



FOCUS HUMAN RIGHTS
22 SETTEMBRE 2021

La vexata quaestio della maternità
surrogata torna dinanzi ai giudici
costituzionali

di Costanza Masciotta

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Firenze

La *vexata quaestio* della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali*

di Costanza Masciotta

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Firenze

Abstract [It]: Il presente contributo mira a ricostruire lo stato dell'arte della giurisprudenza in tema di maternità surrogata e di ordine pubblico quale limite al riconoscimento dell'atto straniero che attesti la genitorialità d'intenzione in caso di surrogacy. L'analisi cercherà di approfondire la portata del recente intervento costituzionale in materia con la sentenza n. 33/2021, nonché eventuali profili di criticità della declaratoria di inammissibilità, per poi valutare se la Corte avrebbe potuto impiegare tecniche decisorie alternative, suscettibili di garantire una maggior tutela agli interessi del minore nell'ottica di sollecitare un rapido intervento del legislatore.

Abstract [En]: The essay aims at reconstructing the state of the art of jurisprudence on the subject of surrogacy and public order as a limit to the recognition of the foreign act certifying intentional parenting in the event of surrogacy. The analysis will investigate the extent of the recent constitutional intervention on the subject with decision n. 33/2021, as well as any critical aspects of the inadmissibility declaration, to then assess whether the Court could have used alternative decision-making techniques, able to guarantee greater protection for the interests of the child in order to solicit rapid intervention by the legislator.

Parole chiave: Corte costituzionale, superiore interesse del minore, surrogacy, status filiationis

Keywords: Constitutional Court, best interests of the child, surrogacy, status filiationis

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il “diritto vivente” delle Sezioni Unite in materia di maternità surrogata. 3. Il riconoscimento dello status filiationis in caso di maternità surrogata nella advisory opinion della Corte europea dei diritti dell'uomo. 4. L'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale sembra qualificare l'advisory opinion come parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale. 5. Il precedente della Corte costituzionale in tema di maternità surrogata. 6. La risposta della Consulta alle istanze di tutela del minore: la piena integrazione ermeneutica tra parametro costituzionale e convenzionale e l'opportunità di utilizzare una diversa tecnica decisoria.

1. Introduzione

Le nuove tecniche di fecondazione medicalmente assistita ed, in particolare, la maternità surrogata hanno moltiplicato le opportunità procreative, ricorrendo anche a soggetti terzi rispetto al nucleo familiare¹ e hanno determinato un intenso dibattito concernente la questione della filiazione delle coppie dello stesso e la compatibilità di tale pratica con i diritti fondamentali della persona, tutelati in via generale *ex art. 2*

* Articolo sottoposto a referendum.

¹ Cfr. P. RESCIGNO, *Le “nuove” famiglie*, in *Min. giust.*, 2007, pp. 71 ss.; con particolare riguardo alla maternità surrogata cfr. anche C. VARANO, *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, in *Fam dir.*, 2017, pp. 825 ss. e F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Editoriale Scientifica, 2020.

Cost., con particolare riguardo alla dignità della gestante, del minore nato attraverso tale modalità procreativa e alla tutela dell'unitarietà della figura materna².

Nell'ambito del riconoscimento della genitorialità sociale dinanzi alle nuove tecniche riproduttive e della loro incidenza sull'ordinamento giuridico italiano occorre segnalare la sentenza n. 33/2021 con la quale la Corte costituzionale è intervenuta sul dibattuto tema del riconoscimento della filiazione in caso di maternità surrogata praticata legittimamente all'estero con una declaratoria di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa. In tal sede è stato riscontrato un *deficit* di tutela per il minore che appare oggi difficilmente giustificabile, a maggior ragione a seguito della riforma della filiazione incardinata sul principio dell'unicità dello *status* di figlio.

La decisione della Consulta trae origine dalla ordinanza 29 aprile 2020, n. 8325³, con la quale la Corte di Cassazione, I sezione civile, ha sollevato questione di legittimità costituzionale di diverse disposizioni legislative tra le quali il divieto di surrogazione di maternità previsto dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita⁴, nella parte in cui le disposizioni censurate non consentono, secondo il diritto vivente, il riconoscimento e la declaratoria di esecutività per contrasto con l'ordine pubblico del provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore nato all'estero mediante maternità surrogata del genitore d'intenzione, per asserito contrasto con diversi parametri costituzionali (i.e. artt. 2, 3, 30, 31 Cost.), convenzionali (i.e. art. 8 Cedu e artt. 2, 3, 7, 8, 9, 18 Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei minori) e unionali (i.e. art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

² In particolar modo secondo D. MAZZAMUTO, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della "genitorialità sociale"*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 2020, pp. 393 ss. in tali casi «si assiste ad una mercificazione del corpo della madre surrogata, la quale si presta alla gestazione per fini commerciali equiparando il bambino ad un prodotto di mercato»; cfr. anche E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, 2017, pp. 7 ss. Sugli effetti civili del contratto di maternità surrogata a fini commerciali G. PERLINGERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019. Per un'analisi a livello internazionale cfr. K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, Hart Publishing, 2013.

³ Cfr. a commento I. PARISI, *Minore nato all'estero da gestazione per altri: rinviata alla Corte costituzionale la decisione sul riconoscimento dello status di filiazione*, in *IlFamiliarista*, 3.07.2020; 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*, n. 2, 2020; R. ZAMPERINI, *Il divieto di maternità surrogata: riconoscimento del rapporto con il genitore intenzionale e best interest of the child*, in *GiustiziaCivile.com*, 30.07.2020; L. TANTALO, *Rinviata alla Corte costituzionale la decisione sul riconoscimento di un minore nato all'estero con maternità surrogata*, in *Il Familiarista*, 06.05.2020; V. CALDERAI, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 5, 2020, pp. 1109 ss.; F. AZZARRI, *L'inviolabilità dello status e la filiazione dei nati all'estero da gestazione per altri*, in *Famiglia*, n. 6, 2020, p. 767; G. FERRANDO, *I diritti dei bambini con due papà. La questione va alla Corte costituzionale*, in *Fam. dir.*, n. 7, 2020, pp. 675 ss.; M. BIANCA, *Il revirement della Cassazione dopo la decisione delle Sezioni Unite. Conflitto o dialogo con la Corte di Strasburgo? Alcune notazioni sul diritto vivente delle azioni di stato*, in *giudicedonna.it*, n. 2, 2020; G. DE MARZO, *Alla Corte costituzionale la questione della riconoscibilità dell'atto di nascita relativo a minore nato da maternità surrogata*, in *Il Foro Italiano*, 29.04.2020.

⁴ Ex art. 12, c. 6, legge n. 40 del 2004. Ad essere sospettati di illegittimità costituzionale anche l'art. 18, D.P.R. n. 396 del 2000 e l'art. 64, c. 1, lettera g, legge n. 218 del 1995.

L'ordinanza di rimessione e la risposta del giudice costituzionale aggiungono un importante tassello nell'ambito della genitorialità d'intenzione in assenza di un legame biologico con il minore: una tematica che chiama l'interprete a svolgere una valutazione complessiva delle norme giuridiche alla luce dell'applicazione da parte della giurisprudenza secondo il principio di effettività, inteso come strumento volto a verificare la rispondenza di un complesso di norme alla realtà sociale.

La legge n. 40/2004, infatti, nel vietare la maternità surrogata omette di regolare la sorte del minore, non avendo previsto alcuna disciplina in ordine al riconoscimento della filiazione in caso di *surrogacy* realizzata all'estero o alla trascrivibilità di atti stranieri e non offre, quindi, soluzioni dinanzi al fatto compiuto. Con la proliferazione di accordi di surrogazione transnazionali si è reso, però, necessario un intervento del legislatore, in mancanza del quale sono stati i giudici ad intervenire in ordine al riconoscimento della filiazione in caso di maternità surrogata realizzata all'estero, previo accertamento dei legami *de facto* esistenti.

Si è giunti, così, fino al diritto vivente elaborato dalle Sezioni Unite in punto di intrascrivibilità dell'atto straniero in riferimento al genitore intenzionale e alla questione di costituzionalità avente ad oggetto proprio tale orientamento giurisprudenziale.

Il fulcro della ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale ruota intorno alla nozione di ordine pubblico accolta dalle Sezioni Unite, intesa come limite all'ingresso di atti stranieri nell'ordinamento giuridico italiano: in particolare si tratta di capire se tale nozione sia inclusiva dell'interesse del minore alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito all'estero o se, viceversa, il solo interesse pubblico alla repressione dell'illecito (i.e. violazione del divieto di *surrogacy*) sia idoneo ad integrare tale nozione.

La motivazione della ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione è incentrata sui parametri costituzionali e convenzionali, con particolare riguardo alla *advisory opinion* resa dalla Corte di Strasburgo proprio in tema di maternità surrogata, mentre il parametro unionale, pur invocato, non è oggetto di esplicazione in motivazione.

La fattispecie concreta prende le mosse dalla situazione di due cittadini italiani, coniugati all'estero con matrimonio trascritto in Italia come unione civile, i quali avevano fatto ricorso in Canada alla pratica della maternità surrogata con donazione di ovocita di una donna diversa dalla gestante e impiego dei gameti di uno solo dei coniugi. Inizialmente le autorità canadesi avevano indicato nell'atto di nascita quale unico genitore il padre biologico del minore, ma a seguito del ricorso presso la *Supreme Court* della *British Columbia* i coniugi ottenevano una sentenza nella quale entrambi erano dichiarati genitori del minore. Tornati in Italia l'ufficiale di stato civile rifiutava, però, la richiesta di rettifica dell'atto di nascita per la mancanza di dati normativi e precedenti giurisprudenziali favorevoli alle istanze dei ricorrenti. I coniugi avevano, quindi, proposto ricorso *ex art. 702 bis c.p.c.* alla Corte di Appello per chiedere il riconoscimento

in Italia della sentenza canadese⁵ e ottenere la trascrizione dell'atto di nascita straniero, rilevando la non contrarietà della sentenza all'ordine pubblico e la conformità della loro condotta alle leggi dello Stato in cui era stata realizzata.

La Corte di Appello accoglieva il ricorso riconoscendo la sentenza canadese in base all'assunto che proprio l'ordine pubblico segnala l'esigenza imprescindibile di assicurare al minore la conservazione dello *status* e il diritto al mantenimento dei rapporti con chi ha legalmente assunto la responsabilità genitoriale, in nome del diritto fondamentale alla tutela del superiore interesse del minore.

La controversia giunge, infine, dinanzi alla Corte di Cassazione chiamata a valutare se la decisione della Corte di Appello sia contraria ai principi costituenti l'ordine pubblico, tra i quali la nozione di filiazione intesa come discendenza da persone di sesso diverso e il divieto penalmente sanzionato concernente la maternità surrogata.

