



**LUMSA**  
UNIVERSITÀ

Libera Università Maria Santissima Assunta

L.U.M.S.A.

DOTTORATO DI RICERCA  
in SCIENZE DELL'ECONOMIA CIVILE. GOVERNANCE  
ISTITUZIONI E STORIA

XXXIII CICLO

*Profili giuridici della maternità surrogata  
settore scientifico disciplinare IUS/01 – Diritto privato*

Coordinatore  
*Prof. Luigino Bruni*

Tutor  
*Prof. Gabriele Carapezza Figlia*

Dottorando  
Dott. Nicoletta Russo Alesi  
Matr.n. D134/400

Anno accademico 2019/2020



# INDICE

## Capitolo I

### MATERNITÀ SURROGATA E ORDINE PUBBLICO

1. Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata.....
2. La verità biologica.....
3. L'accertamento della genitorialità: l'identificazione dei genitori.
4. Il principio del "miglior interesse del fanciullo".....
5. La giurisprudenza italiana ante legge 40/2004: il caso Valassina/Bedjaoui.....
6. L'ordinanza del Tribunale di Roma del 2000.....
7. Il divieto di surrogazione materna nella l. n. 40/2004: differenza tra ordine pubblico interno e internazionale.....
8. Ordine pubblico interno o internazionale? Il punto delle Corti italiane ed europee.....
  - 8.1. La distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale: Cass., 15 giugno 2017, n. 14878.....
  - 8.2. La nozione di ordine pubblico nella giurisprudenza della Corte EDU: il caso paradiso e Campanelli vs. Italia.....
  - 8.3. Il *dictum* delle Sezioni unite del 2019.....

## Capitolo II

### MATERNITÀ SURROGATA E *BEST INTEREST OF THE CHILD*

1. Il divieto di maternità surrogata e il reato di alterazione di stato *ex art. 567 c.p.*.....
2. Stabilità del nato e centralità della relazione genetica.....
  - 2.1. La dottrina e l'elemento della relazione genetica.....
3. La legittimità costituzionale del divieto di maternità surrogata.

## Capitolo III

## LA MATERNITÀ SURROGATA NELL'ESPERIENZA GIURIDICA SPAGNOLA

1. La nullità dell'accordo nell'ordinamento spagnolo.....
2. La registrazione dei figli nati da maternità surrogata secondo la *Dirección General de los Registros y del Notariado* ante circolare 5 ottobre 2010.....
3. Contenuti del provvedimento della *Dirección General de los Registros y del Notariado* del 5 ottobre del 2010.....
4. La nuova legge n. 20 del 2011 del *Registro Civil* in tema di maternità surrogata internazionale.....
5. Il provvedimento della *Dirección General de los Registros y del Notariado* del 14 febbraio del 2019 e le relative deroghe.....
6. Riflessioni sul parere del Comitato di bioetica spagnolo.....

### Capitolo IV

#### LO STATUS DEL NATO DA GESTAZIONE PER ALTRI

1. Il criterio di attribuzione della maternità.....
2. Interesse del minore e azioni di stato.....
3. Rilevanza della filiazione non genetica e conservazione dello stato di figlio.....
4. Azione di contestazione.....
5. L'aspirazione a creare il modello di famiglia migliore per il minore.....
6. L'adozione del figlio del partner in una coppia *same sex*.....
7. Il principio di continuità affettiva.....
8. L'adozione da parte dei c.d. *singles*.....
9. L'adozione in casi particolari.....
10. Contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione degli atti di nascita redatti all'estero e adozione in casi particolari.....
11. Parere della *Grande Chambre*: tutela della relazione genitore non biologico/minore e strumenti rimediali.....
12. La remissione della questione di legittimità costituzionale del divieto di maternità surrogata.....



## **CAPITOLO I**

### **MATERNITÀ SURROGATA E ORDINE PUBBLICO**

# CAPITOLO I

## MATERNITÀ SURROGATA E ORDINE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. – 2. La verità biologica. – 3. L'accertamento della genitorialità: l'identificazione dei genitori. – 4. Il principio del "miglior interesse del fanciullo". – 5. La giurisprudenza italiana ante legge 40/2004: il caso Valassina/Bedjaoui. – 6. L'ordinanza del Tribunale di Roma del 2000. – 7. Il divieto di surrogazione materna nella l. n. 40/2004: differenza tra ordine pubblico interno e internazionale. – 8. Ordine pubblico interno o internazionale? Il punto delle Corti italiane ed europee. – 8.1. La distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale: Cass., 15 giugno 2017, n. 14878. – 8.2. La nozione di ordine pubblico nella giurisprudenza della Corte EDU: il caso paradiso e Campanelli vs. Italia. – 8.3. Il *dictum* delle Sezioni unite del 2019.

### 1. Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata

Il fenomeno della sterilità umana è sempre più dilagante nella società moderna.

Occorre, pertanto, fornire sin da subito una compiuta definizione della problematica in questione in modo da meglio inquadrare la stessa sotto un profilo giuridico, evidenziandone le relative conseguenze e le soluzioni approntate dal legislatore nazionale per regolare il fenomeno predetto.

Scientificamente quando si parla di sterilità umana ci si riferisce a quella patologia afferente tutte quelle coppie che, dopo almeno dodici mesi di rapporti non protetti, non ottengono alcun concepimento.

Essa si distingue in primaria e secondaria, a seconda che si sia o meno realizzato in precedenza un concepimento ancorché non andato a buon fine.<sup>1</sup>

Diversa, benché spesso utilizzata in maniera indistinta, risulta invece la nozione di infertilità, la quale può essere definita come l'incapacità della donna di portare a termine una gravidanza fino all'epoca in cui è garantita la vitalità del feto<sup>2</sup>.

È difficile valutare e documentare la frequenza reale delle patologie riproduttive in quanto il concetto di sterilità è relativo, essendo lo stesso condizionato da numerosi fattori eterogenei tra di loro quali la giusta frequenza dei rapporti sessuali ovvero l'età della donna intenzionata al concepimento.

