

***Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione:
quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?***

di **Benedetta Liberali** – *Ricercatore di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano*

ABSTRACT: This essay intends to deepen some profiles of the sentence delivered by the Italian Corte di Cassazione no. 12193 of 2019, which concerns the non-recognition of a birth certificate issued abroad following the surrogacy by a male same-sex couple. These profiles concern the prohibition of surrogacy provided by law n. 40 of 2004 and also more general profiles on the relations between national and supranational courts. The analysis identifies a line of convergence between the positions expressed by the Courts with regard to the protection that must be guaranteed to minors born from this technique and allows to wonder about the results of a possible Italian constitutional judgment on these same profiles.

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Il divieto di surrogazione di maternità - pratica che “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane” - quale principio di ordine pubblico internazionale. – 3. Le conseguenze del ricorso alla maternità surrogata: il preminente interesse del minore e il rilievo del rapporto genitoriale di fatto ai fini della tutela concreta del nato. – 4. Quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?

· Riflessioni a margine di Cass. civ., S. U., sentenza n. 12193 del 2019. Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. Osservazioni introduttive

La sentenza n. 12193 del 2019, con cui le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione hanno cassato l'ordinanza della Corte d'Appello di Trento che aveva riconosciuto efficacia all'atto di nascita formato all'estero di un bambino nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità da parte di una coppia omosessuale maschile, offre numerosi spunti di riflessione, che attengono sia a profili di merito delle questioni sottese, strettamente connessi al divieto di maternità surrogata e alle conseguenze della sua violazione (indipendentemente dall'orientamento sessuale della coppia che vi ricorre¹), sia a profili di più ampio respiro, che riguardano in particolare la stessa nozione di ordine pubblico internazionale² e il rapporto fra Corti, anche sovranazionali, nell'ambito delle problematiche sottese alle nuove tecniche procreative.

L'art. 12, comma sesto (*Divieti generali e sanzioni*), della legge n. 40 del 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*) prevede un divieto assoluto di ricorrere a tale pratica, che si differenzia dalla tecnica di fecondazione eterologa - originariamente vietata anche essa dalla legge n. 40 all'art. 4, terzo comma, (*Accesso alle tecniche*) dichiarato incostituzionale con la sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale³ -, in ragione del diverso apporto esterno alla

¹ Sottolineano che la surrogazione di maternità non è affatto “prerogativa delle coppie omoaffettive, ed anzi le fattispecie più rilevanti che si sono presentate concernono coppie eterosessuali” A. SASSI - S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal*, 2019, I, 382. Riconduce, al contrario, alle coppie omosessuali maschili il ricorso a tale tecnica S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in www.constituzionalismo.it, 2015, III, 19, che giunge a ritenere che la maternità surrogata sia il “capitolo più esplicito, e [...] anche il più sconvolgente”, del “conflitto degli omosessuali maschi contro le lesbiche” (che “non hanno gli stessi problemi, le stesse esigenze, la stessa esperienza”), “nel quale ritornano molti motivi del più ampio conflitto tra uomini e donne”.

² Sulla definizione di ordine pubblico interno e internazionale si veda da ultimo 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 di telescopi)*, in S. NICCOLAI - E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 120, che ricorda come il primo miri a “limitare l'autonomia dei privati che agiscono all'interno di un determinato ordinamento giuridico”, mentre il secondo a “controllare l'accesso di norme, sentenze, provvedimenti stranieri nell'ordinamento giuridico interno”.

³ Per i profili problematici sottesi al divieto di fecondazione di tipo eterologo si vedano innanzitutto M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di “fecondazione eterologa” fra i principi costituzionali ed europei*, in M. D'AMICO - B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione di gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2011, 18 ss., M. D'AMICO, *La fecondazione “eterologa” ritorna davanti alla Corte costituzionale*, in *Corriere giuridico*, 2013, VI, 745 ss., e L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, luglio 2014, oltre che C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confrofronticostituzionali.eu, 17 giugno 2014, e P. VERONESI, *La legge sulla*

coppia richiedente che consiste non solo (e non sempre) nella donazione di uno o di entrambi i gameti, ma nella stessa gestazione e nella conseguente cessione per contratto del nato alla coppia committente⁴.

Proprio questa strutturale differenza ha condotto la Corte costituzionale dapprima a esplicitare che la tecnica eterologa “va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta «surrogazione di maternità», espressamente vietata dall’art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia”⁵, e, successivamente, a ritenere che la stessa pratica offenda “in modo intollerabile la dignità della donna” e mini “nel profondo le relazioni umane”⁶.

Se a seguito di queste pronunce possono ormai ritenersi superati eventuali ulteriori dubbi di compatibilità ai principi costituzionali del divieto di maternità surrogata (anche se tale divieto non

procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa, in www.forumcostituzionale.it, 5 marzo 2015.

⁴ Sulle diverse tipologie di maternità surrogata si veda M. DELL’UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. merito*, 2010, II, 358 ss., e E. CRIVELLI, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità ed effettività*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, 2016, 213 ss., e volendo B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 25 ss. e 136 ss., laddove ci si chiede se la maternità surrogata possa considerarsi quale trattamento sanitario. Esclude questa possibilità 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. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., 84, così come S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all’estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIus*, 2017, II, 52, secondo cui “La surrogacy, infatti, non è una ‘tecnica’ di riproduzione assistita. In primo luogo, l’intervento delle ‘tecniche’ (quali l’impianto dell’ovulo) non è coesenziale alla surrogazione di maternità, ma serve semmai a realizzarla nella modalità ‘gestazionale’. In secondo luogo, la surrogazione di maternità non presuppone la sterilità della donna committente, ma, per esempio, la mera non volontà di quest’ultima di affrontare la gravidanza e il parto, per cui non è, in sé e per sé, una ‘terapia’ finalizzata a risolvere un problema di infertilità. In terzo luogo, anche quando realizzata con il ricorso a tecniche medico-cliniche, e motivata con la sterilità della committente, la gpa resterebbe l’unica ‘tecnica’ di PMA in cui non l’oggetto, ma lo strumento è la persona umana. Questo strumento umano è una donna estranea alla coppia e che non diventa madre del bambino che partorisce”. Si vedano anche le più generali riflessioni di B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri*, in www.costituzionalismo.it, 2017, I, 183 ss.

⁵ Corte cost., sentenza n. 162 del 2014.

⁶ Corte cost., sentenza n. 272 del 2017, a commento della quale si vedano 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 www.forumcostituzionale.it, 15 febbraio 2018, e S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, II. Sulla dignità della donna surrogata si vedano le osservazioni di I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *GenIus*, 2017, II, 24 ss. Svolge osservazioni critiche rispetto all’ordinanza di rimessione n. 273 del 2016 della Corte d’Appello di Milano, nella parte in cui non considera che la “violazione della dignità [...] coinvolge chiaramente anche il bambino”, 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 www.costituzionalismo.it, 2018, I, 155.

costituiva, in quelle due occasioni, specifico oggetto delle relative questioni), i diversi profili che riguardano le conseguenze del ricorso a simile procedura risultano certamente più problematici, se non altro perché occorre innanzitutto confrontarsi con la conseguente specifica situazione di fatto (ossia la nascita di un bambino), senza che - a differenza dell'originario divieto di fecondazione eterologa - la legge n. 40 del 2004 nulla preveda a tutela e a garanzia del nato⁷.

Come è noto, da questo punto di vista si sono poste notevoli criticità, relative alla possibilità di formare atti di nascita in Italia o di trascrivere quelli formati all'estero a seguito di ricorso alla maternità surrogata, con ulteriori problematiche connesse ai profili di responsabilità penale dei componenti delle coppie in ordine alla configurazione dei reati di alterazione di stato (art. 567 c.p.) e di falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sull'identità o su qualità personali proprie o di altri (art. 495 c.p.)⁸ e, ovviamente, alla necessità di tenere conto, in via preminente, del concreto interesse del minore⁹.