La Corte di Cassazione ritiene che l'interpretazione delle disposizioni pertinenti nel caso di specie non possa discostarsi dal significato ad esse attribuito dalla sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite di Cassazione secondo la quale tali disposizioni devono essere interpretate nel senso che il limite dell'ordine pubblico, fissato in via generale e astratta dal legislatore, impedisce il riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali stranieri che accertino l'inclusione del genitore d'intenzione nell'atto di nascita del figlio del coniuge nato con la gestazione per conto di altri.

Il giudice *a quo* ritiene, però, che il diritto vivente espresso in tale sentenza contrasti con i diritti inviolabili del minore come tutelati dalla Costituzione, dalle convenzioni internazionali e dal diritto unionale e segnala la carenza nel nostro ordinamento giuridico di strumenti alternativi di riconoscimento di uno *status filiationis* equivalente a quello stabilito all'estero. L'orientamento delle Sezioni Unite impedisce, pertanto, un'interpretazione conforme a Costituzione e rende non manifestamente infondata la questione di costituzionalità.

Il presente contributo mira, quindi, a ricostruire lo stato dell'arte della giurisprudenza in tema di maternità surrogata e di ordine pubblico quale limite al riconoscimento dell'atto straniero che attesti la genitorialità d'intenzione in caso di *surrogacy*. Si cercherà, inoltre, di approfondire la portata del recente intervento costituzionale, nonché eventuali profili di criticità della declaratoria di inammissibilità, per poi valutare se la Corte avrebbe potuto impiegare tecniche decisorie alternative, suscettibili di garantire una maggior tutela agli interessi del minore.

⁵ A norma dell'art. 67, legge n. 218 del 1995.

2. Il “diritto vivente” delle Sezioni Unite in materia di maternità surrogata

La fattispecie concreta dalla quale muove l’ordinanza di rimessione della Cassazione è analoga a quella risolta non molto tempo addietro dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 12193 del 2019⁶: si trattava del riconoscimento del provvedimento giudiziale straniero di accertamento della filiazione tra il genitore intenzionale, nell’ambito di una coppia omosessuale⁷, e due minori nati in Canada da maternità surrogata⁸. Tra i diversi motivi del ricorso in Cassazione era stata dedotta la contrarietà del provvedimento straniero all’ordine pubblico in quanto avente ad oggetto l’accertamento di un rapporto genitoriale con persone dello stesso sesso nell’ambito di una pratica realizzata all’estero ma vietata in Italia.

⁶ Sulla quale cfr. almeno U. SALANTRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, n. 4, 2019; in *Fam. dir.*, n. 7, 2019, con note di G. FERRANDO e M. DOGLIOTTI; in *Famiglia*, 2019, pp. 369 ss., con nota di M. BIANCA; in *Foro it.*, n. 1, 2019, pp. 4027 ss., con nota di G. LUCCIOLI; v. anche G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 815; S. CELENTANO, M. ACIERNO, *La genitorialità e la gestazione per altri. L’intervento delle Sezioni Unite*, in *Questione Giustizia*, 14.05.2019; A. SPADAFORA, *Procreare semper licet?*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n. 3, 2019, pp. 1098 ss.; D. MAZZAMUTO, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della “genitorialità sociale”*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n. 2, 2020.

⁷ Sul tema della omogenitorialità e sulle implicazioni della maternità surrogata cfr. S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *costituzionalismo.it*, n. 3, 2015, la quale auspica che rispetto al tema della genitorialità di lesbiche e gay, il legislatore assuma un’ottica di differenza sessuale, differenziando la posizione giuridica delle coppie lesbiche rispetto a quella delle coppie gay in relazione alla filiazione e assumendo come principio ordinatore il valore della relazione materna, da intendere come «valore che si congiunge a quello della tutela dell’interesse del bambino»; B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell’analisi di genere della gravidanza per altri*, in *costituzionalismo.it*, n. 1, 2017 si concentra analiticamente sulla scissione tra progetto di riproduzione e di genitorialità della madre, sulla relazione tra madre biologica e genitori intenzionali, sul progetto genitoriale, sull’interesse del figlio/a nato/a da GPA, sulla libertà e autodeterminazione della donna quando manifesta la volontà di aderire ad un progetto genitoriale altrui, assumendo «come prospettiva (costituzionalmente orientata dalla analisi di genere) la centralità della gravidanza come dimensione relazionale, traendo da ciò una serie di conseguenze in termini della qualificazione»; ID., *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il “principio nel nome della madre” nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., p. 117; cfr. anche B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2, 2014. Per un’ampia analisi del tema con particolare riguardo alla giurisprudenza di legittimità e di merito in materia di omogenitorialità cfr. A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 2018. Per un quadro complessivo sulle questioni giuridiche in tema di omogenitorialità cfr. A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, 2011; B. LIBERALI, *L’adozione dei single e delle coppie omosessuali*, in F. GIUFFRÉ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 383-399; A. LORENZETTI, *I profili giuridici dell’omogenitorialità*, in D. FERRARI (a cura di), *I Diritti delle coppie omosessuali: la parola al Parlamento*, Primiceri editore, 2016, pp. 45-73; B.E. HERNANDEZ-TRUYOL, R. VIRZO (a cura di), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori. Profili di diritto internazionale e diritto comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

⁸ Anche in tale fattispecie l’ufficiale di stato civile aveva rifiutato di trascrivere il provvedimento con cui era stata riconosciuta la genitorialità del padre intenzionale e i coniugi avevano fatto ricorso alla Corte d’Appello di Trento per ottenere il riconoscimento del provvedimento canadese ex art. 702 bis c.p.c. La Corte di Appello aveva accolto la domanda, facendo propria una nozione di ordine pubblico coincidente con i principi supremi, fondamentali della Carta costituzionale e, quindi, con la tutela dei diritti fondamentali desumibili dalla Costituzione, dalla Carta dei diritti UE e dalla Cedu. La tutela dell’interesse superiore del minore ed in particolare del diritto alla conservazione dello *status filiationis* legalmente riconosciuto all’estero doveva prevalere sull’interesse pubblico sotteso al divieto di *surrogacy*. Secondo i giudici di appello tale divieto non esprime principi fondamentali costituzionalmente obbligati e le conseguenze della sua violazione non possono ricadere sul nato e sul suo diritto fondamentale alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito.

Il fulcro della decisione delle Sezioni Unite è la nozione “difensiva” di ordine pubblico adottata⁹: anche la normativa ordinaria incarna quei valori fondamentali consacrati nella Costituzione, così come l’«opera di sintesi e ricomposizione attraverso la quale la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità sono pervenute all’extrapolazione dei principi fondamentali, sulla base [...] anche dell’interpretazione della legge ordinaria, che dà forma a quel diritto vivente dalla cui valutazione non può prescindere nella ricostruzione dell’ordine pubblico»¹⁰.

La nozione di ordine pubblico come insieme di valori fondanti dell’ordinamento è caratterizzata da relatività e mutevolezza secondo le Sezioni Unite: il suo contenuto varia nel tempo, secondo l’evoluzione dei rapporti politici, economici e sociali e dipende anche dalla disciplina legislativa ordinaria.

Le Sezioni Unite ripercorrono l’evoluzione della nozione di ordine pubblico nella giurisprudenza di legittimità, affermando il passaggio da una concezione difensiva a salvaguardia dell’identità e coerenza interna ad una nozione promozionale, circoscritta ai valori tutelati dalle norme fondamentali anche a livello internazionale e sovranazionale.

Nonostante l’apparente apertura nella definizione dell’ordine pubblico internazionale le Sezioni Unite ricomprendono in tale nozione non soltanto i principi fondamentali della Costituzione, delle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche il modo in cui i valori costituzionali si sono concretamente incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e nell’interpretazione fornita dalla giurisprudenza quale diritto vivente.

La nozione di ordine pubblico fatta propria dalle Sezioni Unite differisce da quella accolta in altri precedenti¹¹ ove era intesa come complesso di principi fondamentali caratterizzanti l’ordinamento interno in un dato momento storico, fondati sulla tutela dei diritti fondamentali dell’uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili dai sistemi di tutela sovraordinati rispetto alla legislazione ordinaria. Le Sezioni Unite fanno propria una nozione difensiva-protettiva di ordine pubblico comprendente non soltanto i principi fondamentali sanciti dalla Costituzione e a livello europeo, ma anche «il modo in cui questi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti».

⁹ Sulla evoluzione della nozione di ordine pubblico nella giurisprudenza in tema di maternità surrogata in dottrina cfr. C. TRIPODINA, *C’era una volta l’ordine pubblico. L’assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., pp. 119 ss.; sulla accezione di ordine pubblico nelle più recenti decisioni in materia di omogenitorialità cfr. A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza*, cit., pp. 6 ss.; vd. anche G. FERRANDO, *Ordine pubblico e minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. Giur.*, n. 2, 2017.

¹⁰ Cfr. Sez. Unite, Cass., n. 12193/2019, punto 12.2.

¹¹ Cfr. Cass., n. 14878/2017.

Le Sezioni Unite, inoltre, ammoniscono sulla diversità di fattispecie rispetto al caso deciso con sentenza n. 19599/2016 della Corte di Cassazione¹². Nel precedente in questione era in gioco la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero e riguardante un minore generato da due donne, a ciascuna delle quali era legato da legame biologico, poiché una lo aveva partorito e l'altra aveva fornito gli ovuli: la fattispecie non era pertanto riconducibile alla surrogazione di maternità, bensì alla fecondazione eterologa¹³.

Il caso al vaglio delle Sezioni Unite non è assimilabile a tale precedente poiché rientra a pieno titolo nell'ambito della surrogazione di maternità e ciò consente al Supremo consesso di discostarsi dalla nozione complessa, "promozionale" di ordine pubblico fatta propria dalla sentenza n. 19599/2016 comprensiva della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo desumibili dalla Costituzione, dai Trattati Ue, dalla Carta dei diritti fondamentali Ue e dalla Cedu. La sentenza n. 19599 ha inaugurato un nuovo indirizzo interpretativo e teorizzato un'inedita nozione di ordine pubblico che ha condizionato la successiva giurisprudenza in materia di maternità surrogata¹⁴ e, più in generale, di filiazione con pratiche in Italia vietate e altrove consentite. Alla originaria accezione statualistica, «se ne è opposta un'altra, di maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni e più aderente agli artt. 10, 11 e 117, primo comma, della Costituzione», in grado di meglio «esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne» e meno soggetta ai «mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali»¹⁵, con conseguente «progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, istituti giuridici e valori estranei»¹⁶. In tale accezione "promozionale" i livelli internazionale e sovranazionale vanno a riempire di contenuto e di senso l'ordinamento interno: i principi fondamentali rilevanti per la nozione di ordine pubblico devono essere, infatti, rappresentativi di esigenze di tutela dei diritti fondamentali comuni ai diversi ordinamenti; inoltre, non possono più trovare collocazione in una legge ordinaria, ma in fonti ad essa sovraordinate, infine, scompare qualsiasi riferimento ai valori e principi "esclusivamente propri". Il parametro di riferimento non è, quindi, più costituito dalle norme con le quali il legislatore ordinario abbia

¹² Su cui cfr. almeno A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in *Articolo29*, 3.10.2016; S. STEFANELLI, *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Famiglia e diritto*, n. 1, 2017, pp. 91 ss.