Per tali ragioni, le dimensioni della sterilità sono conoscibili solo attraverso stime approssimative che elaborano i dati in fasce di popolazioni selezionate, da leggere in combinato disposto ai risultati ISTAT, sulla base del numero di coppie che si formano ogni anno.

In via generale può comunque affermarsi che la sterilità è aumentata a causa del concatenarsi di un insieme di fattori, primo fra tutti una posticipazione dell'attività procreativa da parte della comunità femminile.

---

<sup>1</sup> M. GUIDA, *Gli aspetti bio-medici della riproduzione umana medicalmente assistita come base per le riflessioni bioetiche*, in *Il bambino che viene dal freddo*, NUNZIANTE CESARO A. (a cura di), Milano, 9-30.

<sup>2</sup> C. FLAMIGNI, *Il libro della procreazione*, Milano, 1998, 275.

Da ciò deriva la sempre maggiore diffusione del ricorso a tecniche di fecondazione assistita. Queste si distinguono in “procreazione tecnicamente assistita” – più comunemente nota come inseminazione artificiale – la quale viene utilizzata quando si vuole favorire la naturale potenzialità riproduttiva della coppia che presenta una fertilità spontanea, seppur ridotta, e “tecniche di riproduzione artificiale” a cui si fa generalmente ricorso quando la fecondazione umana non può realizzarsi naturalmente (GIFT, FIVET, ICSI<sup>3</sup>).

La maternità surrogata rientra proprio in queste ultime tecniche, denominate “maggiori” in quanto richiedono, da un lato, l’elevata specializzazione del personale sanitario e, dall’altro, l’alto grado di invasività del trattamento, nonché un profondo coinvolgimento emotivo e fisico della coppia richiedente.

La predetta pratica si esplica attraverso il consenso di una donna (c.d. *madre surrogata*) la quale si presta a intraprendere e a portare a termine una gravidanza per partorire un figlio non per sé, ma per conto di un’altra donna (c.d. *madre committente*)<sup>4</sup>

Essa si è immediatamente presentata come una tecnica finalizzata alla soluzione della sterilità femminile.

Sebbene sia possibile conseguire tale scopo mediante diverse soluzioni, nella prassi è conseguita attraverso due accordi: di surrogazione tradizionale e di surrogazione gestativa. Essi si differenziano per aspetti tecnici e pratiche mediche utilizzate al fine di ottenere la gravidanza della volontaria.

---

<sup>3</sup> F. G. GERMANÀ. - G. LEONE, *Sulle nuove tecnologie della riproduzione umana*, in *Dir. fam. pers.*, 1176-1180.

<sup>4</sup> La definizione, tratta da I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI, *Il governo del corpo*, II, 1479.

La più semplice ipotesi della donazione di ovociti, non comporta particolari problematiche in quanto, seppur attraverso materiale genetico altrui, la gravidanza viene portata a termine dalla donna responsabile dell'intera operazione. Non si pone dunque, dal punto di vista giuridico, alcun problema relativo all'attribuzione di maternità, in quanto essa spetta a colei che ha concepito e poi partorito il figlio<sup>5</sup>.

Nel caso della maternità surrogata *stricto sensu* intesa, invece, l'inseminazione artificiale avviene direttamente nella cavità uterina della volontaria.

Si tratta di un fenomeno non unitario, che comprende situazioni eterogenee tra loro per i conseguenti effetti giuridici che ne discendono<sup>6</sup>.

L'ipotesi più semplice è quella in cui la madre surrogata abbia l'esclusivo compito di portare a termine la gravidanza in quanto il materiale genetico è proveniente dalla coppia committente. Si parla in tal caso di surrogazione omologa o totale<sup>7</sup>.

Può anche succedere che alla gestante appartenga altresì l'ovocita fecondato e quindi il figlio sia geneticamente suo e non della donna committente<sup>8</sup>.

Si parla in tal caso di surrogazione eteronoma o parziale. Rientra nella predetta tipologia anche l'ipotesi di surrogazione in cui l'ovocita appartiene ad una terza donatrice con conseguente emersione di tre

---

<sup>5</sup> P. VERCELLONE, *La fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, III, 401.

<sup>6</sup> A. QUERCI, *La maternità "per sostituzione" fra diritto interno e Carte internazionali*, in *Fam. dir.*, 2015, 1142.

<sup>7</sup> V. SCALISI, *Maternità surrogata: come "far cose con regole"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1097.

<sup>8</sup> V. SCALISI, *op. cit.*

possibili figure materne: la madre committente, quella gestazionale o partoriente e quella genetica<sup>9</sup>.

La situazione potrebbe presentare aspetti ancora più complessi laddove neppure il seme maschile dovesse provenire dalla coppia committente<sup>10</sup>.

La pratica in commento si presenta quale forma di eterointegrazione dell'insufficienza biologica della donna sterile, prevedendo l'intervento di una volontaria, estranea alla coppia, nel processo procreativo e determinando una nuova forma di fecondazione artificiale eterologa.

Da essa si distingue la c.d. "locazione di utero", la quale disgiunge la maternità genetica (moglie cui appartiene l'ovulo fecondato) dalla maternità uterina (donna che provvede alla gestazione).<sup>11</sup>

In tale procedura, infatti, l'embrione dopo essere ottenuto da fecondazione intracorporea o extracorporea, viene trasferito nell'utero della madre surrogata, affinché porti a termine la gravidanza e partorisca il bambino.<sup>12</sup>

Nel caso in cui la donna, invece, nonostante l'assenza di utero, conserva la propria capacità ovulatoria si predilige la fecondazione intracorporea in quanto permette il concepimento per vie sessuali, assicurando l'identità cromosomica del minore e una maggiore partecipazione della coppia non fertile, cui corrisponde una maggiore accettabilità della tecnica procreativa.

---

<sup>9</sup> V. SCALISI, *op. cit.*

<sup>10</sup> V. SCALISI, *op. cit.*,

<sup>11</sup> G. BALDINI, "Volontà e procreazione: ricognizioni delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità", in *Dir. fam. pers.*, I, 1998, 761.

