



21 OTTOBRE 2020

La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive

di Marta Picchi

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Firenze

La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*

di **Marta Picchi**

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Firenze

Abstract [It]: Il divieto di maternità surrogata contemplato nel nostro ordinamento non è accompagnato da indicazioni in merito alle conseguenze sullo *status filiationis*. Questo problema è accentuato dal fenomeno del turismo procreativo e dal fatto che possono intervenire pronunce con un contenuto ben differente nei diversi gradi di giudizio, con inevitabili ripercussioni sullo *status* del minore. Negli ultimi anni, la giurisprudenza ha prestato particolare attenzione al tema, mostrando sensibili differenze nell'apprezzare il principio dei *best interests of the child*. Il presente contributo si propone un esame critico dei più recenti arresti giurisprudenziali per valutare se vi siano delle possibili aperture e se il ricorso all'adozione in casi particolari da parte del genitore sociale privo di legami biologici possa essere uno strumento adeguato.

Abstract [En]: The prohibition on surrogate motherhood contemplated in our legal system is not accompanied by indications regarding the consequences on the *status filiationis*. This problem is accentuated by the phenomenon of procreative tourism and by the fact that decisions with a very different content can intervene in the various levels of judgment, with inevitable repercussions on the *status* of the minor. In recent years, the different courts of law have paid particular attention to the issue, showing significant differences in appreciating the principle of the best interests of the child. This essay proposes a critical examination of the most recent judgments to assess whether there are any possible openings and whether the use of adoption in particular cases by the social parent without biological ties can be an appropriate tool.

Sommario: 1. Introduzione. 2. Le prime indicazioni della Corte costituzionale 2.1. Segue: ... fra ambiguità ed aperture. 3. La più recente giurisprudenza della Corte EDU 4. Segue: ... e il primo parere consultivo. 5. Il recente arresto delle sezioni unite della Corte di cassazione. 5.1. Criticità irrisolte. 6. A proposito degli *obiter dicta* inseriti nella sentenza n. 221/2019 della Corte costituzionale. 6.1. Incoerenze e permanenza delle criticità. 7. Una nuova questione all'attenzione della Corte costituzionale. 7.1. Premesse per una possibile svolta. 8. A mo' di conclusione.

1. Introduzione

L'evoluzione tecnico-scientifica degli ultimi quarant'anni e l'introduzione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) hanno avuto inevitabili ripercussioni su concetti come riproduzione, genitorialità e famiglia poiché rispetto alle famiglie tradizionali i partecipanti alla procreazione non sono i soli genitori genetici. Anzi, di per sé, le tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno aperto

* Articolo sottoposto a referaggio.

possibilità anche per le coppie omogenitoriali e per i *single* attraverso la «scomposizione del processo generativo»¹ e il ricorso alla surrogazione di maternità.

Il tema della maternità surrogata o della gestazione per altri (GPA) è, da tempo, ampiamente dibattuto in dottrina² sotto molteplici aspetti: morali, etici, sociologici, psicologici e giuridici. Infatti, questa pratica rimette in discussione il ruolo della donna e il significato della maternità, vale a dire il legame primigenio tra chi viene al mondo e chi dà la luce³. Da un punto di vista giuridico, questo fenomeno incide su differenti valori, tutti meritevoli di tutela⁴: anzitutto, l'interesse del bambino generato mediante surrogazione a conoscere le proprie origini, ma anche ad essere accettato all'interno della società senza

¹ Corte cass., sez. I civ., sentenza 15 maggio 2019, n. 13000, § 5.3.1. Sulla tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione tecno-scientifica, si vedano: R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. 1 ss.; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2/2016.

² La letteratura in materia, non soltanto quella giuridica, è oramai copiosa; per un'introduzione al fenomeno, si vedano fra gli altri: T.A. SHANNON, *Surrogate Motherhood: The Ethics of Using Human Beings*, New York, 1988; M.A. FIELD, *Surrogate Motherhood: The Legal and Human Issues*, Cambridge, 1990; C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992; A.B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002; M. WARNOCK, *Making Babies: Is There a Right to Have Children?*, Oxford, 2002; K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOF, W. GEPHART (eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Antwerpen, 2014; N. BROMFIELD, K. SMITH ROTABI, *Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations*, in *Global Social Welfare*, 3/2014, p. 123; B. CASALINI, *Nel best interests dei bambini e delle madri surrogate*, in *Cambio*, 9/2015, p. 29; A. BALZANO, *Gestazione per altri e mercato della riproduzione*, in *il Mulino*, 4/2017, p. 564; S. GOLOMBOK, R. SCOTT, J.B. APPLEBY (eds.), *Regulating reproductive donation*, Cambridge, 2016; S. FERNANDEZ SANCHEZ, *Maternità surrogata e prestazioni sociali*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2/2017, p. 237; A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017; S. MARCHI, *Mio, tuo, suo, loro. Donne che partoriscono per altri*, Roma, 2017; S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità: i nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017; L. CHIEFFI (a cura di), *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italo-francese*, Milano-Udine, 2018; A. MULLIGAN, *Identity Rights and Sensitive Ethical Questions: The European Convention on Human Rights and the Regulation of Surrogacy Arrangements*, in *Medical Law Review*, 3/2018, p. 449; D.W. RIGGS, C. DUE, *A Critical Approach to Surrogacy. Reproductive Desires and Demands*, London, 2018; S. SERRAVALLE, *Maternità surrogate, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogate, parto anonimo*, Torino, 2018; E.S. ZEHELEIN, *Reproductive Justice and (the Politics of) Transnational Gestational Surrogacy*, in *American Quarterly*, 4/2018, p. 889; F.M. ABDULAH, *Legal and Ethical Aspects Beyond Commercial Surrogacy: Modern Form of Human Trafficking*, in *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, S1/2019, p. 1; J. HEALEY, *Reproductive ethics*, Thirroul, 2019; N. IGAREDA GONZALES, *Regulating Surrogacy in Europe: Common Problems, Diverse National Laws*, in *European Journal of Women's Studies*, 4/2019, p. 435; D. DANNA, *La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità*, in *Ragion pratica*, 2/2019, p. 413; C. LUZZI, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità: antiche e nuove modalità di "esproprio" del corpo femminile*, *ivi*, p. 373; F. PORTIER-LE COCQ (ed. by), *Motherhood in contemporary international perspective: continuity and change*, Abingdon-New York, 2020; L. GUIZZARDI, «Facciamo un figlio?». *La presenza del Terzo nel progetto di due mamme o di due papà di avere un figlio*, in *Sociologia italiana*, 15/2020, p. 87; I. RIVERA, *La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente*, in *Sociologia del diritto*, 1/2020, p. 201; C. CASELLA, «Gestazione per altri» e interessi in conflitto, in *BioLaw Journal*, 1/2020, p. 321.

³ Cfr. L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal*, 3/2015, p. 7.

⁴ V. B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *BioLaw Journal*, 2/2016, p. 39.

condizionamenti legati alla nascita e al fatto che l'avvenuto abbandono era già stato programmato prima del suo concepimento⁵.

Occorre poi interrogarsi se tale pratica possa essere considerata compatibile con il pieno rispetto della salute della donna e della sua dignità: difatti, la gestante non sempre viene adeguatamente informata sui rischi per la salute, soprattutto in caso di persone con un basso livello di istruzione o che vivono in Paesi in via di sviluppo⁶. Peraltro, è evidente il possibile rischio di sfruttamento delle donne da parte del *partner*, di familiari o di organizzazioni senza scrupoli: quella che viene talvolta prospettata come una scelta autonoma della donna può così diventare oggetto di strumentalizzazione e mercificazione del corpo femminile. Inoltre, secondo una parte della dottrina, neppure la surrogazione “altruistica” sarebbe rispettosa della dignità della donna poiché quando una donna porta avanti una gravidanza vi partecipa con la sua personalità e intelligenza che non sono mai surrogabili perché, altrimenti, verrebbe degradata la componente generativa della natura umana⁷.

Vi è poi l'interesse di coloro che, non potendo avere figli, non vogliono rinunciare al progetto genitoriale ritenendo che né la natura né un divieto giuridico possano far svanire il loro sogno.

La complessità di questo tema spiega le ragioni per le quali il legislatore fatica e si attarda ad affrontarlo in maniera adeguata: i casi di surrogazione di maternità ipotizzabili sono molteplici e ben differenti fra

⁵ V. P. GERBER, K. O'BYRNE (eds.), *Surrogacy, Law and Human Rights*, London, 2015.

⁶ Cfr. B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, 2/2016, p. 111.

⁷ Cfr. S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2017, p. 2990. Nello stesso senso si esprime S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal*, 2/2016, pp. 93 ss. (spec. p. 105), poiché la gravidanza è un processo totale per il corpo e la mente della donna: è l'unione inscindibile di due corpi per un tempo relativamente esteso, che produce modificazioni fisiche e chimiche nella donna stessa. Nel medesimo senso, di recente, si vedano: S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 2/2019, p. 329; G. LUCCIOLI, *Dalle sezioni unite un punto fermo in materia di maternità surrogata*, in *Il Foro Italiano*, 12/2019, p. 4027; A.V. HEREDIA, *La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 43/2019, p. 421. Pur partendo da ricostruzioni che sottolineano la specificità della relazione del nascituro con la madre, tanto da utilizzare l'efficace espressione «unità duale», B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, p. 183 ss. (spec. p. 193 e p. 219 ss.), perviene a conclusioni differenti perché ritiene che la surrogazione di maternità possa essere disciplinata ammettendo, perciò, che la donna possa condurre la gravidanza nell'interesse di terzi. In particolare, l'Autrice ritiene che la gravidanza per altri dovrebbe essere concepita «nei termini di una scelta consapevole di progetto riproduttivo finalizzato non a proseguire la propria maternità genitoriale in sequenza con la maternità biologica-gravidanza, bensì alla genitorialità di altri, individuati specificamente ed il cui progetto genitoriale è, dall'origine, riferimento per il progetto riproduttivo». Di recente, della Stessa, si veda anche *Il corpo della differenza: una questione costituzionale nella prospettiva dell'analisi di genere*, in *BioLaw Journal*, 2/2019, p. 617, ove ribadisce che il riconoscimento della dimensione relazionale e del ruolo indefettibile svolto dalla madre biologica rappresenta una condizione di adeguatezza e affidabilità del progetto genitoriale perché vi dà continuità e, dunque, dovrebbe essere opportunamente valorizzato in una prospettiva di costruzione di legami familiari multipli analogamente, per certi aspetti, a quando avviene con l'adozione. E. FALLETTI, *Il riconoscimento in Italia dello 'status' di figlio nato da 'surrogacy' straniera*, in *Giurisprudenza italiana*, 8-9/2018, p. 1830, osserva come l'intervento della tecnologia suggerisca di dare trasparenza ai rapporti tra le figure che assumono una valenza nella ramificazione dei rapporti familiari in una prospettiva inclusiva e non esclusiva. Perviene a conclusioni analoghe anche F. RINALDI, *Giustizia, famiglia ed eguaglianza: due madri, due padri ed il «figlio dell'uomo»*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, p. 1410 ss.

loro, di modo che un unico regime presenterebbe inevitabilmente dei dubbi di legittimità costituzionale⁸. Inoltre, una disciplina del fenomeno potrebbe non riuscire a coprire adeguatamente i differenti casi verificabili, oppure potrebbero essere introdotte preclusioni aggirabili e difficilmente perseguibili o tali da destare dubbi di costituzionalità per la loro assimilabilità a ipotesi invece consentite.

Queste difficoltà sono accentuate anche dalla mancanza di una disciplina a livello internazionale⁹: infatti, la totale assenza di regole determina ulteriori complicazioni quando i genitori intenzionali appartenenti a un Paese che non consente o limita fortemente la surrogazione, per poter realizzare il loro progetto di genitorialità, si recano in un altro Paese ove, invece, è consentita, intensificando così il fenomeno del turismo procreativo.

Nel nostro ordinamento, la surrogazione è contemplata soltanto all'art. 12, co. VI, l. n. 40/2004, recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, laddove è sanzionato penalmente chiunque, in qualsiasi forma, realizzi, organizzi o pubblicizzi questa particolare forma di procreazione medicalmente assistita. Detta previsione rappresenta, al momento, il risultato del bilanciamento compiuto dal legislatore dei molteplici diritti fondamentali e principi costituzionali coinvolti dalla pratica della surrogazione. Il fatto che il legislatore si sia limitato a contemplare il divieto senza porre alcuna indicazione relativamente alle conseguenze sullo *status filiationis* del bambino nato per mezzo di questa pratica e sulla possibilità di attribuire la maternità o anche la paternità al genitore sociale privo di qualsiasi legame genetico fa sì che la giurisprudenza debba poi occuparsi e risolvere i casi che si verificano sempre più frequentemente. Nascono, così, ulteriori problemi soprattutto perché, nei vari gradi di giudizio, possono essere adottate prospettive molto differenti ed è possibile assistere a ribaltamenti di decisioni o al protrarsi dei tempi di risoluzione delle vicende, con inevitabili ripercussioni soprattutto per quanto attiene alla tutela dei *best interests* del minore.

Proprio su questi ultimi¹⁰ si è sempre di più concentrata l'attenzione degli organi giurisdizionali, interni e internazionali, sebbene il principio dei *best interests* sia invocato molto spesso quale ragione inconfutabile

⁸ Cfr. R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal*, 2/2016, p. 1; L. D'AVACK, *La maternità surrogata un divieto inefficace*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1/2017, p. 139; A. RUGGERI, C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta online*, 1/2017, p. 138.

⁹ V. K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level*, in *Journal of Private International Law*, 3/2011, p. 633; D.I. GARCÍA SAN JOSÉ, *Epigenética y gestación por sustitución: más razones a favor de una regulación internacional para un negocio global*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 17/2017, p. 329.

¹⁰ Talvolta la dottrina e solitamente la giurisprudenza di merito, di legittimità e anche quella della Corte costituzionale traducono questa espressione come il migliore interesse o il superiore interesse del minore volendo sottolineare la preminenza rispetto agli altri interessi e valori costituzionali da dover considerare. La traduzione effettuata non appare del tutto corretta, come hanno evidenziato alcuni Autori, poiché *best interests of the child* si riferisce a tutti gli interessi, esigenze e necessità di maggiore importanza del minore. A questo proposito, si vedano: E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, pp. 77 ss.; C. TRIPODINA, *C'era una*

ma non venga analizzato nelle sue molteplici componenti. In particolare, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), come è stato osservato¹¹, vi è un uso retorico di tale principio poiché è un argomento efficace per giustificare decisioni che soddisfano interessi diversi – quelli dei genitori committenti – sui quali però sarebbe molto più difficile argomentare la decisione e trovare consenso (anche nella società civile)¹².

Il presente contributo intende rivolgere l'attenzione alla giurisprudenza più recente che si è occupata dello *status filiationis* del nato da GPA e all'incidenza del divieto di surrogazione di maternità sulla possibilità di riconoscimento da parte dei genitori di intenzione. In particolare, quello che interessa verificare è se, nel tempo, si siano prospettate delle aperture anche alla luce della recente giurisprudenza costituzionale che, pur non occupandosi direttamente di questa pratica procreativa, contiene delle osservazioni degne di riflessione.

2. Le prime indicazioni della Corte costituzionale ...

In passato, la Corte costituzionale è intervenuta due volte sul tema, sebbene non direttamente perché non ha mai dovuto affrontare questioni sulla legittimità costituzionale del divieto posto nell'art. 12, co. VI, l. n. 40/2004. In entrambi i casi, pur sottolineando le differenze rispetto alla PMA disciplinata dal legislatore e rimarcando l'illiceità della surrogazione di maternità, la Corte ha fatto alcune considerazioni che sono state interpretate in maniera non uniforme dalla dottrina.

Il Giudice costituzionale, in occasione della pronuncia con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità del divieto assoluto della cosiddetta fecondazione eterologa¹³, ha avuto modo di constatare e confermare

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 S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, pp. 119 ss.

¹¹ Cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., pp. 105 ss. In particolare, vi è chi ha osservato come la Corte EDU, attraverso l'uso fatto del principio dei *best interests of child*, abbia finito con l'incidere sulle scelte legislative nazionali in materia di diritti del minore, spesso senza fornire un'analisi alternativa convincente: cfr. C. PONS, *La gestation pour autrui: l'influence des droits fondamentaux européens sur le droit international privé*, in *Revue Québécoise de Droit International*, 1/2018, p. 119, e M. NÍ SHÚILLEABHÁIN, *Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1/2019, p. 104.

¹² S. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre)*, cit., p. 93, muove delle critiche verso la giurisprudenza, nazionale ed europea, perché l'argomento del superiore interesse del minore finisce per superare il divieto imposto ai genitori da una norma di ordine pubblico. L'Autrice ritiene che le argomentazioni giurisprudenziali siano avvolte da ipocrisia perché non prendono sul serio la vita delle donne e dei bambini: in particolare, la tutela delle prime sarebbe sminuita perché subordinata, senza adeguate riflessioni, al superiore interesse del minore.