A ciò si aggiunga che sulle problematiche sottese al divieto di maternità surrogata e, soprattutto, sulla regolamentazione delle conseguenze che si determinano in capo al nato e alla coppia che alla

⁷ Rispetto alla donazione esterna alla coppia di uno o di entrambi i gameti la legge n. 40 regola le conseguenze della sua violazione (art. 9), con il divieto sia dell'azione di disconoscimento da parte del componente maschile della coppia, sia della possibilità di restare anonima da parte della donna. Questa disciplina, tuttora vigente, ha impedito che, con la caducazione del divieto di cui all'art. 4, comma terzo, da parte della Corte costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014, il nato da tale tecnica fosse privo di garanzie rispetto al suo *status* di figlio.

Si vedano le osservazioni di L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2017, I, 139 ss., che immagina le diverse soluzioni che si sarebbero potute porre per rendere efficace il divieto di ricorrere alla maternità surrogata: "A titolo di esempio per quanto concerne la filiazione si sarebbe potuto esplicitamente non consentire la trascrizione nello Stato italiano di un provvedimento straniero con il quale fosse stata attribuita la paternità o la maternità ai genitori committenti e non biologici a seguito di surroga; prevedere la decadenza dalla potestà genitoriale, in forza dall'art. 569 c.p.; riconoscere la responsabilità penale ai sensi degli artt. 495 (falsa dichiarazione in atti dello stato civile) e 567, co. 2 (alterazione di stato); precisare normativamente che la surroga, anche fatta all'estero da cittadini italiani e non punibile in quel paese come illecito, è contraria all'ordine pubblico. Ancora valutare l'opportunità di ricorrere al dispositivo dell'art. 9 c.p., secondo il quale il cittadino che commette in territorio estero un reato possa essere punito su richiesta del Ministro della giustizia". Ritiene invece che il divieto abbia "raggiunto perfettamente il suo obiettivo", poiché "la sua precisa portata è di opporsi alla creazione di un mercato della surrogazione di maternità in Italia, e in Italia un tale mercato non vi è", S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., 54.

Si veda anche 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 di telescopi)*, cit., 140, che sollecita da parte del legislatore "risposte chiare sugli esiti" della violazione del divieto, nel senso della "via più dura dell'irriconeoscibilità assoluta" o nel senso "più mite della riconoscibilità o dell'adozione in casi particolari".

⁸ Per questi profili sia consentito il rinvio alle più distese considerazioni svolte in B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 144 ss.

⁹ Sul preminente interesse del minore si veda E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, e E. LAMARQUE, *Famiglia e filiazione*, in F. GIUFFRÉ - I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, 591 ss.

procedura faccia ricorso (eterosessuale o omosessuale che sia) si è direttamente e in più occasioni espressa la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, non solo con le decisioni rese nei confronti della Francia nei casi *Mennesson* e *Labassee* e dell’Italia nel caso *Paradiso* e *Campanelli*, ma anche, da ultimo, con il parere (pur solo) consultivo reso a seguito dei quesiti proposti dalla Corte di cassazione francese, ai sensi del Protocollo n. 16 alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU)¹⁰.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 12193 del 2019 da un lato si inseriscono in linea di perfetta continuità con le statuizioni che si sono richiamate della Corte costituzionale nella definizione (negativa) di maternità surrogata, giungendo a qualificarne il divieto posto dalla legge n. 40 del 2004 come disposizione che integra i principi costituzionali e sovranazionali che concorrono a sostanziare la nozione di ordine pubblico internazionale che impedisce la trascrizione dei relativi atti di nascita.

Dall’altro lato tale decisione (adottata nel novembre del 2018 e depositata all’inizio di maggio del 2019) indica gli strumenti tesi a garantire concretamente la necessaria tutela per i minori nati da maternità surrogata, assicurando, laddove ne sussistano i presupposti, il rilievo del rapporto genitoriale che, di fatto, comunque si è instaurato. In ciò essa sembra accordarsi perfettamente a quanto la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha avuto occasione di statuire nel citato parere non vincolante reso rispetto alla disciplina francese, pubblicato nell’aprile del 2019.

¹⁰ Sulla possibilità riconosciuta dal Protocollo n. 16 di richiedere pareri consultivi alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo si rinvia a E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Torino, 2015, M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi*, 2019, III, G. RAIMONDI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e le corti costituzionali e supreme europee*, in *Forum costituzionale*, 24 marzo 2018, 7, e A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all’adesione dell’Unione alla CEDU e all’entrata in vigore del Prot. 16)*, in *Rivista AIC*, 2014, I, oltre che A. M. LECIS, *Prima applicazione della procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 CEDU: Dalla Corte EDU chiarimenti in chiaroscuro sull’obbligo di trascrizione dei figli nati da GPA*, in *www.diritticomparati.it*, 9 maggio 2019, R. CONTI, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, in *www.consultaonline.it*, e G. STAMPANONI BASSI, *Protocollo 16 alla CEDU: al via (non ancora per l’Italia) la possibilità di chiedere pareri consultivi alla Corte EDU*, in *Giurisprudenza penale*, 2018, XII. E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, III, 719 ss., sottolinea che “il maggior pregio di questo meccanismo sembra quello di valorizzare il ruolo dei giudici nazionali nell’assicurare il rispetto dei diritti riconosciuti dalla CEDU: in un’ottica di prevenzione, si forniscono ai giudici nazionali chiarimenti interpretativi che dovrebbero ridurre le eventuali incomprensioni tra la tutela giudiziaria interna e la protezione internazionale dei diritti fondamentali, ma lasciare comunque aperta la via del ricorso individuale dopo la procedura nazionale”.

2. Il divieto di surrogazione di maternità - pratica che “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane” - quale principio di ordine pubblico internazionale

Come si è ricordato, la Corte costituzionale, con due incisi particolarmente significativi, ha differenziato nettamente la tecnica della fecondazione eterologa, riconducibile a un vero e proprio trattamento sanitario che garantisce il diritto alla salute (pur nella sua dimensione più strettamente psichica) della coppia, al fine di assicurare il diritto di scegliere di formare una famiglia anche con figli, dalla maternità surrogata, ritenendola lesiva della dignità della donna e delle relazioni umane.

Richiamando la giurisprudenza costituzionale, la Corte di cassazione giunge a qualificare il divieto di maternità surrogata quale vero e proprio principio di ordine pubblico, idoneo a impedire il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita formato all'estero con cui si attesta il rapporto genitoriale scaturito dal ricorso a tale procedura. Al contrario, la Corte d'Appello di Trento, con l'ordinanza oggetto di ricorso, aveva ritenuto che il divieto posto dalla legge n. 40 non ne impedisse affatto il riconoscimento nel nostro ordinamento, valorizzando sia l'interesse del minore a mantenere lo *status* di figlio formato all'estero, sia l'intenzione di prendersene cura da parte del genitore non biologico, considerando inoltre che il nostro ordinamento riconosce anche un modello di genitorialità non fondato sul legame biologico.

Proprio rispetto al rilievo assegnato a una disposizione di legge ordinaria e all'interpretazione fornita, in particolare, dalla giurisprudenza costituzionale al fine di ricostruire la nozione di ordine pubblico si devono segnalare i primi spunti di riflessione di maggiore interesse della decisione delle Sezioni Unite.

Se infatti - come emerge dalla distesa ricostruzione che la stessa Corte di cassazione dedica all'orientamento della relativa giurisprudenza di legittimità - la contrarietà di atti esteri all'ordine pubblico internazionale deve ormai pacificamente fondarsi non solo sui principi espressi dalla Costituzione, ma anche su quelli dei trattati sovranazionali (quali la CEDU, i Trattati fondativi dell'Unione Europea, la Carta di Nizza e anche la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo), con la sentenza n. 12193 del 2019 si pone in evidenza in modo innovativo “un profilo importante della valutazione di compatibilità, rimasto forse in ombra nelle enunciazioni di principio delle precedenti decisioni”.

