



Francesca Poggi

(professoressa associata di Filosofia del diritto nell' Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria")

**Le colpe dei padri. Commento all'ordinanza
della Corte di Cassazione n. 8325 del 29 aprile 2020 ***

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La genitorialità intenzionale nell'attuale giurisprudenza italiana - 3. Profili critici - 4. La questione di illegittimità costituzionale - 5. Scenari possibili.

1 - Introduzione

Questo contributo ha ad oggetto l'ordinanza n. 8325 del 2020, con cui la Corte di Cassazione, sez. civ. I, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, sesto comma, della legge n. 40 del 2004, 18 del d.p.r. n. 396 del 2000, 64, primo comma, lett. g, della legge n. 218 del 1995, se interpretati alla luce della sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 12193 del 2019,

«laddove si esclude, attraverso il limite dell'ordine pubblico, fissato in linea generale e astratta dal legislatore, la possibilità del riconoscimento ai fini dell'efficacia in Italia, di provvedimenti giurisdizionali stranieri che accertino il diritto di essere inserito - quale genitore d'intenzione - nell'atto di nascita del figlio della persona cui si è legati da matrimonio celebrato all'estero, nato con le modalità della gestazione per altri (c.d. "maternità surrogata")»¹ (p. 8-9).

Dopo aver ricostruito l'attuale panorama giurisprudenziale (§ 2) e i problemi da esso sollevati (§ 3), esaminerò le questioni poste nell'ordinanza di rimessione (§ 4), interrogandomi sui possibili esiti del giudizio di costituzionalità (§ 5). Come cercherò di argomentare, la rimessione della questione alla Corte costituzionale è un atto quanto mai opportuno all'interno di un panorama giurisprudenziale che, nonostante il recente intervento delle Sezioni unite, appare tutt'oggi pervaso da forti contrasti, che incrinano la certezza e l'eguaglianza giuridica. Come si vedrà, infatti, la decisione della Corte costituzionale, oltre a sciogliere, in un senso o nell'altro, il nodo della trascrizione dei

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Corte di Cassazione, sez. civ. I, ord. n. 8325 del 2020, p. 8-9.



provvedimenti giurisdizionali stranieri che accertano la paternità del genitore d'intenzione, è destinata a produrre ripercussioni più generali rispetto allo *status* dei nati da coppie *same sex* e/o mediante la tecnica della gestazione per altri (d'ora in poi "gpa").

2 - La genitorialità intenzionale nell'attuale giurisprudenza italiana

Come noto, la legge 19 febbraio n. 40 del 2004, recante "Norme in materia di procreazione assistita", riserva l'accesso alle tecniche di pma alle coppie eterosessuali coniugate o conviventi, affette da sterilità o infertilità, o portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, primo comma, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194², i cui componenti siano entrambi viventi e in età potenzialmente fertile. L'esclusione dei *single* e delle coppie omosessuali si giustifica, nell'ideologia originaria della legge n. 40, per l'esigenza di garantire al nascituro una famiglia così detta tradizionale, e, per quanto possa apparire discriminatoria, è certamente in linea con altre norme del nostro ordinamento e, in particolare, con quelle che impediscono a *single* e coppie omosessuali, anche se unite civilmente, l'accesso all'adozione, salvo che in ipotesi eccezionali³. In particolare, l'art. 12, secondo comma, prevede una sanzione amministrativa a carico di chi applica tecniche di fecondazione assistita a coppie composte da soggetti dello stesso sesso, mentre il comma 6, prevede come delitto la condotta di "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità" e, in tale ultimo caso, come chiarito dal combinato disposto dell'ottavo comma, sono punibili anche l'uomo o la donna ai quali sono applicate tali tecniche.

Al riguardo, l'espressione "surrogazione di maternità" - come le locuzioni, spesso assunte come sinonime, di "gestazione per altri" (gpa) e "utero in affitto"⁴ - copre in realtà situazione tra loro molto

² Requisito introdotto a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 2015.

³ Ipotesi riconducibili al disposto dell'art. 44, comma primo, lett. a), c) e d), della legge n. 184 del 1983.

⁴ È noto come la scelta tra le diverse locuzioni rispecchi i differenti approcci ideologici degli autori. Infatti, mentre l'espressione "gestazione per conto d'altri" appare più neutra, le locuzioni "maternità surrogata" e, soprattutto, "utero in affitto" possiedono una connotazione valutativa negativa. Sotto questo profilo, non è un caso che l'ordinanza di rimessione impieghi prevalentemente la dicitura "gestazione per conto d'altri". Nel presente lavoro impiegherò anch'io prevalentemente l'espressione "gestazione per conto d'altri" (gpa), sia perché meno connotata valutativamente, sia



eterogenee⁵, accomunate dal fatto che la gestazione viene portata avanti da una donna committente destinata *ab initio* a non intrattenere alcun rapporto di filiazione col nascituro. A parte questo, la gpa può essere a titolo gratuito od oneroso, i gameti possono provenire entrambi dalla coppia, oppure entrambi da donatori esterni alla coppia, oppure solo uno dei gameti (ovulo o spermatozoo) può provenire dalla coppia e la gestante può o no essere anche la donatrice dell'ovulo. Nei paesi in cui la gpa è lecita, tipicamente vi ricorrono le coppie eterosessuali in cui la donna non sia in grado di portare avanti la gravidanza, ad esempio a causa di asportazione chirurgica dell'utero, nonché le coppie omosessuali maschili. Le coppie omosessuali femminili, invece, salvo che entrambe le donne non siano in grado di condurre la gravidanza, ricorrono normalmente alla donazione dei gameti maschili - mentre l'ovulo può provenire dalla stessa donna che porta avanti la gestazione, dall'altra donna della coppia o da donatrice esterna.

Come noto, nonostante i divieti italiani, le coppie e i *single*, provvisti dei mezzi economici necessari, possono ricorrere alla pma e alla gpa all'estero, nei paesi in cui tali pratiche sono lecite. Al ritorno in Italia si pone, però, il problema del riconoscimento degli atti di nascita che attestano la genitorialità anche del così detto genitore d'intenzione. Al riguardo, giova precisare che la categoria di "genitore d'intenzione" è idonea a comprendere soggetti diversi. Nel caso della gpa cui ricorrono coppie eterosessuali, non solo la donna che non ha partorito⁶, sia o meno genitrice genetica, ossia donatrice dell'ovulo, ma eventualmente anche l'uomo qualora la fecondazione sia avvenuta con spermatozoo proveniente da donatore esterno. Nel caso della gpa cui ricorrono uomini *single* o coppie omosessuali maschili, il soggetto che non ha un legame genetico col nascituro - l'uomo che non ha donato il gamete e che, in caso di infertilità, potrebbe essere l'unico committente *single* così come potrebbero essere entrambi i membri della coppia (per quanto si tratti di un'evenienza rara). Nel caso di coppie omosessuali femminili che ricorrono a donatore esterno, la donna che non ha partorito, sia essa o no madre genetica. Nel caso, eccezionale, di una coppia omosessuale femminile che ricorra a gpa, entrambe le donne

perché ritengo che la prestazione in esame consista, da un lato, in qualcosa di più della mera *locatio* di una parte del corpo, e, dall'altro, in qualcosa di diverso e di meno della maternità, posto che questa né si esaurisce nel concepimento né è indissolubile dallo stesso - le madri adottive sono madri a tutti gli effetti.