<sup>12</sup> G. CASSANO, *Maternità "surrogata": contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Fam. dir.*, II, 54.

La procedura si conclude con il trasferimento dell'embrione dall'apparato genitale della donna committente all'utero della madre uterina.

Diversa è l'ipotesi di fecondazione extracorporea, detta anche FIVET, la quale risulta, peraltro, più complessa e richiede tempi e costi maggiori.

Tale pratica prevede che l'embrione venga generato dalla fusione in provetta dei gameti sessuali della coppia committente. Nello specifico gli ovuli prodotti in sovrannumero – in quanto sottoposti a stimolazione ormonale, vengono prelevati direttamente dalle ovaie e messi in provetta con gli spermatozoi.

A fecondazione avvenuta, essi vengono trasferiti mediante catetere nella cavità uterina della volontaria. Si predilige il trasferimento di più zigoti per aumentare le possibilità di una gravidanza.<sup>1314</sup>

La surrogazione di maternità ha permesso di risolvere numerosi casi di sterilità, innescando anche un'apertura verso nuovi modelli culturali e familiari.

Essa si distingue da altre tecniche per la presenza di un elemento esterno alla coppia sterile – rappresentato dalla madre surrogata, la quale partecipa al progetto procreativo, in nome dei più svariati motivi solidaristici e non – e di uno interno, il donatore di sperma.

La figura della madre surrogata crea maggiori preoccupazioni legate alle profonde differenze biologiche esistenti nei due sessi primo fra tutti, il periodo della gestazione. Questo determina inevitabilmente una

---

<sup>13</sup> C. FLAMIGNI, *op. cit.*, 325 ss.

<sup>14</sup> D. VETRI, *Reproductive Technologies and United States law*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, G. FERRANDO (a cura di), Padova, 1989, 32-33.

maggior partecipazione della donna rispetto a quella di un semplice donatore di sperma.<sup>15</sup>

La presenza del soggetto terzo caratterizzante tale tecnica fa sì che la coppia committente possa individuare il soggetto più adatto al progetto procreativo consentendo l'autonoma contrattualizzazione delle relazioni personali.<sup>16</sup>

L'assoluta centralità dell'autodeterminazione insita nel fenomeno surrogativo, ha causato, ad oggi, una maggiore espansione di quest'ultimo. Si è avuto modo di notare come anche individui biologicamente fertili hanno concluso accordi surrogativi al fine di gestire al meglio le proprie attività professionali e personali imputando ad una volontaria ogni sforzo gestativo, al fine di non essere in alcun modo ostacolati nel perseguimento dei propri interessi.<sup>17</sup>

Le tecnologie moderne permettono di realizzare il desiderio di genitorialità in modo indipendente rispetto all'intimità sessuale: ci si avvale di una volontaria proprio al fine di mantenere inalterato il proprio stato di single, oppure il proprio orientamento sessuale<sup>18</sup>.

A ben vedere il fenomeno surrogativo è più che mai caratterizzato da un'eterogeneità di destinatari e di desideri in grado di esaudire.

Tuttavia, non può non evidenziarsi come l'esercizio incontrollato dell'autonomia procreativa può portare ad un'exasperazione della finalità terapeutica della surrogazione, con sviamento della funzione sociale. In questa prospettiva si colloca il *tender* a voler un figlio a tutti i costi da un lato, al fine di realizzare una situazione esistenziale di

---

<sup>15</sup> A.B. FARAONI, in *La maternità surrogata*, 2002, 26.

<sup>16</sup> A. PIRAINO LETO, in *I procedimenti di procreazione tra libertà e diritto*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 1325.

<sup>17</sup> P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2000, 199.

<sup>18</sup> A.B. FARAONI, *op. cit.*, 28.

sviluppo della propria personalità, e la rivendicazione di una sessualità senza coinvolgimenti sul piano procreativo: esigenze soddisfatte dalla maternità su commissione<sup>19</sup>.

In Italia tale pratica è vietata e detto divieto è inserito all'interno della legge n. 40/2004 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita".

L'art 12, comma sesto della predetta legge sanziona, infatti, con «*la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 ad un milione di euro chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità*». La norma, dunque, punisce ogni forma di maternità su commissione, stabilendo la punibilità di ogni mediazione commerciale concernente il fenomeno ed estendendo l'incriminazione anche alle imprese che prendono parte ad un simile commercio.

A ben vedere il fenomeno della maternità surrogata ha infranto l'antica massima di esperienza per cui "*Mater semper certa est, pater numquam*"<sup>20</sup>.

La gestazione per conto di altri rappresenta una pratica molto antica, comparando già nelle Sacre Scritture, anche se su base naturalistica (Rachele disse a Giacobbe: «*Unisciti alla mia serva Bila perché abbia anch'io una mia prole per mezzo di lei*»; la stessa cosa Sara disse ad Abramo per avere figli a mezzo della sua ancella Hagar)<sup>21</sup>.

Oggi, grazie al progresso medico, scientifico e tecnologico, il fenomeno si presenta diversamente, in quanto improntato su base artificiale<sup>22</sup> : la

---

<sup>19</sup> G. MILAN, *La madre su commissione. Problemi giuridici*, in *Giur. cost.*, II, 313.

<sup>20</sup> V. SCALISI, *Maternità surrogata: come "far cose con regole"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1098.

<sup>21</sup> V. SCALISI, *op. cit.*

<sup>22</sup> P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano 2009, 209.

surrogazione di maternità non è che una variante della fecondazione eterologa, applicata alla donne anche quando si tratti di surrogazione omologa<sup>23</sup>.

L'effetto che essa genera è, tuttavia, quello di disarticolare il concetto di maternità trasformandolo da categoria unica e stabile a variabile e plurale<sup>24</sup>

Si snodano infatti una serie di situazioni eterogenee tra loro involgenti numerosi soggetti i cui interessi e diritti devono essere adeguatamente tutelati e bilanciati: il soggetto concepito e nato mediante la tecnica di surrogazione, la madre surrogata e i genitori sociali.