In particolare, secondo la Corte di cassazione, deve riconoscersi “la rilevanza della normativa ordinaria, quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione, e la conseguente necessità di tener conto, nell’individuazione dei principi di ordine pubblico, del modo in cui i predetti valori si sono concretamente incarnati nella disciplina dei singoli istituti”.

Richiamando la sentenza n. 16601 del 2017 delle Sezioni Unite con cui le disposizioni di legge ordinaria sono state qualificate come “nervature sensibili, fibre dell’apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo”, che “inverano l’ordinamento costituzionale”¹¹, e sottolineando come la nozione di ordine pubblico sia influenzata dalla disciplina ordinaria degli istituti giuridici e dalla loro interpretazione, la Corte di cassazione in questa occasione enuncia il principio di diritto secondo cui non solo tale nozione deve fondarsi sui principi costituzionali fondamentali e su quelli internazionali, ma anche (ed è questo il punto particolarmente significativo della decisione) sul “modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti” e sull’“interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente” che restituisce, in definitiva, il quadro dei “valori fondanti dell’ordinamento in un determinato momento storico”¹².

In questo contesto, dunque, assume particolare rilievo non tanto e non solo l’art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, che prevede il divieto di maternità surrogata – considerando che, come è noto, diverse disposizioni della disciplina sono state dichiarate incostituzionali¹³ – ma anche e soprattutto l’orientamento espresso dalla Corte costituzionale nei due già richiamati incisi delle sentenze nn. 162 del 2014 e 272 del 2017, che indubbiamente inducono a ritenere superati i dubbi di illegittimità costituzionale del divieto (quantomeno, come si vedrà oltre, con riferimento alla posizione della donna gestante e del nascituro, potendosi svolgere diverse considerazioni rispetto alla coppia committente).

¹¹ Corte cass., Sezioni Unite civ., sentenza n. 16601 del 2017.

¹² Corte cass., Sezioni Unite civ., sentenza n. 12193 del 2019.

¹³ Nel medesimo senso pare esprimersi anche M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Famiglia e Diritto*, 2019, VII, 667 ss., che revoca in dubbio che possano considerarsi “nervature sensibili che inverano l’ordinamento costituzionale” le disposizioni che restano della disciplina della fecondazione medicalmente assistita, “dopo gli interventi demolitori della Corte costituzionale che l’ha ritenuta più e più volte contraria alla Costituzione”. Quindi, “il riferimento alla normativa ordinaria rilevante per l’ordine pubblico internazionale si ridurrebbe a ben poca cosa”.

La qualificazione come vero e proprio principio di ordine pubblico del divieto di maternità surrogata, peraltro, era già stata operata nel 2014 dalla stessa Corte di cassazione in relazione al ricorso alla procedura di surrogazione da parte di una coppia eterosessuale.

In quella occasione, la Corte aveva potuto richiamare la sola sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale e, attraverso la specifica individuazione dei “beni giuridici fondamentali” presidiati dalla sanzione penale prevista in caso di violazione del divieto, ossia “la dignità umana - costituzionalmente tutelata - della gestante e l’istituto dell’adozione”, aveva in qualche misura anticipato la successiva sentenza n. 272 del 2017, che espressamente ha ritenuto lesivo della dignità della donna, oltre che delle relazioni umane, il ricorso a simile procedura¹⁴.

Proprio la differenza - già posta in luce dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162 del 2014 - fra tecnica eterologa e surrogazione di maternità permette alle Sezioni Unite di superare l’(apparente) contrasto con alcuni suoi precedenti, aventi a oggetto l’atto di nascita di un minore formato all’estero a seguito di ricorso alla fecondazione assistita da parte di coppia omosessuale femminile.

Assimilando questi casi alla tecnica eterologa e non alla surrogazione di maternità, la Corte di cassazione in tali occasioni non aveva ritenuto contrastante con la nozione di ordine pubblico internazionale la trascrizione dei relativi atti di nascita¹⁵.

¹⁴ Corte cass., sez. I civ., sentenza n. 24001 del 2014. Il riferimento alla disciplina dell’adozione è particolarmente significativo poiché, come ricorda la stessa Corte di cassazione, “soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l’ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato”.

¹⁵ Il riferimento alle diverse conclusioni cui è pervenuta la Corte di cassazione in ordine alla possibilità di riconoscere “due madri” quali genitori del nato, a seguito dell’applicazione di tecniche di fecondazione eterologa, e all’impossibilità di procedere nel medesimo senso laddove si tratti di una coppia omosessuale maschile (che inevitabilmente per concretizzare il proprio progetto genitoriale può fare ricorso alla sola surrogazione di maternità) impone di richiamare le questioni recentemente sollevate alla Corte costituzionale e che riguardano il riconoscimento nel nostro ordinamento del diritto di accesso alle tecniche riproduttive assistite (e, quindi, alla tecnica eterologa) anche per le coppie omosessuali (solo) femminili.

Attraverso il comunicato stampa del 18 giugno 2019 la Corte costituzionale ha reso noto che le questioni sollevate dai Tribunali di Pordenone e Bolzano non sono fondate, non potendosi individuare profili di violazione dei parametri costituzionali evocati. In attesa del deposito delle motivazioni della decisione, non può escludersi che, a sostegno della non fondatezza, vi siano state anche valutazioni relative alle conseguenze che si sarebbero potute determinare a fronte di una sentenza di accoglimento, in termini di discriminazione - quanto ad accesso alle tecniche riproduttive assistite - nei confronti delle sole coppie omosessuali maschili (che, al contrario di quelle femminili, possono ricorrere alla sola maternità surrogata che, come si è visto, è considerata lesiva della dignità della donna e delle relazioni umane).

A. SASSI - S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, cit., 390, sottolineano l’esigenza di “uniformità di trattamento” per i casi di omoaffettività maschile e femminile, perché “il nato non può essere discriminato sul piano giuridico, con particolare riferimento ai propri diritti fondamentali, dalla circostanza di essere parte di un diverso progetto procreativo, sulla base del sesso dei genitori e dell’orientamento

In particolare, con la sentenza n. 19599 del 2016, in un caso relativo alla nascita di un bambino partorito da una delle due componenti della coppia, con utilizzo del gamete femminile dell'altra e del gamete maschile di un terzo donatore, la Corte di cassazione aveva sottolineato come la fattispecie fosse "simile sia a una fecondazione eterologa (consentita alle coppie eterosessuali a certe condizioni) - in virtù dell'apporto genetico di un terzo (ignoto), donatore del gamete per la realizzazione del progetto genitoriale proprio di una coppia che, essendo dello stesso sesso, si trovi in una situazione assimilabile a quella di una coppia di persone di sesso diverso cui sia diagnosticata una sterilità o infertilità assoluta e irreversibile -, sia a una fecondazione omologa, in virtù del contributo genetico dato da un partner all'altro nell'ambito della stessa coppia"¹⁶.

Queste medesime caratteristiche, però, distinguono tale tecnica sia da una vera e propria fecondazione eterologa sia da quella omologa, a fronte delle diverse conseguenze che si determinano per i due donatori: da una parte il terzo donatore di gamete maschile, che non acquisisce alcuna relazione con il nato (secondo quanto stabilisce l'art. 9, comma terzo, della legge n. 40); dall'altra parte una delle due componenti della coppia omosessuale femminile che dona all'altra il proprio ovulo e che, invece, intende mantenere una relazione con il nato. Inoltre, come è evidente, la tecnica applicata a una coppia omosessuale femminile si distingue dalla maternità surrogata perché colei che partorisce intende riconoscere il figlio (e, sempre a fronte dell'art. 9, comma secondo, della legge n. 40, non potrebbe fare diversamente, essendole preclusa la possibilità di dichiarare la volontà di non essere nominata).