⁵ Cfr., ad esempio, S. POZZOLO, *Delocalizzare la (ri)produzione? Riflessioni sul diritto, la maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Notizie di Politeia*, 32, 2016, pp. 19-31.

⁶ Infatti, come si desume dall'art. 269, terzo comma, c.c., nel diritto italiano madre è colei che partorisce.



committenti, a prescindere anche in questo caso, dalla genitorialità genetica. Come vedremo, l'estrema eterogeneità di queste situazioni si ripercuote sulla diversità della disciplina giuridica italiana, aprendo anche delicati problemi rispetto al principio di eguaglianza.

Il principale ostacolo al riconoscimento degli atti di nascita validamente formati all'estero (o dei provvedimenti giurisprudenziali stranieri) che attestano la genitorialità del così detto genitore intenzionale è rappresentato dal limite dell'ordine pubblico. Infatti, ai sensi dell'art. 16 della l. n. 218 del 1995 ("La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico") e dell'art. 18 del d.p.r. n. 396 del 2000 ("Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico"), i certificati di nascita validamente formati in base alla legge straniera, che regola la filiazione in forza dei criteri stabiliti dalla norme italiane di diritto internazionale privato, non producono effetti in Italia e non possono essere trascritti se contrari all'ordine pubblico, e lo stesso vale per i provvedimenti giurisprudenziali stranieri.

Una prima apertura nei confronti del riconoscimento in Italia degli atti di nascita di cui sopra è avvenuta con la sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, n. 19599 del 2016. Il caso riguardava il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile italiano dell'atto di nascita di un minore, di nazionalità spagnola, in cui erano indicate come madri due donne, un'italiana e una spagnola, entrambe legate biologicamente al nato, in quanto il concepimento era avvenuto a seguito di pma eterologa, con donatore anonimo, e una delle due donne aveva donato l'ovulo, mentre l'altra aveva condotto a termine la gravidanza. La Corte ha stabilito che il riconoscimento e la trascrizione dell'atto di nascita in questione non contrastava con il principio dell'ordine pubblico, in quanto quest'ultimo deve essere inteso non, secondo un'accezione di ispirazione statualista, come ordine pubblico interno, ossia «come espressione di un limite riferibile all'ordinamento giuridico nazionale», bensì, in maniera più aderente agli artt. 10, 11 e 117, primo comma, Cost., come ordine pubblico internazionale, ossia

«come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati a esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria»⁷. «In altri termini - osservava la Corte - i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o

⁷ Corte di Cassazione, sez. I, sent. n. 19599 del 2016, p. 22.



fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario»⁸.

Da ciò segue che il contrasto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera si ponga in contrasto con divieti interni, in quanto

«il parametro di riferimento non è costituito (o non è costituito più) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (o abbia esercitato) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario»⁹ e, in particolare, dai «diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo»¹⁰.

Nonostante le peculiarità del caso, la pronuncia di cui sopra pareva porre un principio di diritto generale, invocabile anche in ipotesi differenti. Gli stessi principi, infatti, sono stati successivamente ribaditi in un caso significativamente diverso, deciso dalla Corte di Cassazione, sez. I, con la sentenza n. 14878 del 2017. Qui la Corte ha affermato la non contrarietà all'ordine pubblico internazionale della rettificazione dell'atto di nascita formato all'estero con indicazione di due madri e originariamente trascritto in Italia a nome della sola partoriente. La specificità del caso consisteva nel fatto che una delle due donne, legalmente unita in matrimonio con l'altra nel Regno Unito, non aveva alcun rapporto genetico col minore, concepito mediante fecondazione eterologa¹¹. I giudici di merito, inoltre, iniziarono a estendere i principi in esame per ammettere anche il riconoscimento e la trascrizione degli atti di nascita (o delle rettifiche degli atti di nascita o dei provvedimenti giurisdizionali stranieri che accertano la genitorialità d'intenzione) formati a seguito di gpa¹².

La possibilità di una simile estensione è stata, però, ben presto smentita dalla Corte di Cassazione, Sezioni unite, con la sentenza n.

⁸ Corte di Cassazione, sez. I, sent. n. 19599 del 2016, p. 23.

⁹ Corte di Cassazione, sez. I, sent. n. 19599 del 2016, p. 23.

¹⁰ Corte di Cassazione, sez. I, sent. n. 19599 del 2016, pp. 26-27.

¹¹ Per un commento alla sentenza cfr. **S. STEFANELLI**, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito. Nota a Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878*, in *Articolo 29*, 10 luglio 2017 (<http://www.articolo29.it/>).

¹² cfr. Corte d'Appello di Trento, ordinanza del 23 febbraio 2017¹²; Tribunale di Roma, decreto di rettifica del 11 maggio 2018; Corte d'Appello di Venezia, ordinanza del 16 luglio 2018; Tribunale di Pisa, decreto di rettifica del 18 settembre 2018; Tribunale di Milano, ordinanza del 24 ottobre 2018



12193 del 2019, nella quale si è affermata la contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra minori, nati in paese straniero mediante ricorso alla maternità surrogata ivi lecita, e il genitore d'intenzione italiano, con conseguente impossibilità di riconoscimento e trascrizione. A giudizio delle Sezioni unite, infatti, il divieto di surrogazione di maternità, *ex art. 12, sesto comma, della l. n. 40 del 2004*, è qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto della adozione.

Occorre notare come questa decisione non si ponga espressamente in contrasto con il principio di diritto di cui alla precedente sentenza del 2016, ma, anzi, almeno formalmente, ne rappresenti un'applicazione: i giudici ritengono, infatti, che il riconoscimento e la trascrizione degli atti di nascita formati a seguito di gpa si pongano in contrasto proprio con l'ordine pubblico internazionale, come ricostruito nella sentenza del 2016, e cioè con principi fondamentali dell'ordinamento nazionale e sovranazionale. Tuttavia, diversi commentatori hanno osservato come, in realtà, la sentenza del 2019 si fondi su una nozione di "ordine pubblico internazionale" parzialmente diversa, per la maggior rilevanza che in essa assume la

«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»¹³.