¹³ Note di criticità sono espresse da A. SPADAFORA, *Procreare sempre licet?*, cit., pp. 1098 ss., secondo il quale «a risulterne decretata è, a tale stregua, la decisività, invero, della distinzione di sesso ai fini dell'attivazione del divieto legale, e per l'effetto, del giudizio in termini di liceità/illiceità del progetto e dell'accordo procreativo *inter partes*. Perché ciò che sarebbe precluso alla famiglia omosessuale di genere maschile, sarebbe, al contrario, concesso a quella di genere femminile» e ribadisce come il ragionevole bilanciamento tra gli interessi in gioco spetta alla valutazione del legislatore.

¹⁴ *Ex multis*, Corte App. Milano, 28 ottobre 2016; Corte App. Trento, 23 febbraio 2017.

¹⁵ Cass., n. 19599/2016, § 7.

¹⁶ *Ibidem*.

esercitato la propria discrezionalità in una determinata materia, «ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario»¹⁷.

Secondo le Sezioni Unite, però, la fattispecie al loro vaglio è assimilabile alla diversa vicenda presa in considerazione con la sentenza n. 24001/2014 in cui la Corte di Cassazione ha ritenuto contrario all'ordine pubblico il riconoscimento dell'atto straniero in cui erano indicati come genitori due coniugi di sesso diverso che avevano fatto ricorso alla maternità surrogata senza dare alcun apporto biologico. In tale precedente si afferma che il concetto di ordine pubblico non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma deve comprendere anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e irrinunciabili, identificando, così, l'ordine pubblico come una sorta di “recinto” teso a evitare la contaminazione con elementi di altri ordinamenti giuridici, qualora ciò possa «inquinare i profili qualificanti»¹⁸.

Le Sezioni Unite sembrano fare propria tale nozione difensiva-protettiva¹⁹ e condividono il ragionamento posto a fondamento di tale precedente: il divieto di surrogazione di maternità costituisce un principio di ordine pubblico come suggerisce già la sanzione penale e secondo un'interpretazione teleologica della legge n. 40/2004 tale divieto mira a tutelare i valori fondamentali della dignità della gestante²⁰ e dell'istituto

¹⁷ *Ibidem*. Parla criticamente di una lettura «assottigliata» di ordine pubblico C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., pp. 124 ss. Per la Corte di Cassazione ne consegue che «il giudice dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con la legislazione nazionale vigente, quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico», cfr. § 7. Il giudice di legittimità ha respinto la portata “giusnaturalistica” dell'affermazione per cui madre è solo colei che partorisce, che non assurge a principio fondamentale di rango costituzionale e quale principio inderogabile di ordine pubblico, piuttosto definendola quale «regola di esperienza, progressivamente integrata e superata dall'evoluzione scientifico-tecnologica», cfr. § 11.1.

¹⁸ C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., p. 121.

¹⁹ Per le immagini dell'ordine pubblico internazionale come *fortezza*, quindi, in funzione protettiva, o come *ponte* per superare il diritto interno, cfr. C. TRIPODINA, *ult. cit.*, p. 128 e F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Cedam, 2007, pp. 110 ss.; sul tema cfr. anche ID., *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., pp. 47 ss.; M. WINKLER, *Omogenitorialità e diritto internazionale privato*, in A. SCHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità*, cit., pp. 115 ss.

²⁰ Sul punto cfr. le riflessioni di G. LUCCIOLI, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *GenIUS*, n. 1, 2020, p. 3, secondo la quale «la surrogacy è una pratica che riduce la persona a corpo, ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata per contratto a non appartenere mai a chi la porta in grembo, che priva la maternità del suo senso umano e la fa divenire brutta materialità biologica, mera tecnica riproduttiva». Ammonisce sulle implicazioni di tale pratica sia a titolo oneroso che a titolo altruistico anche C. TRIPODINA, *ult. cit.*, pp. 137 ss. Diversamente 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 on line*, n. 1, 2017 sembrano aprire alla maternità surrogata «aspirata alla logica del dono», e particolarmente quando questo dono avvenga tra persone legate da vincoli di parentela; S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale*, cit., p. 50, sembra ritenere ammissibile la “maternità solidale” «gratuita e indirizzata da una donna a un'altra donna». Esprimono preoccupazione per la dignità della donna: B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il “principio del nome della madre” nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., pp. 91-118; S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., pp. 191-234; E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) dalla legge nazionale*, in S. NICCOLAI, E.

dell'adozione, unico strumento cui l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità privi di legami biologici con il nato. Il divieto di maternità surrogata è frutto di una scelta ragionevole del legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità, volta a far sì che l'interesse del minore «si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando [...] all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo tra le parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico».

A ben vedere, però, la fattispecie decisa con la sentenza n. 24001/2014 differisce da quella oggetto del vaglio delle Sezioni Unite perché nel primo caso i committenti erano una coppia eterosessuale che non aveva dato alcun apporto genetico alla procreazione in violazione della *lex loci* ucraina.

Nonostante la diversità delle fattispecie le Sezioni Unite confermano il principio di diritto ivi affermato secondo il quale il divieto di *surrogacy* costituisce a pieno titolo un principio di ordine pubblico.

Secondo le Sezioni unite il diritto fondamentale alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito all'estero «è destinato ad affievolirsi in caso di ricorso alla surrogazione di maternità, il cui divieto, [anche] nell'ottica fatta propria dal Giudice delle leggi, viene a configurarsi come l'anello necessario di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione, segnando il limite oltre il quale cessa di agire il principio di auto-responsabilità fondato sul consenso [...] e torna ad operare il favor veritatis, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica».

Nel ragionamento delle Sezioni Unite la tutela della dignità della donna gestante e dell'istituto dell'adozione sono ritenuti prevalenti rispetto all'interesse del minore²¹, secondo un bilanciamento effettuato *ex ante* in via generale ed astratta dal legislatore cui la valutazione del giudice non può sostituirsi²². Tale prevalenza, inoltre, secondo i giudici di legittimità non si traduce nella cancellazione

OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., pp. 3-28; G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., pp. 78-90.

²¹ Sulla nozione di *best interests of the child* cfr. l'ampia trattazione di E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, 2016; G. PERLINGERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019; N. DI LORENZO, *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari*, in *cde.unict.it*. Cfr. anche L. LENTI, "Best interests of the child" o "best interests of children"? in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2, 2010, pp. 157 ss.; ID., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1, 2016, pp. 86 ss.; S. ROMBOLI, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., pp. 505 ss.; C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2016, pp. 174 ss.; D. ROSANI, "The Best Interests of the Parents". *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2017, pp. 109 ss.; I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di "abuso" e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti Europee*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., pp. 60 ss.

²² Ammonisce sul rischio che il rapporto tra genitore sociale e minore non possa mai essere messo in discussione in ossequio al principio della dignità personale A. SPADAFORA, *Procreare sempre licet?*, cit. Il rischio sarebbe di «estremizzare una concezione illuministica dei diritti umani e del loro modo di essere attratti e presidiati nella sfera della giuridicità», con il corollario che il *favor filiationis* potrebbe concorrere con il *favor affectionis* a legittimare incondizionatamente i desideri

dell'interesse del minore, il quale sarebbe comunque tutelato attraverso strumenti legali alternativi idonei a costituire un legame giuridico con il genitore intenzionale quale l'adozione in casi particolari *ex art. 44, c. 1, lettera d, legge n. 184/1983*, «clausola di chiusura del sistema» a tutela della continuità della relazione affettiva ed educativa²³. La stessa giurisprudenza della Corte edu, secondo le Sezioni Unite, ha riconosciuto un ampio margine di apprezzamento agli Stati in ordine sia alla decisione di autorizzare la maternità surrogata sia alla determinazione dei suoi effetti giuridici²⁴. Le Sezioni Unite richiamano il caso *Paradiso e Campanelli*, concernente una vicenda di maternità surrogata nella quale, però, non era stato impiegato il materiale genetico dei due genitori intenzionali nell'ambito di una coppia di sesso diverso: si tratta, quindi, di un caso ben diverso da quello sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite, non del tutto pertinente.

Secondo il giudice di legittimità in mancanza di legame biologico spetta alla discrezionalità del legislatore statale individuare gli strumenti giuridici più adeguati per il riconoscimento del rapporto genitoriale, fermo restando l'obbligo di garantire una tutela «comparabile» a quella ordinariamente ricollegabile allo

procreativi individuali «anche a costo dell'obliterazione (o del travisamento) degli indici di legittimità, invece, nitidamente identificabili a livello sistematico, ed affidati alle direttive di ordine pubblico interno».

²³ Ammonisce sul rischio che il ricorso alla legge n. 184/1983 possa divenire un «espediente per la regolarizzazione di un progetto genitoriale sorto con lo sfruttamento della capacità riproduttiva altrui», F. DE ANGELIS, *L'assenza di legame biologico quale causa ostativa alla trascrizione dell'atto di nascita*, in *Giustiziacivile.com*, 13.09.2019, la quale in tale prospettiva evidenzia anche i profili di differenziazione tra maternità surrogata ed adozione in punto di finalità e di diritti tutelati. L'Autrice ritiene, tuttavia, che il ricorso all'art. 44, lett. d, legge n. 184/1983 consente di coniugare realtà giuridica e interessi sostanziali, da un lato assicurando il controllo giurisdizionale sul vincolo genitoriale in assenza di legami biologici, dall'altro consentendo di bilanciare l'accertamento della verità genetica con altri interessi contrapposti. Criticità sono espresse da A. SPADAFORA, *Procreare sempre licet?, cit.*, secondo il quale le Sezioni Unite si predispongono al recepimento della tesi favorevole all'instaurazione del legame di filiazione adottiva tra il minore e il genitore sociale anche nell'ambito della convivenza tra persone dello stesso sesso e tale indirizzo «nel professare un'esegesi particolarmente elastica o, forse disinvolta, della disciplina dell'adozione in casi particolari [...] assume a fondamento argomentativo l'anelito ordinamentale [...] di realizzare il preminente interesse del minore mediante il consolidamento del rapporto personale con i soggetti che, della cura dell'adottando, dimostrano di volersi fare integralmente carico». Tale orientamento secondo l'A. equivale a obliterare la *ratio* dell'istituto dell'adozione ovvero «sottrarre l'adottando ad una situazione di degrado che scade in abbandono», con l'ulteriore ostacolo che l'art. 44, c.1, lettera d, avrebbe carattere derogatorio e sarebbe norma di stretta interpretazione, perciò tale orientamento valicherebbe gli argini legislativi. Secondo l'A. il legislatore, con l'approvazione della legge n. 76/2016, avrebbe effettuato un'«inequivoca opzione prescrittiva» stabilendo che i soggetti contraenti di un'unione civile non possono essere equiparati ai coniugi per quanto attiene alla disciplina di cui alla legge n. 184/1983 e tale dato testuale dovrebbe essere interpretato come ostativo rispetto all'accesso all'istituto dell'adozione anche in casi particolari da parte della coppia omosessuale, onde evitare che alla *voluntas legis* possa sostituirsi la *voluntas iudicis*.