¹³ Cfr. Corte cost., sent. n. 162/2014, cons. dir. p.to 13, ove viene appunto riscontrato che il divieto di PMA eterologa, nella sua assolutezza, è il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento. Inoltre, la Corte osserva che la regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata all'estero, ancorché ispirata allo scopo di offrire la necessaria tutela al nato, pone però ulteriori elementi di irrazionalità poiché determina un trattamento diverso e ingiustificato fra le coppie affette dalla più grave patologia, in ragione delle differenti capacità economiche delle medesime. In sostanza, verrebbe negato l'esercizio di un diritto fondamentale alle coppie prive delle necessarie risorse finanziarie perché non potrebbero fare ricorso a tale tecnica

la pienezza del divieto di surrogazione posto nel nostro ordinamento¹⁴. Nondimeno, la Corte ha precisato che la «determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera»¹⁵. Non solo, ha sottolineato che la l. n. 40/2004 è stata preordinata alla tutela di quelle che, in precedenza, aveva definito soltanto «esigenze di procreazione»¹⁶ che devono essere temperate con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta e rendendosi, perciò, necessario un ragionevole bilanciamento tra gli stessi¹⁷.

In un secondo momento¹⁸, la Corte si è nuovamente soffermata sulla GPA sebbene la questione di costituzionalità, ancora una volta, non investisse il divieto di surrogazione. La vicenda era nata in seguito a un fenomeno di turismo procreativo: due cittadini italiani erano ricorsi alla surrogazione di maternità con ovodonazione, ottenendo poi un certificato di nascita attestante lo *status* di filiazione nei confronti di entrambi i genitori committenti, che era stato regolarmente trascritto in Italia. In seguito, il Tribunale per i minorenni aveva dichiarato che il bambino non era figlio della donna che lo aveva riconosciuto poiché il contratto di surrogazione di maternità si poneva in contrasto con i principi di ordine pubblico. In sede di appello, il giudice *a quo* ha sollevato una questione di costituzionalità nei confronti dell'art. 263 del codice civile, nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso.

La Corte costituzionale ha ritenuto che sebbene l'ordinamento esprima un accentuato favore per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione, l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo non costituisce «un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento»¹⁹. Gli interventi compiuti dal legislatore, la giurisprudenza costituzionale e il quadro

in altri Paesi: perciò, la disciplina non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli interessi e valori costituzionalmente protetti che, di conseguenza, risultano lesi in maniera palese e irreversibile.

¹⁴ Cfr. cons. dir. p.to 9.

¹⁵ Cons. dir. p.to 6.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 151/2009, cons. dir. p.to 6.1.

¹⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 162/2014, cons. dir. p.to 6. In dottrina si è ritenuto che da queste affermazioni potrebbe dedursi un vero e proprio “diritto al figlio” attraverso la fecondazione eterologa: cfr. I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *BioLaw Journal*, 2/2014, p. 37. Nello stesso senso si esprime L. D'AVACK, *La maternità surrogata un divieto inefficace*, cit., in ragione del termine “incoercibile” utilizzato dalla Corte costituzionale. S. ALBANO, *Maternità surrogata e tutela del rapporto di filiazione*, in *Questione giustizia*, 19 ottobre 2019, parla di diritto fondamentale della coppia di formare una famiglia e di avere figli come espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminazione, riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost. e del diritto fondamentale alla vita privata e familiare, ex art. 8 CEDU.

¹⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 272/2017.

¹⁹ Cons. dir. p.to 4.1.

europeo e internazionale in materia di tutela dei diritti dei minori evidenziano la centralità della valutazione dell'interesse del minore nell'adozione delle scelte che lo riguardano²⁰. In questa prospettiva, la verità biologica della procreazione è una componente essenziale dell'identità personale del minore²¹, ma non la sola. Sebbene sia auspicabile una tendenziale corrispondenza tra certezza formale e verità naturale, tuttavia l'accertamento della verità biologica fa parte della complessiva valutazione rimessa al giudice, alla stregua di tutti gli altri elementi che, insieme ad essa, concorrono a definire la complessiva identità del minore: fra le molteplici componenti, occorre tener conto anche dell'interesse alla conservazione dello *status* già acquisito. Del resto, ha ricordato la Corte, «a conferma del rilievo giuridico della genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica, vi è anche l'espresso riconoscimento, da parte di questa Corte, che “il dato della provenienza genetica non costituisce un requisito imprescindibile della famiglia stessa (sentenza n. 162 del 2014)»²². Il distacco tra identità genetica e identità legale è alla base della stessa disciplina dell'adozione, quale espressione di un principio di responsabilità di chi sceglie di essere genitore, facendo sorgere il legittimo affidamento sulla continuità della relazione. Quindi, bisogna guardare al «concreto interesse del minore»²³: il bilanciamento tra esigenza di verità della filiazione e interesse del minore – quando non sia stato compiuto direttamente dalla legge, come per il caso del divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa – impone un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possono derivare sulla posizione giuridica del minore anche quando la questione scaturisca da un'ipotesi di maternità surrogata – vietata nel nostro ordinamento – perché l'illiceità di questa non cancella di per sé l'interesse del minore.

La Corte ha perciò adottato una sentenza interpretativa di rigetto ritenendo che l'ordinamento già consenta al giudice di valutare l'interesse del minore alla conservazione dello *status* quando sia chiamato a pronunciarsi in base all'art. 263 c.c., poiché il giudice deve operare un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possono derivare sulla posizione giuridica del minore. Tra le variabili di cui tener conto, il giudice dovrà considerare, oltre alla durata del rapporto col minore e, quindi, alla condizione identitaria acquisita dal

²⁰ Cfr. cons. dir. p.to 4.1.4. In merito, si veda A. COLZI, *L'ordine logico di esame della violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1/2018, p. 171.

²¹ Come noto, la Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto di ricercare le proprie origini anche all'adottato in caso di parto anonimo, sebbene l'esercizio di tale diritto non possa porsi in contrasto con le norme – funzionali a tutelare il bene supremo della vita – che disciplinano il diritto all'anonimato della madre naturale. In particolare, la Corte ha osservato come il bisogno di conoscere le proprie origini, secondo quanto affermato anche dalla Corte EDU, costituisca uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la vita di relazione di una persona (cfr. Corte cost., sent. n. 278/2013, cons. dir. p.to 4).

²² Corte cost., sent. n. 272/2017, cons. dir. p.to 4.1.6.

²³ Cons. dir. p.to 4.2.

medesimo, anche le modalità del concepimento e della gestazione, nonché la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, garantisca al minore un'adeguata tutela, ad esempio mediante l'istituto dell'adozione in casi particolari. In altri termini, è stato escluso che vi siano degli automatismi nella prevalenza di un interesse sull'altro ed è stata confermata la necessità di un'attenta valutazione comparativa dei molteplici valori in gioco²⁴.

Va però sottolineato che la Corte costituzionale si è premurata di rimarcare, nel silenzio della legge, che il giudice, in sede di bilanciamento, deve tener conto anche «dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale»²⁵ poiché «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»²⁶ e, dunque, deve essere valutato se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica e imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti dalla verità.

2.1. Segue: ... fra ambiguità ed aperture

Questa pronuncia sembrerebbe porsi in linea con la giurisprudenza della Corte EDU e, per certi aspetti, ha anticipato quanto affermato da quest'ultima nel primo parere²⁷ reso in base al Protocollo n. 16²⁸

²⁴ Cfr. G. P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Diritto pubblico*, 2/2018, pp. 313 ss. (spec. pp. 339 ss.).

²⁵ Cons. dir. p.to 4.3.

²⁶ Cons. dir. p.to 4.2. A questo proposito, A. SCHILLACI, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2018, p. 385, critica la nettezza dell'affermazione poiché occorrerebbe assumere una diversa prospettiva in ragione della pluralità di casi e, dunque, di modelli di surrogazione poiché i valori costituzionali, le libertà e la dignità dei soggetti coinvolti rileveranno in maniera differente.

²⁷ Corte EDU, Grande Camera, parere del 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001. Fra i commenti, si vedano: H. FULCHIRON, *Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme: un dialogue exemplaire?*, in *Recueil Dalloz*, 19/2019, p. 1084 ss.; A.G. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2019, p. 757; A. MARGARIA, *Parenthood and Cross-Border Surrogacy: What Is 'New'? The ECtHR's First Advisory Opinion*, in *Medical Law Review*, 2/2020, p. 412; M. PICCHI, *Surrogate Motherhood: Protecting the Best Interests of the Child in Light of Recent Case Law*, in *Peace Human Rights Governance*, 3/2019, p. 307.

²⁸ La letteratura sul tema è vasta; in particolare, si rinvia a: G. ASTA, *Il protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *La Comunità Internazionale*, 4/2013, p. 773; J.-P. COSTA, P. TITIUN, *Les avis consultatifs devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in J.-F. AKANDJI-KOMBÉ (sous la coordination générale de), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, 2013, p. 605; P. GRAGL, *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16*, in *European Law Review*, 38/2013, p. 229; P. DE SENA, *Caratteri e prospettive del Protocollo 16 nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2014, p. 593; K. DZEHTSIAROU, N. O'MEARA, *Advisory Jurisdiction and the European Court of Human Rights: A Magic Bullet for Dialogue and Docket-Control?*, in *Legal Studies*, 34/2014, p. 444; J. GERARDS, *Advisory Opinions, Preliminary Rulings, and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights. A Comparative and Critical Appraisal*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 21/2014, p. 630; A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Prot. 16)*, in *Rivista AIC*, 1/2014; E. CALZOLAIO, *La competenza consultiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dopo il Protocollo n. 16*, in *La Cittadinanza europea*, 1/2015, p. 103; L.R. GLAS, *Dialogue in the European Convention on Human Rights System: inspiration, added-value and*

allegato alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU): tuttavia, occorrerà riflettere sull'adeguatezza dell'adozione in casi particolari, alla quale ricorrere nell'ipotesi in cui la valutazione del giudice non porti a rigettare l'impugnazione del riconoscimento del figlio nato mediante surrogazione di maternità.

Vi è di più: la soluzione prospettata dalla Corte costituzionale si espone a delle critiche perché è per certi aspetti ipocrita o schizofrenica²⁹. Difatti, pur dando indicazioni sugli strumenti giuridici ai quali ricorrere consentendo così un aggiramento del divieto di surrogazione³⁰, è però assolutamente netta nell'affermare il disvalore di tutte le forme di surrogazione³¹ e proprio l'ultimo periodo della pronuncia ribadisce – affinché rimanga ben impresso – l'elevato grado di disvalore della surrogazione di maternità nel nostro ordinamento.

Nondimeno, è forse possibile una ricostruzione che restituisca coerenza alle argomentazioni della Corte costituzionale³². Nel bambino nato in seguito a una GPA coesistono due dimensioni dell'identità

means, in *European Journal of Human Rights*, 3/2015, p. 247; E. LAMARQUE (a cura di), *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, 2015; N. O'MEARA, *Reforming the European Court of Human Rights: The Impacts of Protocols 15 and 16 to the ECHR*, in K. ZIEGLER, E. WICKS, L. HODSON (edited by), *The UK and European Human Rights. A Strained Relationship?*, Oxford-Portland, 2015, p. 71; A. PAPROCKA, M. ZIÓŁKOWSKI, *Advisory opinions under Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2/2015, p. 274; B. THORARENSEN, *The advisory jurisdiction of the ECtHR under Protocol n. 16: enhancing domestic implementation on human rights or a symbolic step?*, in O.M. ARNARDÓTTIR, A. BUYSE (edited by), *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection. Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, London-New York, 2016, p. 79; T. VOLAND, B. SCHIEBEL, *Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?*, in *Human Rights Law Review*, 17/2017, p. 73; J.J. RUIZ RUIZ, *El Refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 42/2018, p. 453; I. ANRÒ, *Il protocollo n° 16 alla cedu in vigore dal 1° Agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra corti?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1/2019, p. 189; K. LEMMENS, *Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue?*, in *European Constitutional Law Review*, 4/2019, p. 691; A. RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1/2020, p. 213.

²⁹ Cfr. G. CASABURI, *Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata*, in *Il Foro Italiano*, 1/2018, I, p. 21, il quale sottolinea come la pronuncia in commento sia ambigua, per certi aspetti oscura e contraddittoria: infatti, in alcuni passi sembrerebbe ritenere che la verità biologica, visto il divieto penale, debba sempre prevalere nelle pratiche di maternità surrogata mentre, poi, tiene ferma l'esigenza di tutelare l'interesse del minore che non può essere pregiudicato neppure in seguito alle condotte illecite degli adulti coinvolti.

³⁰ G. MARRA, *Divieto di maternità surrogata e interesse del minore: un nodo da sciogliere caso per caso*, in *ilfamiliarista.it*, 30 gennaio 2018, ritiene che la Corte costituzionale, nonostante il biasimo per la surrogazione di maternità, abbia così contribuito a smantellare un argine contro questa pratica consentendo l'aggiramento del divieto penale.

³¹ Cfr. F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, pp. 149 ss. (spec. pp. 176 ss.), secondo la quale l'ammonimento al disvalore della surrogazione di maternità e la nettezza nel porre le differenze materiali con la procreazione medicalmente assistita di cui alla l. n. 40/2004 assumerebbero un significato preciso non lasciando dubbi neppure per il futuro.

³² La pronuncia è stata criticata anche da G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *Forum di quaderni costituzionali-Rassegna*, 3/2018, la quale ha rilevato uno scostamento rispetto alla nozione di *best interests* elaborata dalla Corte EDU poiché questi ultimi perderebbero la preminenza: difatti, sarebbero esposti al bilanciamento con l'interesse pubblico alla verità che impone di tener conto dell'elevato grado di disvalore che l'ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità. Di diverso avviso è, invece,

personale: anzitutto, quella legata alla consapevolezza di essere stato partorito da una madre che ha iniziato la gestazione con l'intenzione però di rinunciare al proprio ruolo dopo il parto. Da un punto di vista psicologico³³, si tratta di un abbandono preordinato, la cui spiegazione e accettazione divengono ancora più complesse per il bambino. Vi è poi la dimensione sociale. Nel contesto culturale e sociale³⁴, tale pratica è avvolta da un elevato grado di disvalore rendendo particolarmente complessa la costruzione dell'io interiore perché l'individuo dovrà confrontarsi con la proiezione della propria immagine nell'ambiente sociale: tutto ciò implica, come è stato osservato³⁵, che il giudice, nella risoluzione del caso concreto, debba appurare anche se i genitori committenti sono effettivamente in grado di aiutare il minore nel comprendere e accettare la propria complessa identità. È come se la Corte costituzionale avesse voluto responsabilizzare il giudice che, nel decidere, dovrà valutare attentamente proprio questa complessità poiché è necessario salvaguardare la costruzione di un equilibrato io interiore del minore.

I Giudici costituzionali dimostrano, così, di condividere pienamente il divieto penale verso questa pratica, visti i valori in gioco; tuttavia, manifestano anche il peso di dover affrontare il vuoto normativo. La l. n. 40/2004 ha ommesso completamente di affrontare i problemi che nascono nel caso di violazione del divieto e, di conseguenza, il compito di supplire a questa mancanza ricade sui giudici, in prima battuta, e sulla stessa Corte costituzionale quando sorgano dubbi di conformità con i valori della Costituzione.

L'assenza di un'adequata disciplina può spiegare anche il motivo per il quale la Corte ha optato per una sentenza interpretativa di rigetto in luogo di una sentenza di accoglimento oppure manipolativa: la complessità della materia ha portato la Corte a risolvere il singolo caso concreto nell'attesa dell'intervento del legislatore che bilanci i molteplici interessi e le diverse questioni in gioco.

3. La più recente giurisprudenza della Corte EDU ...

Nelle sentenze *Mennesson*³⁶ e *Labassée*³⁷, la Corte EDU si è pronunciata sul rifiuto di trascrizione in Francia degli atti di nascita, redatti all'estero, di alcuni bambini nati attraverso la pratica della surrogazione di

S. NICCOLAI, *La regola di giudizio*, cit., pp. 2990 ss., la quale osserva come il giudice costituzionale abbia fatto risaltare la con-possibilità del divieto di surrogazione e della tutela dell'interesse del minore alla conservazione delle relazioni con i genitori sociali, in sintonia con quanto indicato dalla Corte EDU, la quale riconosce la piena legittimità dell'interesse pubblico al contrasto della gestazione per altri, ma evidenzia anche l'obbligo di tutelare l'interesse del bambino a mantenere le relazioni in cui si è trovato.

³³ Cfr. B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia*, cit., p. 39.

³⁴ V. Y. ERGAS, *Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy*, in *Emory International Law Review*, 1/2013, p. 117.

³⁵ Cfr. G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in *Forum di quaderni costituzionali-Rassegna*, 2/2018.

³⁶ Corte EDU, sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65192/11 (*Mennesson c. Francia*).

³⁷ Corte EDU, sez. V, sentenza 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11 (*Labassée c. Francia*).

maternità³⁸. Le vicende riguardavano due coppie francesi che erano ricorse alla GPA negli Stati Uniti e che non riuscivano a ottenere la trascrizione dei certificati di nascita esteri nei registri di stato civile francesi, causa il divieto di maternità surrogata previsto nel loro Paese. In entrambi i casi, gli ovuli erano di donatrici anonime, mentre i gameti maschili erano dei rispettivi *partner* all'interno delle due coppie.

Nelle due pronunce la Corte EDU ha ritenuto che il rifiuto costituisse un'ingerenza illegittima perché sproporzionata rispetto allo scopo di salvaguardare il principio di indisponibilità della persona su cui viene fondato l'espresso divieto di surrogazione di maternità. Difatti, la mancata trascrizione dell'atto di nascita determina una serie di conseguenze molto gravi: la situazione di *clandestinità giuridica* impedisce al bambino l'acquisto della cittadinanza e del passaporto francese, crea un rischio relativamente alla possibilità di permanenza sul territorio dello Stato e produce conseguenze sul piano civilistico potenzialmente molto dannose.