Per quanto attiene al contrasto tra la gpa e i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale, la pronuncia delle Sezioni unite trova un appiglio decisivo nella sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2017, con cui la Corte ha escluso l'illegittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. ("Impugnazione del riconoscimento per

¹³ Corte di Cassazione, Sezioni unite, sent. n. 12193 del 2019, § 12.2 *In diritto*; cfr. anche § 12.3 *In diritto*. Sul punto, in senso favorevole alla nuova accezione cfr. **G. LUCCIOLI**, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *GenJus*, 2020, 1, online, pp. 1-7; in senso sfavorevole cfr. invece **V. BARBA**, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenJus*, 2019, 2, online, pp. 1-25; **M.C. VENUTI**, *Le sezioni unite e l'omopaternalità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in *GenJus*, 2019, 2, online, pp. 1-17; **S. TONOLO**, *Lo status filiationis da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*, in *GenJus*, 2019, 2, online, pp. 1-9.



difetto di veridicità”)¹⁴ proprio facendo appello all’elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale e considerata un’offesa intollerabile alla dignità della donna, che mina nel profondo le relazioni umane (cfr. § 4.2, *In diritto*). È importante sottolineare fin d’ora come, comunque, in tale sentenza la Corte costituzionale abbia sostenuto che l’art. 263 c.c. deve essere interpretato nel senso di consentire al giudice di valutare se la rimozione dello *status* già acquisito sia, nel caso concreto, conforme o meno all’interesse superiore del minore, bilanciato con gli altri interessi e diritti fondamentali protetti dall’ordinamento. Torneremo più avanti su questo punto.

Quanto al profilo sovranazionale, invece, un peso determinante ha rivestito la sentenza del 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, con cui, nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, la *Grande Chambre* della Corte Europea dei diritti dell’Uomo, ribaltando la precedente decisione di primo grado, ha stabilito che non costituisce violazione dell’art. 8 CEDU la decisione delle autorità di uno Stato membro di allontanare un minore, nato all’estero ricorrendo alla maternità surrogata, dalla coppia che è ricorsa a tale tecnica, quando lo stesso non abbia alcun legame genetico con il padre e la madre committenti. Nel caso di specie, a giudizio della *Grande Chambre*, non vi sarebbe stata alcuna violazione del diritto alla vita familiare del minore, posto che non si sarebbe costituita alcuna famiglia *de facto* (principalmente per il breve tempo in cui il minore è rimasto con la coppia), né, quindi, del suo superiore interesse, mentre l’interferenza nella vita privata della coppia committente sarebbe stata pienamente giustificata alla luce dell’art. 8 CEDU, posto che le misure adottate dalle autorità italiane erano conformi alla legge e perseguivano uno scopo legittimo, individuato nella necessità di protezione dei minori¹⁵.

¹⁴ Il caso riguardava l’impugnazione, proposta *ex art.* 263 c.c. dal curatore speciale di un minore, della trascrizione del certificato di nascita formato all’estero, in cui il minore era riconosciuto come figlio naturale di una coppia di cittadini italiani, i quali - nell’ambito delle indagini avviate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni - avevano ammesso il ricorso alla surrogazione di maternità, realizzata attraverso ovodonazione. La Corte d’Appello di Milano aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 263 c.c., per violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost. (quest’ultimo quale norma interposta rispetto all’art. 8 CEDU), nella parte in cui non prevede che l’impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all’interesse dello stesso.

¹⁵ Per approfondimenti, cfr. **C. MASCIOTTA**, *Dalla Grande Camera un freno al judicial activism in tema di “vita familiare”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, febbraio 2017 (www.forumcostituzionale.it); **C. HONORATI**, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente*,



Il problema della possibile violazione del superiore interesse del minore è affrontato anche dalle Sezioni unite. Al riguardo i giudici, da un lato, ammettono che il bilanciamento compiuto dal legislatore nella previsione dell'art. 12, sesto comma, della legge n. 40 comporti un necessario affievolimento dell'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis* in caso di surrogazione di maternità, per la prevalenza di altri, superiori, interessi di ordine pubblico internazionale. D'altro lato, sottolineano, però, come tale affievolimento non si traduca necessariamente nella cancellazione dell'interesse del concepito per

«la presenza di strumenti legali idonei a consentire la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale, che, pur diverso da quello previsto dall'art. 8 della legge n. 40 del 2004, garantisca al minore una adeguata tutela»¹⁶.

In particolare, le Sezioni unite individuano tali strumenti nel ricorso all'adozione in casi particolari *ex art. 44, primo comma, lett. d)*, della legge n. 184 del 1983, la quale fungerebbe da clausola di chiusura del sistema, volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa, all'unica condizione della

«constatata impossibilità di affidamento preadottivo, da intendersi non già come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo»¹⁷.

in *Forum di Quaderni costituzionali*, marzo 2017 (www.forumcostituzionale.it); **F. PERRINI**, *La lunga vicenda relativa al caso Paradiso e Campanelli: la Grande Camera assolve l'Italia per avere disposto l'allontanamento del minore nato da un contratto di maternità surrogata*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, 1, pp. 129-135; **A.G. GRASSO**, *Genitorialità illegale e l'interesse del minore*, in *Giustizia civile*, luglio 2017 ([w.w.w.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com)); **M. GERVASI**, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, in *Osservatorio di diritto costituzionale*, 1/2017, pp. 1-16 (<https://www.osservatorioaic.it>); **S. PENASA**, *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia: verso modelli familiari "a geometria variabile"?*, in *BioLaw Journal*, 1/2017, pp. 1-5; **D. ROSANI**, *The best interest of the parents". La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *BioLaw Journal*, 2017, 1, pp. 109-134; **E. FALLETTI**, *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*, in *Famiglia e diritto*, n. 8-9, 2017, p. 729-739; **M. BOCCHI**, *I casi Hutchinson e Paradiso Campanelli: la Grande camera riscrive il diritto della Convenzione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2017, pp. 442-448.

¹⁶ Corte di Cassazione, Sezioni unite, sent. n. 12193 del 2019, § 13.2 *In diritto*.

¹⁷ Corte di Cassazione, Sezioni unite, sent. n. 12193 del 2019, § 13.2 *In diritto*.



Insomma, dalla sentenza n. 12193 del 2019 sembra potersi ricavare una distinzione fondamentale tra due classi di casi, entrambe vietate dalla legge n. 40: mentre gli atti di nascita stranieri formati a seguito di pma eterologa con cui si riconosce la maternità intenzionale di una delle due donne della coppia possono essere trascritti, quelli formati a seguito di gpa sono contrari all'ordine pubblico¹⁸.