²⁴ Le Sezioni Unite richiamano i casi *Menesson* e *Labasee c. Francia* in cui era stata ravvisata la violazione del diritto al rispetto della vita privata del minore in relazione alla sua identità personale in riferimento al mancato riconoscimento della filiazione con il genitore biologico. Nessuna violazione sarebbe, pertanto, configurabile nel caso in cui sia in discussione la filiazione con il genitore non biologico il cui mancato riconoscimento non preclude al minore l'inserimento nella famiglia della coppia né l'acquisto dello *status filiationis* pacificamente riconosciuto nei confronti del genitore biologico.

status filiationis: esigenza che nel nostro ordinamento sarebbe soddisfatta dall'istituto dell'adozione in casi particolari²⁵ che parifica «la posizione del figlio adottivo allo stato di figlio nato dal matrimonio».

È, invece, proprio rispetto al profilo dell'effettività del rapporto giuridico discendente da tale forma di adozione che, come vedremo, la soluzione prospettata dalle Sezioni Unite sembra porsi in contrasto con i requisiti di efficacia e celerità richiesti a Strasburgo nella *advisory opinion* del 10 aprile 2019, poiché impone quale unica via per il padre sociale il ricorso all'adozione in casi particolari che non garantisce un'adozione piena né il pieno ingresso nella famiglia dell'adottante e rappresenta, quindi, un *minus* per il minore²⁶.

Le Sezioni Unite escludono, quindi, il riconoscimento del provvedimento straniero che abbia accertato la filiazione tra il minore nato all'estero da maternità surrogata e il genitore intenzionale a causa del divieto della surrogazione di maternità, qualificabile come principio di ordine pubblico, poiché posto a tutela di valori fondamentali quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione, «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»: il superiore interesse del minore alla conservazione dello *status* acquisito, secondo le Sezioni Unite, non assurge, quindi, a diritto fondamentale e può essere circoscritto per la salvaguardia di valori concorrenti secondo un bilanciamento che rientra nel margine di apprezzamento del legislatore ordinario.

3. Il riconoscimento dello *status filiationis* in caso di maternità surrogata nella *advisory opinion* della Corte europea dei diritti dell'uomo

Tra le motivazioni addotte dal giudice *a quo* nella ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale n. 8325/2020 a sostegno della non manifesta infondatezza della questione assume particolare rilievo il

²⁵ Ritiene tale soluzione compatibile con il parere della Corte Edu del 10 aprile 2019 A. DI MARTINO, *Corte costituzionale, atti di nascita di bambini nati nell'ambito di una coppia lesbica e accesso alla p.m.a.*, in *Diritti comparati*, 19.11.2020. M. BIANCA, *La genitorialità d'intenzione*, cit., § 2 ritiene che la previsione di strumenti come la *stepchild adoption* che possono consentire di soddisfare l'interesse del minore a conservare le relazioni affettive di cui ha bisogno, esclude la sussistenza di una discriminazione e al contempo sottrae la scelta della genitorialità ad un automatismo in linea con il diritto effettivo.

²⁶ *Contra* cfr. M. BIANCA, *La genitorialità d'intenzione*, cit., § 3 secondo la quale non colgono nel segno quelle riflessioni che sottolineano una violazione del principio di uguaglianza tra i figli perché l'adozione in casi particolari pregiudicherebbe i figli dando loro meno tutela. Secondo l'A. si tratta di situazioni non paragonabili al fine di invocare una presunta violazione del principio di uguaglianza e di unicità dello stato di figlio: nel caso del riconoscimento del genitore d'intenzione si è dinanzi a bambini che hanno già un genitore biologico e si tratta di aggiungerne un altro, similmente alla situazione del minore orfano di padre che viene adottato dal nuovo marito della madre. La nuova figura genitoriale secondo l'A. non può essere acquisita automaticamente solo perché legata affettivamente al genitore biologico, ma solo se ciò realizzi il concreto interesse del minore, altrimenti, una diversa soluzione porterebbe a creare uno statuto speciale privilegiato del nato da pma. Tale rischio era stato paventato in dottrina già prima della approvazione della legge n. 40/2004, cfr. C.M. BIANCA, *Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano*, in *Dir. Fam.*, 1987. Su tali profili cfr. anche G. SPADARO, M. TUDISCO, *Il destino dei figli della coppia omogenitoriale: quali diritti?*, in *Giustiziacivile.com*, 1.10.2020.

richiamo al parere consultivo del 10 aprile 2019 della *Grande Chambre* della Corte edu²⁷: prima *advisory opinion* resa a Strasburgo in esecuzione del Protocollo n. 16 alla Cedu, concernente proprio il tema della maternità surrogata, in risposta alla Corte di Cassazione francese.

La vicenda riguardava il rifiuto da parte delle autorità francesi di trascrivere l'atto di nascita in favore della madre intenzionale in un caso di gestazione per conto di altri realizzata legittimamente negli Stati Uniti. Con la richiesta di parere consultivo la Corte francese chiedeva: a) se uno Stato contraente mediante il rifiuto di trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita di un minore nato all'estero mediante maternità surrogata nella parte in cui tale atto designa la madre intenzionale come madre legale eccede il margine di apprezzamento consentito a norma dell'art. 8 Cedu, e se deve essere effettuata una distinzione a seconda dell'impiego dei gameti della madre intenzionale; b) se la facoltà per quest'ultima di adottare il figlio del coniuge, padre biologico, consente di rispettare l'art. 8 Cedu come modalità alternativa di instaurazione del legame di filiazione.

La Corte edu ha analizzato la questione sull'*an* del riconoscimento del legame con la madre intenzionale e ha riconosciuto che l'adozione possa costituire un modo alternativo di riconoscimento della filiazione, purché sia soddisfattiva di specifici requisiti quali l'effettività e la rapidità della procedura²⁸. In riferimento al superiore interesse del minore, tutelato a norma dell'art. 8 Cedu, la Corte ribadisce quanto già affermato nei casi *Mennesson* e *Labassee c. Francia*, ovvero che il mancato riconoscimento della filiazione non ricade soltanto su coloro che hanno fatto ricorso alla modalità procreativa vietata, ma si ripercuote sul minore e sul suo diritto al rispetto della vita privata. Secondo i giudici di Strasburgo l'interesse superiore del minore a norma dell'art. 8 Cedu richiede una valutazione caso per caso ed è incompatibile con un divieto generale e assoluto di riconoscimento della filiazione con il genitore intenzionale, a causa delle conseguenze sull'identità del minore e sul suo diritto alla stabilità dello *status filiationis*, pregiudicando il suo radicamento nell'ambito familiare. Ne discende una limitazione del margine di apprezzamento degli

²⁷ A commento cfr. M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, n. 5, 2019, pp. 167 ss.; R.G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte EDU (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione Giustizia*, 28.05.2019; sia consentito anche il rinvio a C. MASCIOTTA, *Il Protocollo 16 alla CEDU alla prova dell'applicazione concreta e le possibili ripercussioni sull'ordinamento italiano*, in *DPCE*, n. 1, 2020, pp. 183 ss.; cfr. anche G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 4, 2019, pp. 815 ss.; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019; A. DI BLASE, *Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019*, in *Sidiblog*, 16.05.2019; I. ANRÒ, *Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU: il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata*, *ivi*, 06.05.2019.

²⁸ I giudici di Strasburgo nella motivazione richiamano diverse disposizioni della Convenzione di New York del 1989 che racchiudono i diritti inviolabili dei minori e, in particolare, il divieto di discriminazione anche in riferimento alle condizioni di nascita e il preminente interesse del minore in tutte le decisioni pubbliche che lo riguardano, nonché il diritto a vedere preservata la propria identità, *ivi* comprese le sue relazioni familiari.

Stati contraenti e la necessità di offrire nel diritto interno la *possibilità* del riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale secondo una visione paidocentrica.

Rispetto al secondo quesito, però, si riespande il margine di apprezzamento statale e la Corte edu riconosce che non necessariamente tale riconoscimento debba avvenire tramite la trascrizione dell'atto di nascita legalmente formato all'estero: sussiste un margine di discrezionalità degli Stati contraenti in ordine alle modalità del riconoscimento alternative alla trascrizione tra le quali può rientrare anche l'adozione.

La Corte, tuttavia, indica la "via" affinché l'adozione da parte del genitore intenzionale possa considerarsi idonea allo scopo di tutelare il minore *ex art. 8 Cedu*: la relativa procedura deve essere effettiva, ovvero consentire un effettivo riconoscimento della filiazione, e celere, onde evitare che il minore sia esposto a una situazione prolungata di incertezza giuridica.

L'art. 8 Cedu non impone agli Stati di riconoscere *ab initio* il rapporto di filiazione con il genitore intenzionale, ma l'interesse superiore del minore da valutare in concreto impone che la relazione costituita legalmente all'estero sia riconosciuta una volta che il legame con il genitore d'intenzione si sia concretizzato, sia divenuto una «*practical reality*» secondo una valutazione rimessa alle autorità nazionali.

4. L'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale sembra qualificare l'*advisory opinion* come parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale

La Corte di Cassazione nel rimettere la questione alla Consulta con l'ordinanza n. 8325/2020 ritiene che il diritto vivente affermato dalle Sezioni Unite si ponga in contrasto con l'*advisory opinion* della Corte di Strasburgo, sollevando due questioni non superabili in via ermeneutica.

La prima questione concerne la qualificazione del divieto di *surrogacy* come principio di ordine pubblico internazionale idoneo a prevalere sull'interesse del minore secondo una scelta compiuta *ex ante* dal legislatore italiano in via generale e astratta dalla valutazione caso per caso.

La qualificazione del divieto come principio di ordine pubblico per il rimettente è incompatibile con le affermazioni dei giudici di Strasburgo secondo le quali non sono consentite misure che negano i diritti inviolabili del minore in ordine alla sua identità e appartenenza al nucleo familiare, come sanciti nell'atto di nascita straniero. Il superiore interesse del minore impedirebbe al legislatore di prevedere una limitazione *ex ante*, astratta e generale del diritto al riconoscimento dello *status filiationis* legalmente costituito all'estero, essendo necessaria una valutazione in sede giurisdizionale delle circostanze del caso concreto.

Occorre, però, osservare che l'art. 8 Cedu, come interpretato nella *advisory opinion*, richiede al diritto nazionale di prevedere la possibilità del riconoscimento della filiazione con il genitore intenzionale, riconoscimento che non necessariamente coincide con la trascrizione dell'atto straniero, ben potendo

l'interesse del minore essere tutelato per altra via, come l'adozione, purchè si tratti di un procedimento celere ed effettivo.