Il quadro è reso ancor più complesso dalla circostanza che le motivazioni che inducono a ricorrere alla maternità surrogata possono essere molteplici e soprattutto dotate di differente meritevolezza di tutela da parte dell'ordinamento giuridico: da un lato, i genitori committenti possono essere indotti ad accedere alla pratica a causa di sterilità, patologie, difficoltà di ricorso all'adozione, motivazioni edonistiche – quale la selezione delle caratteristiche genetiche del figlio o dalla semplice aspirazione alla genitorialità propria di single o coppie omosessuali – dall'altra, la madre surrogata può essere spinta tanto da ragioni egoistiche, come il conseguimento di un corrispettivo economico, quanto solidaristiche, specialmente in presenza di un legame parentale o affettivo con le parti committenti.

Alla luce di quanto detto, appare evidente che la legittimazione ordinamentale del fenomeno della maternità surrogata postulerebbe, inevitabilmente, l'inquadramento delle capacità riproduttive femminili

---

<sup>23</sup> V. SCALISI, *op. cit.*, 1098.

come beni giuridici commerciabili, prestazioni di fare aventi valore venale e passibili, pertanto, di scambio, a titolo oneroso o gratuito, sul mercato.

A ben vedere, la deducibilità nei rapporti negoziali di tali prestazioni personali, pur trovando causa nell'interesse a soddisfare un'aspirazione individuale di certo rilievo costituzionale, quale è quella alla genitorialità, espone tuttavia a concreto pericolo sia gli interessi personali del figlio sia l'interesse pubblico alla certezza e alla unicità dei rapporti di filiazione.

## 2. La verità biologica

L'incapacità di generare può essere considerata come una problematica molto diffusa e particolarmente controversa nella società moderna.

Non vi è tra gli Stati un'univocità di vedute sui rimedi da adottare per dare una soluzione a tale questione.

Ciascun legislatore ha infatti dato la prevalenza ad alcuni elementi, piuttosto che ad altri, al fine del riconoscimento e della formazione dello *status filiationis*. In passato si riteneva che quest'ultimo avesse origine esclusivamente dalla materiale procreazione biologica del soggetto.

A causa delle scarse conoscenze scientifiche sull'argomento non era neppure contemplata una scissione tra il dato biologico e il dato genetico: la gestazione e il parto erano eventi assolutamente accertabili. La verità biologica era la direttrice fondamentale da seguire in tema di filiazione: così operando si aveva una perfetta coincidenza tra rapporto giuridico e rapporto biologico di filiazione.

Tuttavia, col passare del tempo, il diffondersi delle conoscenze mediche e il moltiplicarsi delle pratiche di procreazione medicalmente assistita andate a buon fine hanno messo in crisi i citati principi, creando uno scenario di forte incertezza e fragilità.

Oggi si assiste, infatti, alla possibile scissione tra gravidanza e discendenza genetica e giuridicamente lo *status* di genitore può essere acquisito indipendentemente dalla cessione dei propri gameti<sup>25</sup>.

Da quando la Corte costituzionale ha dichiarato l'ammissibilità della fecondazione eterologa sono venuti in rilievo nuovi principi, i quali hanno scardinato la tradizionale scala dei valori, imponendosi nell'attuale società, ancorché in contrasto con le intenzioni del legislatore.

Ci si è domandati allora se la verità biologica prevalga in ogni circostanza.

Sul punto la giurisprudenza riteneva che il *favor veritatis* fosse espressione del fondamentale diritto dell'individuo all'identità personale.

In tale contesto la verità biologica rappresentava comunque un elemento rimesso alla valutazione del giudice e volto a verificare la verosimiglianza del preteso rapporto di filiazione<sup>26</sup>.

In ogni caso, non può farsi ameno di notare come la necessità di dare stabilità ai rapporti familiari potrebbe rappresentare un interesse potenzialmente contrapposto alla ricerca della verità biologica, a

---

<sup>25</sup> L. LENTI, *La filiazione: novità, questioni aperte, principi*, in *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, P. ZATTI (diretto da), II, *La filiazione*, L. LENTI-M. MANTOVANI (a cura di), Milano, 2019, 23 ss.

<sup>26</sup> Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *DeJure*.

maggior ragione quando detti rapporti si formano all'interno di una dimensione sociale e non genetica.

In siffatte ipotesi il bilanciamento tra questi due aspetti appare doveroso e il principio di verità è sempre da preferire<sup>27</sup>.

In più occasione la verità genetica è stata messa da parte e sono stati privilegiati altri principi che sono serviti al giurista per orientare il proprio operato. Così si è finito per attribuire rilevanza alla volontà del genitore sociale attraverso il ricorso sempre più frequente ai gameti di un terzo donatore e alla pratica della maternità surrogata.

Altro esempio di tale inversione di rotta è rappresentato dall'introduzione del divieto del successivo disconoscimento del figlio, a dimostrazione di come, nel suo miglior interesse, la responsabilità per la procreazione e il diritto a conservare i propri affetti, nonché la propria identità, prevalgano sempre sulla verità genetica<sup>28</sup>.

La Corte Costituzionale ha, infine, dato conferma dell'importanza giuridica della genitorialità sociale nel quadro di una più moderna lettura normativa del concetto di famiglia sostenendo che «*il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa*»<sup>29</sup>.

### 3. L'accertamento della genitorialità: l'identificazione dei genitori

Come già evidenziato, la giurisprudenza tende, ad oggi, a valorizzare maggiormente aspetti della maternità e della paternità legati al consenso

---

<sup>27</sup> Trib. Genova, 25 luglio 2018, n. 2172, con commento di G.E. ARESINI, *Disconoscimento di paternità: quando la verità biologica prevale su quella legale*, in *Ifamiliarista.it*.

<sup>28</sup> L. LENTI, *op. cit.*, 16.