Su questa scia la giurisprudenza di merito si stava anche orientando ad ammettere la doppia maternità per i minori nati in Italia da cittadine italiane, qualora fossero stati concepiti all'estero mediante pma e dagli atti risultasse il consenso all'inseminazione da parte della genitrice intenzionale¹⁹. La Corte di Cassazione, con le sentenze n. 7668 del 3 aprile 2020 e n. 8029 del 22 aprile 2020, ha però negato la possibilità di un simile inserimento, in forza del divieto di accesso alla pma per le coppie omosessuali e i single di cui alla legge n. 40. Ineccepibile in relazione alla legislazione ordinaria, questo orientamento solleva delicate questioni di eguaglianza rispetto ai minori. Tornerò sul punto nel prossimo paragrafo.

3 - Profili critici

I recenti sviluppi giurisprudenziali, e in particolare la sentenza delle Sezioni Unite, hanno suscitato vivaci reazioni in dottrina. Le critiche principali hanno riguardato la correttezza del bilanciamento tra i valori coinvolti, o, meglio, il fatto di considerare che il legislatore abbia effettuato un non irragionevole bilanciamento tra i valori coinvolti, da considerarsi come vincolante per i giudici, a seguito del quale il superiore interesse del minore deve sempre cedere di fronte ai principi di ordine pubblico internazionale. Come osservato da alcuni autori, non pare corretto contrapporre l'ordine pubblico internazionale al superiore interesse del minore, in quanto il superiore interesse del minore dovrebbe proprio rappresentare un valore che appartiene all'ordine

¹⁸ Al riguardo, in dottrina non è mancato chi ha ritenuto questa differenza discriminatoria (M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2019, pp. 653-676). Questa opinione non sembra, però, condivisibile. La sentenza in esame non discrimina tra coppie omosessuali femminili e maschili, ma tra pma eterologa e gpa. Come già sottolineato, anche le coppie omosessuali femminili, nonché quelle eterosessuali, non possono vedersi riconosciuti gli effetti di un atto di nascita straniero se attuato mediante gpa. Il punto è ben evidenziato anche da B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, 5, pp. 197-219.

¹⁹ Cfr. Corte d'Appello di Trento, decreto del 16 gennaio 2020.



pubblico internazionale e che, quindi, concorre a individuarlo²⁰. Inoltre, pare altresì criticabile il fatto di considerare che il bilanciamento sia già effettuato, in modo irremovibile, dal legislatore ordinario nella previsione dell'art. 12, sesto comma, della legge n. 40. Come osserva Barba,

«l'esistenza del divieto, che esprime sicuramente una scelta valoriale del legislatore, non esclude che si debba verificare, in concreto, se l'applicazione della norma straniera sia contraria all'ordine pubblico internazionale. Questa valutazione nel concreto deve essere effettuata, non essendo mai possibile, affermare in via aprioristica, che la esistenza del divieto vale come bilanciamento già compiuto dal legislatore. Se così fosse, non ci sarebbe più alcun margine per applicare una legge straniera o riconoscere l'efficacia di un atto straniero, quando la legge italiana contiene una norma di divieto»²¹.

Sotto un profilo differente ma connesso, si sono sollevati dubbi sul fatto che l'interesse minore sia comunque garantito dalla possibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari *ex art. 44, lett. d), l. n. 183 del 1984*. In primo luogo, si è osservato come la formalizzazione del vincolo tramite questo tipo di adozione

«non consegue immediatamente (o quasi) alla nascita del figlio, ma discende da un lungo e articolato procedimento, denso di insidie e di possibili precarietà. La sua attivazione e il buon esito dipendono dal permanere in vita e dalla perdurante capacità del genitore d'intenzione, e così pure dalla perdurante attualità della scelta biparentale in capo ad entrambi i partner»²².

In secondo luogo, è discusso in dottrina se l'adozione in casi particolari produca un vincolo di parentela anche tra l'adottato e i parenti dell'adottante, anche se, a seguito della riforma dell'art. 74 c.c., che oggi esclude espressamente la costituzione di tale vincolo solo nel caso di

²⁰ Così **M. BIANCA**, *La tanto attesa decisione delle sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore*, in *Famiglia*, 2019, 3, pp. 369-385; **V. BARBA**, *Ordine pubblico*, cit.

²¹ **V. BARBA**, *Ordine pubblico*, cit., p. 18. In senso analogo, anche se non identico, Dogliotti osserva come sia difficile ravvisare nelle disposizioni della legge n. 40 principi cardine dell'ordinamento, considerato che la stessa è stata intaccata da una serie di pronunce di incostituzionalità che ne hanno sovvertito la struttura originaria: cfr. **M. DOGLIOTTI**, *Le Sezioni Unite*, cit., pp. 653-676.

²² **M.C. VENUTI**, *Le sezioni unite*, cit., p. 15. Sul punto cfr. anche **V. SCALISI**, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Rivista di diritto civile*, 5/2017, p. 1097-1114.



adozione di maggiorenni, pare che la risposta debba essere positiva²³. Sul punto si deve segnalare una recente pronuncia del Tribunale di Bologna, sent. n. 70 del 2020, che ha riconosciuto come l'adozione *ex art.* 44, lett. d), l. n. 183 del 1984 costituisca relazioni di parentela anche con i fratelli, ossia con i figli dell'adottante. Infine, e ciò che più conta, non sempre si può ricorrere a questo tipo di adozione: in particolare, ciò pare precluso nell'ipotesi in cui il nato non intrattenga rapporti biologici con nessuno dei due membri della coppia, indipendentemente dal fatto che questi siano dello stesso sesso o di sessi diversi. In quest'ultima ipotesi, infatti, non vi sono ostacoli, alla dichiarazione dello stato di adottabilità e all'affidamento pre-adoattivo, proprio come è avvenuto nel caso Campanelli e Paradiso. Ora, se in questo caso, come ha argomentato la *Grande Chambre*, il diritto alla vita familiare del bambino non fu lesa per il breve periodo di permanenza con la coppia, è ben possibile che in altri casi il minore subisca invece un grave danno dall'interruzione di un vincolo affettivo più duraturo e consolidato.