La seconda questione concerne quell'orientamento delle Sezioni Unite che ritiene adeguata alla tutela del minore la possibilità per il genitore d'intenzione di richiedere l'adozione in casi particolari *ex art. 44*, lettera d, legge n. 184/1983 come modalità alternativa alla trascrizione: tale istituto per il giudice *a quo* non è idoneo a rispettare i requisiti di effettività e celerità fissati a Strasburgo nella *advisory opinion* nella quale si richiede che sia sempre garantita «l'effettività del riconoscimento» e non si esponga «il minore a una protratta situazione di incertezza giuridica».

Il perno della ordinanza di rimessione consta, quindi, nell'incompatibilità del diritto vivente con il parere convenzionale: secondo il giudice rimettente tale parere, seppur non direttamente vincolante, «impone scelte ermeneutiche differenti da quelle adottate dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2019» e al contempo il giudice *a quo* segnala l'impossibilità di adottare una soluzione interpretativa in contrasto con il diritto vivente espresso dalla Suprema Corte.

In definitiva, è interessante notare come il parere reso a Strasburgo, seppur non vincolante, abbia rappresentato per il giudice rimettente una norma interposta in relazione all'art. 117, c. 1 Cost.

Una soluzione conforme a Costituzione e alla Cedu non è esperibile «tenuto anche conto del sopravvenuto parere», poiché contrasterebbe con l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite che per l'autorevolezza dell'organo da cui proviene ha certamente formato un diritto vivente sull'interpretazione delle norme da applicare alla fattispecie da cui «il giudice a quo non può prescindere nella sua opera diretta a rinvenire nell'ordinamento giuridico un'interpretazione costituzionalmente conforme»: il parere sembra così assurgere anche a parametro per vagliare la esperibilità dell'interpretazione convenzionalmente conforme.

Il giudice rimettente decide, quindi, di sollevare questione di legittimità costituzionale di quelle disposizioni legislative che, per come interpretate secondo il diritto vivente, impediscono in via generale e senza valutazione in concreto dell'interesse del minore la trascrizione dell'atto di nascita legalmente costituito all'estero in caso di maternità surrogata nella parte in cui attesta la filiazione con il genitore intenzionale.

A ben vedere, però, l'*advisory opinion* non impone la trascrizione dell'atto di nascita straniero quale soluzione a rime obbligate per tutelare l'interesse del minore, dunque, non sembra incompatibile con l'inclusione del divieto di *surrogacy* nella nozione di ordine pubblico internazionale. La Corte edu ha lasciato un margine di apprezzamento agli Stati sulla scelta delle modalità del riconoscimento. L'incompatibilità, a detta di chi scrive, riguarda la seconda questione affrontata dalla Corte di Cassazione,

ovvero l'idoneità dell'adozione in casi particolari a garantire una tutela comparabile con il riconoscimento della filiazione ordinaria.

Secondo la prima sezione civile il diritto vivente affermato dalle Sezioni Unite è in contrasto non soltanto con i parametri convenzionali, ma anche con i principi costituzionali concernenti i diritti inviolabili del minore e il principio di eguaglianza nei rapporti di filiazione, con particolare riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 Cost.

A buon diritto il giudice rimettente ritiene che l'interpretazione fatta propria dalle Sezioni Unite sia in contrasto in particolare con il diritto fondamentale del minore alla stabile permanenza nel nucleo familiare quale formazione sociale tutelata dalla Costituzione: il diritto del minore alla propria identità e alla formazione e al consolidamento del rapporto di filiazione all'interno della formazione familiare costituita legittimamente all'estero è pregiudicato dal mancato riconoscimento della filiazione con il genitore d'intenzione sulla base di motivazioni estranee alla tutela del minore medesimo.

Il carattere innovativo della ordinanza di rimessione consta nella identificazione del superiore interesse del minore con l'esigenza di conservazione dello *status* acquisito legalmente all'estero e con il mantenimento dei rapporti con chi ha legittimamente assunto la responsabilità genitoriale nel Paese di nascita.

Sussiste un bilanciamento irragionevole, sproporzionato ed eccessivo dell'interesse del minore rispetto all'interesse pubblico al perseguimento di una condotta illecita «con l'effetto di ribaltare la gerarchia di valori sottesa alla Carta costituzionale», fondata sul principio personalistico di tutela dei diritti fondamentali.

Il giudice rimettente formula una distinzione tra ordine pubblico costituzionale, fondato sui valori supremi e vincolanti della cultura giuridica, del sistema costituzionale e delle Carte dei diritti sovranazionali posti a tutela dei diritti fondamentali della persona, e ordine pubblico discrezionale, tale per cui l'interesse pubblico è destinato a recedere dinanzi ai diritti fondamentali dell'individuo.

A caratterizzare l'ordinanza di rimessione della I sezione è, quindi, una nozione di ordine pubblico letta in chiave integrativa, promozionale e non difensiva come quella accolta dalle Sezioni Unite: la tutela del preminente interesse del minore e l'unicità dello *status* di figlio a prescindere dalle condizioni di nascita concorrono alla formazione dell'ordine pubblico come valori essenziali del sistema costituzionale, come principi fondamentali custoditi nella Costituzione ed implementati dalla legislazione e dalla stessa giurisprudenza costituzionale²⁹.

²⁹ Cass., I sez. civ., n. 8325/2020: «la tutela dell'interesse superiore del minore [...] e il principio di ordine pubblico solo apparentemente possono apparire due entità contrapposte perchè, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano».

La Corte di Cassazione non prende, invece, posizione circa uno dei motivi del ricorso ovvero se la nozione di filiazione quale discendenza da persone di sesso diverso possa integrare un principio di ordine pubblico.

Sul punto merita osservare che le disposizioni di rango ordinario che declinano la genitorialità in termini di diversità di sesso potrebbero integrare la nozione di ordine pubblico discrezionale e sarebbero, pertanto, destinate a recedere dinanzi al diritto fondamentale del minore al mantenimento dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero quale elemento costitutivo dell'ordine pubblico costituzionale. Secondo il giudice di legittimità non è conferente neppure la considerazione della necessità di tutelare la dignità della donna gestante³⁰, poiché il mancato riconoscimento dell'atto straniero determinerebbe una grave limitazione dei diritti del minore e non una maggior tutela della donna che ha assunto la decisione di portare avanti la gestazione nell'esercizio della libertà di autodeterminazione riconosciuta dall'ordinamento straniero.

Per il giudice *a quo* appare irragionevole porre sullo stesso piano ai fini del bilanciamento giuridico i diritti fondamentali del minore e l'interesse dello Stato a impedire e reprimere modalità procreative lesive della dignità della donna, poiché nessuna tutela deriva alla gestante dal mancato riconoscimento della filiazione con il genitore intenzionale.

Il bilanciamento tra diritti fondamentali, come riconosciuto dalla costante giurisprudenza costituzionale, deve determinare la compressione minore possibile e necessaria all'interesse confliggente, mentre nel caso di specie a mancare per il rimettente è proprio la necessità della limitazione, non essendo configurabile un vantaggio per la tutela della dignità della donna.

Come afferma il giudice *a quo* «si tratta in sostanza di un bilanciamento fra diritti e interessi che non hanno alcuna attinenza con i soggetti che ne sono titolari e con le loro condotte»: gli effetti negativi della scelta dei genitori ricadrebbero sul figlio che non avrebbe in alcun modo contribuito alla condotta illecita. Sarebbe, infatti, irragionevole precludere al giudice la possibilità di valutare caso per caso l'interesse del minore al riconoscimento del legame con il genitore intenzionale, sacrificando automaticamente i diritti del minore al fine di condannare la condotta dei genitori.

In tal senso è utile ricordare quella giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto come il disvalore della condotta dei genitori non possa ripercuotersi sullo *status* e sulle relazioni personali del minore, sanzionando molteplici automatismi legislativi ritenuti irragionevoli, perché impeditivi di una valutazione giurisdizionale caso per caso (i.e. in tema di reato di alterazione o soppressione di stato e incesto).

³⁰ *Contra* cfr. R. ZAMPERINI, *Il divieto di maternità surrogata*, cit., secondo la quale la Corte di Cassazione avrebbe trascurato la rilevanza primaria attribuita al valore della dignità della persona nell'ordinamento giuridico nazionale, convenzionale, e europeo, poiché tale pratica «cancella il rapporto tra la donna e il figlio che porta in grembo, assimilando la prima a supporto materiale e lo stato filiale del nato a oggetto di scambio, in una logica meramente proprietaria».

Da tale irragionevole bilanciamento discende non soltanto la violazione dell'art. 2 Cost., ma anche dell'art. 3 Cost. con particolare riguardo alla discriminazione del minore nell'attribuzione dello *status* in ragione delle circostanze della nascita e delle modalità procreative rispetto alle quali non porta alcuna responsabilità³¹.

Il giudice rimettente ritiene, inoltre, sussistere una lesione delle norme costituzionali a tutela della vita familiare: il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti del genitore d'intenzione determina una alterazione dei rapporti familiari pregiudizievole per il minore che vede negata l'inscindibilità della sua relazione familiare. Secondo il giudice rimettente «l'appartenenza a una comunità familiare non tollera geometrie variabili in funzione del luogo in cui si trova o andrà a vivere il minore». Sul punto, però, occorre osservare che la sovranità degli Stati anche nell'ambito del diritto di famiglia consente discipline giuridiche differenziate, piuttosto risulta pertinente quanto affermato nella *advisory opinion*: una volta che si è concretizzato nella realtà il legame familiare, esso deve essere riconosciuto e il margine di discrezionalità dello Stato nell'*an* e nel contenuto del riconoscimento è limitato, dovendo essere apprestato uno strumento effettivo e celere che garantisca una tutela equiparabile all'ordinario *status filiationis*.

Ad assumere particolare rilievo, a detta di chi scrive, è, infatti, il contrasto tra il diritto vivente e la *advisory opinion* in punto di idoneità dell'adozione in casi particolari ad integrare una modalità alternativa di riconoscimento dello *status filiationis* celere ed effettiva.