La Corte EDU, nell'esaminare la legittimità dell'ingerenza delle autorità francesi, ha perciò ritenuto di dover tutelare il rapporto di filiazione come espressione della vita privata dei figli, affermando così la preminenza della parentela biologica quale componente ineludibile dell'identità di ciascun individuo. Gli Stati hanno cioè l'obbligo di riconoscere lo *status* di figlio nato legittimamente all'estero a seguito di maternità surrogata in forza del diritto al rispetto della vita privata, *ex art. 8 CEDU*, (ma non anche del diritto al rispetto della vita familiare) poiché tale prerogativa implica il diritto di ogni individuo di stabilire i dettagli della propria identità di essere umano, compreso il rapporto di filiazione. La Corte ha così riconosciuto un ampio margine di apprezzamento discrezionale ai singoli Stati sul tema della maternità surrogata in ragione dei delicati contenuti etici, ravvisando però il superamento di detto margine in caso di mancato riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il nato e il padre committente quando quest'ultimo sia anche padre biologico.

³⁸ V. A. DURÁN AYAGO, *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014*, in *Ars Iuris Salmanticensis*, 2/2014, p. 277; H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, *Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères: Regard prospectif sur les arrêt Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014*, in *Recueil Dalloz*, 31/2014, p. 1773; F. CHÉNEDÉ, N. COTELLE, *Les arrêt Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme*, *ivi*, p. 1797; L. D'AVOUT, *La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée*, *ivi*, p. 1806; J.-P. MARGUÉNAUD, *La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 4/2014, p. 835; A. VETTOREL, *International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 3/2015, p. 523; A. MONDONNEIX, *La portée des arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 juin 2014, Mennesson et Labassée*, in *Revue Juridique de l'Ouest*, NS/2016, p. 109; L. OJA, A.E. YAMIN, "Woman" in the European Human Rights System: How is the Reproductive Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights Constructing Narratives of Women's Citizenship?, in *Columbia Journal of Gender and the Law*, 1/2016, p. 62; L. BRACKEN, *Assessing the best interests of the child in cases of cross-border surrogacy: inconsistency in the Strasbourg approach?*, in *Journal of Social Welfare & Family Law*, 3/2017, p. 368; C. FENTON-GLYNN, *International surrogacy before the European Court of Human Rights*, in *Journal of Private International Law*, 3/2017, p. 546.

Queste ricostruzioni sono state sostanzialmente confermate nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*: in questo caso, la Corte EDU ha affrontato il tema della surrogazione di maternità in assenza di un legame biologico tra il nato ed entrambi i genitori committenti. In particolare, la vicenda ha avuto origine dalla mancata trascrizione del certificato di nascita di un minore, nato in Russia in seguito a un contratto di maternità surrogata, per contrasto con l'ordine pubblico dovuto all'alterazione dello stato civile giacché i due coniugi committenti figuravano falsamente come genitori del bambino nel certificato di nascita. A fronte di una prima pronuncia della Corte EDU³⁹, l'Italia ha successivamente proposto la richiesta di rinvio del caso alla *Grande Chambre* della Corte europea che ha capovolto l'esito del giudizio⁴⁰, accogliendo

³⁹ Cfr. Corte EDU, sez. II, sentenza 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12 (*Paradiso e Campanelli c. Italia*). La Corte, soffermandosi sull'allontanamento del minore dagli aspiranti genitori, disposto dai giudici italiani, aveva confermato la rilevanza dei legami familiari di fatto nell'ambito delle tutele disposte dall'art. 8 CEDU che, nel caso di specie, sarebbe stato violato dalle autorità italiane pur trattandosi di surrogazione di maternità. Il Giudice di Strasburgo aveva sottolineato come il diritto del minore al riconoscimento della propria identità fosse stato fortemente compromesso dal fatto di esserne rimasto privo per più di due anni, fino a quando cioè la Corte d'Appello – pronunciandosi sulla mancata trascrizione del certificato di nascita straniero, ritenuta legittima vista la falsità di tale certificato – aveva accolto la domanda del pubblico ministero di formare un nuovo atto di nascita nel quale il minore doveva essere indicato come figlio di ignoti e gli doveva essere attribuito un nuovo nome. Proprio questa situazione aveva determinato conseguenze molto gravi in termini di cittadinanza e di diritto al nome, di importanza fondamentale per l'identità dell'individuo. Nell'affrontare l'allontanamento del minore dai genitori intenzionali, la Corte aveva affermato che questa soluzione doveva essere sempre considerata come una misura estrema, da adottare solo laddove vi sia un pericolo grave e imminente per il minore, dovendo fra l'altro tener conto anche degli effetti dell'allontanamento sulla vita privata e familiare dei genitori (§ 80). La Corte aveva reputato ingiustificata, soprattutto in assenza di una decisione definitiva in sede penale, l'opinione delle autorità interne che, senza procedere a un accertamento tecnico, avevano ritenuto che i coniugi committenti non fossero in grado di educare e amare il bambino perché, sebbene nel 2006 fossero stati ritenuti idonei all'adozione, avevano posto in essere condotte in violazione della relativa disciplina (§§ 83-84). Perciò, la Corte di Strasburgo aveva ritenuto che l'allontanamento disposto dalle autorità italiane era contrario all'art. 8 CEDU perché costituiva un'ingerenza illegittima, vietata da tale previsione, viste le conseguenze pregiudizievoli rispetto all'identità personale del minore, confermando così quell'orientamento volto a considerare i legami familiari di fatto (a prescindere, quindi da quelli biologici) quale oggetto delle garanzie disposte dall'articolo citato perché funzionale e coerente al principio del miglior interesse del minore. Nel caso di specie, la ricostruzione di tale principio era stata particolarmente difficile poiché, dopo i primi sei mesi di vita trascorsi con i genitori intenzionali, il bambino aveva vissuto un anno in una casa-famiglia e due con i genitori affidatari. La Corte EDU aveva riconosciuto la contrarietà all'art. 8 CEDU del provvedimento di allontanamento dai genitori di intenzione, ma non aveva ritenuto di obbligare le autorità italiane a revocare l'ultimo provvedimento di affidamento, visti i legami affettivi che nel frattempo il bambino aveva sviluppato con i genitori affidatari: di conseguenza, si era limitata a riconoscere ai ricorrenti un semplice indennizzo pecuniario. L. LENTI, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2015, p. 472, ha criticato questa pronuncia per gli esiti di estrema gravità ai quali avrebbe potuto portare giacché permetteva di legittimare una sorta di «usucapione dei bambini» (p. 475). A commento della pronuncia si vedano anche: A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2/2015, p. 415; I. RIVERA, *Affaire Paradiso e Campanelli c. Italie: la Corte Edu torna a pronunciarsi sulla maternità surrogata e sul best interest of child come limite all'ordine pubblico internazionale*, in *federalismi.it*, 3/2015; L. VIZZONI, *Quando il best interest del minore azzerava la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in *Jus civile*, 11/2015, p. 639; M.M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *GenIUS*, 1/2015, p. 243.

⁴⁰ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sentenza 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12 (*Paradiso e Campanelli c. Italia*). Fra i commenti a questa pronuncia, si vedano: C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia: atto finale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017, p. 438; G. CASABURI, *La Corte europea cambia opinione: l'allontanamento di un bambino nato da maternità surrogata e in violazione delle disposizioni italiane sull'adozione internazionale non viola l'art. 8 Cedu*, in *Il Foro italiano*, 3/2017, IV, p. 117; E. FALETTI, *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*, in *Famiglia e diritto*, 8-9/2017, p. 729; L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*,

le tesi dello Stato italiano. Infatti, la Grande Camera ha escluso che il legame instaurato tra la coppia dei ricorrenti e il bambino nato da maternità surrogata rilevasse quale “vita familiare” *de facto* ai fini dell’applicazione dell’art. 8 CEDU, per due motivi: la mancanza del legame biologico tra i coniugi e il minore e la brevità del rapporto intercorso, caratterizzato fra l’altro da incertezza giuridica dovuta alla condotta illecita dei due coniugi⁴¹.

La Grande Camera ha poi ritenuto che fosse applicabile l’art. 8 CEDU nella prospettiva della tutela della “vita privata” dei ricorrenti in virtù del preciso progetto genitoriale perseguito dai coniugi e ha riconosciuto come legittima l’intenzione di diventare genitori per lo sviluppo della personalità dei ricorrenti⁴².

In questa prospettiva, le misure di allontanamento del minore adottate dalle autorità italiane costituivano una ingerenza nella vita privata dei ricorrenti; tuttavia, occorre verificare se tale ingerenza fosse giustificabile perché espressamente prevista dalla legge per perseguire uno o più scopi elencati nel paragrafo 2 dell’art. 8 CEDU⁴³.

La Grande Camera ha osservato che, nel caso di specie, la separazione immediata e irreversibile dal minore ha sicuramente avuto un impatto sulla vita privata dei ricorrenti. Nondimeno, tale ingerenza era giustificata in quanto prevista dalla legge e necessaria alla tutela di un interesse superiore, individuato nell’esigenza prioritaria di protezione del minore: perciò, non vi era stata alcuna violazione dell’art. 8 CEDU. Le misure assunte dalle autorità italiane sono state ritenute proporzionate alla tutela del prioritario interesse del fanciullo e indispensabili per evitare di riconoscere come legittima una situazione creata in violazione di regole importanti per l’ordinamento nazionale: dunque, i giudici italiani hanno garantito un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, rimanendo nei limiti dell’ampio margine di apprezzamento di cui disponevano nel caso di specie⁴⁴.

La giurisprudenza della Corte EDU in tema di GPA, nel periodo 2014-2017, sembra perciò pervenire a queste conclusioni: lo *status filiationis* deve essere riconosciuto nei confronti del genitore che abbia un

in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2017, p. 425; S. PENASA, *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia: verso modelli familiari “a geometria variabile”?*, in *BioLaw Journal*, 1/2017, p. 1; D. ROSANI, “The Best Interests of the Parents”. *La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, *ivi*, p. 109; G. RECINTO, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *Diritto delle successioni e famiglia*, 3/2017, p. 895; A. VIVIANI, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le “famiglie di fatto”?*, in *GenIUS*, 1/2017, p. 78; E. FARNÓS AMORÓS, “Paradiso y Campanelli c. Italia” (II): *los casos difíciles crean mal derecho*, in *Revista de Bioética y Derecho*, 40/2017, p. 231; S. SONELLI, *L’interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4/2018, p. 1373.

⁴¹ Cfr. §§ 151-158.

⁴² Cfr. §§ 161-165.

⁴³ Cfr. § 167.

⁴⁴ Cfr. § 215. Critiche sono espresse da M. ILIADOU, *Surrogacy and the ECtHR: Reflections on Paradiso and Campanelli v Italy*, in *Medical Law Review*, 1/2019, p. 144, soprattutto perché questa pronuncia non offre soluzioni al problema della maternità surrogata transfrontaliera.

legame biologico col bambino⁴⁵. In questo caso e qualora sussista un legame consolidato, potrà essere riconosciuto il rapporto genitoriale anche con la madre d'intenzione priva di legami genetici col bambino. Viceversa, in mancanza di un legame genetico tra gli adulti e il minore, tenendo peraltro conto della breve durata della relazione e dell'incertezza dei rapporti giuridici nati da una condotta illecita, non è possibile ravvisare una vita familiare *de facto* in base all'art. 8 CEDU.

In questo contesto, è poi intervenuto il primo parere consultivo della Corte EDU.

4. Segue: ... e il primo parere consultivo

In Francia, successivamente alle due sentenze gemelle (*Mennesson* e *Labassée*) l'orientamento giurisprudenziale nazionale è mutato⁴⁶: l'esistenza di un contratto di maternità surrogata non è più inteso come un impedimento assoluto alla trascrizione nei registri dello stato civile francese di un atto di nascita straniero a condizione che i fatti ivi dichiarati corrispondano alla realtà biologica e, dunque, che non risulti falsificato o irregolare. Perciò, il padre di intenzione – quando sia anche quello biologico – può chiedere la trascrizione dell'atto di nascita del minore nato tramite maternità surrogata.

La Corte di cassazione francese ha però ritenuto che la Corte EDU non avesse dato indicazioni in merito alla posizione della madre di intenzione e agli obblighi dello Stato. Nell'ottobre 2018, ha così richiesto alcune delucidazioni relativamente al margine di apprezzamento dello Stato dinanzi a due possibili scelte⁴⁷: consentire la trascrizione dell'atto di nascita straniero del minore concepito tramite maternità surrogata oppure dare attuazione al principio *mater semper certa*, soprattutto quando non vi sia alcun legame biologico tra la madre committente e il bambino. Fra l'altro, il parere consultivo è stato richiesto proprio nell'ambito del giudizio di riesame del caso *Mennesson*.

In particolare, sono state due le richieste rivolte alla Corte EDU: in primo luogo, è stato chiesto se rientri nel margine di apprezzamento concesso allo Stato, ex art. 8 CEDU, la possibilità di rifiutare la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero, relativo a un minore nato in seguito a surrogazione di maternità, quando vi sia indicata la madre committente come madre di diritto, ferma restando la trascrizione a beneficio del padre con il quale vi è, invece, un legame biologico. Secondo la Corte di cassazione, aldilà del caso che ha generato la richiesta di parere, era necessario chiarire anche se occorra compiere delle distinzioni in ragione dell'avvenuto utilizzo o meno del materiale genetico della madre di intenzione nel processo di fecondazione.

⁴⁵ Nello stesso senso sono anche Corte EDU, sez. V, sentenza 21 luglio 2018, ricorsi nn. 9063/14 e 10410/14 (*Foulon et Bouvet c. Francia*), e Corte EDU, sez. V, sentenza 19 gennaio 2017, ricorso n. 44024/13 (*Laborie c. Francia*).

⁴⁶ Cfr. H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, *Gestation pour autrui internationale: changement de cap à la Cour de cassation*, in *Recueil Dalloz*, 31/2015, p. 1819.

⁴⁷ Cfr. Cour de cassation, Assemblée plénière, arrêt n° 638 du 5 Octobre 2018 (10-19.053).

In secondo luogo, la Corte francese ha chiesto – in caso di risposta affermativa al primo quesito – se la possibilità per la madre di intenzione di instaurare un legame di filiazione ricorrendo all'adozione del figlio del proprio coniuge – padre biologico del bambino – possa consentire allo Stato di rispettare i contenuti dell'art. 8 CEDU.

Il giudice istante, probabilmente vista anche la mancanza di una disciplina interna adeguata, ha rivolto quesiti molto stringenti, quasi per essere guidato nella successiva risoluzione della vicenda concreta e nella prospettiva di possibili nuovi e differenti casi. È come se la Corte di cassazione avesse voluto, per un verso, affidare la definizione del caso concreto alla Corte di Strasburgo e, per un altro verso, spingerla a dare una definizione netta dei confini del margine di apprezzamento concesso ai singoli Stati.

La Corte EDU, nell'esprimere il parere, ha compiuto una ricostruzione preliminare della situazione presente in materia di maternità surrogata in quarantatré Stati⁴⁸ aderenti alla CEDU, esclusa la Francia⁴⁹. Dopodiché, è passata a delimitare l'oggetto del parere ed ha osservato che la controversia innanzi al giudice francese concerneva un caso di maternità surrogata in cui, però, non vi era stato l'utilizzo del materiale biologico della madre di intenzione. Di conseguenza, la Corte – dovendo contenere il parere nei confini delimitati dal Protocollo n. 16 – ha precisato che non poteva prendere in considerazione il diverso caso di utilizzo degli ovociti della madre di intenzione, prospettato aggiuntivamente alla prima

⁴⁸ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, parere del 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001, §§ 23-24. In particolare, la surrogazione di maternità è consentita in nove Paesi, tollerata in altri dieci, mentre è vietata (esplicitamente o implicitamente) in ventiquattro Stati. Nella gran parte dei casi (trentuno, compresi dodici Paesi in cui tale pratica è vietata), il legame di filiazione con il padre può essere riconosciuto quando sia stato utilizzato il suo materiale biologico. In diciannove Paesi (compresi sette che vietano la maternità surrogata), lo *status* di filiazione può essere riconosciuto con la madre di intenzione anche se non vi è alcun legame genetico: tuttavia, la procedura per stabilire tale *status* varia nei diversi ordinamenti⁴⁸. Difatti, la registrazione del certificato di nascita straniero è possibile in sedici dei diciannove Stati che ammettono o tollerano gli accordi di maternità surrogata e in sette dei ventiquattro Paesi che la vietano, purché nel certificato sia indicato un genitore di intenzione con un legame biologico con il bambino. In diciannove Paesi che permettono o tollerano la maternità surrogata e in nove dei ventiquattro Paesi che la proibiscono è possibile instaurare o riconoscere un rapporto di filiazione mediante procedimenti giudiziari che non comportano l'adozione. Inoltre, l'adozione da parte del genitore che non ha rapporti genetici col bambino è possibile in cinque dei Paesi che permettono o tollerano la maternità surrogata e in dodici dei ventiquattro Paesi che la vietano.