<sup>29</sup> Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Dir. fam. pers.*

a scapito del legame biologico: tutto ciò ha comportato l'individuazione e la nascita di nuove figure genitoriali.

In tale contesto appare del tutto rilevante comprendere quali siano gli elementi probatori della genitorialità.

La regola generale, al fine di regolare le ipotesi di scambio di embrioni, è quella per cui madre è colei che partorisce.

Nel caso di nascita avvenuta all'estero può, infatti, accadere che si attribuisca la maternità non solo alla gestante, ma anche a colei che ha ceduto l'ovocita e quindi alla madre genetica.

La dottrina ha rilevato che l'embrione, in quanto privo di personalità giuridica, non può acquisire alcuno *status filiationis* sulla base della sola connessione alle persone che hanno fornito i gameti fin quando non viene intrapresa la vera e propria gestazione<sup>30</sup>.

In tale contesto è stato vietato il ricorso alla surrogazione biologica di maternità ed è stato individuato nell'adozione l'unico istituto in grado di scindere la genitorialità dal legame biologico.

Invero, il disposto di cui all'art. 269, comma terzo, c.c. a detta del quale «*madre è colei che partorisce*» appare ormai anacronistico e risolve superficialmente il problema. Nella società attuale, infatti, il fondamento della filiazione non può più risiedere nel parto o in una semplice trasmissione del patrimonio genetico.

La circostanza che la madre non sia geneticamente legata al figlio non rappresenta, di per sé, prova dell'assenza di maternità dal punto di vista giuridico. Molteplici sono, per l'appunto, le ipotesi in cui sorge il diritto o l'obbligo all'anonimato della madre: ciò incide non solo sulla

---

<sup>30</sup> S. LANDINI, *Sub 231 c.c. - Paternità del marito*, in G. DI ROSA (a cura di), *Della Famiglia. artt. 231-455*, vol. II, diretto da E. GABRIELLI, *Commentario del Codice civile*, 2018, 10.

possibilità di attribuire la maternità alla partoriente, ma anche sulla presunzione di paternità, non trovando applicazione l'art. 231 c.c.<sup>31</sup>.

La presunzione espressa in tale articolo è considerata altalenante poiché, a fronte di episodi in cui è palese la sua inadeguatezza ai fini di una concreta applicazione, in altri casi essa può invece esplicitare i propri effetti.

Rientra nella prima fattispecie l'ipotesi del convivente di fatto della partoriente; quest'ultimo, infatti, non vedrà operare a suo favore la presunzione di paternità malgrado la sussistenza di uno stabile rapporto con la convivente: ciò in quanto detto aspetto non è stato regolato dal legislatore nell'ambito della convivenza di fatto.

Diversamente, nel caso in cui una coppia coniugata abbia prestato il proprio consenso alla pratica di fecondazione artificiale, la revoca dello stesso diviene impossibile una volta formatosi l'embrione. In tale ipotesi nessuna rilevanza assumerà la nascita del bambino oltre i 300 giorni dalla separazione dei genitori ovvero dalla morte del padre, non potendo essere impedito l'impianto dell'embrione, sicché la presunzione di paternità, così come descritta dall'art. 231 c.c., opererà in ogni caso<sup>32</sup>.

A ben vedere la questione oggetto di disamina si inserisce in un panorama giuridico colmo di incertezze a causa dei continui mutamenti normativi in materia. Spetta, dunque, al legislatore orientare le scelte nel rispetto dei principi costituzionali posti a tutela degli interessi individuali.

---

<sup>31</sup> A. GORGONI, *Sub 269 c.c. - Della dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità*, in G. DI ROSA (a cura di), *Della famiglia. artt. 231-455*, vol. II, diretto da E. GABRIELLI, *Commentario del Codice civile*, 2018, 296 ss.

<sup>32</sup> S. LANDINI, *Sub 231 c.c. - Paternità del marito*, cit., 6 ss.

#### 4. Il principio del “miglior interesse del fanciullo”

Il miglior interesse del fanciullo, altrimenti noto come *best interest of the child*, rappresenta la direttrice fondamentale che il legislatore ha deciso di seguire in materia di rapporti genitoriali.

Pur costituendo una formula generica ed elastica, la predetta nozione risulta comunque piena di significato: essa racchiude in sé qualsiasi aspetto della vita del fanciullo ed è idonea a essere richiamata in qualunque formazione sociale ove si espliciti la sua personalità.

Ad oggi tale principio è considerato primario sul piano dei diritti fondamentali della persona e la sua complessità discende direttamente dalla molteplicità degli aspetti del minore che, grazie ad esso, vengono in rilievo: i provvedimenti relativi alla responsabilità genitoriale, le tecniche usate per la sua procreazione, l'adozione e l'affidamento extra-familiare<sup>33</sup>.

Interesse fondamentale del minore è sicuramente quello di avere una madre e un padre, ed è questo il motivo per cui la l. n. 40/2004 limita il ricorso alla PMA da un lato, e vieta, dall'altro, il ricorso alla maternità surrogata, l'accesso da parte di coppie omosessuali e la fecondazione artificiale *post mortem*<sup>34</sup>.

I requisiti soggettivi prescritti dalla legge per l'accesso alle pratiche di PMA tendono tutti a garantire al soggetto concepito il diritto ad avere una famiglia quanto più possibile corrispondente al modello tradizionale.

---

<sup>33</sup> L. LENTI, *op. cit.*, 20 ss.

<sup>34</sup> C. CASINI - M. CASINI - M.L. DI PIETRO, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, II, 2004, 489.

Garantire il *best interest* equivale a tutelare la stabilità nelle relazioni e l'assunzione di responsabilità nella procreazione, intesa quest'ultima come vero e proprio comune progetto di vita nel rispetto degli obblighi prescritti dall'art. 30 Cost. Questi devono essere adempiuti fin dal momento della nascita del bambino e si basano sul rapporto biologico di filiazione al quale la legge assimila anche i casi in cui la genitorialità sia solo elettiva, come nelle ipotesi di PMA eterologa e di adozione<sup>35</sup>.