Le Sezioni Unite avevano ritenuto appropriato tale strumento per la tutela del minore in caso di maternità surrogata realizzata all'estero. Si tratta, invece, anche secondo il giudice *a quo*, di un mezzo non pienamente effettivo come richiesto a Strasburgo, uno «strumento di minor tutela confacente a una situazione di diritto affievolito» che non crea un vero e proprio rapporto di filiazione. Il profilo della *capitis deminutio* coglie nel segno, poiché l'adozione in casi particolari non configura tra il figlio e l'adottante un rapporto pienamente equiparabile alla filiazione e non ha «effetti pieni»: basti pensare che essa non crea legami giuridici parentali con la famiglia dell'adottante, sono esclusi i diritti di successione verso quest'ultima, configurandosi, così, un «declassamento della relazione genitoriale e dello *status filiationis*». Del pari, l'adozione in casi particolari non è uno strumento celere, poiché richiede un lungo *iter* processuale, ben diverso dalla mera delibazione di un provvedimento straniero: il procedimento di adozione è volto a instaurare una situazione soggettiva novativa, *ad hoc*, ha una maggior complessità e incertezza rispetto alla delibazione e, trattandosi di un lungo e complesso *iter* decisionale, espone il minore

³¹ La I sezione segnala, inoltre, l'irragionevole distinzione tra genitori, riconosciuti come tali dall'ordinamento straniero, sulla base del loro apporto biologico alla procreazione: se alla base della interpretazione seguita dalle Sezioni Unite vi è la ricognizione del disvalore della maternità surrogata è irragionevole e contraddittorio consentire la trascrizione in favore del padre biologico, autore della condotta procreativa illecita e precludere il riconoscimento in favore del padre intenzionale rimasto estraneo alla condotta.

ad una condizione di incertezza giuridica prolungata e il genitore intenzionale ad una serie di ostacoli nell'esercizio della responsabilità genitoriale. Ancora, l'adozione in casi particolari pone il genitore non biologico in una posizione di inferiorità rispetto a quello biologico, richiede la volontà imprescindibile del genitore intenzionale di adire l'autorità giudiziaria e, quindi, espone al rischio che quest'ultimo si sottragga alla responsabilità genitoriale già instaurata nel Paese in cui il minore è nato: si tratta di una ipotesi non peregrina soprattutto nell'evenienza di una crisi della coppia genitoriale. Inoltre, l'adozione in casi particolari sarebbe subordinata all'assenso da parte del genitore biologico che potrebbe non prestarlo in caso di crisi della coppia o di decesso.

In antitesi con l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite, pertanto, allo stato attuale secondo la I sezione non esistono nell'ordinamento giuridico italiano strumenti effettivi che consentano il riconoscimento della filiazione come alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita o al riconoscimento del provvedimento straniero che instauri il rapporto con il genitore intenzionale nei casi di maternità surrogata.

Da tale *deficit* di strumenti alternativi di tutela discende, pertanto, l'esigenza di sollevare questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni censurate per come interpretate secondo il diritto vivente delle Sezioni Unite di Cassazione.

5. Il precedente della Corte costituzionale in tema di maternità surrogata

La recente decisione n. 33/2021 della Corte costituzionale sembra costituire un *revirement* rispetto alla precedente sentenza n. 272/2017³² con la quale il giudice costituzionale aveva cercato di individuare un preciso punto di equilibrio tra principio della verità del parto e interesse del minore. In tale decisione la Corte ha espresso parole di netta censura rispetto alla surrogazione di maternità, pur non essendo stata formalmente investita della legittimità del divieto in materia.

La Corte costituzionale era chiamata a valutare se l'art. 263 c.c. fosse compatibile con il dettato costituzionale là dove 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: il *thema decidendum*

³² Corte cost., n. 272/2017. A commento della sentenza cfr. almeno 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*, 15.02.2018, pp. 1 ss.; 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*, ivi, 9.03.2018; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte Costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2018; 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 *costituzionalimo.it*, n. 1, 2018, pp. 149 ss.; A. GORGONI, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 4, 2018, pp. 540 ss.; G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, n. 4, 2018, p. 446; S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2017, pp. 2990 ss.; 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 *Giur. cost.*, n. 1, 2018.

era, quindi, circoscritto alla norma che disciplina la rimozione dello *status filiationis*. Nel caso di specie il difetto di veridicità discendeva dal fatto che una coppia di cittadini italiani aveva fatto ricorso alla pratica della gestazione per altri con ovodonazione e, successivamente, il certificato di nascita formato all'estero era stato trascritto in Italia con l'indicazione di entrambi come genitori, pur non sussistendo un legame genetico con la donna.

La Corte con una sentenza interpretativa ha rigettato la soluzione proposta dal giudice *a quo* e ha indicato il principio da seguire in futuro: il principio del “necessario bilanciamento” tra *favor veritatis*, quindi, tra l'interesse pubblico all'accertamento della verità dello *status* e l'interesse concreto del minore.

Nell'ambito di tale bilanciamento secondo la Corte costituzionale ogni giudice dovrà tener conto di diverse variabili, quali la durata del rapporto con il minore e, quindi, la condizione identitaria già da esso acquisita, nonché le modalità del concepimento e l'esistenza di strumenti legali volti a instaurare un legame giuridico con il genitore contestato.

Si tratta di variabili “convenzionalmente orientate”, perché perfettamente in linea con gli indici fattuali e di diritto indicati dalla Grande Camera nel noto caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*³³.

L'intervento della Consulta è stato, quindi, molto più incisivo di una mera interpretativa di rigetto: la Corte ha indicato la via da percorrere nei futuri casi di *surrogacy*, in supplenza di un legislatore inerte su un tema di grande attualità come lo *status* del minore nato da maternità surrogata.

L'attivismo della Consulta in questa sentenza si manifesta, pertanto, in diversi profili: la Corte esprime un giudizio di valore molto negativo sulla maternità surrogata, definita come una di quelle «pratiche vietate dalla legge [...] che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»³⁴: si tratta della prima presa di posizione della Consulta nel merito della *surrogacy*.

L'altro profilo di attivismo concerne l'enunciazione del metodo di giudizio da applicare in futuro: nel silenzio della legge i giudici comuni dovranno svolgere un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, ponendo particolare riguardo all'«elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale»³⁵.

Proprio in considerazione dell'elevato disvalore che la Corte attribuisce alla pratica, i giudici comuni non sembrano chiamati ad un *rational basis test* rispetto alla conservazione dello stato acquisito ma, al contrario, ad uno *strict scrutiny* che tenga in particolare conto dell'illiceità della pratica, poichè, appunto, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

³³ Corte EDU, GC, 24.01.2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, § 151 e 156: «It is therefore necessary, in the instant case, to consider the quality of the ties, the role played by the applicants vis-à-vis the child and the duration of the cohabitation between them and the child» e «legal uncertainty that they themselves created in respect of the ties in question, by engaging in conduct that was contrary to Italian law and by coming to settle in Italy with the child».

³⁴ Cfr. Corte cost., n. 272/2017, *cit.*, punto 4.2. Considerato in diritto.

³⁵ Ivi, punto 4.3. Considerato in diritto.

La Corte, inoltre, individua una via percorribile in attesa dell'intervento del legislatore in materia: l'impiego di uno strumentario giuridico *ad hoc*, alternativo al riconoscimento della filiazione, quale - dice la Corte - può essere l'"adozione in casi particolari"³⁶, idonea a garantire al minore una adeguata tutela.

L'adozione in casi particolari per i giudici della Consulta sembra costituire uno strumento idoneo al riconoscimento della filiazione con il genitore intenzionale in caso di violazione delle previsioni della legge n. 40/2004, satisfattivo del superiore interesse del minore alla conservazione dell'ambiente familiare in cui è nato.

Il profilo critico di tale orientamento consta, però, come anticipato, nella mancata considerazione del *deficit* di tempestività ed effettività che tale strumento alternativo comporta. A detta di chi scrive, infatti, l'adozione in casi particolari pone rilevanti problemi in punto di efficacia del rapporto giuridico da essa discendente, sembra porsi in contrasto con i requisiti di effettività e celerità richiesti a Strasburgo nella *advisory opinion*, non garantisce un'adozione piena né il pieno ingresso del minore nella famiglia dei genitori, rappresenta, quindi, un *minus* per il bambino.

Il *revirement* della decisione n. 33/2021, come vedremo, si innesta proprio su quest'ultimo elemento, ovvero sull'inidoneità dell'adozione in casi particolari ad assicurare una tutela effettiva e celere all'interesse superiore del minore.

6. La risposta della Consulta alle istanze di tutela del minore: la piena integrazione ermeneutica tra parametro costituzionale e convenzionale e l'opportunità di utilizzare una diversa tecnica decisoria

La Corte costituzionale è, infine, intervenuta con la sentenza n. 33/2021, delimitando *ratione materiae* la questione di legittimità costituzionale: non analizza le argomentazioni del rimettente sul pregiudizio per l'uguaglianza e la pari dignità tra genitori, o su un preteso diritto alla genitorialità, adottando piuttosto una visione paidocentrica³⁷. La questione di legittimità costituzionale, infatti, secondo il giudice costituzionale, riguarda lo stato civile dei minori nati attraverso la maternità surrogata e in particolare la possibilità di riconoscere provvedimenti giudiziari stranieri che accertino il rapporto con il genitore non biologico. La decisione è focalizzata sugli interessi del bambino nei suoi rapporti con la coppia, omosessuale o eterosessuale non importa, che ne ha voluto la nascita e se ne è presa cura. Si tratta di un importante

³⁶ Sull'evoluzione dell'istituto con particolare riguardo alle coppie omoaffettive cfr., *ex multis*, M. GATTUSO, *Tribunale per i minorenni di Roma: sì all'adozione del figlio del partner ed al doppio cognome, l'omogenitorialità è "sana e meritevole di essere riconosciuta"*, in *articolo29*, 29.08.2014; J. LONG, *Adozione in casi particolari e second-parent adoption*, *ivi*, 15.12.2014; M.G. RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, *Fam. e Dir.*, n. 6, 2015, pp. 574 ss.

³⁷ Evidenza che il percorso ermeneutico della Corte si sviluppa in «piena armonia» con i principi sanciti dalla riforma sulla filiazione «che ha saldamente riposizionato l'ordinamento dalla parte del minore» A. MORACE PINELLI, *La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33*, in *Giustizia insieme*, 30.04.2021, § 3.

“cambio di rotta” rispetto all’approccio delle Sezioni Unite, poichè la Corte costituzionale distingue i piani della condotta dei genitori e della tutela dei diritti del minore³⁸.

Guardando al rapporto tra ordinamento nazionale e sistema convenzionale occorre rilevare che un profilo determinante che la Consulta avrebbe potuto analizzare nel dettaglio in questa decisione consta nell’idoneità della *advisory opinion* resa a Strasburgo ad integrare una norma interposta nel giudizio di legittimità costituzionale³⁹. L’eccezione di inammissibilità proposta dalla Avvocatura dello Stato per erronea assunzione a parametro interposto di tale parere, non vincolante e reso in base ad un protocollo non ratificato dall’Italia avrebbe potuto prestare il fianco alla Corte per precisare la portata precettiva del parere in questione.

La Corte costituzionale sembra, invece, perdere un’occasione per chiarire come operino i pareri consultivi nel giudizio di legittimità costituzionale e se integrino il parametro interposto: il giudice costituzionale si limita ad affermare che il rimettente ha invocato correttamente quale norma interposta l’art. 8 Cedu e che il parere reso dal giudice convenzionale non è vincolante per l’Italia che non ha ratificato il Protocollo n. 16. Sibillinamente, però, la Corte afferma che «cionondimeno, tale parere è confluito in pronunce successive, adottate in sede contenziosa dalla Corte EDU», quasi a voler dire che se i principi di diritto espressi nel parere sono recepiti nella giurisprudenza contenziosa allora integrano il parametro interposto come diritto convenzionale consolidato.