⁴⁹ La Corte EDU ha anche svolto alcune precisazioni in merito all'ulteriore competenza acquisita in seguito all'entrata in vigore del Protocollo n. 16. Ha cioè la possibilità di esprimere il proprio parere su questioni di principio concernenti l'interpretazione o l'applicazione della CEDU, senza che ciò determini un trasferimento della controversia nazionale innanzi alla stessa: difatti, non può valutare i fatti o le argomentazioni delle parti giacché spetta al giudice nazionale trarre dal parere le necessarie conclusioni per la soluzione del caso concreto (§ 25). La Corte sottolinea come, pur dovendosi esprimere soltanto sui punti direttamente connessi con il procedimento pendente a livello nazionale (art. 1, § 2, Protocollo n. 16), il valore aggiunto dei pareri consista nel fornire un ausilio interpretativo al giudice nazionale anche per altri casi simili (§26). Anzi, il parere può offrire utilità a qualsiasi Stato parte poiché è, comunque, un'occasione per arricchire il corredo interpretativo della CEDU: a conferma di ciò, sottolinea come alcuni Stati – Regno Unito, Repubblica Ceca e Irlanda – abbiano presentato (analogamente ad altri soggetti) alcune osservazioni nell'ambito di quella procedura, pur non avendo ancora ratificato il Protocollo n. 16. Del resto, anche con questo strumento, la Corte EDU svolge il compito che le è proprio: interpretare la CEDU rendendola uno strumento vivente da applicare alla luce delle esigenze della società democratica moderna e delle evoluzioni scientifiche e sociali (cfr. Corte EDU, sed. plen., sentenza del 17 ottobre 1986, ricorso n. 9532/81 (*Rees v. Regno Unito*), § 47).

richiesta dalla Corte di cassazione⁵⁰. Nondimeno, come vedremo, la Corte ha avuto modo di richiamare questa ipotesi lasciando anche trapelare una diversa soluzione per il caso in cui siano utilizzati dei gameti della madre di intenzione e, quindi, prospettando un'ulteriore possibile apertura.

Ai fini della risoluzione del primo quesito, la Corte ha reputato fondamentali due elementi: l'individuazione del miglior interesse del minore e la definizione dei margini di apprezzamento degli Stati⁵¹.

Relativamente al primo parametro, la Corte EDU ha richiamato la propria giurisprudenza, secondo la quale i *best interests* del minore sono preminenti⁵². In particolare, il riferimento è alle sentenze *Mennesson* e *Labassée*, nelle quali la Corte ha osservato che uno Stato potrebbe voler dissuadere i propri cittadini dall'andare all'estero per utilizzare procedure di riproduzione assistita vietate sul proprio territorio: tuttavia, gli effetti del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione fra i bambini così concepiti e i genitori di intenzione si ripercuotono non solo su questi ultimi ma anche sui minori che verrebbero pregiudicati nei loro diritti con effetti negativi soprattutto per quanto riguarda il rispetto della vita privata qualora rimanesse incerto il loro *status filiationis*, perché potrebbero incontrare difficoltà, ad esempio, nel riconoscimento della cittadinanza, nel mantenimento della residenza con la madre e nei diritti successori⁵³. Salvaguardare l'interesse del minore significa non solo tutelare il diritto alla vita privata e personale, ma anche il diritto a conoscere le proprie origini e l'esigenza di essere protetto da eventuali abusi. Questi ultimi aspetti non depongono a favore del riconoscimento dello stato di filiazione con i genitori di intenzione⁵⁴: tuttavia, dare preminenza all'interesse del minore significa anche che è necessario individuare le persone responsabili per la sua crescita ed educazione e dare modo al bambino di vivere in maniera stabile in un determinato ambiente familiare.

Alla luce di ciò, la Corte ha ritenuto che una generale e assoluta impossibilità di stabilire il legame di filiazione con la madre di intenzione sia incompatibile proprio con i *best interests* del minore: pertanto, bisogna che sia effettuata un'attenta valutazione guardando alle specifiche circostanze del caso concreto⁵⁵. Relativamente al margine di apprezzamento degli Stati, la Corte di Strasburgo ha ricordato di avere già precisato nelle sentenze *Mennesson* e *Labassée* che si tratta di questioni eticamente e moralmente delicate coinvolgenti molteplici interessi: ne consegue che detto margine di apprezzamento è ampio anche perché non vi sono posizioni comuni fra gli Stati membri sull'importanza degli interessi in gioco né sui mezzi

⁵⁰ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, parere del 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001, §§ 27-30.

⁵¹ Cfr. § 37.

⁵² Cfr. § 38.

⁵³ Cfr. §§ 39-40.

⁵⁴ Cfr. § 41.

⁵⁵ Cfr. § 42.

migliori per proteggerli⁵⁶. Tuttavia, la Corte ha avuto modo di osservare nelle proprie pronunce che, quando è coinvolto un aspetto fondamentale dell'identità dell'individuo, come il rapporto genitore/figlio, il margine di apprezzamento è più limitato⁵⁷: ciò vale a maggior ragione nel caso di specie poiché sono in gioco diversi aspetti dell'identità personale, come la determinazione dell'ambiente in cui il minore deve vivere e l'individuazione delle persone responsabili della sua crescita⁵⁸.

Sulla base di queste precisazioni, la Corte ha risposto al primo quesito e ritenuto che, in ragione dei *best interests* del minore e del ristretto margine di apprezzamento dello Stato, il diritto nazionale debba prevedere la possibilità di riconoscere il legame di filiazione di un minore nato all'estero tramite maternità surrogata con la madre committente, quando nel certificato di nascita straniero sia stata indicata come *legal mother*⁵⁹. Dopodiché, non tenendo conto di quanto dichiarato preliminarmente, la Corte ha affermato che, sebbene non sia l'ipotesi del caso di specie, il riconoscimento di tale *status* appare ancor più necessaria nel caso in cui nella procedura di surrogazione sia stato utilizzato il materiale biologico della madre committente⁶⁰.

Per quanto riguarda il secondo quesito, senz'altro l'interesse del bambino è nel senso che l'incertezza relativa al rapporto giuridico con la madre di intenzione sia il più breve possibile allo scopo di evitare che si trovi in una posizione vulnerabile sotto molteplici profili del suo diritto al rispetto della vita privata⁶¹. Questo non significa però, ha spiegato la Corte, che gli Stati siano obbligati ad iscrivere nel registro dello stato civile i contenuti del certificato di nascita redatto all'estero⁶². Le procedure variano da Paese a Paese e la scelta per consentire tale riconoscimento deve rientrare nel margine di apprezzamento degli Stati⁶³. La Corte EDU ha precisato che l'art. 8 della CEDU non impone che il riconoscimento della relazione tra madre di intenzione e figlio avvenga fin dalla nascita, ma solo quando questa si sia tradotta in una realtà concreta e il relativo giudizio spetta necessariamente alle autorità nazionali⁶⁴. Una possibile soluzione per riconoscere tale relazione è l'adozione⁶⁵, purché la procedura consenta di prendere una rapida decisione⁶⁶.

⁵⁶ Cfr. § 43.

⁵⁷ Cfr. § 44.

⁵⁸ Cfr. § 45.

⁵⁹ Cfr. § 46.

⁶⁰ Cfr. § 47.

⁶¹ Cfr. § 49.

⁶² Cfr. § 50.

⁶³ Cfr. § 51.

⁶⁴ Cfr. § 52.

⁶⁵ Cfr. § 53.

⁶⁶ La necessità che l'ordinamento interno di riferimento preveda modalità che garantiscano l'effettività e la rapidità del procedimento adottivo, in applicazione del principio del superiore interesse del minore, è stato ribadito dalla Corte EDU, sez. V, sentenza 19 novembre 2019, ricorsi nn. 1462/18 (*C. c. France*) e 17348/18 (*E. c. France*), proprio richiamando espressamente alcuni passaggi del parere (cfr. § 39). A questo proposito, si vedano le considerazioni di E. CRIVELLI, *La Corte Edu richiama la prima Advisory opinion: un incentivo per l'Italia a ratificare il Protocollo 16?*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2020, pp. 450 ss.

e l'autorità giudiziaria competente possa valutare il miglior interesse del bambino alla luce delle circostanze del caso concreto⁶⁷. In particolare, la Corte non ha richiesto che sia prevista una procedura *ad hoc* per i casi di adozione legati al ricorso alla pratica della surrogazione di maternità: ciò che importa è che l'*iter* si svolga rapidamente allo scopo di ridurre i tempi di incertezza relativi al rapporto del bambino con la madre di intenzione, consentendo però un apprezzamento concreto della situazione reale a tutela dell'interesse del minore⁶⁸.

La Corte è consapevole che una siffatta soluzione possa non essere in grado di coprire tutte le differenti ipotesi che si possono verificare perché, ad esempio, nell'ordinamento francese l'adozione è possibile solo se i genitori sono coniugati. Inoltre, rimangono comunque dei margini di incertezza relativamente alle procedure di adozione per quanto riguarda altri interessi meritevoli di tutela: basti pensare, secondo quanto è stato osservato dall'*Ombudsman* francese, al consenso preliminare della madre che porta a termine la gravidanza⁶⁹. La Corte, però, non ha inteso soffermarsi su questi aspetti⁷⁰ e si è limitata ad auspicare, vista la complessità delle questioni sollevate dagli accordi di maternità surrogata, che gli Stati concludano accordi internazionali in materia per addivenire a discipline omogenee che consentano di superare dette questioni e, a questo proposito, ha richiamato la bozza elaborata dalla *Hague Conference on Private International Law*⁷¹.

Dall'esame delle pronunce della Corte EDU si ravvisa il crescente sforzo di dare un contenuto al principio dei *best interests of child*, soprattutto quando precisa che le decisioni devono avere lo scopo di garantire al bambino un ambiente stabile nel quale poter vivere con persone che si assumano la responsabilità di crescerlo e amarlo. Il bambino deve poter ricevere tutto quello che ci si aspetta in una famiglia per così

⁶⁷ Cfr. §§ 54-55.

⁶⁸ Nel caso di specie, la Suprema Corte francese si è definitivamente pronunciata circa sei mesi dopo: Cour de cassation, Assemblée plénière, arrêt n° 648 du 4 Octobre 2019 (10-19.053). In particolare, ha rilevato l'impossibilità di ricorrere alla definizione di un rapporto di filiazione per mezzo dell'adozione, causa i tempi eccessivamente lunghi della procedura, soprattutto tenendo conto del fatto che la questione si trascinava oramai da 15 anni (§§ 17 e 19). Ha però ritenuto di non poter utilizzare neppure l'istituto alternativo del cosiddetto "possesso di stato" per mezzo di atto notorio perché questo non garantisce adeguatamente la necessaria certezza e stabilità giuridica del legame tra genitore e minore (§ 18). Di conseguenza, ha stabilito che la trascrizione nei registri dello stato civile di Nantes degli atti di nascita (formati all'estero) delle due bambine non può essere annullata perché è la sola soluzione che non dà luogo a lesioni dell'art. 8 CEDU (§ 19).

⁶⁹ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, parere del 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001, § 57.

⁷⁰ In ciò, fra l'altro, è coerente con tutta la propria giurisprudenza in tema di maternità surrogata. Infatti, anche quando è chiamata a pronunciarsi sul fatto concreto, nel ricordare i principi e gli interessi da tutelare, prende sempre in considerazione quelli dei genitori committenti e il miglior interesse del minore senza tener conto, invece, della tutela della donna che porta a termine la gravidanza e della sua dignità. È come se la Corte EDU volesse evitare di esprimersi su questa problematica riconducibile nell'ambito delle valutazioni dei singoli Stati nel momento in cui decidono discrezionalmente se consentire o vietare la surrogazione di maternità mentre, in seguito alla nascita del bambino, non avrebbe più alcuna rilevanza. La Corte si limita a sottolineare la necessità che questo aspetto venga adeguatamente disciplinato a livello internazionale.

⁷¹ Cfr. §§ 57-59.

dire “tradizionale” e che è essenziale anche per quelle famiglie che hanno una differente origine o composizione.

Inoltre, mi pare che due siano i punti cui è oramai giunta la Corte EDU. Anzitutto, a proposito del riconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti del genitore committente privo di rapporti biologici col bambino, nel momento in cui la Corte afferma che ciascun Stato può contemplare procedure differenti in luogo della trascrizione nel registro dello stato civile di detto certificato, parrebbe lasciare intendere che i diversi strumenti devono – a tutela dei *best interests* del minore – produrre effetti comunque pieni ed equivalenti alla trascrizione del certificato di nascita straniero o del provvedimento rilasciato dall'autorità straniera competente.

In secondo luogo, le diverse soluzioni e, in particolare, l'istituto dell'adozione devono contemplare procedure celeri e che consentano di apprezzare il caso concreto, sempre in una prospettiva di tutela dell'interesse del minore.

5. Il recente arresto delle sezioni unite della Corte di cassazione

Le sezioni unite della Corte di cassazione⁷² hanno di recente affrontato il problema dell'instaurazione del rapporto di filiazione dei bambini nati in seguito a surrogazione di maternità con il genitore d'intenzione privo di un legame biologico: questa pronuncia avrebbe dovuto fare chiarezza e porre dei punti fermi, viste le differenti soluzioni prospettate a livello giurisprudenziale (soprattutto di merito, ma anche di legittimità).

⁷² Corte cass., sez. un. civ., sentenza 8 maggio 2019, n. 12193: la decisione risale al 6 novembre 2018 sebbene sia stata depositata dopo il parere reso dalla Corte EDU nell'aprile 2019. Secondo F.M. BUONAIUTI, *Recognition in Italy of filiation established abroad by surrogate motherhood, between transnational continuity of personal status and public policy*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2/2019, p. 294, la Suprema Corte sarebbe giunta, con questa pronuncia, a conclusioni analoghe a quelle rese nel parere della Corte EDU. Di tale avviso sono anche B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 5/2019, p. 197; E. CRIVELLI, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019, p. 709; S. TONOLO, *La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte di cassazione (sez. un. civ.), n. 12193/2019: tra «costituzionalizzazione attenuata» e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4/2019, p. 1137; M. SARZO, *La nuova procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 alla luce del parere della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di surrogazione di maternità*, *ivi*, p. 1158; M. DOGLIOTTI, *I due padri tra ordinanza di remissione e sezioni unite della Cassazione*, in *GenIUS*, 2/2019, p. 38; G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Famiglia e diritto*, 7/2019, p. 677; A. VALONGO, *Gestazione per altri e ordine pubblico internazionale – la c.d. “filiazione omogenitoriale” al vaglio delle sezioni unite della Cassazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 3/2020, p. 543. Critiche sono state rivolte da A. SPADAFORA, *Procreare semper licet?*, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 3/2019, pp. 1098 ss., e M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Famiglia e diritto*, 7/2019, pp. 667 ss., perché, secondo la ricostruzione delle sezioni unite, il progetto di genitorialità sociale di una coppia omosessuale maschile si porrà sempre in contrasto col principio dell'ordine pubblico mentre quello di una coppia omosessuale femminile lo sarà soltanto nel caso in cui ciascuna *partner* non sia in grado di portare a termine la gestazione.

La vicenda affrontata aveva ad oggetto il mancato riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento emesso da un'autorità giudiziaria di un Paese estero, mediante il quale è stato attribuito a due minori lo *status filiationis* anche nei confronti del componente di una coppia omosessuale maschile con il quale però non avevano alcun rapporto biologico. I due gemelli sono stati generati per mezzo dei gameti forniti dall'altro componente della coppia – già dichiarato loro genitore con un precedente provvedimento regolarmente trascritto in Italia – con la cooperazione di due donne, una delle quali ha donato gli ovociti mentre l'altra, in forza di un accordo validamente stipulato ai sensi della legge straniera, ha portato avanti la gravidanza rinunciando preventivamente a qualsiasi diritto nei confronti dei minori.

La Corte di cassazione muove dalla considerazione che il divieto espresso all'art. 12, co. VI, l. n. 40/2004, esprime il punto di equilibrio attualmente raggiunto a livello legislativo nella tutela dei differenti interessi fondamentali di cui tener conto nell'affrontare questa materia e, perciò, non è possibile affermare semplicemente che le conseguenze delle violazioni delle prescrizioni e dei divieti posti dal legislatore, sebbene imputabili agli adulti che hanno fatto ricorso a questa pratica fecondativa illegale in Italia, non possano ricadere sul bambino.

È questa l'occasione per le sezioni unite per fare chiarezza sul limite dell'ordine pubblico⁷³: difatti, dopo una giurisprudenza altalenante, precisano che, in tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico «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 fornitane dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»⁷⁴.

⁷³ Gli artt. 16, 64 e 65, l. n. 218/1995 (*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*), stabiliscono che la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico e, parimenti, le sentenze e i provvedimenti stranieri relativi all'esistenza dei rapporti di famiglia producono effetti nel nostro Paese purché non siano contrari all'ordine pubblico. Inoltre, l'art. 18, d.P.R. n. 396/2000 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127*), aggiunge l'intrascrivibilità degli atti formati all'estero che siano contrari all'ordine pubblico. In tema di ordine pubblico, quale strumento per dare concretezza a regole e principi, si vedano G. PERLINGIERI, G. ZARA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

⁷⁴ Corte cass., sez. un. civ., sentenza 8 maggio 2019, n. 12193, § 12.3. La Suprema Corte sembra aver optato per un concetto di ordine pubblico non più circoscritto ai soli principi supremi o fondamentali e vincolanti della Costituzione, comuni anche ad altri ordinamenti, ma per una nozione ben più ampia: cfr. G. RECINTO, *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'*, in *Diritto delle successioni e famiglia*, 2/2019, p. 347. Un concetto di minore ampiezza era stato utilizzato dalla Corte di cassazione, sez. I civ., sentenza 30 settembre 2016, n. 19599, che aveva fatto propria una ricostruzione estremamente rigida e circoscritta dell'ordine pubblico internazionale poiché aveva riferito il limite ai soli principi fondamentali desumibili dalla Costituzione, dalla CEDU, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti dell'UE, facendolo sostanzialmente coincidere coi soli principi supremi che non

La Corte di cassazione ritiene, perciò, che anche l'interesse del minore sia destinato ad affievolirsi in caso di ricorso alla surrogazione di maternità poiché il relativo divieto costituisce l'anello necessario di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale sulla filiazione, segnando il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoreponsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica e torna ad operare il *favor veritatis* che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica.