Il passaggio di maggior rilievo di questa prima decisione relativa alla coppia omosessuale femminile riguarda la ben diversa considerazione che la Corte di cassazione riserva al divieto contenuto nella legge n. 40 di accesso alle tecniche per le coppie dello stesso sesso (desumibile dall'art. 5, che prescrive, fra gli altri requisiti, che la coppia che accede alle tecniche sia composta da persone di sesso diverso). Secondo la Corte, infatti, la circostanza che l'ordinamento spagnolo, al contrario del nostro, riconosca il nato da tale tecnica come figlio di due madri "non significa, di per sé, che l'atto di nascita spagnolo contrasti con l'ordine pubblico italiano"¹⁷.

sessuale di questi". Rispetto all'orientamento della Corte di cassazione in merito alla possibilità di trascrivere gli atti di nascita a seconda che si tratti di "due padri" o di "due madri", M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, cit., ritiene che esso sia espressivo di una "palese discriminazione di genere".

¹⁶ Corte cass., sez. I civ., sentenza n. 19599 del 2016, sulla quale si vedano le osservazioni di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corriere giuridico*, 2017, II, 190 ss.

¹⁷ Corte cass., sez. I civ., sentenza n. 19599 del 2016.

La previsione della diversità di sesso per i componenti delle coppie e, dunque, il divieto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita per quelle omosessuali - al contrario del divieto di maternità surrogata posto sempre dalla legge n. 40 - non assurge a principio di ordine pubblico, non potendosi ritenere che la “previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria [...] per i terzi che applichino le tecniche di fecondazione eterologa alle coppie composte da persone dello stesso sesso” esprima “un valore costituzionale superiore e inderogabile, idoneo ad assurgere a principio di ordine pubblico”¹⁸.

Nel medesimo senso e forse ancora più esplicitamente, con la sentenza n. 14878 del 2017 la Corte di cassazione ha ribadito che la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero, a seguito di ricorso da parte di una coppia omosessuale femminile alla fecondazione eterologa (con utilizzo del gamete femminile che non appartiene alla componente che poi partorisce il figlio, unitamente al gamete maschile di un donatore esterno) non è contrario all'ordine pubblico internazionale proprio perché non si tratta di un'ipotesi di maternità surrogata (benché, come sottolinea la stessa Corte, la legge n. 40 continui a richiedere la diversità di sesso dei componenti della coppia che intendano ricorrere alle tecniche assistite)¹⁹.

Dalle motivazioni che sorreggono le decisioni della Corte di cassazione emerge, dunque, un significativo profilo di interesse, sempre in relazione alla stessa configurazione della nozione di ordine pubblico internazionale.

Ai fini del riconoscimento (o meno) della possibilità di trascrivere atti di nascita di minori a seguito di ricorso alla maternità surrogata non sembra che rilevi la differenza o l'identità di sesso (e, quindi, l'orientamento sessuale) dei componenti delle coppie che vi ricorrono²⁰.

Ha assunto al contrario valore dirimente la strutturale (e valoriale²¹) differenza fra le modalità di fecondazione, di volta in volta venute in rilievo, ossia la surrogazione di maternità e la tecnica

¹⁸ Corte cass., sez. I civ., sentenza n. 19599 del 2016. Su tali passaggi della motivazione si vedano A. SASSI - S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, cit., 380 s., che richiamano anche il caso analogo (in cui però entrambe le componenti della coppia erano italiane, con effetti differenti in caso di mancato riconoscimento dell'atto di nascita) deciso da Corte App. Perugia, decreto n. 221 del 2010, in www.articolo29.it.

¹⁹ Corte cass., sez. I civ., sentenza n. 14878 del 2017.

²⁰ Così, nelle sentenze n. 24001 del 2014 e n. 12193 del 2019. Nella sentenza n. 19599 del 2016, invece, la Corte di cassazione si sofferma sulla “tipologia” di famiglia, quella omosessuale, e sulla “asserita preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso (unite da uno stabile legame affettivo) di accogliere, di allevare e anche di generare figli”, ritenendo che la scelta manifestata dalla legge n. 40 del 2004 (“ispirata all'idea di fondo che l'unica comunità nella quale sarebbe possibile generare figli sia quella formata da persone di sesso diverso”) “non esprime una opzione costituzionalmente obbligata”.

eterologa, con conseguenze che si dispiegano non solo nei confronti delle diverse tipologie di coppie a seconda che intendano fare ricorso alla prima o alla seconda (coppie eterosessuali e coppie omosessuali maschili da un lato; coppie eterosessuali e coppie omosessuali femminili dall'altro), ma anche, evidentemente, nei confronti dei figli (che vedono riconosciuto o meno il proprio *status* di figlio formato all'estero a seconda della tipologia di coppia e della tipologia di tecnica applicata)²².

Solo la fecondazione eterologa è tecnica ormai legittima nel nostro ordinamento, a seguito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale. A essa, come è noto, continua a poter fare ricorso solo la coppia eterosessuale, restando fermo il requisito della differenza di sesso dei suoi componenti che intendano accedere allo strumentario delle tecniche assistite (art. 5 della legge n. 40 del 2004) e tenendo conto che, di recente, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le relative questioni di legittimità costituzionale (in ogni caso strettamente circoscritte alla sola ipotesi di ricorso alle tecniche assistite delle coppie omosessuali femminili)²³.

Cionondimeno, ai (pur limitati) fini della trascrizione dell'atto di nascita a seguito di accesso (evidentemente all'estero) alla tecnica eterologa da parte della coppia omosessuale (solo femminile), l'identità di sesso non assume alcun rilievo rispetto alla nozione di ordine pubblico internazionale, che risulta incentrata come si è detto esclusivamente sulla specifica tipologia di tecnica riproduttiva utilizzata e non sulle caratteristiche (connesse all'orientamento sessuale e al sesso) dei componenti delle coppie.

Proprio la circostanza che si sia fatto ricorso alla donazione del gamete femminile di una delle due componenti della coppia nei confronti dell'altra, la quale ha poi portato a termine la gravidanza

²¹ G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Famiglia e Diritto*, 2019, VII, 677 ss., nell'individuare "l'elemento caratterizzante", ossia la surrogazione di maternità, che guida le Sezioni Unite con la sentenza n. 12193 del 2019 nella valutazione della nozione di ordine pubblico lo qualifica come "tecnica bandita dall'ordinamento interno e oggetto di un severo giudizio di disvalore"

²² È significativo che la Corte di cassazione abbia sottolineato in modo disteso che "le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 - imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia - non possono ricadere su chi è nato, il quale ha un diritto fondamentale, che dev'essere tutelato, alla conservazione dello status filiationis legittimamente acquisito all'estero nei confronti della madre genetica e alla continuità dei rapporti affettivi" (sentenza n. 19599 del 2016).

²³ Nel momento in cui si scrive non sono ancora state depositate le motivazioni: si veda anche la nota n. 15.

(ricorrendo alla donazione esterna del solo gamete maschile) segna l'insuperabile differenza rispetto alla surrogazione di maternità e assimila il caso all'ipotesi di fecondazione eterologa²⁴.

3. Le conseguenze del ricorso alla maternità surrogata: il preminente interesse del minore e il rilievo del rapporto genitoriale di fatto ai fini della tutela concreta del nato

Il secondo profilo di interesse delle problematiche sottese alla surrogazione di maternità attiene, più in generale, alle conseguenze che si determinano in capo al nato, a fronte della violazione del relativo divieto, con specifico riguardo alla possibilità di trascriverne l'atto di nascita formato all'estero.