Questa sembra, in effetti, la prospettiva “sostanziale” adottata dal giudice costituzionale nel proseguo della sentenza là dove l’interpretazione evolutiva del dato costituzionale sembra sorretta proprio dai principi normativi enunciati nel suddetto parere, nella prospettiva di una piena integrazione semantica, di senso tra Costituzione e Cedu, per come interpretata nell’*advisory opinion*: l’interpretazione resa a Strasburgo nel parere consultivo ha costituito uno strumento ermeneutico fondamentale per addivenire ad una interpretazione evolutiva della Carta costituzionale.

La Corte, però, non lo afferma a chiare lettere, perdendo un’occasione per precisare la portata del parere convenzionale nell’integrazione del parametro interposto e nell’esperimento del tentativo di

³⁸ Evidenzia questo profilo anche G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in *Giustizia insieme*, 14.04.2021, § 3.

³⁹ Come ben evidenzia E. ALBANESI, *Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDIU costituisce norma interposta per l’Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?*, in *ConsultaOnLine*, n. 1, 2021, p. 232, tale questione è rimasta inevasa da parte della Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2021. L’A. evidenzia, altresì, la distinzione tra “effetto non vincolante” del parere dal punto di vista “verticale” ai sensi dell’art. 5 del Protocollo n. 16 ed “effetto giuridico orizzontale” in quanto il parere sarebbe elemento costitutivo della giurisprudenza convenzionale e in quanto tale avente valore per tutti gli Stati anche quelli che non hanno ratificato il Protocollo, ricordando, però, che ciò che vincola lo Stato italiano è esclusivamente la giurisprudenza convenzionale consolidata. Pertanto, in forza dell’effetto giuridico orizzontale il parere costituisce giurisprudenza della Corte edu e questa diventerà vincolante per gli Stati membri come l’Italia, sebbene non aderente al Protocollo n. 16, solo laddove possa considerarsi giurisprudenza consolidata secondo gli indici della sentenza n. 49/2015.

interpretazione convenzionalmente conforme, non spiegando a che titolo giuridico si possa invocare l'*advisory opinion* nel giudizio costituzionale⁴⁰.

Ciò che si può, comunque, desumere dalla sentenza è l'idoneità del parere a orientare l'interpretazione del dato costituzionale quando è espressione di un diritto convenzionale ormai consolidato. Dal punto di vista sostanziale, infatti, la Corte costituzionale è giunta a risultati ermeneutici perfettamente conformi al parere medesimo. Si tratta di un esito in altra sede pronosticato⁴¹: temi eticamente sensibili come la maternità surrogata e la tutela del minore nei rapporti con il genitore "sociale" possono divenire il terreno elettivo di applicazione del nuovo meccanismo del parere consultivo, per la creazione di un "orientamento giurisprudenziale comune" a tutela delle nuove formazioni familiari nei rapporti tra ordinamento nazionale e sistema CEDU e, in secondo luogo, l'interpretazione evolutiva del dato convenzionale in sede di *advisory opinion* può attribuire alla Corte EDU «il ruolo di centro motore, non impositivo, ma propulsivo per una graduale evoluzione ed armonizzazione dei "nuovi" diritti della persona meritevoli di tutela».

In riferimento alla pratica della maternità surrogata la Corte ribadisce i principi di diritto già espressi nella sentenza 272/2017: si tratta di una pratica che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», ponendo il rischio di sfruttare la vulnerabilità di donne che versino in condizioni sociali o economiche disagiate, tali da condizionare la loro libera autodeterminazione.

Nonostante tali premesse, però, la Corte adotta una visione paidocentrica e circoscrive le questioni di costituzionalità agli interessi del minore nei suoi rapporti con la coppia che ha condiviso fin dall'inizio il progetto genitoriale in uno Stato in cui la pratica è lecita e che se ne è presa quotidianamente cura.

Il principio del superiore interesse del minore, riconosciuto ormai pacificamente dalla Convenzione dei diritti del fanciullo, dall'art. 24 Carta Ue e dalla giurisprudenza convenzionale, deve essere inteso come «necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata la soluzione ottimale "in concreto" per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior "cura della persona"».

Da questo punto di vista, come anticipato, la Corte riscontra una perfetta armonia tra parametri costituzionali e sovranazionali, una perfetta integrazione ermeneutica in senso smendiano, tale per cui il suddetto principio richiede di ricercare la soluzione ottimale in concreto per il minore.

⁴⁰ Come evidenzia E. ALBANESI, *Un parere, op. cit.*, p. 236, la Corte si è limitata a ribadire «qualcosa di ovvio» cioè l'effetto non vincolante verticale del parere, ma non ha affrontato la vera questione posta dal giudice rimettente, ossia se il parere abbia un effetto giuridico orizzontale e se, ove riconducibile a giurisprudenza consolidata, produca un qualche effetto sugli Stati anche per quelli che non hanno ancora ratificato il Protocollo n. 16.

⁴¹ C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, 2019, pp. 154 e 155.

L'interesse del bambino, centro nevralgico della pronuncia, consiste nell'ottenere un riconoscimento giuridico di legami di fatto con la coppia che ha condiviso il progetto genitoriale, perché tali legami integrano l'identità del minore, consentono di identificare il minore per legge come membro di quella comunità di affetti, anche se composta da persone dello stesso sesso, dal momento che l'orientamento sessuale della coppia non incide sulla idoneità ad assumere la responsabilità genitoriale. In secondo luogo, proseguendo nella prospettiva paidocentrica, la Corte supera la prospettiva del giudice *a quo*, poiché non è in gioco il diritto alla genitorialità, ma al contrario, il diritto del minore affinché siano giuridicamente configurati quei doveri inderogabili del genitore, funzionali agli interessi del minore e legati alla responsabilità genitoriale.

In tal senso la Corte ricorda che anche la giurisprudenza convenzionale ha riconosciuto la necessità *ex art. 8 Cedu* per i bambini nati da *surrogacy* di ottenere un riconoscimento giuridico della filiazione con entrambi i componenti della coppia che abbiano condiviso il progetto genitoriale e se ne siano presi cura. La Corte, però, richiama la sentenza *Mennesson c. Francia* che non aveva riconosciuto il legame con il genitore non biologico, mentre omette di richiamare espressamente proprio l'*advisory opinion* che era intervenuta sulla specifica questione del genitore intenzionale.

Ciò che rileva secondo i giudici costituzionali è l'esercizio concreto e congiunto della responsabilità genitoriale: affinché l'interesse del minore si concretizzi nel riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione con entrambi i genitori occorre che il minore sia cresciuto nell'ambito di un nucleo di affetti composto da una coppia di persone che hanno condiviso il progetto genitoriale e hanno successivamente accudito il minore in modo continuativo, esercitando di fatto congiuntamente la responsabilità genitoriale.

Occorre, comunque, secondo il giudice costituzionale, un bilanciamento⁴² alla luce del criterio di proporzionalità tra interessi del minore e l'obiettivo statale di disincentivare la surrogazione di maternità che l'ordinamento italiano sanziona penalmente, poiché nessun diritto può farsi «tiranno» rispetto alle altre situazioni giuridiche protette.

La Corte ancora una volta non richiama espressamente l'*advisory opinion* convenzionale, ma afferma che tale bilanciamento è stato realizzato dalla giurisprudenza di Strasburgo sul tema. Dal complesso delle decisioni convenzionali si evince la necessità di prevedere uno strumento di riconoscimento del legame di filiazione con entrambi i genitori che si siano presi cura del minore. Gli Stati ben possono non

⁴² Sull'esigenza di bilanciare l'interesse del minore nato da *surrogacy* e l'interesse alla verità che abbia anche natura pubblica, cui si faceva già riferimento in Corte cost. n. 272/2017, v. F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore*, cit., pp. 149 ss.; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale*, cit., pp. 1 ss.; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore*, cit., pp. 9 ss.; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2018, pp. 18 ss.

consentire la trascrizione di atti stranieri allo scopo di disincentivare una pratica lesiva della dignità della gestante, ma è necessario, secondo i giudici di Strasburgo, che ciascun ordinamento garantisca la concreta possibilità di ottenere il riconoscimento giuridico del rapporto tra minore e genitore d'intenzione quando tale rapporto sia divenuto una «*practical reality*», mentre rientra nel margine di apprezzamento degli Stati la scelta del *quomodo*, degli strumenti di tutela, tra i quali può essere annoverata anche l'adozione del minore, purchè essa sia in grado di costituire un legame di vera e propria filiazione e si concretizzi in una procedura effettiva e celere.

Tale bilanciamento di interessi, raggiunto da una giurisprudenza convenzionale ormai consolidata, secondo la Consulta è in perfetta armonia con i principi costituzionali e sussiste una piena integrazione ermeneutica tra dato costituzionale e parametri sovranazionali: la sentenza n. 33/2021 rappresenta un significativo esempio di “dialogo costruttivo fra Corti” nella tutela delle nuove formazioni familiari, collocando saldamente i diritti del minore nell'ambito della tutela multilivello dei diritti della persona.

Come in altra sede auspicato⁴³ il richiamo ai prodotti normativi enunciati a Strasburgo può consentire al giudice costituzionale di proporre un'interpretazione evolutiva del dato costituzionale, rafforzare la razionalità dell'argomentazione giuridica e, quindi, il grado di accettazione delle proprie decisioni anche in materie socialmente ancora controverse.

Alla luce della giurisprudenza convenzionale la Corte costituzionale, quindi, scinde due diversi piani: i principi costituzionali non ostano alla soluzione della intrascrivibilità adottata dalle Sezioni unite, ma impongono di assicurare tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del rapporto con entrambi i genitori che lo hanno accudito e la Corte ritiene il diritto vivente inadeguato là dove affida la tutela del minore allo strumento dell'adozione in casi particolari.

La Corte ammonisce sul rischio di strumentalizzare il minore alla finalità di disincentivare la *surrogacy*, pericolo che potrebbe discendere dalla mancanza di qualsiasi *chance* per un effettivo riconoscimento giuridico del legame di filiazione. Al contempo, però, la decisione della Consulta ribadisce la natura pubblica del divieto di maternità surrogata e non impone un ripensamento della nozione di ordine pubblico adottata dalle Sezioni Unite alla luce del diverso bilanciamento dei valori in gioco proposto dal giudice *a quo*.

La Consulta indica una “via” costituzionalmente e convenzionalmente orientata: non la trascrizione dell'atto straniero, bensì una procedura di adozione effettiva e celere che riconosca pienamente il legame di filiazione tra adottante e adottato, sia pure *ex post* e in esito ad una verifica in concreto da parte del giudice, proprio come richiesto a Strasburgo nella *advisory opinion*⁴⁴.

⁴³ C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU*, cit., p. 154.