Secondo le sezioni unite, la tutela dei valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, sono presidiate dal divieto penale della surrogazione di maternità e, dunque, esprimono un principio di ordine pubblico, giacché la l. n. 40/2004 rappresenta una legge costituzionalmente necessaria⁷⁵ (ma non nel contenuto, come precisato dalla Corte costituzionale)⁷⁶. Detti principi – 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 determinano necessariamente l'impossibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale e la cancellazione dell'interesse

potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario: cfr. G. COLLURA, «*Le famiglie degli affetti*» e le nuove genitorialità, in *Rassegna di diritto civile*, 1/2018, pp. 37 ss. (spec. pp. 58 ss.). In questa maniera, l'ordine pubblico internazionale veniva fatto coincidere con l'ordine pubblico costituzionale, irrigidendone il contenuto: cfr. G. LUCCIOLI, *Dalle sezioni unite un punto fermo*, op. cit. In sostanza, al giudice sarebbe spettato il compito di formulare un giudizio, preventivo e virtuale, assimilabile a quello di costituzionalità, volto a verificare la possibilità, per il legislatore, di introdurre nel nostro ordinamento una norma analoga a quella straniera: cfr. C. GHIONNI, *Figlio di due madri nato all'estero e compatibilità con l'ordinamento interno: l'interesse della persona minore d'età nella famiglia omogenitoriale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1/2018, p. 314. In merito, si vedano anche C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3/2016, p. 481, L. FERRARO, *La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero. Un esame della giurisprudenza (ultima) interna e della Corte EDU*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1/2017, p. 1, e C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., p. 119. Le sezioni unite si discostano da questa ricostruzione ritenendo che la compatibilità con l'ordine pubblico debba essere valutata, appunto, per mezzo non solo dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli contemplati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e nell'interpretazione data dalla giurisprudenza, costituzionale e ordinaria, nella sua attività creativa del diritto vivente. G. CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*, in *Il Foro Italiano*, 6/2019, I, p. 2003, si esprime criticamente verso la ricostruzione delle sezioni unite poiché, senza pervenire all'interpretazione abrogante del limite dell'ordine pubblico, vi sarebbe comunque stato spazio per il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero, alla luce di quel filone giurisprudenziale che oramai riconosce le nuove forme di genitorialità sia etero che omosessuali e che, anche ai fini dell'attribuzione dello *status*, danno rilievo al consenso quale espressione dell'autoreponsabilità genitoriale (Corte cass., sez. I civ., sentenza 15 maggio 2019, n. 13000). Sulla correttezza della ricostruzione delle sezioni unite, giacché l'ordine pubblico non è una nozione che debba essere condivisa con altri Paesi ma «un concetto unitario prettamente legato all'identità nazionale e culturale di un singolo Paese», si veda, invece, G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e famiglia*, 2/2019, p. 337. Secondo questo Autore, nella ricostruzione delle sezioni unite, il limite dell'ordine pubblico internazionale assume la funzione di garanzia della tenuta complessiva dell'ordinamento e della sua coerenza interna. Il fatto che la normativa ordinaria, quale strumento di attuazione della Costituzione, concorra alla definizione della nozione di ordine pubblico spiega la riconduzione in quest'ultimo limite del divieto di accesso alla surrogazione di maternità e la sanzione penale ne indica proprio la funzione di tutela degli interessi costituzionali irrinunciabili. Di diverso avviso sono M.M. WINKLER, K. TRILHA SCHAPPO, *A Tale of Two Fathers*, in *The Italian Law Journal*, 1/2019, p. 359, perché la soluzione prospettata pone a rischio di compromissione l'interesse del minore e la sua dignità.

⁷⁵ Cfr. § 13.2.

⁷⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 45/2005, cons. dir. p.to 5.

del minore poiché la sua tutela impone di prescindere dalla rigida alternativa vero o falso, dovendo tener conto di variabili più complesse come, ad esempio, la presenza di strumenti legali idonei a consentire la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale che, sebbene diverso da quello dell'art. 8, l. n. 40/2004, garantisca al minore un'adeguata tutela. La Corte richiama il proprio orientamento giurisprudenziale in tema di adozioni in casi particolari, *ex* art. 44, l. n. 184/1983: questo istituto consente di salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa e, quindi, appare funzionale a garantire l'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppati dal minore con altri soggetti⁷⁷.

Le sezioni unite sottolineano come questa soluzione sia assolutamente conforme ai principi sanciti dalle convenzioni internazionali in materia di protezione dei diritti dell'infanzia: proprio la Corte EDU, da tempo, ha affermato che gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento sia ai fini della decisione di autorizzare o meno la predetta pratica sia con riguardo alla determinazione degli effetti da ricollegarvi sul piano giuridico, dando atto che è in gioco un aspetto essenziale dell'identità degli individui, ma rilevando che in ordine a tali questioni non vi è consenso a livello internazionale e ritenendo comunque legittime le finalità di tutela del minore e della gestante perseguite attraverso l'imposizione del divieto in questione.

Le sezioni unite richiamano proprio le sentenze *Mennesson* e *Labassée* per sottolineare come il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione sia destinato inevitabilmente ad incidere sulla vita privata familiare del minore, tuttavia non vi sarà alcuna violazione perché non è in discussione il rapporto di filiazione con il genitore biologico ma soltanto quello con l'altro genitore di intenzione e, in ogni caso, non è precluso al minore l'inserimento nel nucleo familiare della coppia genitoriale né l'accesso al trattamento giuridico ricollegabile allo *status filiationis* pacificamente riconosciuto nei confronti dell'altro genitore⁷⁸.

La ricostruzione operata, secondo la Corte di cassazione, sarebbe rispettosa della giurisprudenza della Corte EDU poiché l'esistenza di un legame biologico con il minore rappresenta il limite oltre il quale è rimessa alla discrezionalità del legislatore statale l'individuazione degli strumenti più adeguati a conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale, compatibilmente con gli altri interessi coinvolti nella vicenda.

5.1. Criticità irrisolte

In realtà, secondo quanto osservato in precedenza a proposito delle pronunce della Corte EDU, l'alternativa che è stata riconosciuta in luogo della trascrizione del certificato di nascita straniero o del provvedimento dell'autorità straniera presuppone che i risultati in punto di diritti e doveri dei genitori e

⁷⁷ Cfr. Corte cass., sez. un. civ., sentenza 8 maggio 2019, n. 12193, § 13.2.

⁷⁸ Cfr. § 13.3.

di diritti del minore siano sostanzialmente i medesimi. In questa prospettiva, l'adozione in casi particolari – che per il minore non determina legami di parentela con la famiglia dell'adottante e, quindi, neppure diritti successori verso i relativi parenti – suscita dei dubbi circa la capacità di garantire al minore un adeguato sviluppo psicofisico tenendo anche conto dei diritti e dei doveri che sono riconosciuti all'adottante⁷⁹.

L'altro aspetto che genera perplessità è il fatto che le sezioni unite tengano a sottolineare l'armonia con le pronunce della Corte EDU poiché la soluzione prospettata non mette in discussione il rapporto di filiazione col genitore biologico ma soltanto con il genitore sociale nei confronti del quale il minore potrà veder riconosciuto il proprio legame affettivo per mezzo dell'adozione in casi particolari. Ciò significa che il disvalore riferito alla GPA deve essere sopportato interamente, per un verso, dal genitore che non ha contribuito materialmente alla procreazione e, per un altro verso, dal minore che, negli stessi rapporti sociali, non potrà vantare uno *status filiationis* pieno verso il genitore d'intenzione privo di legami biologici e, dunque, gli sarà precluso di manifestare la propria identità.

Il paradosso cui è giunta la giurisprudenza sta proprio nel fatto che la surrogazione di maternità – penalmente vietata nel nostro Paese –, quando sia realizzata all'estero, non porta alla perseguibilità penale dei genitori committenti ma permangono degli effetti negativi ricondotti alla lesione dei valori della dignità della donna: effetti che, però, ricadono sul genitore privo di legami biologici e sul minore che non potrà vedere riconosciuto un rapporto di filiazione pieno. Non si comprende come uno stigma destinato a segnare l'intera vita del minore e anche quella del genitore sociale possa rimediare alla violazione della dignità. In ogni caso, quest'ultimo bene è già stato oggetto di considerazione, tutela e disciplina nel Paese straniero ove è stata realizzata legalmente detta pratica.

A ciò si aggiunga che le soluzioni devono esprimere il bilanciamento dei molteplici interessi in gioco nei diversi momenti: quello che voglio dire è che il divieto di surrogazione di maternità presente nel nostro ordinamento è frutto del bilanciamento di molteplici principi e valori, valutati prima che detta pratica venga realizzata e, dunque, soprattutto la dignità della donna e l'interesse del bambino (non ancora procreato) rilevano secondo specifiche prospettive. Dopo la nascita, è chiaro che gli interessi e i valori in gioco saranno sempre i medesimi ma dovranno essere apprezzati secondo differenti prospettive che richiederanno un nuovo e adeguato bilanciamento.

Infine, l'altra incongruenza è legata alla ricostruzione del limite dell'ordine pubblico e alla sua contrapposizione all'interesse del minore: se il primo è l'insieme dei valori fondanti l'ordinamento in un determinato momento, avuto riguardo non solo alle indicazioni costituzionali e delle fonti internazionali

⁷⁹ Cfr. G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale*, cit., spec. pp. 341 ss.

ma anche alla disciplina data ai singoli istituti e all'interpretazione giurisprudenziale, allora nella nozione dei ordine pubblico deve rientrare anche il principio dei *best interests of the child*, che non costituisce un valore frutto della scelta discrezionale del legislatore ma ha natura ben radicata nella Costituzione, nelle fonti internazionali e nella giurisprudenza. Di conseguenza, non si comprende come l'ordine pubblico possa contrapporsi all'interesse del minore e, soprattutto, affievolirlo.

6. A proposito degli *obiter dicta* inseriti nella sentenza n. 221/2019 della Corte costituzionale

Di recente, la Corte costituzionale ha avuto modo di intervenire nuovamente sul tema della maternità surrogata. Lo ha fatto non direttamente ma, come nelle occasioni precedenti, attraverso degli *obiter dicta*⁸⁰ mentre si è occupata di una nuova questione in tema di PMA⁸¹.

Nell'intera pronuncia si avverte il timore che un'eventuale apertura della PMA alle coppie omosessuali femminili possa creare un varco anche per quelle maschili e, di conseguenza, per la surrogazione di maternità. Difatti, la Corte si preoccupa di richiamare, da subito, la differenza fra PMA e surrogazione di maternità per i diversi valori e principi costituzionali coinvolti. Ricorda così come, per le coppie omosessuali femminili, la PMA si attui mediante fecondazione eterologa, in vivo o in vitro, con gameti maschili di un donatore e osserva come, dall'eventuale accoglimento delle questioni proposte, ne deriverebbe l'estensione della fecondazione eterologa anche all'infertilità sociale o relazionale,

⁸⁰ Cfr. F. ANGELINI, *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. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12913 del 2019 e non solo*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2020, pp. 185 ss.

⁸¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 221/2019: nello specifico, la Corte ha ribadito la non irragionevolezza del divieto di accesso alla PMA per le coppie dello stesso sesso perché giustificato, per un verso, dalla funzione delle tecniche considerate che avrebbero nel nostro ordinamento una finalità terapeutica e, per un altro verso, da un modello di famiglia caratterizzato dalla presenza di una madre e un padre (cfr. cons. dir. p.to 10). G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement"*, in *Corriere giuridico*, 12/2019, p. 1460, si esprime in termini positivi sottolineando come questa pronuncia abbia il merito di aver fatto dei chiarimenti in una materia che coinvolge delicati problemi di ordine etico e morale ponendo un freno verso quelle tendenze volte ad affermare un ipotetico e incerto diritto assoluto alla genitorialità guardando ai bisogni degli adulti piuttosto che a quelli dei minori. In termini contrari e critici si esprime, invece, G. CASABURI, *«Qui sto. Non posso fare altrimenti»: la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali (femminili)*, in *Il Foro italiano*, 12/2019, I, p. 3798, secondo il quale «la chiarezza dell'esposizione fa emergere, con disarmante evidenza, i limiti, in primo luogo culturali, della pronuncia, espressione di un non condivisibile ridimensionamento del proprio ruolo (anche per il passato) e di esasperato conservatorismo». Secondo l'Autore, la Corte assume una prospettiva eticheggiante dimostrandosi prevenuta nei confronti dell'omogenitorialità e si trincerava dietro la discrezionalità del legislatore nell'apprezzamento dei valori in gioco dando uno spazio sproporzionato all'orientamento della società: la «Corte costituzionale, in definitiva, "sta", chiudendo gli occhi e la mente, forse perché ritiene di non poter fare diversamente». Critici sono anche A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2019, p. 2633; M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2019, p. 2613; M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, p. 804. Di diverso avviso sono, invece, R. FADDA, *Il conflitto assiologico nella legge n. 40/2004 tra morale kantiana e diritto alla procreazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2/2020, p. 439, e F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, *ivi*, p. 581.

fisiologicamente propria della coppia omosessuale femminile, dovuta alla non complementarietà biologica delle due componenti⁸². Tiene, però, a precisare che, per le coppie omosessuali maschili, la genitorialità artificiale passa necessariamente attraverso una diversa pratica: la maternità surrogata o gestazione per altri, vale a dire un accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a rivendicare i diritti sul nascituro. Ribadisce, così, che tale pratica è vietata in assoluto – anche nei confronti delle coppie eterosessuali, sotto minaccia di sanzione penale – dall’art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, che la giurisprudenza considera disposizione espressiva di un principio di ordine pubblico⁸³.

La Corte dichiara apertamente che l’ammissione alla PMA delle coppie omosessuali determinerebbe la sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale, delle linee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004, che la Corte ha ricostruito guardando all’originario tenore. Difatti, vi sarebbero potenziali ricadute sull’intera platea delle ulteriori posizioni soggettive al momento escluse dalle pratiche riproduttive, ponendo interrogativi delicati proprio con riferimento alle coppie omosessuali maschili e, dunque, al divieto di maternità surrogata⁸⁴.

La Corte, richiamando la sentenza n. 162/2014⁸⁵, evidenzia come la Costituzione, pur considerandone favorevolmente la formazione, non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli: difatti, la libertà e volontarietà dell’atto che consente di diventare genitori non implica che tale libertà possa esplicarsi senza limiti poiché deve essere bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti. Ciò perché il ricorso alle tecniche di procreazione assistita alterano le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui aprendo, di conseguenza, nuovi scenari rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è stata

⁸² In particolare, la Corte ritiene che la violazione dell’art. 32 Cost. non sia ipotizzabile neppure nel caso in cui le due *partner* di una coppia omosessuale femminile abbiano entrambe patologie che impediscano la produzione di ovociti o la gestazione poiché, secondo i giudici costituzionali, l’esistenza di patologie riproduttive è un dato significativo nell’ambito della coppia eterosessuale, all’interno della quale fa venire meno la normale fertilità di tale coppia, mentre è un aspetto irrilevante nell’ambito della coppia omosessuale, la quale sarebbe comunque affetta dall’infertilità fisiologica (cfr. cons. dir. p.to 17). Portando un esempio pratico, è come se la Corte avesse affermato che una donna che non sia fertile per una qualche patologia potrà sperare di vivere la maternità, se di orientamento eterosessuale, perché col proprio *partner* maschile potrà accedere alla PMA mentre, se lesbica, non potrà diventare madre, non già per la sua infertilità patologica ma per quella fisiologica: cfr. M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un’interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di quaderni costituzionali-Rassegna*, 2/2020, pp. 143 ss. (spec. p. 155).

⁸³ Cfr. cons. dir. p.to 8, dove viene richiamata la Corte di cassazione, sez. un. civ., sentenza 8 maggio 2019, n. 12193.

⁸⁴ Cfr. cons. dir. p.to 12.

⁸⁵ Per un confronto fra la sentenza n. 162/2014 e la n. 221/2019, volto ad evidenziare come la Corte giunga a soluzioni opposte pur utilizzando i medesimi principi e argomenti, tanto che, nel primo caso, il pendolo oscilla verso una valutazione di irragionevolezza mentre, nell’altro caso, il pendolo oscilla dal lato del legislatore e della razionalità delle sue scelte, si veda C. TRIPODINA, *Contrórdine: la delimitazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”. La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2019, 2622.

costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente anche delicati interrogativi di natura etica.

La Corte ha cura di ricordare che, in materia, il compito di ponderare i molteplici interessi in gioco tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico, è proprio del legislatore che, nella sua discrezionalità, potrà optare anche per soluzioni di segno diverso in ragione dell'evolversi dell'apprezzamento sociale delle fenomenologie considerate. Nondimeno, la Corte ritiene che le scelte operate non siano irrazionali e ingiustificate avuto riguardo alle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo del nuovo nato: l'idea sottesa alla disciplina contenuta nella l. n. 40/2004, 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»⁸⁶. In particolare, la Corte ritiene che la diversità di sesso dei componenti della coppia per l'accesso alla PMA sarebbe presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia ed è richiesta dal legislatore che ha dovuto tener conto anche dell'insufficiente grado di accettazione del fenomeno dell'“omogenitorialità” nell'ambito della comunità sociale all'epoca del varo della legge.