Parallelamente al dibattito dottrinale, si pone di problema di verificare se le Sezioni unite riusciranno a svolgere la loro funzione nomofilattica nei confronti della giurisprudenza di merito, considerato che, come si è detto, dopo la sentenza del 2016 non pochi giudici di merito avevano riconosciuto effetti anche ad atti relativi a minori nati a seguito di gpa. Al riguardo, non mancano segni di insofferenza. Particolarmente rilevanti appaiono due recenti pronunce del Tribunale di Roma (sent. n. 2991 del 2020 e n. 3017 del 2020), in cui i giudici hanno rigettato l'impugnazione, *ex art.* 263 c.c., del riconoscimento per difetto di veridicità effettuato dalle madri intenzionali nei confronti di minori, nati all'estero mediante gpa, con seme dei mariti, ritenendo prevalente l'interesse dei minori al mantenimento della relazione genitoriale. In sintesi, qui il Tribunale ha sfruttato il margine di discrezionalità riconosciuto dalla Corte costituzionale con la sent. n. 272 del 2017, sottolineando come, a fronte della assoluta affermazione delle Sezioni unite, applicabile nel caso in cui oggetto del giudizio sia il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento straniero,

«nella diversa ipotesi in cui oggetto del giudizio sia la domanda di rimozione di uno status già acquisito dal minore attraverso la formazione di atto di nascita nello stato di nascita e la trascrizione

²³ Sul punto cfr. **P. MOROZZO DELLA ROCCA**, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 8-9, pp. 838-842; **G. FERRANDO**, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento, nota a Corte cassazione civ., sezioni unite, 8 maggio 2019, n. 12193*, in *Famiglia e diritto*, 2019, 7, pp. 677-686; **F. RINALDI**, *Giustizia, famiglia ed eguaglianza: due madri, due padri ed il «figlio dell'uomo»*, in *Diritti fondamentali*, 2020, 1, pp. 1410-1466.



in Italia dell'atto di nascita estero, la Consulta chiamata a vagliare la legittimità costituzionale, proprio dell'art. 263 c.c., non ha fornito conclusioni ugualmente assolute, ma ha al contrario rilevato la necessità che venga compiuto un bilanciamento di interessi [...] E ciò in quanto il *favor veritatis* deve essere bilanciato con il diritto del figlio alla stabilità della relazione, pur se costituita in mancanza di legame genetico con i genitori, con valutazione da operare caso per caso»²⁴.

Le sentenze di cui sopra, non solo testimoniano la difficoltà dei giudici di merito ad aderire all'impostazione delle Sezioni unite, ma aprono anche interessanti scenari giuridici, nella misura in cui introducono nel nostro ordinamento delle differenze di trattamento non sempre facili da giustificare. Sembra, infatti, irragionevole che chi, attraverso dichiarazioni non conformi al vero, sia riuscito a far registrare o trascrivere in Italia un atto di nascita di minore nato a seguito di gpa possa poi continuare a vedersi riconosciuto il suo *status* per la prevalenza dell'interesse del minore, mentre chi, seguendo *ab initio* la strada della legalità, chieda la trascrizione di identico atto straniero non abbia alcuna possibilità di ottenerlo, dovendo in tal caso l'interesse del minore sempre cedere di fronte alle esigenze di ordine pubblico. Ciò è irragionevole soprattutto in considerazione del fatto che le relazioni affettive potrebbero avere avuto pari durata in entrambi i casi, ossia l'interesse del minore potrebbe configurarsi in termini identici - pur essendo, in un caso, possibile che tale interesse prevalga e, nell'altro, necessario che soccomba.

Il principale *vulnus* dell'attuale assetto giurisprudenziale risiede, a mio giudizio, proprio nella violazione dei principi di eguaglianza e ragionevolezza rispetto alla tutela dei minori. Vi sono ingiustificate disparità di tutela tra: (i) minori nati all'estero mediante pma eterologa da coppie omosessuali femminili e minori nati all'estero mediante gpa; (ii) minori nati in Italia mediante pma eterologa (eseguita all'estero) da coppie omosessuali femminili e minori nati all'estero mediante la stessa tecnica dallo stesso tipo di coppie; (iii) minori nati a seguito di gpa che hanno un genitore biologico e possono essere adottati dall'altro e minori concepiti con gpa, che non hanno genitori biologici noti e quindi devono essere dichiarati in stato di adottabilità; (iv) minori nati all'estero mediante gpa i cui certificati sono stati già trascritti o formati in Italia - e che quindi possono veder prevalere il loro interesse alla continuità affettiva nel procedimento *ex art. 263 c.c.* - e minori nati mediante la stessa tecnica, ma per i quali la trascrizione è stata *ab initio* rifiutata. Le disparità in questione sono ingiustificate non perché si

²⁴ Tribunale di Roma, sent. n. 2991 del 2020, pp. 14-15.



riferiscano sempre a situazioni identiche o simili in modo rilevante - è indubbio, ad esempio, che la gpa rivesta un disvalore maggiore rispetto all'accesso alla pma eterologa da parte delle coppie *same sex*, così come è indubbio che i casi in cui si deve applicare la legge straniera siano diversi da quelli disciplinati solo dal diritto italiano. Ciò che, però, è identico, o può esserlo, è l'interesse del minore alla propria identità e alla permanenza delle sue relazioni affettive.

Alla luce di questa situazione, pare quanto mai opportuna la decisione della I sezione della Cassazione civile di investire la Corte costituzionale della questione di legittimità del così detto diritto vivente relativo alla trascrizione dei provvedimenti giurisprudenziali che accertino il diritto del genitore d'intenzione a essere inserito nell'atto di nascita di un minore nato a seguito di gpa.

4 - La questione di illegittimità costituzionale

Con l'ordinanza n. 8325 del 2020, la Corte di Cassazione, sez. civ. I, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, sesto comma, della legge n. 40 del 2004, 18 del d.p.r. 396 del 2000, 64, primo comma, lett. g, della legge n. 218 del 1995, se interpretati alla luce della sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 12193 del 2019, laddove si esclude, attraverso il limite dell'ordine pubblico, fissato in linea generale e astratta dal legislatore, la possibilità del riconoscimento ai fini dell'efficacia in Italia, di provvedimenti giurisdizionali stranieri che accertino il diritto di essere inserito - quale genitore d'intenzione - nell'atto di nascita del figlio della persona cui si è legati da matrimonio celebrato all'estero, nato con le modalità della gestazione per altri (così detta "maternità surrogata") per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost. - quest'ultima quale norma interposta rispetto agli artt. 8 CEDU, 2, 3, 7, 8, 9, 10 e 18 della Convenzione di New York del 1989 (ratificata in Italia con la legge n. 176 del 1991), nonché 24 della Carta Europea dei diritti fondamentali.

Rispetto alla violazione della normativa sovranazionale, la Cassazione ha dato ampio spazio al parere del 10 aprile 2019 della *Grande Chambre* CEDU²⁵. In tale parere la *Grande Chambre* afferma che il

²⁵ Il parere è stato reso in esecuzione del Protocollo n. 16 allegato alla CEDU, non ancora reso esecutivo dall'Italia, sulla richiesta preventiva della adunanza plenaria della Corte di Cassazione francese. Il fatto che il protocollo non sia esecutivo in Italia - e che il parere reso non sia vincolante né per la Francia né per gli altri Stati - non ne mina l'autorevolezza, posto che, come sottolinea, ad esempio, Acconciamezza, ai sensi dell'art. 32 della CEDU, la Corte ha competenza su tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione ed è dunque padrona



rifiuto di uno Stato membro di trascrivere nei registri dello stato civile l'atto di nascita di bambino nato a seguito di gpa, nella parte in cui tale atto designa come madre legale la madre intenzionale, eccede il margine di apprezzamento di cui all'art. 8 CEDU, nel caso in cui tale trascrizione risulti conforme al superiore interesse del minore e salvo che la normativa nazionale permetta alla madre intenzionale di adottare il figlio (biologico) del suo partner con modalità di adozione che garantiscano la effettività e celerità del riconoscimento, senza esporre il minore a una perdurante incertezza giuridica. Infatti, un divieto generale e assoluto di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore di intenzione provocherebbe conseguenze lesive della stessa identità del minore e della continuità dello *status filiationis*, compromettendo tutti quei diritti che, anche alla luce della Convenzione di New York, rappresentano il nucleo inviolabile del superiore interesse del minore.