A ben vedere, infatti, il legislatore nel delineare la disciplina della PMA assume come prospettiva di osservazione del fenomeno procreativo quella del soggetto vulnerabile, ossia il nascituro.

Vero è che al fine di garantire una piena tutela del minore sarebbe auspicabile vietare del tutto il ricorso alla PMA, ma ciò si risolverebbe nell'assumere decisioni sicuramente anacronistiche e non al passo con la scienza.

Per non incorrere nel citato pericolo, si rende necessario effettuare un bilanciamento guardando ai diritti degli adulti da un lato, e del minore dall'altro, al fine di realizzare, entro limiti stringenti, il desiderio di divenire genitori e l'interesse del nascituro.

Si è già detto, in precedenza, che quella di *best interest of the child* è una nozione ampia e generica che necessita di un adattamento ad opera del giudice avendo riguardo alla concreta condizione del minore.

Nel caso di PMA, esso è identificabile con l'interesse del nascituro a possedere uno *status* giuridico, alla tutela del proprio diritto alla vita una volta che l'embrione sia stato creato. Ciò si pone perfettamente in linea con il tessuto costituzionale e, più precisamente, con i diritti inviolabili della persona quali il diritto all'integrità psicofisica, il diritto

---

<sup>35</sup> L. LENTI, *op cit.*, 19.

di essere accudito dai propri genitori crescendo in un ambiente familiare che gli assicuri un rapporto di filiazione con entrambi, nonché il diritto a conoscere la propria identità personale, in primo luogo genetica<sup>36</sup>.

L'esigenza di tutelare detti diritti ha spinto il legislatore a intervenire più volte per limitare il campo della PMA. Ciò al fine di assicurare maggiori garanzie al diritto alla vita dell'embrione e, più in generale, ai principi fondamentali del nostro ordinamento.

#### 5. La giurisprudenza italiana ante legge 40/2004: il caso Valassina/Bedjaoui

Da tale prima analisi è già possibile scorgere la complessità del fenomeno in esame, coinvolgente tanto l'etica quanto il diritto. In relazione a tale ultimo profilo appare opportuno evidenziare come, dopo un vuoto legislativo durato numerosi anni, la pratica della PMA sia stata regolata dalla legge n. 40/2004, la quale ha introdotto un espresso divieto legislativo, assistito da sanzione penale, della maternità surrogata.

Più nel dettaglio, l'art 12, comma sesto della predetta legge sanziona con «*la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 ad un milione di euro chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità*». La norma punisce, dunque, qualunque forma di maternità su commissione, stabilendo la punibilità di ogni mediazione commerciale concernente tale fenomeno ed estendendo

---

<sup>36</sup> C. CASINI-M. CASINI-M.L. DI PIETRO, *op. cit.*

l'incriminazione anche alle imprese che prendono parte ad un simile commercio.

Ancor prima della l. n. 40/2004 si erano avuti nel nostro Paese casi di surroga che, generando situazioni di conflitto tra le varie parti coinvolte, hanno richiesto l'intervento del giudice in assenza di una normativa *ad hoc*, volta a regolamentare il fenomeno. Nel predetto contesto gli unici riferimenti normativi a cui l'interprete poteva attingere erano rappresentati da alcune circolari ministeriali e dal codice deontologico medico.

In Italia il primo caso di maternità surrogata portato all'attenzione delle Autorità competenti fu quello deciso dal Tribunale di Monza<sup>37</sup>.

Esso verteva sulla liceità dell'accordo stretto da due coniugi italiani, i signori Valassina, i quali, essendo venuti a conoscenza della possibilità di sottoporsi alla pratica surrogativa in Paesi nei quali essa è consentita, decidevano di concludere un accordo con una donna algerina, la sig. Bedajoui.

In forza della stipulazione effettuata, la volontaria si impegnava a sottoporsi ad inseminazione artificiale con lo sperma del marito della coppia committente, portare a termine la gravidanza e rinunciare a qualunque diritto in capo al nascituro, obbligandosi a consegnarlo ai coniugi dietro un compenso pari a 15 milioni<sup>38</sup>.

Durante la gestazione, tuttavia, la donna iniziò a pretendere una somma maggiore rispetto a quella concordata e una volta partorita la bambina cominciò a ricattare la coppia committente al fine di estorcere altro

---

<sup>37</sup> Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.*, I, 2, 296. Prima di tale pronuncia, la giurisprudenza si era comunque soffermata su problemi derivanti dalla fecondazione assistita e, specificamente, dall'inseminazione artificiale e dalla sua relazione con il reato di adulterio.

<sup>38</sup> G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, 1999, 114.

denaro, tenendo peraltro la minore in condizione di abbandono materiale e morale.

La coppia decise così di rivolgersi al Tribunale di Monza, al fine di portare ad esecuzione l'inadempito contratto. In particolare i coniugi Valassina chiedevano il riconoscimento del rapporto di filiazione intercorrente tra la bambina, chiamata Jessica, e il padre naturale, l'affidamento esclusivo in capo a quest'ultimo previa corresponsione dell'importo pattuito, nonché la contestuale estinzione di ogni diritto personale della madre surrogata nei confronti della figlia.

I coniugi avevano sostenuto in giudizio che l'accordo potesse integrare un contratto atipico ma, secondo il Tribunale di Monza *«per il nostro sistema, il contratto di maternità surrogata, quale che ne sia il concreto contenuto, si scontra con alcuni insormontabili ostacoli normativi, vuoi di ordine costituzionale, vuoi di ordine legislativo»*.

Il giudice adito parte dal presupposto che il luogo più idoneo dove il bambino deve crescere è costituito dalla famiglia di origine, e solo qualora questa non sia in grado di sostenere ed educare i figli la Pubblica autorità dovrà predisporre dei rimedi volti a porre fine a una tale situazione di disagio (art. 30 co. II).

