. (2017). *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e impr.*, 4;
- DI MARZIO, F. (2017). *Figlio di due madri?*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, p. 298 ss.;
- FENTON-GLYNN, C. (2022). *International Surrogacy Arrangements: A survey*, in *Cambridge Family Law*;
- FERACI, O. (2017). *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello «status» di figlio «nato da due madri» all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Rivista di diritto internazionale*, p. 171 ss.
- FERMANI, A.; MUZI, M. (2019). *La «vulnerabilità unica» in adozione*, Fano, p. 189;
- FERRANDO, G. (2014). *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *NGCC*, 393 ss.;
- GORGONI, A. (2018). *La filiazione*, Torino, p. 81;
- (2021). *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto*, Torino;
- GUARNIERI, A. (1974) *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova.
- IADICICCO, M. P., *Corpo e procreazione medicalmente assistita. I nodi ancora irrisolti della disciplina italiana*, in *Questione giustizia*, 2016, 2, p. 238-249;
- *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore. Sulla «parabola giudiziaria» e le questioni ancora aperte*, in *Giur. Cost.*, 2015, 3, p. 789-805;
- IORIO, G. (2022). *Corso di diritto privato*, V ed., Milano, p. 433-435;
- (2022). *Le adozioni in Italia fra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Famiglia*, 4, p. 493-512;
- LAMARQUE, E. (2015). *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino: Giapichelli;
- LAMARQUE, E., LANEVE, G. (2019). *I profili giuridici dell'adozione dei minori di età*, in Fermani A., Muzi M. (a cura di), *La «vulnerabilità unica» in adozione*, Fano, p. 189 ss.;
- LONARDO, L. (1978). *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Camerino-Napoli, p. 24-86;
- LONG, J. (2017). *Di madre non ce n'è una sola, ma si utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in Niccolai, S., Olivito E. (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, p. 145 ss.;
- LOPEZ DE GONZALO, M. (2017). *Proprietà intellettuale e danni punitivi di fronte alla Corte di giustizia europea*, in *Dir. Comm. Int.*;

- MANTOVANI, F. (2020). *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Milano: Cedam, p. 181
- MARCHEI, N. (2021). *Ordine pubblico «internazionale» e ordine pubblico così detto «concordatario»*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 14, p. 113 ss.;
- MOROZZO DELLA ROCCA, R. (2019). *Ordine pubblico matrimoniale e poligamia nella disciplina del ricongiungimento familiare*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2, p. 417-440;
- MURGO, C. (2022). *Status personali e libertà di circolazione delle persone minori d'età: la Corte di giustizia amplia la tutela del diritto alla vita familiare*, in *GenIUS*, p. 1-14;
- NICCOLAI, S.; E. OLIVITO (2017), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli;
- PARDOLESI, P. (2011). *I punitive damages nell'ordinamento italiano*, in *Seminari di diritto privato comparato*, Bari;
- PEDRINI, F. (2013). *Le «Clausole Generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna;
- (2017). *Contro «le clausole generali» (sans phrase). Precauzioni per l'uso di una categoria dottrinale ancora troppo vaga*, in *Rivista AIC*, p. 23;
- PENNASILICO, M. (2012), *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, Napoli;
- PERLINGIERI G.; ZARRA G. (2019). *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 21 ss.;
- PISANI TEDESCO, A. (2022). *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, Torino, p. 191 ss.
- RAFFIOTTA, E. C. (2012). *Appunti per una ricerca sulle nuove esigenze di tutela della persona nella società multiculturale*, in A. Peres Miras, G. Taruel Lozano, E. C. Raffiotta (a cura di), *Nuevas exigencias de tutela de los derechos de la persona*, Madrid, p. 39-54.
- RODOTÀ, S. (1987). *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, p. 718;
- SALANITRO, U. (2007). *Modelli familiari, mutamenti strutturali e disciplina della filiazione*, in *Fam. pers. succ.*, p. 10;
- SCOGNAMIGLIO, R. (1966). *Contratti in generale*, in G. Grosso-F. Santoro Passarelli, *Tratt. dir. civ.*, Milano, p. 166;
- (2010). *Responsabilità civile e danno*, Torino; id. (1962) voce *Indennità*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino; id. (1968). voce *Responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino; Sesta, M. (2018). *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1;
- SCOLART, D. (4 dicembre 2020). *La Cassazione e il ripudio (talaq) palestinese. Considerazioni a partire dal diritto islamico*, in *Questione giustizia*.
- STEFANELLI, S. (2021). *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, Milano, p. 25.
- TIGANÒ, V. (2021). *Il delitto di surrogazione della maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, p. 1043;

- TRAPUZZANO, C. (2012). *Le misure coercitive indirette*, Padova, 2012;
- TRIPODINA, C. (2017). *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di «ordine pubblico internazionale» come varco per la realizzazione dell'«incoercibile diritto» di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in Niccolai, S., Olivito E. (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, p. 119 ss.
- VIRGADAMO, P. (2017). *Ripudio islámico e contrarietà all'ordine pubblico tra unicità del limite e corretta individuazione dei principi*, in *Dir. fam. pers.*, p. 355;