Secondo la Corte costituzionale queste conclusioni non sarebbero inficiate neppure guardando ai più recenti orientamenti della giurisprudenza comune sui temi dell'adozione di minori da parte di coppie omosessuali e del riconoscimento in Italia di atti formati all'estero, dichiarativi del rapporto di filiazione nei confronti di genitori dello stesso sesso. Infatti, vi sarebbe una differenza essenziale tra l'adozione e la PMA: la prima presuppone l'esistenza in vita dell'adottando e non serve a dare un figlio a una coppia, bensì a dare una famiglia al minore che ne è privo. La PMA è finalizzata, invece, a dare un figlio non

⁸⁶ Cons. dir. p.to 13.1. S. STEFANELLI, *Non è incostituzionale il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali femminili*, in *ilfamiliarista.it*, 5 febbraio 2020, si esprime criticamente perché la Corte non prenderebbe minimamente in considerazione gli studi scientifici, oramai molteplici e diffusi, che evidenziano come i bambini di coppie omosessuali abbiano un livello di benessere pari (se non superiore) a quello dei coetanei nati con la PMA da genitori eterosessuali. A quest'ultimo proposito si vedano anche: V. LINGIARDI, N. CARONE, *Madri lesbiche, padri gay: genitori de-generati?*, in *Giornale italiano di psicologia*, 1-2/2016, p. 57; F.M. NIMBI, G. CIOCCA, E. LIMONCINI, C. SIMONELLI, E.A. JANNINI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata: stato dell'arte e prospettive future della genitorialità nelle coppie omosessuali*, in *L'Endocrinologo*, 19/2018, p. 196. Nello stesso senso è L. FRUGGERI, *Genitorialità: dalla attribuzione di un ruolo all'esercizio di una funzione*, in A. GIGLI (a cura di), *Maestra, perché Sara ha due mamme?*, Milano, 2011, p. 66, il quale evidenzia come l'omosessualità non sia una qualificazione della genitorialità, ma una delle condizioni entro cui la genitorialità può essere esercitata. F. TANI, *Famiglie omoparentali: perché no?*, in *Giornale italiano di psicologia*, 1-2/2016, pp. 175 ss., sottolinea come non sia il genere dei genitori a garantire di per sé buone condizioni di sviluppo dei figli, quanto la loro capacità di svolgere responsabilmente tale ruolo e aggiunge che se «qualcosa può costituire un significativo fattore di rischio per lo sviluppo dei bambini che vivono in tali famiglie, questo è da ricercarsi negli atteggiamenti pregiudiziali, nella stigmatizzazione sociale e nella discriminazione giuridica di cui tali realtà familiari, e i bambini che in esse vivono, sono oggetto».

ancora nato a una coppia (o a un singolo) realizzandone le aspirazioni genitoriali. Il bambino deve ancora nascere e, perciò, non è irragionevole «che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni “di partenza”»⁸⁷.

Nondimeno, vi sarebbe ancora una particolarità in caso di coppia omosessuale femminile che sia ricorsa alla PMA all'estero con donazione dell'ovulo da parte di una *partner* e conduzione della gravidanza da parte dell'altra: difatti, la Corte sembrerebbe aderire alla soluzione prospettata dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 19599/2016 che ha ritenuto possibile la trascrizione nel registro dello stato civile di un atto straniero dal quale risulti la maternità di entrambe le donne, posto che non vi sarebbe alcun contrasto con l'ordine pubblico interno. Difatti, la Corte di cassazione ha affermato che non sussiste alcun divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere e anche generare figli, né esistono certezze scientifiche o dati di esperienza atti a dimostrare che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore⁸⁸. Questa soluzione sarebbe rispettosa sia del principio *mater semper certa est*⁸⁹ sia del principio,

⁸⁷ Cons. dir. p.to 13.2.

⁸⁸ Cfr. cons. dir. p.to 13.2. In merito, si vedano le considerazioni di L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2020, p. 227. In seguito a questa pronuncia, in alcune occasioni, taluni giudici di merito hanno riconosciuto altresì la possibilità di trascrivere il provvedimento straniero di accertamento della genitorialità di una coppia formata da due uomini: cfr. Tribunale Milano, sez. VIII, ordinanza del 24 ottobre 2018. In merito, si rinvia al commento di I. BARONE, *Omogenitorialità maschile da surrogazione di maternità tra aperture giurisprudenziali e sistema costituzionale*, in *Famiglia e diritto*, 5/2019, p. 494.

⁸⁹ Cfr. F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale*, cit., pp. 210 ss., secondo la quale, questa pronuncia farebbe pensare alla possibilità di riconoscere la doppia maternità (naturale e biologica) anche in seguito all'avvenuta nascita del bambino nel nostro Paese. Tale soluzione sembrerebbe, però, esclusa dalla stessa Corte costituzionale: difatti, in una pronuncia di poco successiva, la n. 237/2019 (cfr. L. DELL'ATTI, *Omogenitorialità, genitorialità intenzionale e legge straniera applicabile. Considerazioni costituzionali a margine di Corte cost., 237/2019*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2020, pp. 1 ss.), ha affermato che, nel nostro ordinamento, è al momento «escluso che genitori di un figlio possano essere due persone dello stesso sesso» (cons. dir. p.to 3.1.1). Benché sia vero che quest'ultima pronuncia, come sottolinea l'Autrice, riguarda un caso in cui una delle due *partner* è priva di legami biologici col bambino, tuttavia l'osservazione della Corte (ancora una volta incidentale, in una sentenza di inammissibilità) è in termini assoluti e, quindi, sembrerebbe riferirsi anche al caso in cui una delle due donne abbia contribuito alla PMA con la donazione dell'ovocita all'altra *partner* che ha portato a termine la gestazione. Dunque, in caso di nascita in Italia, l'unica possibilità per la madre non gestante – che abbia contribuito o meno con l'ovocita alla procreazione – è l'adozione in casi particolari. Questa conclusione lascia delle perplessità perché lo *status* dei nati da medesime procedure procreative sarebbe differente a seconda del luogo di nascita degli stessi, con tutte le conseguenze che ne discendono. Inoltre, l'adozione in casi particolari, oltre a dei tempi di attesa (cfr. M. WINKLER, *Le sezioni unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*, in *Corriere giuridico*, 10/2019, p. 1198), non è, per l'appunto, pienamente legittimante e, ad esempio, non comporta legami con la famiglia dell'adottante. Ma c'è di più: l'adozione in casi particolari è pur sempre rimessa all'impulso di chi abbia comunque acconsentito alla PMA. Da questo punto di vista, senz'altro minore è la tutela offerta al nato in Italia, in palese contraddizione con le stesse finalità (e timori) espresse(i) dal legislatore nell'art. 9, l. n. 40/2004, ove, con riferimento alla fecondazione di tipo eterologo, ha stabilito che il coniuge o il convivente della madre naturale, pur in assenza di un suo apporto biologico, non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità: cfr. M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA*, cit., p. 143.

ricavabile dalla giurisprudenza della Corte EDU – seppur espresso in materia di maternità surrogata –, secondo il quale l'esistenza di un legame biologico con il minore rappresenta il limite oltre il quale è rimessa alla discrezionalità del legislatore statale l'individuazione degli strumenti più adeguati a conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale.

6.1. Incoerenze e permanenza delle criticità

Sono molti gli aspetti di questa pronuncia che suscitano riflessioni: in questa occasione, mi limito ad evidenziare due criticità.

Anzitutto, se occorre compiere una ricostruzione discriminatoria sul piano dell'orientamento sessuale per la tenuta di una disciplina, forse questo significa che è la legge ordinaria a non poter più forzare i parametri costituzionali a dispetto degli apprezzamenti sociali.

In altri termini, mi pare che l'approccio desti delle perplessità: è sì vero che i paradigmi radicati nella società hanno portato al riconoscimento di quanto previsto negli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione, tuttavia l'evoluzione verificatasi nel tempo anche da un punto di vista culturale ha portato ad arricchire di contenuti detti modelli tenendo peraltro presente che la formazione sociale “famiglia” è pur sempre «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto; la sua intima essenza rimane metagiuridica. [...] la famiglia è la rocca sull'onda, ed il granito che costituisce la sua base appartiene al mondo degli affetti»⁹⁰. Dunque, la famiglia è da intendere come l'ambiente affettivo stabile all'interno del quale l'individuo bambino può crescere e formare la propria identità.

L'ulteriore criticità è data dal fatto che la Corte ha ricostruito il problema in termini di eguaglianza/diseguaglianza nell'essere genitori guardando esplicitamente alle potenzialità generative della coppia e all'orientamento sessuale della stessa: invece, occorre muovere «dal diritto e dal bisogno del minore, nel caso concreto e nella valutazione della sua condizione specifica, di realizzare il *best interest* attraverso l'individuazione, il riconoscimento e la legittimazione del genitore legale per lui più adatto e migliore, nelle condizioni in cui si trova allo stato e nel momento in cui viene valutata la sua situazione»⁹¹. Mi pare di poter aggiungere che anche questa pronuncia (letta congiuntamente alla sentenza n. 237/2019)⁹² presenta margini di incoerenza perché viene salvata la preclusione contemplata nella l. n. 40/2004 per quanto riguarda l'accesso da parte delle coppie omosessuali femminili alla PMA e, però, non viene negata la possibilità di trascrivere il certificato di nascita straniero di un bambino nato con il contributo di ciascuna delle due *partner* femminili. È come se la Corte, per queste ipotesi, indicasse quale

⁹⁰ A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, 1949, III, p. 22.

⁹¹ G.M. FLICK, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, 1/2017, p. 8.

⁹² V., *supra*, nota n. 91.

percorso da seguire il ricorso alla PMA all'estero e la necessità che il bambino non nasca in Italia, con tutte le conseguenze che ne discendono anche in punto di disparità di trattamento: tutto questo nell'intento di impedire la creazione di varchi che possano portare a incrinare il divieto di surrogazione di maternità. Non solo, funzionalmente a ciò, si giustificano effetti sostanzialmente punitivi verso il genitore di intenzione e il minore nato in seguito alla surrogazione di maternità⁹³.

7. Una nuova questione all'attenzione della Corte costituzionale

Viste le prese di posizione della Corte costituzionale è difficile ipotizzare, a breve, che vengano sollevati dubbi di legittimità costituzionale volti a caducare il divieto di surrogazione di maternità⁹⁴.

Tuttavia, la prima sezione della Corte di cassazione⁹⁵ ha proposto una nuova questione di legittimità costituzionale sulle conseguenze della violazione del divieto di surrogazione, soprattutto in punto di *status* dei bambini generati⁹⁶.

Due uomini, cittadini italiani, coniugati in Canada con matrimonio trascritto in Italia nel registro delle unioni civili, sono ricorsi alla gestazione per altri per divenire padri: il bambino è nato a seguito della fecondazione avvenuta tra un ovocita di una donatrice anonima e i gameti di uno dei due *partner*, con successivo impianto dell'embrione nell'utero di un'altra donna, non anonima, che ha portato a termine la

⁹³ V. R. RUSSO, *Gli incerti confini della genitorialità fondata sul consenso: quando le corti di merito dissentono dalla Cassazione*, in *Giustizia insieme*, 28 maggio 2020.

⁹⁴ Cfr. B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata*, cit., pp. 197 ss.

⁹⁵ Evidentemente la prima sezione ha ritenuto di non poter più fare applicazione del diritto vivente, tenuto conto che in due casi, di poco precedenti e riguardanti la PMA eseguita all'estero fra coppie omosessuali femminili, era pervenuta a pronunce di tutt'altro tenore. In particolare, il primo caso (Corte cass., sez. I civ., sentenza 22 aprile 2020, n. 8029), riguarda una coppia omosessuale femminile, ricorso alla PMA all'estero, dove una *partner* ha portato a termine la gravidanza in Italia, mentre l'altra non ha fornito alcun apporto biologico pur avendo espresso il proprio consenso. La Corte ha negato la possibilità di rettificare l'atto di nascita per indicare come madre anche la donna priva di qualsiasi legame biologico col bambino. Difatti, ad avviso della Suprema Corte, l'impossibilità di ricollegare l'instaurazione del rapporto di filiazione, tra il minore e il genitore di intenzione, non contrasta con la giurisprudenza della Corte EDU, la quale ha escluso la possibilità di ravvisare un trattamento discriminatorio nella legge statale che attribuisca alla PMA finalità puramente terapeutiche, riservandole alle coppie eterosessuali con problemi non risolvibili di sterilità e infertilità oppure portatrici di malattie geneticamente trasmissibili. Non solo, ha aggiunto che, sebbene lo sviluppo scientifico e tecnologico abbia reso possibili delle forme di procreazione svincolate dall'atto sessuale, è vero che l'intera disciplina del rapporto di filiazione, delineata nel codice civile, resta saldamente ancorata alla necessità di un rapporto biologico tra il nato e i genitori, la cui esclusione richiederebbe modifiche radicali di sistema, che non sono realizzabili direttamente dal giudice nei singoli casi. A commento della pronuncia, si veda K. MASCIA, *Atto di nascita: no al riconoscimento del figlio di due donne anche se legate civilmente*, in *Diritto & giustizia*, 81/2020, p. 4. Di poco precedente è la pronuncia mediante la quale la Corte di cassazione (sez. I civ., sentenza 3 aprile 2020, n. 7668) ha escluso che l'ufficiale di stato civile possa registrare situazioni ed eventi non previsti nell'ordinamento e, dunque, la possibilità di formare un atto di nascita, per un bambino nato in Italia, ove siano indicate due persone dello stesso sesso come genitori: cfr. R. CALVIGIONI, *L'ufficiale di stato civile non può registrare la nascita da genitori same sex: dai giudici di merito fino alla Cassazione*, in *Famiglia e diritto*, 6/2020, p. 537. Critiche alle due pronunce della Cassazione sono state rivolte da S. FLORE, *L'atto di nascita del figlio concepito mediante fecondazione eterologa effettuata all'estero da una coppia di donne*, in *Famiglia*, 4/2020, p. 503, la quale osserva come non sia stato adeguatamente tutelato l'interesse del minore contravvenendo anche alle indicazioni della Corte EDU.

⁹⁶ Corte cass., sez. I civ., ordinanza 29 aprile 2020, n. 8325.

gravidanza. L'atto di nascita formato dalle autorità canadesi indicava come unico genitore il padre biologico. A seguito del ricorso alla Suprema Corte della *British Columbia*, i due *partner* hanno ottenuto una sentenza nella quale entrambi sono stati dichiarati genitori del minore, disponendo la conseguente modifica dell'atto di nascita.

L'ufficiale di stato civile del Comune di Verona ha però negato il riconoscimento del provvedimento straniero attestante la cogenitorialità legale in favore del genitore committente non biologico e rifiutato la richiesta avanzata di rettificare l'atto di nascita per due motivi: anzitutto, perché esisteva già un atto di nascita trascritto e, in secondo luogo, per l'assenza di dati normativi certi e di precedenti nella giurisprudenza di legittimità favorevoli alla richiesta.

La coppia si è così rivolta alla Corte d'appello di Venezia chiedendo, *ex art.* 67, l. n. 218/1995, l'esecutorietà in Italia della sentenza canadese al fine di ottenere la trascrizione dell'atto di nascita del minore, invocando l'applicazione del combinato disposto degli artt. 33, 65 e 67 della medesima legge e rilevando la non contrarietà all'ordine pubblico della suddetta sentenza canadese, già passata in giudicato, e la liceità delle condotte che hanno portato a realizzare un progetto di genitorialità condivisa secondo le leggi del Paese in cui sono state poste in essere.

La Corte d'appello di Venezia⁹⁷ ha accolto la richiesta e disposto l'integrazione dell'atto di nascita del minore con l'indicazione di entrambi i genitori.

Il Ministero dell'Interno e il Sindaco di Verona si sono così rivolti alla Corte di cassazione, la quale ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, l. n. 40/2004, 18 del d.P.R. n. 396/2000, 64, comma 1, lett. g), l. n. 218/1985, nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente (in particolare, il riferimento è alla sentenza n. 12193/2019 delle sezioni unite)⁹⁸, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo il

⁹⁷ Cfr. Corte d'appello di Venezia, sez. III, ordinanza del 16 luglio 2018: in particolare, ha osservato che l'esclusione del matrimonio tra soggetti dello stesso sesso e, quindi, il fatto che non sia possibile attribuire automaticamente ad entrambi la responsabilità genitoriale del minore nato dalla GPA non significa che sussista un principio superiore fondante e irrinunciabile dell'assetto costituzionale o dell'ordinamento dell'Unione europea. Anzi, avuto riguardo al preminente interesse del minore, deve essere riconosciuta l'efficacia giuridica di una sentenza straniera che attribuisca la seconda paternità al coniuge del padre di un bambino nato all'estero con il ricorso alla tecnica della maternità surrogata, non sussistendo alcun contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano: fra l'altro, nel nostro ordinamento è contemplata la possibilità che il minore abbia due figure genitoriali dello stesso sesso nel caso in cui uno dei genitori abbia ottenuto la rettifica dell'attribuzione del sesso, *ex art.* 4, l. n. 164/1982. La Corte d'appello osserva altresì che i divieti contemplati nella l. n. 40/2004 per l'accesso alla PMA sono frutto di discrezionalità e non esprimono principi fondanti a livello costituzionale che impegnino l'ordine pubblico⁹⁷; né può essere ritenuta rilevante la sanzione penale comminata dall'art. 12, comma 6, perché questo e il divieto non possono essere sovrapposti alla valutazione del miglior interesse del minore concepito all'estero con tali tecniche, il quale non può essere privato dello *status* acquisito nel Paese in cui è nato.