La legge n. 40, al contrario dell'originario divieto di fecondazione eterologa, non prevede alcuna regolamentazione dell'acquisizione o del mantenimento dello stato di figlio del nato da tale diversa procedura, esponendolo a conseguenze parzialmente differenti a seconda che vi sia o meno un legame genetico con uno dei componenti della coppia committente (sia omosessuale sia eterosessuale).

In particolare, laddove questo legame genetico non vi sia, il minore può essere esposto all'applicazione della disciplina in materia di adozione e, di conseguenza, all'allontanamento dalla coppia committente. Al contrario, una volta accertato tale legame di filiazione con almeno un componente della coppia, si pone la diversa questione del possibile riconoscimento (e, in caso positivo, delle specifiche modalità attraverso le quali procedervi) del legame di filiazione di tipo (solo) intenzionale da parte dell'altro che non abbia apportato alcun contributo genetico.

A questo proposito, considerando le conclusioni cui perviene la Corte di cassazione nella sentenza n. 12193 del 2019 e tenendo conto di quanto la Corte costituzionale specifica nella sentenza n. 272 del 2017, risulta particolarmente significativo l'orientamento espresso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (non solo nelle diverse occasioni in cui è stata chiamata a esprimersi sul ricorso a tale pratica e sulle conseguenze concrete per i nati, ma anche nell'unico parere non vincolante e solo consultivo reso nei confronti della Francia in materia), al fine di individuare una

²⁴ Corte cass., sez. I civ., sentenza n. 14878 del 2017, che richiama Corte cass., sez. I civ., sentenza n. 12962 del 2016 (in relazione a una procedura di adozione), e Corte cass., sez. I civ., sentenza n. 19599 del 2016.

specifica linea di convergenza fra queste Corti nell'individuazione delle possibili modalità con cui, effettivamente, si può garantire tutela al nato.

Il preminente interesse del minore costituisce, nella giurisprudenza della Corte Europea, riferimento costante ed essenziale per risolvere i profili problematici sottesi alla materia, sebbene conduca a soluzioni differenti a seconda delle specifiche caratteristiche dei casi concreti.

La Grande Camera della Corte Europea nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (2017) giunge a sovvertire il proprio precedente, ritenendo l'insussistenza di profili di violazione dell'art. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*) CEDU. Se in occasione della prima decisione nel 2015 la Corte aveva stabilito che l'allontanamento del bambino nato da surrogazione di maternità in Russia, senza che vi fosse alcun legame genetico nemmeno con il componente maschile della coppia (eterosessuale) che alla medesima pratica aveva fatto ricorso, aveva violato il suo diritto alla vita privata e familiare, pure individuabile a fronte di un periodo di convivenza di (soli) sei mesi, poiché le autorità italiane non avevano valorizzato lo specifico e concreto interesse del minore²⁵, nella seconda e definitiva pronuncia la Grande Camera non riconosce alcuna violazione dell'art. 8 CEDU, avendo riguardo sia alla posizione del nato, sia a quella della coppia ricorrente.

Quello stesso arco di tempo di sei mesi, prima ritenuto idoneo a configurare una situazione familiare quantomeno di fatto, viene in questa occasione ritenuto insufficiente al medesimo fine, unitamente alla mancanza di ogni legame genetico con i componenti della coppia committente. Di conseguenza, la scelta di allontanare il minore non risulta illegittima, poiché con essa si è inteso garantire in concreto la tutela del suo preminente interesse.

Nelle due già richiamate decisioni rese nei confronti della Francia (*Mennesson e Labassee*, 2014) i profili affrontati dalla Corte Europea sono parzialmente differenti, ma maggiormente vicini all'oggetto della sentenza n. 12193 del 2019 della Corte di cassazione, riguardando il rifiuto delle autorità francesi di trascrivere gli atti di nascita formati all'estero, laddove il padre intenzionale era anche il padre dei nati.

²⁵ In questa prima decisione, la Corte Europea aveva ritenuto che il minore non potesse essere svantaggiato, in relazione al riconoscimento della cittadinanza e dell'identità, per il fatto di essere nato con una pratica di surrogazione di maternità. In calce a questa decisione si segnala l'opinione dissenziente di due giudici che, in modo particolarmente significativo nella prospettiva della successiva pronuncia della Grande Camera, avevano sottolineato come la decisione della maggioranza equivallesse, in sostanza, a negare la legittimità della scelta degli Stati membri di non riconoscere effetti giuridici alla pratica di surrogazione di maternità.

Se pure viene ribadito l'ampio margine di apprezzamento che, in una materia particolarmente sensibile come quella relativa alla surrogazione di maternità, deve essere riconosciuto agli Stati membri in assenza di un orientamento condiviso, la Corte Europea ritiene che esso si riduca laddove venga in rilievo l'esigenza di tutelare l'identità individuale del minore. Tale profilo risulta ancora più evidente, se si considera che nei due casi di specie il componente maschile della coppia ricorrente aveva un legame genetico con i nati.

Proprio questa circostanza fonda le decisioni della Corte Europea, che riconosce la violazione dell'art. 8 CEDU in relazione alla posizione dei minori, poiché l'ordinamento francese non ha dato rilievo al legame di filiazione genetica con i rispettivi padri (componenti della coppia committente).

A fronte delle conclusioni raggiunte dalla Corte Europea nei due casi *Menesson e Labassee*, la Corte di cassazione francese ha deciso di avvalersi della facoltà riconosciuta alle alte giurisdizioni degli Stati membri dal Protocollo n. 16 alla CEDU, ponendo due specifici quesiti e così anticipando eventuali ricorsi individuali alla stessa Corte. Ai sensi dell'art. 1 del Protocollo le più alte giurisdizioni degli Stati membri possono richiedere alla Corte Europea "pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli".

Innanzitutto, la Corte di cassazione chiede se il diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 CEDU riconosciuto al nato da maternità surrogata (che conduce al riconoscimento del legame di filiazione con il padre genetico e non solo intenzionale) imponga anche il riconoscimento di questo legame con riguardo alla madre intenzionale (e non genetica o biologica, poiché anche il gamete femminile, al pari della gestazione, è esterno alla coppia committente).

In secondo luogo, la Corte di cassazione chiede se, nel caso in cui al primo quesito venga data risposta positiva, sia necessario procedere con la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero che attesta un pieno legame giuridico con la madre intenzionale oppure se sia possibile ricorrere ad altri strumenti, come l'adozione.

Anche in questa occasione, la Corte Europea, con il parere del 10 aprile 2019, incentra le proprie motivazioni sul preminente interesse del bambino e sul margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri in materia che, sebbene debba essere considerato ampio in ragione della mancanza di un consenso fra gli Stati membri e della natura eticamente e moralmente caratterizzata delle

problematiche sottese alla pratica in oggetto, deve ridimensionarsi a fronte della necessità di garantire profili essenziali dell'identità del minore²⁶.

Rispetto al primo profilo, ossia quello del preminente interesse del nato, la Corte se da un lato ribadisce che il mancato riconoscimento del legame di filiazione lo pone in una posizione di svantaggio e di incertezza rispetto alla sua identità²⁷, dall'altro sottolinea come, in ogni caso, vi siano certamente ulteriori fondamentali componenti del suo diritto alla vita privata che vengono in rilievo e che devono essere tutelati, senza che si debba necessariamente pervenire al riconoscimento del legame di filiazione con la madre intenzionale. In particolare, la Corte Europea fa riferimento al rischio di abusi che il ricorso alla pratica della surrogazione può comportare e alla conseguente (im)possibilità di conoscere le proprie origini.