Dal combinato disposto degli artt. 2, 30 e 31 Cost., il Tribunale ricava l'infungibilità dei doveri personali ed economici connessi alla potestà dei genitori c.d. di "sangue" ed evidenzia come la Carta costituzionale non contempli alcun *"diritto alla procreazione"*. Nessuna disposizione eleva, infatti, a rango diritto soggettivo il desiderio di genitorialità. La maternità o paternità non possono, dunque, ridursi ad un concetto meramente negoziale, disgiunto da qualunque fondamento biologico e rimesso all'autonomia privata. Neppure può equipararsi l'accordo di surrogazione di maternità con quello di adozione in quanto il

presupposto di quest'ultimo è l'esistenza in vita del minore e il bisogno di tutelare lo sviluppo della personalità dello stesso.

In altri termini, l'istituto dell'adozione non può essere adoperato quale *«causa della generazione di un futuro minore da adottare in una famiglia esterna (sociale) a quella naturale (biologica)»*.

A livello codicistico, poi, gli artt. 232 e 239 c.c. evidenziano come deve considerarsi madre del bambino colei che porta a termine la gravidanza e dal cui ventre si è distaccato il nato. A ciò deve aggiungersi il divieto di cui all'art. 5 c.c. il quale sancisce la nullità degli atti che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, e che siano contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume, a maggior ragione se a titolo oneroso.

Più in particolare, la contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume si fonda sul presupposto che la morale sociale nel nostro Paese non ammette che un genitore di sangue possa rinunciare anticipatamente ai diritti essenziali della maternità.

Conferendo, infatti, veste giuridica a un tale fenomeno si rischierebbe di ridurre il concepimento e la gestazione della vita umana a mero oggetto di contrattazione e si finirebbe col legalizzare contratti di maternità, alimentando in tal modo lo sfruttamento e la mercificazione del corpo della donna.

A dire del Tribunale, il contratto di maternità, sia esso oneroso e gratuito incontra ulteriori limiti a livello penalistico in quanto l'attribuzione consapevole della maternità del neonato alla donna che lo ha commissionato, diversa da colei che lo ha partorito, integra le ipotesi di reato di cui agli artt. 495, comma primo, c.p. (falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sull'identità o su

qualità personali proprie o di altri) e 567, comma secondo, c.p. (alterazione di stato del neonato).

Nel caso *de quo* il giudice, chiamato a stabilire se fosse legittimo obbligare la madre biologica a rinunciare ad ogni diritto sulla minore, è tenuto a compiere una valutazione in merito che all'oggetto del contratto, il quale deve essere lecito, possibile, determinato e determinabile (art. 1346 cc), nonché in merito alla necessaria liceità della causa e dell'oggetto dello stesso.

Sul punto il collegio giudicante ha precisato *in primis* che non possono formare oggetto del contratto i diritti indisponibili e gli *status* personali e, in secondo luogo, che il nascituro non può considerarsi un bene giuridico. Ma vi è di più: nel caso di specie la previsione di un corrispettivo in denaro implica la nullità del contratto per illiceità della causa e poiché stipulato in frode alla legge, essendo lo stesso volto a eludere le norme sull'adozione.

Stante il mancato riconoscimento del contratto di maternità surrogata, l'unica *chance* offerta alla coppia è stata quella di ottenere il riconoscimento della minore quale figlia naturale del padre e chiederne l'inserimento nella propria famiglia legittima, possibilità concessa anche alla moglie del padre biologico e al marito della madre surrogata. In assenza di una previsione normativa che vietasse la maternità surrogata, una parte della dottrina ha guardato con favore l'*iter* logico posto alla base di tale pronuncia.

Sulla questione è intervenuta successivamente anche la Corte di Appello di Salerno la quale, pur pronunciandosi incidentalmente sulla

questione della legittimità degli accordi di maternità surrogata, ne ha sostenuto l'illiceità e la nullità<sup>39</sup>.

I protagonisti di tale vicenda, i coniugi Gianattasio, dopo vari tentativi falliti di procreazione naturale, decidevano di rivolgersi ad un'associazione con sede a Marsiglia, Alma Mater, specializzata in fecondazione assistita e ricerca di donatori.

L'aspirante padre depositava, dunque, il proprio seme presso tale associazione, al fine di concludere un'eventuale accordo surrogativo.

Avvenuto il concepimento di un'anonima volontaria col seme dell'uomo, questa portava avanti la gravidanza e, una volta partorito, il piccolo veniva consegnato al padre. Quest'ultimo provvedeva immediatamente a riconoscere il bambino quale proprio figlio naturale<sup>40</sup>.

In questo caso la volontaria – rimasta anonima – ha permesso al padre di inserire il neonato nel suo nucleo familiare e alla madre committente, la quale non aveva partecipato all'accordo, di presentare istanza di adozione particolare ai sensi dell'art. 44, comma primo, lett. b, l. n. 184/1983.

Il decreto di adozione pronunciato dal Tribunale dei minori veniva, dunque, confermato dalla Corte d'appello di Salerno nonostante l'impugnazione da parte del Procuratore della repubblica.

La Corte ha infatti ritenuto che: *«pur ammettendo l'illegittimità dell'accordo di maternità surrogata, nella fattispecie concreta detto accordo non avrebbe alcuna influenza ai fini dell'adottabilità del minore da parte della moglie del padre naturale. Tale soluzione si*

---

<sup>39</sup> App. Salerno, 25 febbraio 1992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, 1, 177.

<sup>40</sup> R. BITETTI, *Contratto di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, 177 ss.

*presenta la più idonea a garantire il preminente interesse del minore, volontariamente ceduto dalla madre biologica»<sup>41</sup>.*

## 6. L'ordinanza del Tribunale di Roma del 2000

Dei principi innovatori sulla questione, volti ad attribuire tutela ai vari interessi in gioco, primo fra tutti quello del nascituro, sono stati introdotti dal Tribunale di Roma, sempre antecedentemente all'emanazione della l. n 40/2004<sup>42</sup>.