⁹⁸ In particolare, la prima sezione ricorda che uniformarsi al diritto vivente, ossia alla pronuncia delle sezioni unite, non è un obbligo ma una facoltà per il giudice *a quo*, secondo quanto chiarito anche dalla Corte costituzionale (sentenza n. 350/1997). Le decisioni a sezioni unite sono però preposte alla garanzia della certezza e dell'uniformità dell'applicazione

provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri del cosiddetto genitore d'intenzione non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31, della Costituzione e, per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost., con gli artt. 8 CEDU, 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori e l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Le motivazioni portate dalla prima sezione sono assolutamente lineari e toccano tutte le incongruenze create o lasciate insolte dalla sentenza n. 12193/2019 delle sezioni unite, soprattutto se lette alla luce del sopraggiunto parere consultivo della Corte di Strasburgo⁹⁹. In particolare, la prima sezione ritiene che non vi siano margini per operare un'interpretazione conforme a Costituzione e alla CEDU se non contraddicendo il recente arresto delle sezioni unite¹⁰⁰.

Il primo contrasto viene ravvisato nell'attribuzione al divieto di maternità surrogata della valenza di principio di ordine pubblico internazionale prevalente, *a priori*, sull'interesse del minore per effetto di una scelta compiuta dal legislatore italiano in via generale e astratta, prescindendo dalla valutazione del singolo caso concreto. La Corte EDU ha riconosciuto ai singoli Stati la possibilità di contemplare misure dissuasive nei confronti dei propri cittadini per impedire che si rechino all'estero per ricorrere a forme di procreazione vietate nel proprio territorio, tuttavia non possono essere contemplate soluzioni che incidano negativamente sulla situazione soggettiva di chi nasce da una gestazione per altri e abbiano l'effetto di negare i diritti inviolabili connessi all'identità personale del minore e alla sua appartenenza al nucleo familiare di origine: diritti definitivamente fissati dall'atto di nascita legalmente formato nell'ordinamento del Paese in cui il bambino è nato. A ciò si aggiunga che il principio della preminenza dell'interesse del minore impedisce al legislatore di imporre una sua compressione in via generale e astratta e di determinare conseguentemente un affievolimento *ex lege* del diritto al riconoscimento dello *status filiationis* legalmente acquisito all'estero. Un simile diniego potrebbe originare soltanto da un apprezzamento in sede giurisdizionale e sulla base di una considerazione rigorosa del caso concreto che conduca a ritenere soddisfatto l'interesse del minore proprio dal mancato riconoscimento del rapporto

del diritto: perciò, il Collegio reputa necessario rivolgersi alla Corte costituzionale per ottenere una declaratoria di incostituzionalità, vista l'impossibilità di una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata delle norme impugnate. In merito, si veda R. ZAMPERINI, *Il divieto di maternità surrogata: riconoscimento del rapporto con il genitore intenzionale e best interest of child*, in *GiustiziaCivile.com*, 30 luglio 2020.

⁹⁹ Cfr. G. ARMONE, *La gestazione per altri: nuovo appuntamento davanti alla Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 22 maggio 2020.

¹⁰⁰ V. F. ROSSI, *Ordinanza interlocutoria della Cassazione n. 8325/2020: giusto far prevalere l'interesse del minore o dell'ordine pubblico?*, in *Salvis Juribus*, 20 maggio 2020; F. FERRARI, *La legge "presa sul serio". Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, in *Forum di quaderni costituzionali-Rassegna*, 2/2020, pp. 532 ss. (spec. p. 538); A. SCALERA, *Sui nati da maternità surrogata si va verso la "fase 2"?*, in *Questione giustizia*, 16 giugno 2020; R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interests of the child? La "patata bollente" alla Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 22/2020, p. 278.

di filiazione. In questa prospettiva, secondo il giudice rimettente, la Corte EDU quando si riferisce a mezzi alternativi alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero intende una diversa ma equiparata forma di riconoscimento dello *status filiationis* e non la predisposizione di uno strumento di minor tutela corrispondente a una situazione di diritto affievolito.

Il secondo contrasto inconciliabile fra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e la pronuncia delle sezioni unite starebbe proprio nel fatto che quest'ultima ritiene che l'interesse del minore sia adeguatamente tutelato dalla possibilità per il genitore di intenzione di richiedere l'adozione in casi particolari, *ex art. 44, lett. d), l. n. 184/1983*, che però non è in grado di garantire quella effettività e celerità di attribuzione dello *status filiationis* ritenute dalla Corte EDU condizioni imprescindibili per qualificare la modalità alternativa alla trascrizione come rispettosa del diritto alla tutela della vita privata e familiare del minore.

Il giudice *a quo* passa così ad esporre i singoli motivi di contrasto con le previsioni costituzionali e ritiene che la preclusione al riconoscimento del provvedimento straniero di inserimento del padre d'intenzione nello stato di nascita del minore per contrasto con l'ordine pubblico, in ragione del disvalore espresso dalla sanzione penale comminata per la fattispecie della gestazione per altri, si ponga in contrasto con gli artt. 2, 30 e 31 della Costituzione. Difatti, è d'ostacolo all'inalienabile diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel nucleo familiare, inteso come formazione sociale tutelata dalla Costituzione, vista l'impossibilità di sancire la paternità legale del genitore d'intenzione. In altre parole, la tutela del diritto del minore alla propria identità e alla formazione e al consolidamento del rapporto di filiazione all'interno della famiglia, legittimamente costituitasi in conformità alla legge canadese, è compromessa da un riconoscimento parziale dell'atto di stato civile che esclude il padre d'intenzione sulla base di considerazioni estranee alla tutela del minore.

Le critiche vengono però rivolte anche al bilanciamento operato degli interessi costituzionalmente rilevanti. In particolare, l'ordine pubblico internazionale è inteso come criterio di ragionevolezza sulla base del quale s'istituisce la gerarchia assiologica tra norme, postulando che l'applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può spingersi sino al punto di creare una frattura, nel caso concreto, all'interno dell'ordinamento, in seguito all'applicazione della legge straniera o al riconoscimento dell'atto straniero, ma non può porsi in contrasto con i principi fondamentali e irrinunziabili dell'ordinamento, ossia con i principi ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana e della sua dignità. Dinanzi a valori fondamentali dell'individuo, l'interesse pubblico (anche se assistito da una sanzione penale) passa necessariamente in secondo piano, secondo il principio ermeneutico del bilanciamento tra principi di ordine pubblico di rango costituzionale e principi di ordine pubblico derivanti da discrezionalità legislativa: la conseguenza è che, in questo caso, la nozione di ordine

pubblico va circoscritta ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nelle Carte dei diritti fondamentali sovranazionali. La nozione di ordine pubblico internazionale, anche se intesa come comprensiva della rilevanza di norme interne inderogabili e di rilevanza penale (ordine pubblico discrezionale), non può mai comportare la lesione dei diritti fondamentali dell'individuo riconosciuti nella Costituzione, nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (l'ordine pubblico costituzionale).

Non solo, il Collegio sottolinea come l'interesse superiore del minore e il principio di ordine pubblico solo apparentemente possono essere considerate entità contrapposte perché, invece, è proprio il primo, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del secondo: il principio dei *best interests of the child* rappresenta un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano. Sebbene lo Stato intenda tutelare la dignità della donna vietando la gestazione per altri non può però giungere ad affievolire i diritti inviolabili di un minore che è nato all'estero e ha acquisito legalmente il proprio *status* e la propria identità personale perché, come ha chiarito la Corte EDU, la compressione del diritto del minore alla sua identità personale, familiare e sociale non può verificarsi per effetto di una condotta altrui, anche se penalmente illecita nel nostro ordinamento.

Non solo, l'interpretazione ostensiva al riconoscimento è altresì in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. perché comporta una discriminazione nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione ed è irragionevole perché distingue i genitori riconosciuti come tali dall'ordinamento straniero sulla base del loro apporto biologico alla procreazione. Appare, cioè, del tutto irragionevole e contraddittorio consentire la trascrizione dell'atto di stato civile in cui è inserito il solo padre biologico, autore della condotta procreativa realizzata in pieno contrasto con la norma penale, e precludere invece il riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero che ha legittimato anche l'inserimento del padre d'intenzione privo di legami biologici nello stato civile della famiglia seppure estraneo alla materiale realizzazione della condotta. In altre parole, vengono fatti ricadere tutti gli effetti negativi sul soggetto che non ha alcuna responsabilità per le modalità con cui è stato concepito ed è nato il bambino perché non vi ha contribuito – se non prestando il consenso al progetto genitoriale –, senza tralasciare il fatto che, in ogni caso, alcuna tutela verrebbe attribuita alla donna che ha portato a termine la gestazione nell'esercizio di un potere di autodeterminazione riconosciutole dal proprio ordinamento. Secondo il giudice *a quo*, si tratta di un bilanciamento fra diritti e interessi che non hanno alcuna attinenza con i soggetti che ne sono titolari e con le loro condotte.

Il Collegio rimettente critica altresì le sezioni unite quando affermano che la maternità surrogata costituirebbe un attentato all'istituto dell'adozione, perché non vi sarebbe alcuna rispondenza col criterio di ragionevolezza e proporzionalità. L'attribuzione dello *status filiationis* nei confronti del genitore

intenzionale non biologico è del tutto analoga a quanto avviene per la fecondazione eterologa in attuazione del progetto genitoriale di una coppia legata dal vincolo matrimoniale.

La prima sezione insiste sul fatto che la predisposizione di misure dissuasive volte a impedire l'elusione del divieto di surrogazione di maternità non possa legittimare l'incisione dei rapporti familiari successivi alla condotta sanzionata. Peraltro, occorre tener conto del fatto che la giurisprudenza penale – decidendo sul comportamento dei genitori intenzionali nella fase della formazione o integrazione dell'atto di nascita – ha escluso l'illiceità della condotta (e, in particolare, il reato di alterazione di stato) quando la gestazione per altri sia stata praticata legalmente all'estero dando luogo a una regolare certificazione dalla quale risulti la genitorialità giuridica a prescindere dalla discendenza effettiva¹⁰¹. A ciò si aggiunga che la Corte costituzionale, guardando all'interesse del minore, ha sempre considerato in maniera differenziata gli effetti civili di una condotta in astratto penalmente rilevante, basti far riferimento alla giurisprudenza che ha fatto venir meno l'automaticità della decadenza dalla responsabilità genitoriale¹⁰². Il preminente interesse di un minore è un limite che costituisce un principio generale e fondamentale dell'ordinamento italiano, in base a quanto è stato precisato anche con le riforme in materia di famiglia che hanno teso ad eliminare qualsiasi discriminazione dei figli in relazione alla loro nascita e a realizzare una condizione di pari dignità dei genitori nel loro rapporto coi figli, nel pieno rispetto dei valori riconosciuti agli artt. 30 e 31 della Costituzione. Il disconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di uno dei genitori legalmente riconosciuti dall'ordinamento del Paese di nascita e di cittadinanza comporta l'alterazione dei rapporti familiari con ripercussioni nocive nei confronti del minore che vede messa in discussione e negata l'unicità e inscindibilità della sua relazione genitoriale nello spazio subendo una grave menomazione nella relazione col genitore intenzionale e gli effetti negativi di un'artificiale situazione di disparità e di potenziale conflittualità fra coloro che ha percepito come suoi genitori.

Il giudice *a quo* ritiene che nel parere consultivo della Corte EDU venga ravvisato in maniera chiara come la concretizzazione del legame determini l'irreversibilità del diritto del minore al pieno riconoscimento del suo *status filiationis*, nel senso che «l'appartenenza a una comunità familiare non tollera geometrie variabili in funzione del luogo in cui si trova o andrà a vivere il minore», a maggior ragione dopo la riforma del 2012/2013 che ha introdotto lo *status* unico della filiazione¹⁰³. Inoltre, sebbene il margine di

¹⁰¹ In tal senso è la giurisprudenza di merito e così anche quella di legittimità: cfr., ad esempio, Corte cass., sez. V pen., sentenza 10 marzo 2016, n. 13525, e sez. VI, sentenza 11 ottobre 2016, n. 48696. Su detto orientamento, che esclude l'esistenza di condotte di rilevanza penale in capo ai genitori che hanno fatto ricorso alla gestazione per altri nei Paesi esteri ove è ammessa, si vedano A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, Assago, 2018, spec. pp. 180 ss.

¹⁰² Cfr. A. SASSI, *Filiazione intenzionale e interesse allo status*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2/2018, p. 531.

¹⁰³ A questo proposito, si veda E. FALLETTI, "Di chi sono figlio? Dipende da dove mi trovo". *Riflessioni comparate su status, genitorialità e GPA*, in *Famiglia e diritto*, 7/2020, p. 743.

discrezionalità per gli Stati sia ampio per ciò che concerne la scelta delle modalità del riconoscimento, è però estremamente limitato per quanto riguarda il contenuto del riconoscimento che deve essere effettivo e tempestivo per non protrarre la situazione di vulnerabilità del minore come conseguenza del mancato riconoscimento immediato.

A supporto della propria ricostruzione, il giudice *a quo* richiama alcune pronunce della Corte costituzionale con le quali, in differenti occasioni, ha avuto modo di precisare che il disvalore attribuito alla condotta dei genitori, tanto da prevedere anche sanzioni penali, non può riverberarsi sulla condizione giuridica del figlio né per quanto riguarda l'accertamento dello *status* né per quanto riguarda le relazioni personali. In particolare, oltre al filone giurisprudenziale relativo ai cosiddetti automatismi legislativi, che ha portato la Corte costituzionale a censurare congegni normativi che precludono al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento nel caso concreto per l'irrogazione della sanzione accessoria della decadenza dalla potestà/responsabilità dei genitori in caso di condanna per i reati di alterazione di stato o di soppressione di stato¹⁰⁴, viene richiamata la sentenza n. 494/2002 con la quale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la previsione che, in caso di incesto, precludeva le indagini sulla paternità e la maternità e la relativa dichiarazione giudiziale perché tali divieti erano «relativi a situazioni ed eventi che riguardano i rapporti tra genitori, sui quali comunque il figlio nulla può»¹⁰⁵. Invero, se la tutela dei diritti del bambino è un fine primario dell'ordinamento, non può essere sacrificata per condannare il comportamento dei genitori.

In questa prospettiva, secondo il collegio rimettente, lo strumento dell'adozione in casi particolari, *ex* art. 44 lett d), l. n. 184/1983, non è adeguato – nonostante quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale (sentenza n. 272/2017) – alle prescrizioni indicate dalla Corte EDU nel parere consultivo perché, anzitutto, non crea un vero rapporto di filiazione ma soltanto il riconoscimento di una situazione affettiva cui attribuisce diritti e doveri, negando però al figlio e all'adottante il diritto a una relazione pienamente

¹⁰⁴ In particolare, il Collegio richiama espressamente le sentenze nn. 31/2012 e 7/2013 della Corte costituzionale. Occorre sottolineare come, di recente, il Giudice costituzionale abbia caducato un altro automatismo legislativo riguardante la sanzione accessoria della sospensione dalla responsabilità genitoriale contemplata per il genitore condannato per sottrazione e trattenimento del minore all'estero: ossia, ha trasformato la pena da obbligatoria in facoltativa (sentenza n. 102/2020). In questa pronuncia, la Corte afferma nuovamente e in maniera chiara che le sanzioni da applicare devono essere considerate non solo nella prospettiva del destinatario, dei suoi diritti e delle garanzie che devono essergli riconosciute, ma secondo una visione più ampia che guardi agli interessi di quei terzi che possono risentire dell'applicazione delle sanzioni comminate. Nel caso di specie, la Corte ha sottolineato come la sofferenza di terzi incolpevoli possa essere la conseguenza indiretta di molti provvedimenti punitivi ma non un effetto *de iure* che, fra l'altro, si ripercuote sul rapporto del genitore col figlio privando il primo di ogni potere di decisione nell'interesse del figlio e rendendo difficile la loro relazione. Il rischio è dunque di danneggiare proprio il minore, in evidente contrasto col principio di personalità della responsabilità penale, ossia del divieto di prevedere sanzioni a danno di una persona per un fatto altrui: cfr. M. PICCHI, *Responsabilità genitoriale e interesse superiore del minore: la Corte costituzionale censura un altro automatismo legislativo. Note a margine della sentenza n. 102/2020*, in *Osservatorio AIC*, 5/2020, p. 208.

¹⁰⁵ Corte cost., sent. n. 494/2002, cons. dir. p.to 4.

equiparata alla filiazione e ponendo il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico. Inoltre, l'adozione in casi particolari non crea legami parentali con i congiunti dell'adottante ed esclude il diritto a succedere nei loro confronti. Il giudice *a quo* sottolinea come, nel caso in cui l'adozione vada a buon fine, sussista sempre «una sorta di declassamento (*downgrade*) della relazione genitoriale e dello *status filiationis*» che non può essere spiegata se non come effetto espansivo della sanzione penale nei confronti del minore e del genitore intenzionale non biologico: dunque, una conseguenza punitiva inaccettabile.