Alla luce di tali argomenti, la Cassazione evidenzia come attribuire al divieto di maternità surrogata lo statuto di principio di ordine pubblico internazionale prevalente *a priori* sull'interesse del minore, per effetto di una scelta compiuta dal legislatore italiano in via generale e astratta dalla valutazione del singolo caso concreto, contrasti con l'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla *Grande Chambre*. In base a tale interpretazione, infatti,

«non è consentito agli Stati adottare misure che incidano negativamente sulla situazione soggettiva di chi nasce da una gestazione per altri e abbiano per effetto di negare i diritti inviolabili connessi alla identità personale del minore e alla sua appartenenza al nucleo familiare di origine. Diritti che risultano definitivamente fissati dall'atto di nascita legalmente formato nell'ordinamento del paese in cui il minore è nato»²⁶.

In altri termini,

«il principio della preminenza dell'interesse del minore impedisce al legislatore di imporre una sua compressione generale e astratta e di determinare conseguentemente un affievolimento *ex lege* del diritto al riconoscimento dello *status filiationis* legalmente acquisito all'estero. Un simile diniego non può che essere il frutto di una valutazione in sede giurisdizionale e sulla base di una considerazione rigorosa del caso concreto che conduca a ritenere,

dell'interpretazione del trattato. Cfr. L. ACCONCIAMESSA, *Best interest of the child, limitazione ed eterointegrazione dell'ordine pubblico*, in *Jus in itinere*, 30 giugno 2020 (<https://www.iusinitinere.it>).

²⁶ Corte Cass., ord. n. 8325 del 2020, p. 16.



in via eccezionale, corrispondente all'interesse specifico del minore il mancato riconoscimento dello stato di filiazione»²⁷.

Secondo la Cassazione, anche la prospettazione di mezzi alternativi alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero si inserisce in questa prospettiva, assumendo la valenza di una «diversa ma equiparata forma di riconoscimento dello *status filiationis* e non la predisposizione o la utilizzazione di uno strumento di minor tutela confacente a una situazione di diritto affievolito»²⁸.

Al riguardo, la Corte più avanti sostiene che il meccanismo indicato dalle Sezioni unite, e cioè il ricorso all'adozione in casi particolari *ex art. 44, lett. c, della legge n. 184 del 1983*, non possa ritenersi adeguato ai parametri stabiliti dalla *Grande Chambre*. In primo luogo, tale adozione non creerebbe un rapporto di filiazione, bensì «il riconoscimento di una situazione affettiva cui attribuisce sì diritti e doveri, ma che nega comunque al figlio e all'adottante il diritto a una relazione pienamente equiparata alla filiazione»²⁹, posto che non crea legami parentali con i congiunti dell'adottante. In secondo luogo, tale forma di adozione non risponde al criterio della tempestività indicato dalla *Grande Chambre*, in quanto richiede un lungo e complesso *iter* processuale e decisionale, che espone il minore a una protratta incertezza giuridica. Infine, il buon esito dell'adozione è rimesso, come abbiamo già osservato, alla volontà di entrambi i genitori, e quindi anche all'incertezza in caso di crisi della coppia o decesso del genitore intenzionale.

Rispetto ai principi costituzionali interni, la Cassazione ritiene, innanzitutto, che l'interpretazione offerta dalle Sezioni unite contrasti con i diritti e i principi sanciti dagli artt. 2, 30 e 31 Cost. Tale interpretazione, infatti, «è d'ostacolo all'inalienabile diritto del minore all'inserimento e alla stabile presenza nel nucleo familiare, inteso come formazione sociale tutelata dalla Costituzione»³⁰.

Inoltre, a giudizio della Cassazione, l'attuale indirizzo giurisprudenziale violerebbe anche il principio di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., per il fatto di ledere «in una misura irrazionale sproporzionata ed eccessiva»³¹ l'interesse del minore, con l'effetto di ribaltare la gerarchia dei valori, sottesa alla Carta costituzionale, la quale è incentrata sul principio personalistico di tutela dei diritti fondamentali della persona.

²⁷ Corte Cass., ord. n. 8325 del 2020, p. 16.

²⁸ Corte Cass., ord. n. 8325 del 2020, p. 16.

²⁹ Corte Cass., ord. n. 8325 del 2020, p. 20.

³⁰ Corte Cass., ord. n. 8325 del 2020, pp. 20-21.

³¹ Corte Cass., ord. n. 8325 del 2020, p. 21.



La Corte osserva, in particolare, che

«la nozione di ordine pubblico internazionale, anche se intesa come comprensiva [...] di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale, nella tradizione giuridica domestica (c.d. *ordine pubblico discrezionale*) non possa mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazioni di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (c.d. *ordine pubblico costituzionale*)»³².

Sotto questo profilo, la Corte richiama anche la dottrina, sopra citata, secondo cui non è configurabile un contrasto tra il superiore interesse del minore e l'ordine pubblico, poiché «è proprio il superiore interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico»³³.

Sempre sotto il profilo della ragionevolezza del bilanciamento compiuto dalle Sezioni unite, la Corte sostiene che la lesione dell'interesse del minore non possa ritenersi giustificata in nome della dignità della donna, che pure costituisce un principio di ordine pubblico. Al riguardo, la Corte osserva non solo come il riconoscimento della decisione straniera non comporti alcun riconoscimento del contratto di maternità surrogata, ma anche come dal mancato riconoscimento non derivi alcuna tutela per la gestante che ha portato avanti la gravidanza per terzi. Il mancato riconoscimento si limita, infatti, a ledere gravemente i diritti del minore. Ciò anche in contrasto con quel perdurante filone giurisprudenziale che, rispetto a fattispecie certo differenti, esclude che il disvalore che la legge attribuisce alla condotta dei genitori, sanzionandola penalmente, possa produrre effetti sulla condizione giuridica dei figli (cfr. Corte cost., sent. n. 494 del 2002; Corte cost., sent. n. 31 del 2012; Corte cost., sent. n. 7 del 2013)³⁴.

³² Corte Cass., ord. n. 8325 del 2020, p. 22.