Proprio il bilanciamento fra questi diversi profili, che attengono alla posizione del minore, nonché il conseguente ridotto margine di apprezzamento riservato agli Stati membri conducono la Corte a ritenere che un rigido e assoluto divieto di riconoscere un legame di filiazione fra il nato e la madre intenzionale sia incompatibile con il preminente e concreto interesse del primo. Secondo la Corte, in particolare, occorre prevedere quantomeno “una possibilità” di riconoscere “un legame” fra la madre intenzionale e il nato da surrogazione di maternità, senza che sia necessario dare pieno riconoscimento all'atto di nascita formato all'estero. Rientra, quindi, nel margine di apprezzamento da riconoscersi in capo agli Stati membri la scelta dell'istituto attraverso il quale, nei diversi casi e con valutazione in concreto e non in astratto, dare riconoscimento al rapporto di filiazione, come per esempio l'adozione²⁸.

²⁶ Sul parere della Corte Europea si vedano anche le osservazioni di M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson*[.] *La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio AIC*, 2019, V.

²⁷ Da questo punto di vista la Corte Europea sottolinea come “40. The lack of recognition of a legal relationship between a child born through a surrogacy arrangement carried out abroad and the intended mother thus has a negative impact on several aspects of that child's right to respect for its private life. In general terms, as observed by the Court in *Mennesson* and *Labassee*, cited above, the non-recognition in domestic law of the relationship between the child and the intended mother is disadvantageous to the child, as it places him or her in a position of legal uncertainty regarding his or her identity within society (§§ 96 and 75 respectively). In particular, there is a risk that such children will be denied the access to their intended mother's nationality which the legal parent-child relationship guarantees; it may be more difficult for them to remain in their intended mother's country of residence (although this risk does not arise in the case before the Court of Cassation, as the intended father, who is also the biological father, has French nationality); their right to inherit under the intended mother's estate may be impaired; their continued relationship with her is placed at risk if the intended parents separate or the intended father dies; and they have no protection should their intended mother refuse to take care of them or cease doing so”.

²⁸ Secondo la Corte Europea, infatti, tale istituto produce effetti simili alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, sempre che “the procedure laid down by domestic law ensures that they can be implemented promptly and effectively, in accordance with the child's best interests”.

È significativo che la Corte di cassazione italiana, con la pronuncia in commento, sia pervenuta ad analoghe conclusioni, circa l'individuazione degli strumenti tesi a garantire la posizione del nato, una volta che la coppia committente - in questo caso omosessuale maschile - abbia fatto ricorso alla surrogazione di maternità, benché non vi sia espressa menzione del parere della Corte Europea. Quest'ultimo, infatti, è stato reso pubblico il 10 aprile del 2019, mentre la decisione della Corte di cassazione risale al 6 novembre del 2018, pur essendo stato depositata successivamente, ossia l'8 maggio del 2019.

Nonostante nella stessa decisione il divieto di maternità assurga a principio di ordine pubblico internazionale idoneo a impedire il riconoscimento del rapporto di filiazione fra il nato e il genitore solo intenzionale, per la Corte di cassazione non si può escludere "la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983". Quella stessa esigenza, cui la Corte Europea ha fatto riferimento nel suo parere, di individuare gli strumenti giuridici più adeguati per la tutela del nato viene dalla Corte di cassazione ritenuta "soddisfatta" proprio da tale istituto, idoneo a "conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale, compatibilmente con gli altri interessi coinvolti nella vicenda, e fermo restando l'obbligo di assicurare una tutela comparabile a quella ordinariamente ricollegabile allo *status filiationis*".

Il rilievo dell'istituto dell'adozione, peraltro, era già stato esplicitato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 272 del 2017. Dopo aver qualificato la maternità surrogata come pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e che mina nel profondo le stesse relazioni umane, infatti, la Corte sottolinea l'importanza del bilanciamento fra l'esigenza di verità della filiazione e l'interesse del minore, che deve essere condotto attraverso "un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore".

Proprio il riferimento a questo giudizio comparativo consente di individuare una linea di continuità fra l'orientamento espresso precedentemente dalla Corte Europea e anche quello, successivo, della Corte di cassazione.

Tra le "variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso" di cui il giudice deve tenere conto, infatti, la Corte costituzionale individua innanzitutto la "durata del rapporto

instauratosi col minore” e, quindi, la “condizione identitaria già da esso acquisita”²⁹. Con ciò viene espressamente richiamato un profilo cui anche la Corte Europea aveva dato specifico rilievo nelle citate due decisioni rese nel caso Paradiso e Campanelli c. Italia, se pure, come si è visto, con esiti, nelle due occasioni, diametralmente opposti.

In secondo luogo, la Corte costituzionale sottolinea come il giudice debba soppesare anche “le modalità del concepimento e della gestazione”³⁰. Occorre, dunque, che si proceda con una valutazione che attiene non solo (e forse non tanto) alle modalità del concepimento (ossia alle diverse tecniche assistite di fecondazione, nelle quali rientra anche, a seguito della sentenza n. 162 del 2014, quella eterologa), quanto (e soprattutto) alle modalità con cui viene condotta la stessa gestazione. Nel caso di ricorso alla surrogazione, il giudizio non potrà che essere negativo (almeno tendenzialmente) in ragione della specifica definizione che di essa ha dato la Corte nella stessa sentenza n. 272 del 2017.

Da ultimo, come terzo indice di valutazione, la Corte richiama gli “strumenti legali” che permettono “la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l’adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela”³¹.

Il riferimento all’istituto dell’adozione è analogo a quello espresso successivamente sia dalla Corte Europea con il parere consultivo reso nei confronti della Francia³², sia dalla Corte di cassazione con la decisione n. 12193 del 2019.

È proprio considerando la necessità di garantire in concreto il preminente interesse del minore che si impone la conseguente individuazione di specifiche modalità di riconoscimento del legame

²⁹ Corte cost., sentenza n. 272 del 2017.

³⁰ Corte cost., sentenza n. 272 del 2017.

³¹ Corte cost., sentenza n. 272 del 2017.

³² A questo proposito si vedano le critiche osservazioni di A. M. LECIS COCCO ORTU, *L’obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, in *Genius, Online first*, 2019, I, 10 s., secondo cui “le conclusioni della Corte quanto all’ammissibilità dell’adozione come modalità di adempimento dell’obbligo ex art. 8 CEDU appaiono insoddisfacenti e a tratti contraddittorie. Insoddisfacenti, perché la Corte non aggiunge alcuna precisazione sui caratteri dei diversi istituti inclusi nell’ampia categoria di ‘adozione’ e sulle condizioni che quest’ultima deve soddisfare per garantire un sufficiente livello di tutela dell’obbligo consacrato; a tratti contraddittoria, perché, quanto ai termini accettabili per l’esecuzione dell’obbligo, la Corte sembra suggerire ora un riconoscimento *ab initio*, ora dettare un ventaglio di termini diversi e assai più vaghi, con la conseguenza che il margine riconosciuto sul *quomodo* si traduce in un margine indeterminato sul *quando*”.

genitoriale instauratosi di fatto e pur a seguito del ricorso a una pratica vietata quale la surrogazione.

L'istituto dell'adozione in casi particolari da un lato fornisce una adeguata tutela al nato (senza, quindi, che le conseguenze negative della violazione del divieto di surrogazione di maternità si ripercuotano anche e soprattutto su di lui) e dall'altro impedisce che si giunga a legittimare il ricorso alla pratica che resta, in ogni caso, penalmente rilevante e sanzionata³³.

Questi profili disegnano una linea di convergenza fra le Corti³⁴ sulle modalità di concreta tutela del nato da surrogazione di maternità, consentendo di individuare quello che è stato efficacemente definito un ordine pubblico "differenziato"³⁵, che separa da un lato le conseguenze che nel nostro ordinamento si determinano in capo al nato (in relazione al suo diritto di mantenere lo stato di figlio riconosciuto all'estero) e dall'altro quelle relative alla coppia che ha fatto ricorso alla maternità surrogata (in relazione, in particolare, all'efficacia dei relativi contratti e alla previsione di eventuali sanzioni penali).