⁴⁴ Note di criticità su questa “terza via” sono espresse da G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*,

È proprio sul profilo dell'adozione che si innesta nella sentenza n. 33/2021, come preannunciato, un *revirement* “suggerito” dalla giurisprudenza convenzionale rispetto alla decisione n. 272/2017: in linea con l'ordinanza di rimessione per la Corte costituzionale la soluzione dell'adozione in casi particolari non può costituire un adeguato strumento legislativo per la tutela del minore nato da maternità surrogata e costituisce «una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati».

Come in altra sede pronosticato⁴⁵ non risultano soddisfatti, secondo la Consulta, i requisiti di effettività e celerità richiesti a Strasburgo nella *advisory opinion* e nella successiva giurisprudenza contenziosa: tale procedura ha effetti limitati, non attribuisce la genitorialità all'adottante, è inoltre controverso in dottrina se essa consenta di stabilire vincoli di parentela con la famiglia dell'adottante⁴⁶ e richiede, inoltre, il consenso del genitore biologico, ciò che potrebbe cagionare problemi in caso di crisi della coppia.

La Corte, quindi, afferma espressamente che «Al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali poc'anzi ricapitolati attraverso l'adozione, essa dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983»⁴⁷.

Il compito di adeguare la disciplina dell'adozione alle istanze di tutela del minore nato da *surrogacy* richiede un difficile bilanciamento tra tutela dei diritti del minore e la finalità di disincentivare tale pratica, pertanto, spetta al legislatore intervenire.

In mancanza delle rime obbligate e dinanzi alla pluralità delle opzioni normative esperibili in una materia particolarmente complessa, la Corte ritiene «allo stato» di arrestarsi con una declaratoria di inammissibilità, ritenendo di dover «cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella

13.05.2021, pp. 117 ss.; non esclude un possibile ruolo dei giudici di merito G. FERRANDO, *Il diritto dei figli*, cit., § 4: «E non si deve escludere che anche i giudici di merito possano avere voce in capitolo dato che non si può ammettere che i diritti dei bambini in carne ed ossa vengano sacrificati nella snervante attesa di un legislatore che forse considera troppo “divisiva” la questione per farsene carico».

⁴⁵ C. MASCIOTTA, *Il Protocollo 16 alla CEDU*, cit., p. 202.

⁴⁶ Si può segnalare il tentativo da parte della giurisprudenza di merito di una interpretazione che renda possibile l'instaurazione di rapporti di parentela almeno tra fratelli: v. Trib. min. Bologna, 3 luglio 2020, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 78, con commento di M. CINQUE, *Adozione in casi particolari: parentela tra “fratelli acquisiti”?*; anche Trib. min. Venezia, 9 ottobre 2020.

⁴⁷ Secondo A. MORACE PINELLI, *La Corte costituzionale*, cit., § 3, la Corte costituzionale in tale decisione riconosce l'erroneità dell'operazione ermeneutica in forza della quale è stato consentito alle coppie omoaffettive il ricorso all'adozione in casi particolari: «Il che significa che siffatta peculiare situazione non poteva rientrare, attraverso il ricorso all'interpretazione estensiva, nell'ambito di operatività di quest'ultima norma, specie considerando che si tratta di una norma residuale e di chiusura e – in quanto tale – di stretta interpretazione. Di qui l'intrinseca impossibilità della stessa ad assurgere a regola generale e primaria del sistema, che consente al convivente, eterosessuale o omosessuale che sia, di diventare genitore, adottando il figlio del proprio *partner*».

ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»⁴⁸.

Il pregio della decisione consta nel fatto che la Corte indica una “via convenzionalmente orientata” per la tutela del minore nei casi di maternità surrogata, consistente nell'adozione secondo una procedura anche speciale, purchè effettiva e celere che spetta al legislatore disciplinare⁴⁹.

L'intervento legislativo di contemperamento tra interesse pubblico a disincentivare la pratica e interesse del minore alla certezza e continuità dello *status* è «indifferibile» a causa dello stato di «insufficiente tutela del minore», ciononostante la Corte adotta una mera declaratoria di inammissibilità con monito che non ha alcuna cogenza rispetto al *conditor iuris*, lasciando solo intravedere, a differenza del caso Cappato, la *possibilità* di un suo futuro intervento “di rimessa” in caso di perdurante inerzia legislativa⁵⁰.

Tale soluzione processuale pone una serie di rilievi critici: *in primis* il bilanciamento di interessi dovrebbe tenere conto della diversità di valori in gioco nell'alveo delle differenti pratiche di *surrogacy* realizzabili, profilo che non è stato toccato dalla Consulta. A titolo esemplificativo in caso di totale assenza di legame biologico con entrambi i membri della coppia committente in violazione della *lex loci* si potrebbe ricorrere

⁴⁸ Criticità in dottrina circa l'uso del limite della discrezionalità del legislatore da parte della Consulta sono espresse da A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *ConsultaOnLine*, n. 1, 2021, p. 221, secondo il quale «la Consulta non tace qui di considerarsi *domina* del limite costituito dal rispetto della discrezionalità del legislatore e, perciò, di poterne in buona sostanza fare l'uso che vuole, a fisarmonica». L'A. segnala, altresì, la piena fungibilità delle tipologie decisorie della Corte costituzionale, nonché la «piena confusione e fungibilità dei ruoli istituzionali del massimo decisore politico e del massimo garante della legalità costituzionale, ovvero la strutturale cedevolezza del principio della separazione dei poteri». Criticità sono espresse anche da A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *ConsultaOnLine*, n. 2, 2021, pp. 375 ss. il quale parla di una assoluta incertezza circa i criteri con cui la Corte sceglie di adottare gli strumenti processuali che ha a disposizione: «Non viene data alcuna spiegazione logico-giuridica a questo *self restraint* tutto a danno dei diritti di primario rilievo che la Corte era chiamata a garantire» e «Ancora una volta, però, non viene data alcuna spiegazione in riferimento all'inidoneità (o inopportunità) dello schema della pronuncia di incostituzionalità prospettata». Anche M. ACIERNO, *La Corte costituzionale “minaccia” un cambio di passo sull'omogenitorialità?*, in *Questione Giustizia*, 07.04.2021, § 3.1.2., evidenzia che scarso spazio argomentativo è riservato alla giustificazione della declaratoria di inammissibilità «che anzi, non appare *prima facie* consequenziale all'esame puntuale della pluralità di indici costituzionali e convenzionali tutti univocamente rivolti alla creazione di un sistema uniforme e privo di trattamenti discriminatori di diritti del minore rispetto agli *status filiationis*». Sembra, invece, condividere la decisione A. MORACE PINELLI, *La Corte costituzionale*, cit., § 4, là dove afferma che «in effetti in questa delicata materia, soltanto il legislatore può individuare una disciplina esaustiva, individuando soluzioni di carattere generale e astratte, in grado di contemperare tutti gli interessi in gioco» ed auspica una profonda revisione della legge sulle adozioni, mentre ritiene da evitare, nelle more dell'intervento del legislatore o della Corte costituzionale, «la chiamata alle armi dei giudici di merito» onde evitare soluzioni contrastanti e contraddittorie.

⁴⁹ In riferimento alle sentenze nn. 32 e 33/2021 G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme*, cit., § 4, ritiene che «tuttavia la Corte questa volta non si limita ad un generico invito, si spinge ben oltre, fissa i confini della discrezionalità del legislatore, indica quali sono le condizioni che devono essere soddisfatte e nella n. 32 giunge a prefigurare i possibili strumenti alternativamente praticabili».

⁵⁰ Viceversa il futuro intervento costituzionale sembra costituire un'ipotesi più che probabile in riferimento alla questione decisa con sentenza n. 32/2021 in cui la Corte afferma con maggior cogenza che «Nel dichiarare l'inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia».

alla soluzione della adozione in casi particolari che consentirebbe un puntuale e pervasivo controllo da parte del giudice circa l'individuazione del miglior interesse del minore in concreto.

Un altro profilo di criticità consta nel fatto che la qualificazione come “diritto fondamentale” del superiore interesse del minore al riconoscimento del rapporto di filiazione con entrambi i genitori avrebbe dovuto portare la Consulta ad uno *strict scrutiny* sull'interesse pubblico alla repressione dell'illecito e ad accertare l'irragionevolezza del bilanciamento legislativo, poichè l'interesse dello Stato non ha imposto il minor sacrificio possibile ai diritti del bambino. Ciò avrebbe, quindi, potuto condurre la Corte a riconoscere la contrarietà a Costituzione di quelle disposizioni che non prevedono un valido strumento alternativo alla trascrizione dell'atto straniero a garanzia del minore.

In attesa di tale strumento alternativo e in mancanza di rime obbligate sul punto, la Corte costituzionale avrebbe potuto indicare un principio risarcitorio, volto ad orientare i giudici comuni verso una tutela per equivalente monetario, idonea a stimolare un sollecito intervento del legislatore in materia. Come in altra sede sostenuto⁵¹, per garantire l'effettività della Costituzione in mancanza di un intervento legislativo infungibile, una via esperibile è il ricorso allo strumento risarcitorio, configurando una responsabilità dello Stato per la mancata attuazione in via legislativa di un diritto di rango costituzionale. Ovviamente la misura risarcitoria non potrebbe essere comminata dalla Consulta a causa della carenza di una norma sul processo costituzionale che ammetta espressamente tale strumento, al contempo, però, l'intervento del Giudice delle Leggi sarebbe assolutamente indispensabile per desumere dal dettato costituzionale la posizione soggettiva meritevole di tutela, accertare l'esistenza di un'omissione legislativa e indicare in motivazione il principio risarcitorio, volto a orientare i giudici comuni verso una tutela per equivalente monetario. A tal fine la Corte costituzionale avrebbe potuto prediligere una sentenza additiva di principio, dotata di maggior cogenza rispetto ad una mera decisione di inammissibilità con monito, nella quale avrebbe potuto prevedere l'eventuale periodo di attesa “ragionevole” dell'intervento del legislatore, decorso il quale i giudici comuni avrebbero potuto attuare il principio risarcitorio enunciato.

Non si può, infatti, sottacere che le opzioni normative per tutelare la posizione del minore in caso di *surrogacy* potrebbero essere molteplici: dall'adozione piena fino ad una nuova ipotesi di adozione maggiormente garantista rispetto alla adozione in casi particolari.

La pluralità di opzioni normative esperibili rende l'intervento del legislatore in materia infungibile, pertanto, dinanzi all'inerzia protratta dall'organo politico si sarebbe potuta ipotizzare un'autonoma responsabilità statale per mancata attuazione in via legislativa del diritto costituzionale enunciato dalla Corte e accordare, *medio tempore*, una tutela risarcitoria per equivalente monetario: una soluzione che

⁵¹ Su tale soluzione sia consentito il rinvio a C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU*, cit., p. 156.



avrebbe avuto il *quid pluris* di sollecitare l'intervento del legislatore senza invadere la sua insindacabile sfera di discrezionalità nel *quomodo*, nelle modalità della tutela.