³³ Corte Cass., ord. n. 8325 del 2020, pp. 22-23.

³⁴ L'importanza di questo filone interno alla giurisprudenza costituzionale per la decisione in questione è correttamente rimarcato da **G. ARMONE**, *La gestazione per altri: un nuovo appuntamento davanti alla Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 22 maggio 2020 (<https://www.questionegiustizia.it>). Sul punto cfr. anche Rinaldi, il quale, proprio partendo dalla considerazione di tale filone, sostiene che «la funzione sociale educativa della maternità e della paternità sembrano, dunque, oggi ancor più che in passato, superare quella fisica e biologica, appunto la *cura genitoriale*» (**F. RINALDI**, *Giustizia, famiglia*, cit., p. 1431).



Rispetto alla tutela dell'istituto dell'adozione - cui pure si erano richiamate le Sezioni unite - la Corte osserva come il ricorso alla gpa non possa essere considerato «un attentato all'istituto dell'adozione»³⁵ di più di quanto lo sia il ricorso alla pma, che pure è ammesso anche in forma eterologa, tanto più che l'adozione in Italia è preclusa per le coppie dello stesso sesso.

Infine, secondo la Corte, l'interpretazione fornita dalle Sezioni unite, non solo discrimina i nati nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e delle modalità della gestazione - in contrasto con le più importanti riforme in tema familiare, che invece, in attuazione degli artt. 3, 30, 31 Cost., hanno inteso rimuovere ogni discriminazione al riguardo - ma discrimina anche tra genitori riconosciuti entrambi come tali dall'ordinamento straniero. Secondo la Corte

«appare del tutto irragionevole e contraddittorio consentire la trascrizione dell'atto di stato civile in cui è inserito il solo padre biologico, autore della condotta procreativa realizzata in pieno contrasto con la norma penale, e precludere invece il riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero che ha legittimato l'inserimento nello stato di famiglia anche del padre d'intenzione»³⁶.

5 - Scenari possibili

A commento della ordinanza della Cassazione, è, innanzitutto, importante sottolineare come l'eventuale accoglimento della questione di costituzionalità non comporti *sic et simpliciter* un diritto alla trascrizione del provvedimento straniero. Il giudice *a quo*, nell'ordinanza di rimessione, chiede piuttosto alla Corte di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'interpretazione secondo cui il legislatore, attraverso il divieto di maternità surrogata, avrebbe imposto in via generale e astratta un principio di ordine pubblico sempre ostativo della trascrizione. Insomma, si chiede alla Corte di modificare il diritto vigente per consentire al giudice di valutare nel caso concreto se il riconoscimento corrisponda al superiore interesse del minore³⁷.

³⁵ Corte Cass., ord. n. 8325 del 2020, p. 26.

³⁶ Corte Cass., ord. n. 8325 del 2020, p. 25.

³⁷ La Cassazione non indica direttamente i parametri cui il giudice di merito dovrebbe attenersi nell'effettuare il bilanciamento relativo al caso concreto, anche se alcune indicazioni provengono da quella parte della motivazione in cui ci si sofferma sul fatto che, nel caso di specie, si trattava di una gpa altruistica, ossia gratuita, l'unica



Anche se la Cassazione omette di sottolinearlo, la necessità di un giudizio in concreto corrisponde anche all'orientamento espresso dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza, sopra citata (§ 2), relativa all'art. 263 c.c. In tale occasione, la Corte costituzionale affermò, infatti, che

«Pur dovendosi riconoscere un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione, va escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento. Ed invero, l'attuale quadro normativo e ordinamentale, sia interno, sia internazionale, non impone, nelle azioni volte alla rimozione dello *status filiationis*, l'assoluta prevalenza di tale accertamento su tutti gli altri interessi coinvolti. In tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale, la necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento della verità e interesse concreto del minore è resa trasparente dall'evoluzione ordinamentale intervenuta e si proietta anche sull'interpretazione delle disposizioni da applicare al caso in esame» (§ 4.1, *In diritto*).

Come già esaminato (§ 3), tale indirizzo è stato fatto proprio dal Tribunale di Roma nelle due sentenze del 2020 (n. 2991 e n. 3017), successive all'ordinanza di rimessione, che hanno respinto l'azione *ex art. 263 c.c.* proprio perché non rispondente all'interesse superiore dei minori, così, tra l'altro, creando quell'ingiustificata disparità di trattamento su cui ci si è già soffermati (§ 3). Per rimuovere tale disegualianza tra i casi in cui si è ottenuta - spesso illegalmente - la trascrizione o la formazione di un atto italiano di nascita non corrispondente al vero e i casi in cui, invece, la richiesta è stata avanzata legalmente e *ab initio* respinta, pare ci siano solo due alternative: o la Corte rivede il proprio orientamento in merito all'art. 263 c.c., oppure accoglie la questione di illegittimità costituzionale sollevata dalla Cassazione.

In relazione all'ultima ipotesi, pare fuor di dubbio che l'attuale orientamento giurisprudenziale comporti una lesione del superiore interesse del minore, ma il problema centrale è quello di stabilire se tale lesione sia imposta da un principio di ordine pubblico e/o possa, comunque, considerarsi controbilanciata dalla possibilità di ricorrere all'adozione *ex art. 44, lett. c, della legge n. 184 del 1983*.

consentita dalla legge canadese. Un ulteriore criterio potrebbe essere, ovviamente, rappresentato dalla durata del rapporto di filiazione.



Rispetto al primo profilo, molti autori hanno osservato come qui si scontrino diverse nozioni di “ordine pubblico”³⁸. In realtà, credo che il vero nodo da sciogliere sia quello del bilanciamento tra l’interesse del minore e altri valori anch’essi attinenti all’ordine pubblico internazionale. Infatti, essendo pacifico che la tutela dei minori rappresenta un valore pertinente all’ordine pubblico, intanto un divieto penale può considerarsi esprimere un principio di ordine pubblico prevalente su tale tutela, in quanto tale divieto sia posto a presidio generale di valori reputati prevalenti. Questo ragionamento, a ben vedere, si ritrova anche nella sentenza delle Sezioni unite: tale sentenza non si è limitata a sostenere che il riconoscimento sia precluso dalla disposizione penale di cui all’art. 12, sesto comma, della legge n. 40 del 2004, ma ha direttamente riconosciuto tale norma incriminatrice all’esigenza di tutela dei valori della dignità delle donne e della tutela dell’istituto dell’adozione. Su questo punto, però, le argomentazioni della Cassazione appaiono dirimenti. A giudizio del giudice *a quo*, come sopra riportato (§ 4), non è ragionevole reputare l’interesse del minore soccombente rispetto a questi valori, non perché sia più importante, ma perché si tratta di situazioni irrelate. Come osserva la Corte «Nessuna tutela deriva alla donna [gestante] dal mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale. Mancato riconoscimento che [...] invece lede gravemente il figlio»³⁹.