Cionondimeno, restano sullo sfondo diverse questioni problematiche aperte che attengono, più in generale, ai nuovi modelli riproduttivi resi tecnicamente possibili dall'evoluzione scientifica e anche al modo di intendere lo stesso *status filiationis*, che, con ogni evidenza, impongono di riflettere non solo sul destino del "singolo bambino già nato", ma anche sull'"interesse più oggettivo delle generazioni che nasceranno nei cui confronti dovrebbe essere deciso chiaramente

³³ A. SASSI - S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, cit., 383 s., ricavano "alcune regole di applicazione pratica, distinguendo due ipotesi di gestazione per altri: una, compiuta in un Paese estero, nel rispetto delle norme poste dal sistema ivi presente; altra, potenzialmente realizzabile anche in Italia, al di fuori delle regole giuridiche". Nel primo caso, sarebbe possibile l'"integrale recepimento della posizione vantata dal figlio in conseguenza della formazione del proprio atto di nascita secondo l'ordinamento estero", poiché con l'adozione "si imporrebbe la costituzione di uno stato giuridico deteriore"; nel secondo, invece, "l'interesse del minore alla genitorialità ben può essere efficacemente realizzato, almeno in via tendenziale, attraverso il ricorso all'adozione in casi particolari, che, non recidendo i rapporti ingeniti con la famiglia biologica, non preclude al nato un'eventuale ricerca della verità, consentendogli, allo stesso tempo, di soddisfare immediatamente il diritto alla genitorialità verso il genitore intenzionale".

³⁴ Ancora, si vedano le osservazioni in senso contrario di A. M. LECIS COCCO ORTU, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, cit., 14, secondo cui "una lettura più attenta delle due pronunce rivela che il riconoscimento del legame tra figlio e genitore intenzionale mediante l'adozione in casi particolari, alla luce del regime giuridico e dell'applicazione giurisprudenziale di tale istituto, può difficilmente rispondere alle condizioni di celerità e di effettività poste dal parere della Grande Camera".

³⁵ A. SASSI - S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, cit., 385.

dal legislatore, e non dal giudice, se il nascere è un bene incomparabile in qualsiasi modo e a qualsiasi prezzo lo si ottenga”³⁶.

Come si è visto la Corte di cassazione non ha considerato l’orientamento sessuale e il sesso delle coppie richiedenti ai fini della possibilità di trascrivere gli atti di nascita formati all’estero, dando invece rilievo alla tipologia di tecnica di fecondazione utilizzata e differenziando di conseguenza fra ricorso a quella eterologa e alla surrogazione di maternità.

Ciò comporta, come è evidente, indubbie conseguenze sul piano del diverso trattamento che, in termini di riconoscimento dello *status filiationis* si riverberano sui minori, a seconda delle concrete modalità di nascita³⁷. Pur a fronte delle indubbie differenze che segnano rispettivamente il ricorso alla tecnica eterologa e alla maternità surrogata, infatti, può revocarsi in dubbio che il diverso trattamento riservato ai nati da queste due procedure non introduca una (intollerabile) discriminazione.

A questo proposito, sarà senz’altro decisivo confrontarsi con le motivazioni della decisione con cui la Corte costituzionale ha ritenuto non fondate le questioni relative al mancato riconoscimento del diritto di accesso alla fecondazione assistita per le coppie omosessuali femminili. Finora, infatti, la Corte si è pronunciata sulle questioni sottese alla formazione sociale della coppia omosessuale e a quella della coppia coniugata in cui uno dei componenti decida di cambiare sesso³⁸, ma non si è mai

³⁶ L. D’AVACK, *La maternità surrogata: un divieto “inefficace”*, cit. Si vedano altresì le osservazioni di 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. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., 99 ss., che si sofferma sulle “novità significative dal punto di vista di genere che hanno coinvolto la riproduzione e la filiazione”.

³⁷ Ritengono, a tale proposito, che si determini l’“assurda conseguenza di discriminare i nati nell’attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione” A. SASSI - S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, cit., 389.

³⁸ CORTE COST., sentenza n. 138 del 2010, sulla quale si rinvia a A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it, M. D’AMICO, *Una decisione ambigua*, in *Notizie di Politeia*, 2010, C, 85 ss., e R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Rivista AIC*, 2010, 0; e Corte cost., sentenza n. 170 del 2014, sulla quale si vedano le considerazioni di F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in www.forumcostituzionale.it, 24 giugno 2014, G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, in www.articolo29.it, 26 giugno 2014, A. D’ALOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità per «mancanza di alternative»*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, III, 672 ss., e F. SAITTO, *L’incostituzionalità del “divorzio imposto” tra rettificazione di sesso e tutela del “pregresso vissuto” della coppia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, III, 2706 ss.

Le indicazioni contenute in entrambe le decisioni sono state recepite dalla legge n. 76 del 2016 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*).

espressa direttamente sui profili relativi all'orientamento sessuale e al sesso dei genitori nel rapporto con i figli.

4. Quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?

Tenendo conto delle conclusioni cui si può pervenire in ordine al divieto di surrogazione di maternità e alle conseguenze della sua violazione grazie alla giurisprudenza costituzionale, di legittimità e sovranazionale e degli accennati profili problematici che restano tuttora aperti e non ancora affrontati espressamente, è possibile da ultimo soffermarsi sulle prospettive di un eventuale giudizio costituzionale che, questa volta, riguardi in modo specifico tali questioni.

Se, come si è anticipato, è difficile immaginare che sul divieto di surrogazione vengano sollevati dubbi di legittimità costituzionale a fronte delle sentenze nn. 162 del 2014 e 272 del 2017, non solo in relazione alla posizione della donna gestante e del nato³⁹, ma anche rispetto alla coppia committente in ragione della difficoltà di ricondurre tale procedura nell'alveo delle tecniche riproduttive che consistono in veri e propri trattamenti sanitari (e, quindi, della difficoltà di estendere le considerazioni svolte sulla fecondazione eterologa dalla Corte nella sentenza n. 162 del 2014), gli esiti di un sindacato costituzionale che coinvolga, invece, le conseguenze della sua violazione appaiono meno certi.

Ciò non tanto (e non solo) con riguardo alla posizione delle coppie che richiedono l'accesso alla surrogazione di maternità quale unica modalità per soddisfare quel medesimo diritto incoercibile di scegliere di formare una famiglia anche con figli e anche non genetici e, quindi, quelle medesime esigenze di procreazione che la Corte costituzionale ha espressamente individuato nelle sentenze nn. 162 del 2014 e 151 del 2009⁴⁰ (proprio in ragione della differente natura della surrogazione di

³⁹ Sulla posizione della donna si veda ancora I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, cit.; sull'interesse del minore si rinvia a S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., 56 s.

⁴⁰ Sulla nota sentenza n. 151 del 2009 si vedano M. D'AMICO, *La decisione n. 151 del 2009 della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in G. BALDINI - M. SOLDANO (a cura di), *Nascere e morire: quando decido io? Italia ed Europa a confronto*, Firenze, 2011, 127 ss., e L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide (almeno in parte) di decidere (Nota a C. Cost. 8 maggio 2009, n. 151)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, II, 281 ss.

maternità, non assimilabile a un trattamento sanitario); quanto, piuttosto, con riferimento alla posizione dei nati da questa procedura.

Come si è accennato, nei loro confronti, soprattutto laddove manchi il legame genetico con almeno uno dei due componenti della coppia committente, si determina una differenziazione nelle modalità di riconoscimento e mantenimento dello *status filiationis* che dipende esclusivamente dalle modalità non solo di concepimento, ma anche - come sottolinea la Corte nella sentenza n. 272 del 2017 - di gestazione.