La prima sezione sottolinea ancora che detto istituto non soddisfa il requisito della tempestività trattandosi di un procedimento finalizzato ad un provvedimento che richiede un lungo e complesso *iter* processuale e decisionale perché non consiste in una semplice deliberazione di una pronuncia giurisdizionale straniera e, dunque, nel recepimento di uno *status* già codificato in una statuizione giurisdizionale da dichiarare efficace nel nostro ordinamento. Il procedimento di adozione comporta pur sempre la creazione di una situazione soggettiva *ad hoc*: perciò, il procedimento è articolato, complesso ed espone il minore a un lungo periodo di incertezza giuridica sulla propria condizione personale, determinando una preclusione o, comunque, una serie di ostacoli gravi all'esercizio della responsabilità genitoriale da parte del genitore intenzionale che la richiede.

Vi è di più: l'adozione *ex art. 44, lett. d), l. n. 184/1983*, presuppone la volontà del genitore intenzionale di adire l'autorità giudiziaria italiana per richiederla e, quindi, sussiste la possibilità che possa sottrarsi – ad esempio in caso di crisi della coppia – all'assunzione della responsabilità già manifestata e legittimata nel Paese in cui il minore è nato. Non solo, è possibile anche la condizione inversa: la previsione richiamata richiede l'assenso all'adozione da parte del genitore biologico, che – sempre in caso di crisi della coppia (ma anche di sopravvenuto decesso) – potrebbe non essere dato.

Per tutti questi motivi, il giudice *a quo* ritiene che, allo stato attuale, nel nostro ordinamento non vi siano istituti che consentano una forma di riconoscimento del legame di filiazione alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita o al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero che instauri il legame di filiazione anche con il genitore intenzionale non biologico. Semmai l'adozione in casi particolari potrebbe costituire una forma di tutela del rapporto affettivo insorto con il genitore intenzionale non biologico allorquando il pieno riconoscimento dello *status filiationis* non si dimostri concretamente rispondente all'interesse del minore.

7.1. Premesse per una possibile svolta

La questione sollevata è estremamente lineare nella ricostruzione che risulta ben articolata, ma soprattutto evidenzia come la preclusione contemplata nell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, a parte non dire niente

sulle conseguenze in punto di *status filiationis*, non può avere alcuna ripercussione negativa sull'interesse del minore. In questa rafforzata prospettiva è possibile che la Corte costituzionale sia indotta a ricercare nuove soluzioni.

Il Collegio rimettente ritiene che l'espressione "vita privata e familiare" debba essere interpretata nel senso della valorizzazione dei legami familiari secondo i principi di uguaglianza e bigenitorialità, affinché i minori possano fruire pienamente della relazione parentale con i due genitori: in assenza di strumenti alternativi idonei, la trascrizione dell'atto di nascita rimane l'unica via percorribile per evitare che la scelta sanzionatoria del legislatore non prevalga sugli interessi del minore, in palese contrasto con la giurisprudenza della Corte costituzionale che ritiene che la nascita dovuta a una condotta riprovevole dei genitori non possa essere di ostacolo alla costituzione dello *status filiationis*¹⁰⁶.

Dunque, è totalmente diversa la prospettiva assunta dal giudice *a quo* rispetto alla pronuncia delle sezioni unite: difatti, il principio dei *best interests of the child* non è contrapposto al concetto di ordine pubblico, ma il primo è elemento costitutivo del secondo ed esprime un vero e proprio vincolo giuridico, in base agli artt. 117, comma 1, e 2 Cost., e ricomprende anche i diritti che lo Stato ha riconosciuto attraverso l'assunzione degli impegni a livello internazionale. Inoltre, le previsioni dell'art. 8 CEDU sul rispetto della vita privata e familiare rendono più ridotto il margine di apprezzamento degli Stati membri nel prevedere una disciplina che non assicura il diritto del minore alla propria identità e alla piena fruizione dei legami familiari perché è lo stesso concetto di ordine pubblico – nella sua primaria dimensione derivante dai principi costituzionali, sovranazionali ed internazionali – a non consentire la prevalenza di interessi pubblici confliggenti tutelati dalle norme interne, malgrado la loro inderogabilità e la loro rilevanza penale, e a non giustificare la lesione dei diritti fondamentali dell'individuo¹⁰⁷. Ma soprattutto, l'ordinamento non può consentire che il disvalore delle condotte poste in essere dai genitori possa ricadere sui figli impedendo il consolidamento del loro *status*.

A questo proposito è di interesse la recente sentenza n. 127/2020: sebbene si occupi di un tema differente¹⁰⁸, svolgendo un confronto con la disciplina sulla PMA, esprime alcune considerazioni che

¹⁰⁶ Cfr. R. ZAMPERINI, *Il divieto di maternità surrogata*, cit., la quale si esprime in maniera comunque critica verso l'ordinanza di rimessione.

¹⁰⁷ Cfr. G. POTENZA, *La bigenitorialità omosessuale mediante maternità surrogata, tra "status claudicanti" ed ordine pubblico: la parola alla Consulta*, in *GiustiziaCivile.com*, 4 agosto 2020.

¹⁰⁸ La Corte d'appello di Torino (ordinanza del 4 ottobre 2017) – nel corso di un giudizio di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità – ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., nella parte in cui non esclude la legittimazione ad impugnare il riconoscimento del figlio in capo a colui che abbia compiuto tale atto nella consapevolezza della sua non veridicità. Secondo il giudice *a quo* la previsione censurata si sarebbe posta in contrasto con l'art. 3 Cost. per l'irragionevole disparità di trattamento tra chi abbia consapevolmente effettuato il riconoscimento non veridico e chi abbia prestato il consenso alla fecondazione assistita eterologa perché, mentre nel primo caso la disposizione del codice civile consente all'autore del riconoscimento di proporre l'impugnazione per difetto di veridicità, l'art. 9, comma 1, l. n. 40/2004 preclude tale impugnazione a chi abbia prestato

sembrano prescindere dal caso concreto per assumere una valenza generale di ricognizione dei principi desumibili dal contesto costituzionale.

Il Giudice costituzionale riafferma che dal divieto di disconoscimento della paternità per il coniuge o il convivente che abbia prestato il proprio consenso alla PMA eterologa non è desumibile un principio generale in base al quale, ai fini dell'instaurazione del rapporto di filiazione, è sufficiente il solo elemento volontaristico o intenzionale, rappresentato dal consenso prestato alla procreazione, ovvero dall'adesione a un comune progetto genitoriale. Infatti, la Corte sottolinea come, sebbene lo sviluppo scientifico abbia reso possibili forme di procreazione svincolate dal legame genetico, la disciplina del rapporto di filiazione rimanga però strettamente connessa all'esistenza di un rapporto biologico tra il nato ed i genitori¹⁰⁹.

consenso al concepimento mediante fecondazione medicalmente assistita. Il giudice rimettente ha altresì sostenuto l'irragionevolezza della disposizione censurata perché permette, a chi abbia consapevolmente scelto di instaurare un rapporto di filiazione, di sacrificare l'interesse del soggetto riconosciuto come figlio, sulla base di una personale riconsiderazione dei propri interessi, accampando quale causa quello di cui, fin dal principio, era a conoscenza, ossia la non veridicità del riconoscimento. Infine, la Corte d'appello ha sostenuto anche il contrasto con l'art. 2 Cost. perché vi sarebbe la violazione dei principi di responsabilità individuale, di solidarietà sociale e di tutela dell'identità personale del figlio. La Corte ha rigettato la prima censura ritenendo che le due situazioni non possano essere paragonate poiché il divieto di impugnare il riconoscimento in caso di PMA fa riferimento a particolari situazioni, specificamente qualificate dal legislatore, e riveste carattere eccezionale: dunque, la scelta compiuta nell'art. 9, comma 1, l. n. 40/2004 non può essere considerata un idoneo *tertium comparationis* ai fini della valutazione della ragionevolezza dell'art. 263 del codice civile. Infatti, tale previsione è volta a sottrarre il destino del bambino ai mutamenti di una volontà che ha comunque portato al concepimento: per questo stesso motivo, la medesima disciplina nega alla madre il diritto di anonimato. Si tratta, perciò, di eccezioni rispetto al regime generale della filiazione e il carattere derogatorio è correlato a una disciplina che connette effetti giuridicamente rilevanti a tecniche altrimenti vietate. Sempre secondo la Corte, l'ulteriore differenza fra le due situazioni starebbe nel fatto che la volontà di generare con materiale biologico altrui porta alla nascita di una persona che altrimenti non sarebbe nata, mentre nel caso di manifestazione della volontà di riconoscere un figlio (che si sa) di altri, la volontà del dichiarante si esprime rispetto a una persona già nata. Non solo, anche la condizione giuridica del soggetto riconosciuto è differente: nel caso della PMA eterologa, un eventuale accertamento negativo della paternità non potrebbe essere la premessa di un successivo accertamento positivo della paternità biologica, stante l'anonimato del donante di gameti e l'esclusione di qualsiasi relazione giuridica parentale con quest'ultimo mentre, nel caso del falso riconoscimento, esiste un genitore biologico che potrà essere sempre ricercato. Infine, il Giudice costituzionale sottolinea come il riconoscimento contemplato nella disciplina sulla PMA godrebbe, per così dire, di alcune garanzie perché avverrebbe in un contesto medico-sanitario: nel caso del riconoscimento per compiacenza, invece, si avrebbe a che fare con situazioni «opache», talora finalizzate anche ad aggirare la disciplina dell'adozione (cons. dir. p.to 3.2). La Corte rigetta, altresì, gli altri due motivi ritenendo che la necessità di valutare l'interesse alla conservazione della condizione identitaria acquisita, nella comparazione con altri valori costituzionalmente rilevanti, è già contenuta nel giudizio di cui all'art. 263 c.c. ed è immanente in esso: infatti, si tratta di una valutazione comparativa che attiene ai presupposti per l'accoglimento della domanda proposta, *ex art.* 263 c.c., e non alla legittimazione dell'autore del riconoscimento non veritiero (cons. dir. p.to 4.2). Di tale apprezzamento giudiziale fa parte anche la considerazione del diritto all'identità personale, correlato non soltanto alla verità biologica, ma anche ai legami affettivi e personali sviluppatisi all'interno della famiglia. In altri termini, anche nell'impugnazione del riconoscimento proposta da chi lo abbia effettuato nella consapevolezza della sua falsità, «la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi [deve] tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso» (sentenza n. 272 del 2017)» (cons. dir. p.to 4.3). In particolare, dovrà considerare il legame del soggetto riconosciuto con l'altro genitore, la possibilità di instaurare tale legame con il genitore biologico, la durata del rapporto di filiazione e del consolidamento della condizione identitaria acquisita per effetto del falso riconoscimento, nonché l'idoneità dell'autore del riconoscimento allo svolgimento del ruolo di genitore.

¹⁰⁹ Cfr. cons. dir. p.to 3.2.

Nondimeno, la Corte osserva come l'art. 30 Cost. non abbia attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale: anzi, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale ha portato a negare l'assoluta preminenza del *favor veritatis* e ad affermare la necessità della sua ragionevole comparazione con altri valori costituzionali. Infatti, in più occasioni il legislatore ha attribuito prevalenza al consenso alla genitorialità e all'assunzione della conseguente responsabilità rispetto al *favor veritatis*¹¹⁰.

In particolare, la Corte – facendo riferimento al regime contemplato nell'art. 263 del codice civile che consente anche a colui che abbia compiuto consapevolmente un riconoscimento non veritiero di proporre l'azione di impugnazione nel termine di un anno – sottolinea come il limite temporale dimostri la volontà di tutelare gli interessi del figlio, evitando il protrarsi di un'incertezza potenzialmente lesiva della solidità degli affetti e dei rapporti familiari. Vi è l'esigenza di garantire la tendenziale stabilità dello stato di filiazione, in connessione con il consolidamento in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione¹¹¹. La stessa giurisprudenza di legittimità ha oramai riconosciuto come l'equazione tra verità naturale e interesse del minore non sia predicabile in termini assoluti essendo viceversa necessario bilanciare la verità del concepimento con l'interesse concreto del figlio alla conservazione dello *status* acquisito¹¹².

La Corte costituzionale ricorda, così, di avere già preso atto di questa evoluzione riconoscendo che «“il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia” (sentenza n. 162 del 2014)» e, quindi, affermando l'immanenza «dell'interesse del figlio, specie se minore, nell'ambito delle azioni volte alla rimozione dello *status* (sentenze n. 272 del 2017, n. 494 del 2002, n. 170 del 1999 e ordinanza n. 7 del 2012)»¹¹³.

A me pare, che la riaffermazione in maniera così netta di questi ultimi principi non consenta più di giustificare preclusioni alla trascrizione del certificato di nascita redatto all'estero o del provvedimento dell'autorità straniera competente che riconosca anche il genitore d'intenzione che non abbia contribuito con alcun apporto biologico alla procreazione del bambino se non a costo di un'evidente incoerenza e conseguente pregiudizio per gli interessi dei soggetti coinvolti.

Mi pare anche, qualora la Corte decida di accogliere la questione di legittimità costituzionale prospettata dalla Corte di cassazione, che non possa più essere giustificata la preclusione all'attribuzione della doppia maternità¹¹⁴ nel caso in cui il bambino abbia un legame biologico con entrambe le madri e nasca nel

¹¹⁰ Cfr. cons. dir. p.to 4.2.

¹¹¹ Cfr. cons. di. p.to 4.2.1.

¹¹² Cfr. cons. di. p.to 4.2.2.

¹¹³ Cons. di. p.to 4.2.3.

¹¹⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 237/2019 e le considerazioni svolte, *supra*, nella nota n. 91.

nostro Paese e, a quel punto, che occorrerà dare soluzione anche all'ipotesi in cui il bambino nasca in Italia e, però, non abbia un rapporto biologico con una delle due *partner*.

8. A mo' di conclusione

Dalla giurisprudenza esaminata emergono delle evidenti differenze relativamente alla ricostruzione del rapporto fra il miglior interesse del minore e il principio dell'ordine pubblico ai fini della definizione dello *status* di filiazione.

Secondo la Corte EDU, il miglior interesse del minore è un contro-limite rispetto al principio di ordine pubblico: ricostruzione comprensibile anche in ragione della funzione propria di questo giudice. Per la Corte costituzionale, il limite dell'ordine pubblico è un elemento che concorre assieme ad altri nella complessa definizione del miglior interesse del minore: di conseguenza, la violazione di norme cogenti di diritto interno non implica necessariamente la perdita dello *status* riconosciuto all'estero. Per le sezioni unite della Corte di cassazione, invece, la tutela dell'ordine pubblico determina, in caso di violazione del divieto di surrogazione di maternità, l'affievolimento dell'interesse alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero: tuttavia, pur tornando ad operare il *favor veritatis*, ritiene di dover offrire tutela anche all'interesse del minore a conservare i legami affettivi instaurati.

Le sezioni unite, nonostante il richiamo alla giurisprudenza della Corte costituzionale, hanno fatto propria un'interpretazione molto differente e più restrittiva. Difatti, la Corte costituzionale, rimettendo la valutazione del caso concreto al giudice, ha ritenuto che l'impugnazione del riconoscimento del figlio nato da surrogazione di maternità possa essere rigettata quando, tenendo conto di una molteplicità di dati – compresa l'illiceità di questa pratica procreativa – appaia prevalente l'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis* acquisito. Le sezioni unite, invece, affermano che – in caso di surrogazione di maternità – l'interesse alla conservazione di detto *status* acquisito all'estero è destinato ad affievolirsi in ragione proprio del divieto assoluto previsto nel nostro ordinamento. Il genitore intenzionale che non possa vantare un legame biologico ha un'unica via percorribile (comunque, riconosciuta anche dalla Corte costituzionale): l'adozione in casi particolari.

Parrebbe che la Corte di cassazione, in presenza di un divieto assoluto presente nel nostro ordinamento che non consente di essere superato in via puramente interpretativa, abbia optato per un istituto già collaudato che consente, per la sua articolazione, gli accertamenti caso per caso, nell'attesa del necessario intervento del legislatore sulla materia. Si tratta, però, di una soluzione che non consente di dar vita a uno *status filiationis* pieno e anzi, in caso di nascita all'estero, può comportare il riconoscimento di uno stato differente rispetto a quello già acquisito andando così a incidere sull'identità personale del minore. Non solo, poiché l'ordinamento deve dare protezione al bambino e tutelare il suo diritto a instaurare una

relazione giuridica genitore-figlio, detta protezione non può differenziarsi in ragione delle modalità procreative, sulle quali non ha alcuna possibilità di influire¹¹⁵.

Viene allora da chiedersi se, per soddisfare il principio di uguaglianza, nella prospettiva del minore, non debbano essere rimossi proprio gli ostacoli giuridici che impediscono il riconoscimento pieno – quando il caso concreto lo consenta – del rapporto di filiazione con il genitore sociale privo di legami biologici: cioè, se non sia necessario un passo indietro del diritto¹¹⁶ al fine di garantire l'interesse del minore.

¹¹⁵ Così si è espressa, di recente, la Corte federale tedesca (BGH, 5.9.2018, XII-ZB 224/17), confermando una precedente pronuncia del 10 dicembre 2014 (XII-ZB 463/13), proprio con riguardo alla trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero di un bambino procreato ricorrendo alla gestazione per altri: cfr. A. SASSI, S. STEFANELLI, *Il titolo di filiazione nel sistema dell'ordine pubblico internazionale*, in L. CASSETTI, S. VANNUCCINI (a cura di), *Diritti e principi nella pluralità dei livelli di protezione: evoluzioni, dialettica e conflittualità*, Perugia, 2019, pp. 234 ss. (spec. 274).

¹¹⁶ Cfr. S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Bari-Roma, 2017, *passim*.