Insomma, il bilanciamento in questo caso non deve proprio effettuarsi: l’art. 12, sesto comma, della legge n. 40 del 2004 non può considerarsi come una norma ostativa al riconoscimento perché il valore che esso tutela - la dignità della donna, appunto - è irrelato rispetto ai valori coinvolti nella decisione di riconoscere o no il provvedimento straniero, come prova il fatto che il mancato riconoscimento in nessun modo può considerarsi una tutela per la dignità della gestante.

Contro questo ragionamento, si potrebbe replicare che riconoscere il provvedimento straniero, che attribuisce la genitorialità al genitore d’intenzione in caso di gpa, fa sì che il contratto di surrogazione produca indirettamente un effetto anche nel nostro ordinamento e può incentivare il ricorso a tale pratica - mentre, per contro, il mancato riconoscimento può disincentivarlo⁴⁰. Tuttavia, e questo è un altro punto giustamente enfatizzato nell’ordinanza di

³⁸ Oltre agli autori precedentemente citati (nota 13), cfr., da ultimo, L. ACCONCIAMESSA, *Best interest*, cit.

³⁹ Corte Cass., ord. n. 8325 del 2020, p. 24.

⁴⁰ Così, ad esempio, L. D’AVACK, *La maternità surrogata: un divieto “inefficace”*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2017, I, p. 139 ss.



rimessione, ciò già avviene: il genitore biologico, parte del contratto di gpa, si vede riconoscere il suo *status*. In questo modo il contratto di surrogazione produce già un effetto indiretto nel nostro ordinamento, sia pure a vantaggio di uno solo dei membri della coppia committente⁴¹.

Un argomento analogo è poi ripetuto rispetto alla tutela dell'adozione: la Corte sottolinea come tale situazione sia profondamente diversa dal ricorso alla gpa, almeno - vorrei sottolineare - nel caso in cui uno dei membri della coppia committente intrattenga una relazione biologica con il nato. Che gli istituti siano differenti è confermato, come già detto (§ 4), dal fatto che nel nostro ordinamento, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014, è lecita anche la pma eterologa, con doppia donazione di gameti esterni.

Più delicato appare, invece, il secondo profilo, relativo all'adeguatezza dell'adozione *ex art. 44, lett. c*, della legge n. 184 del 1983 a garantire comunque una tutela dell'interesse del minore. Al riguardo occorre, però, osservare che la valutazione di tale profilo di incostituzionalità è subordinata al rigetto delle ragioni sopra esposte. Infatti, se si conviene che - come sostenuto dalla Cassazione - la tutela della dignità della donna e la tutela dell'istituto dell'adozione sono irrilevanti nel caso in questione e, quindi, non devono entrare nel giudizio di ponderazione, allora non si pone alcuna questione di ordine pubblico internazionale ulteriore rispetto alla tutela dell'interesse del minore: il bilanciamento demandato al giudice di merito dovrà solo riguardare il fatto che, nel caso concreto, il riconoscimento risponda o meno al superiore interesse del minore. Solo se la Corte costituzionale respingerà tali argomenti, sostenendo, invece, che l'interesse del minore deve essere bilanciato con i principi di ordine pubblico della tutela della dignità della donna e/o dell'adozione, e deve soccombere sempre in tale bilanciamento, allora si porrà il problema di valutare se, comunque, l'interesse del minore sia adeguatamente tutelato dagli altri strumenti indicati dalle SS.UU.

Ciò premesso, la già citata sentenza Tribunale di Bologna (n. 70 del 2020), che ha riconosciuto pieni effetti all'adozione *ex art. 44, lett. d*),

⁴¹ Inoltre, come osserva Rinaldi, «Pur nella consapevolezza di dover *pagare un prezzo*, tuttavia, la prospettiva che appare maggiormente rispettosa dell'*interesse superiore del minore* - regola prevalente di *ordine pubblico in concreto* - sembra quella di contrastare ogni forma di discriminazione, anche in quelle deprecabili ipotesi in cui ci si possa manifestare contrari, l'affermazione o la negazione della *responsabilità e cura genitoriale* non potendo e non dovendo dipendere da astratte e aprioristiche valutazioni, bensì dalla concerta ed effettiva valutazione dell'*interesse preminente del minore*, contro ogni effetto di *automatismo* sia nel riconoscere che nel negare il *rapporto di filiazione sociale ed affettivo*» (F. RINALDI, *Giustizia, famiglia*, cit., p. 1437).



l. n. 183 del 1984, potrebbe svolgere un ruolo importante, posto che sottrae efficacia a uno dei rilievi mossi dal giudice *a quo*. Restano, peraltro, fermi gli altri aspetti rilevati: la mancanza di tempestività e il carattere aleatorio di questo strumento, il cui successo dipende dalla perdurante volontà dei due membri della coppia.

Come già accennato, qualunque sia la decisione della Corte costituzionale, essa sarà destinata a produrre effetto anche su altri casi, diversi da quello affrontato nel giudizio *a quo*. In particolare, un eventuale accoglimento della questione non solo non potrà che ripercuotersi sulla trascrizione degli atti di nascita legalmente formati all'estero a seguito di gpa - posto che le due fattispecie sono palesemente simili - ma potrebbe anche modificare la giurisprudenza rispetto ai minori nati in Italia da coppie femminili omosessuali mediante pma eterologa eseguita all'estero. Infatti, l'eventuale accoglimento della questione, ponendo in primo piano il superiore interesse del minore, non farebbe che accentuare l'irragionevolezza della disparità di trattamento oggi esistente. Più difficile è, invece, che un eventuale accoglimento modifichi la giurisprudenza rispetto ai casi di gpa in cui nessuno dei membri della coppia committente intrattiene relazioni biologiche con il nato, come accaduto nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*. In tale ipotesi, infatti, le ragioni di tutela dell'istituto dell'adozione - nonché l'esigenza di ordine pubblico di evitare una vera e propria compravendita di minori - appaiono rivestire un ruolo preponderante.

Per concludere, l'auspicio principale è che la Corte costituzionale non trincerì le proprie motivazioni dietro l'insindacabilità del bilanciamento compiuto dal legislatore, e ciò per almeno due ragioni.

In primo luogo, nel caso in questione uno dei punti controversi, e su cui la Corte dovrà decidere, è proprio se, col divieto di cui all'art. 12, sesto comma, legge n. 40 del 2004, il legislatore abbia compiuto un bilanciamento tra valori di ordine pubblico o se, invece, come sostenuto dal giudice *a quo*, tali situazioni siano irrelate.

In secondo luogo, e più in generale, il compito del giudice costituzionale dovrebbe proprio essere quello di sindacare le scelte legislative alla luce dell'assetto di valori costituzionalmente rilevanti.