Si tratta di una differenziazione che indubbiamente è suscettibile di ripercuotersi sul concreto godimento di tutti i diritti di cui sono titolari i figli nei confronti dei genitori, ai sensi dell'art. 30 Cost., che, non a caso, impone a questi ultimi (innanzitutto) i doveri di cura e (solo dopo) i relativi diritti⁴¹.

Inoltre, essa sembra contrapporsi all'impostazione ormai fatta propria dalla riforma di cui alla legge n. 219 del 2012 (*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*), che ha introdotto nel nostro ordinamento lo "*status unico di figlio*"⁴².

Tenendo necessariamente conto, ancora una volta, delle caratteristiche specifiche della surrogazione di maternità e pur considerando la necessità di rendere effettiva la portata precettiva del relativo divieto (che diverrebbe del tutto inefficace a fronte di un pieno riconoscimento del rapporto di filiazione), non si può mancare di richiamare quanto la Corte costituzionale ha avuto occasione di sottolineare nella nota sentenza n. 494 del 2002⁴³.

Con tale decisione è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, primo comma, (*Autorizzazione all'azione*) c.c., nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini nei casi in cui, ai sensi dell'art. 251, primo comma, (*Autorizzazione al riconoscimento*) c.c., il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato.

La Corte in quella occasione ha sottolineato come la disciplina censurata determinasse in danno dei figli una "*capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di

⁴¹ Più ampie considerazioni sullo specifico ordine nel riconoscimento dei doveri e dei diritti di cura dei genitori nei confronti dei figli adottato dall'art. 30 Cost. sono svolte in B. LIBERALI, (*Prima*) il dovere e (poi) il diritto: alla ricerca degli 'ossimori costituzionali' nella cura dei figli, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, III.

⁴² A questo proposito, si rinvia a F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*, in F. GIUFFRÉ - I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 83 ss.

⁴³ Anche G. FERRANDO, *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, in *Genius Online first*, 2019, I, 6 s., richiama l'incesto, insieme all'adulterio e allo stupro, fra le condotte degli "adulti che l'ordinamento riprova, anche con il ricorso a sanzioni penali", e che "non impedisce (o non impedisce più) di costituire legalmente lo stato di figlio".

comportamenti di terzi soggetti”. In particolare, in danno dei cd. “figli incestuosi” si determinava la “violazione del diritto a uno *status filiationis*, riconducibile all’art. 2 della Costituzione, e del principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali”.

Altrettanto significative sono le valutazioni che la Corte ha riservato all’adozione di misure sanzionatorie nei confronti degli autori delle condotte prese in esame: se in questo caso esse sono perfettamente legittime, la loro applicazione “al di là di questa cerchia, che coinvolga soggetti totalmente privi di responsabilità - come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori [...] - non sarebbe giustificabile se non in base a una concezione ‘totalitaria’ della famiglia”⁴⁴.

Di queste stesse considerazioni probabilmente, ferme restando ancora una volta le differenze che segnano la condizione del nato da incesto e quella del nato da surrogazione, non si potrà non tenere conto nel caso in cui venga sollevata una questione di legittimità costituzionale, avente a oggetto la legge n. 40 nella parte in cui nulla prevede a tutela del nato in caso di ricorso alla maternità surrogata, con specifico riguardo alla possibilità di trascrivere un atto già formato all’estero (o, anche, di formarlo direttamente in Italia) e alle relative modalità.

E, infatti, proprio le specifiche caratteristiche che segnano l’irriducibile differenza fra incesto e surrogazione di maternità - e che consistono sostanzialmente nella sussistenza o meno di un effettivo legame genetico che si intende far valere con l’azione di riconoscimento della genitorialità naturale (nel primo caso) e con la trascrizione degli atti di nascita formati all’estero (nel secondo) - sembrano poter confermare e non contraddire affatto l’orientamento giurisprudenziale sopra richiamato che individua nell’istituto dell’adozione in casi particolari lo strumento per assicurare concreta tutela ai minori senza affatto giungere a legittimare il ricorso alla surrogazione.

In linea di continuità rispetto ai propri precedenti e confermando i punti di approdo della giurisprudenza di legittimità e della Corte Europea, la Corte costituzionale potrebbe quindi rilevare

⁴⁴ Corte cost., sentenza n. 494 del 2002. C. M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità di cui all’art. 278, comma 1, c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, VI, 4072, sottolinea che non sembrano esserci “elementi di fatto o di diritto che valgono a fondare una generale e assoluta presunzione di inidoneità dei genitori a curarsi dei figli irricognoscibili. L’immoralità della relazione dalla quale il figlio è nato è infatti una valutazione che non concerne l’aspetto della capacità affettiva del genitore”.

Intorno alle generali problematiche sottese al modello costituzionale di famiglia, si veda F. BIONDI, *Quale modello costituzionale*, in F. GIUFFRÉ - I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 3 ss.

la problematicità del vuoto normativo determinato dal divieto di surrogazione di maternità, richiamando la necessità di introdurre una disciplina che regoli l'acquisizione e il mantenimento dello stato di figlio del nato da questa procedura, richiamando, come ha già peraltro espressamente fatto nella sentenza n. 272 del 2017, l'istituto dell'adozione in casi particolari.

Resta fermo che, in un settore come quello della maternità surrogata, che rientra fra quelle materie che sono state definite "eticamente sensibili"⁴⁵, opportuno sarebbe un previo, immediato e organico intervento del legislatore, che offra riferimenti certi e, soprattutto, omogenei.

Un intervento che, peraltro, sembra ormai imporsi non più solo alla luce della concreta prassi applicativa della legge n. 40 e delle problematiche che in termini di tutela dei minori si pongono in ragione del ricorso all'estero alla surrogazione di maternità nonostante il divieto, ma anche a fronte del parere consultivo reso dalla Corte Europea.

Quest'ultimo, infatti, costituisce un riferimento altrettanto significativo (pur avendo carattere solo consultivo e non vincolante) non solo per il legislatore italiano, che potrebbe provvedere a disciplinare la materia nel senso di cui si è detto, ma anche per i giudici comuni (in attesa che l'Italia completi il percorso per la piena efficacia nel nostro ordinamento del Protocollo n. 16 alla CEDU che legittimi le alte giurisdizioni a richiedere i relativi pareri), che potrebbero sollevare questioni di legittimità costituzionale non solo con riferimento ai parametri costituzionali propriamente interni, ma anche rispetto all'art. 8 CEDU⁴⁶.

⁴⁵ Su questi profili, si rinvia alle osservazioni di M. D'AMICO, *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in www.forumcostituzionale.it, 5 novembre 2015.

⁴⁶ A questo proposito anche A. M. LECIS COCCO ORTU, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, cit., 15, sottolinea che in attesa di una riforma della disciplina in materia di adozione "la palla è dunque rimessa ancora una volta ai giudici di merito, affinché tutelino pienamente l'interesse del minore e il suo diritto a vedersi legalmente riconosciuto come figlio dei suoi genitori, secondo un'interpretazione orientata ai principi dettati dal giudice di legittimità e dalla giurisdizione europea, avendo a loro disposizione anche la via della questione di legittimità costituzionale della disciplina della trascrizione e dell'adozione con riferimento al parametro interposto dell'art. 8 CEDU. L'auspicata ratifica del Protocollo 16 da parte dell'Italia potrebbe poi rendere la discussione giurisdizionale ancora più interessante".

Si vedano anche le riflessioni di 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 di telescopi)*, cit., 141, che ritiene che il "legislatore dovrebbe, con il suo telescopio, guardare ancora più lontano, e anche riflettere su quali siano le profonde ragioni sociali che, da un lato, spingono sempre più spesso a rimandare fino a tarda età la questione della genitorialità [...]; e, dall'altro, inducono comunque a preferire la via della maternità surrogata a quella dell'adozione [...]. Il legislatore, insomma, dovrebbe forse tornare a inserire nei suoi processi di riflessione e di decisione la politica demografica".