Nel caso di specie il giudice era chiamato a pronunciarsi in merito a un ricorso con cui una coppia di coniugi chiedeva l'adempimento di un contratto da questi concluso con un ginecologo. Più nel dettaglio il medico si impegnava a eseguire l'impianto di embrioni della coppia, precedentemente crioconservati, una volta trovata una donna disponibile a "locare" il proprio utero.

La madre committente era, infatti, affetta da una patologia rara dell'apparato riproduttivo determinante l'impossibilità di portare a termine la gravidanza senza, peraltro, precludere la possibilità di produrre ovociti.

La coppia decideva così di rivolgersi alla clinica italiana Alma Res, specializzata in terapie di fecondazione assistita.

All'inizio del 1995, in attesa di trovare una volontaria e sotto la supervisione del medico della clinica, la donna iniziava a sottoporsi alle

---

<sup>41</sup> ID., *op. cit.*

<sup>42</sup> Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, 2000, II, 151 ss.

cure necessarie, cui seguivano la fecondazione degli ovuli con il seme del marito e la crioconservazione.

In seguito, pur trovata la volontaria (un'amica intima della coppia), il medico si rifiutava di adempiere alla prestazione promessa in virtù della disposizione contenuta nell'art. 21 del Codice Deontologico del 1995, la quale vietava espressamente l'accesso alle pratiche di maternità surrogata.

La coppia, nonostante la disposizione prospettasse la sanzionabilità sul piano disciplinare in caso di violazione, obiettava che il suddetto codice era entrato in vigore successivamente sia alla formazione della volontà contrattuale, sia alla conclusione dell'accordo con il medico.

Inoltre, a dire della coppia, l'inadempimento dell'obbligazione assunta dal medico avrebbe creato un pregiudizio al diritto soggettivo di procreare, vanificando tanto la riuscita dell'impianto degli embrioni, che lo stato di conservazione degli stessi. Questi, infatti, rischiavano di deteriorarsi con il trascorrere di un periodo di tempo superiore a cinque anni<sup>43</sup>.

L'ordinanza del Tribunale di Roma, diversamente dal passato, mostra un'apertura verso la liceità degli accordi di maternità surrogata, qualificando gli stessi come contratti atipici, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1322 c.c., in cui la meritevolezza va rinvenuta nel desiderio della coppia di diventare genitori<sup>44</sup>, espressione del più generale diritto alla procreazione. Ciò giustifica il ricorso della coppia a ogni mezzo necessario per realizzarlo, il tutto come espressione di una piena libertà

---

<sup>43</sup> A. SPECCHIO, *Procreazione artificiale tra diritto, etica e bioetica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 74.

<sup>44</sup> I. CORTI, *La maternità surrogata per sostituzione*, Milano, 2000, 126.

di autodeterminazione dell'individuo di decidere in merito alla dimensioni della propria famiglia<sup>45</sup>.

Il giudice romano, al fine di rafforzare il proprio ragionamento, faceva inoltre leva sulla necessità di dimenticare l'antico assunto che vedeva la madre unicamente quale gestante e partoriente, riconoscendo ad ogni donna il diritto di essere madre, anche in assenza di gravidanza<sup>46</sup>.

In conclusione il Tribunale di Roma ha ritenuto leciti i contratti di maternità surrogata a titolo gratuito, stante la meritevolezza degli interessi in gioco in quanto non contrastanti né con la disciplina relativa agli *status* familiari, né con il divieto di atti di disposizione del proprio corpo, né, tantomeno, con i principi di ordine pubblico e buon costume.

#### 7. Il divieto di surrogazione materna nella l. n. 40/2004: differenza tra ordine pubblico interno e internazionale

Dopo un vuoto normativo protrattosi per numerosi anni è intervenuto il legislatore nel 2004 con la l. n. 40 che ha introdotto un espresso divieto legislativo di pratiche di maternità surrogata, assistito da una sanzione penale. Tale divieto è inserito all'interno delle norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

Nello specifico, da una parte, l'art. 4, comma terzo della legge in questione vieta il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, eccezion fatta per talune ipotesi

---

<sup>45</sup> Trib. Roma, ord. 14 febbraio 2000, in *Giust civ.*, 2000, 4, 1157-1163, con nota di G. GIACOBBE, in *La Giurisprudenza fonte primaria del diritto?*

<sup>46</sup> C. VARANO, *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, in *Fam. dir.*, 2017, 828.

specificamente individuate dalla Corte Costituzionale nel 2014 e nel 2015.<sup>47</sup>

L'art. 12, comma sesto, l. n. 40/2004, invece, sanziona con «*la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 ad un milione di euro chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità*».

Ciò posto, ci si è chiesti se il predetto divieto fosse di ordine pubblico interno ovvero internazionale, in quanto l'inquadramento nell'una o nell'altra categoria implica distinte conseguenze.

In passato, la giurisprudenza di legittimità si era uniformata ad una nozione di ordine pubblico interno, orientato alla salvaguardia dell'identità e della coerenza dell'ordinamento, nonché alla difesa delle concezioni morali e politiche che ne costituivano il fondamento. La soluzione accolta, dunque, identificava l'ordine pubblico come il complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico e dei principi inderogabili immanenti ai più importanti istituti giuridici<sup>48</sup>. L'indirizzo in commento, pur distinguendo concettualmente tra ordine pubblico internazionale, riferibile ai rapporti caratterizzati da profili transnazionali e preclusivo del richiamo alla legge straniera applicabile in base ai criteri stabiliti dalle norme di diritto internazionale privato, ed ordine pubblico interno, attinente alla libera esplicazione dell'autonomia privata nei rapporti tra soggetti appartenenti al

---

<sup>47</sup> Corte cost., 9 aprile 2014, n.162, in *Corr. giur.*, 2014, 8-9, 1062, con nota di G. FERRANDO; Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 10, 930.

<sup>48</sup> Cass., 12 marzo 1984, n. 1680; Cass., 14 aprile 1980, n. 2414; Cass., 5 dicembre 1969, n. 3881.

medesimo orientamento, fa sostanzialmente coincidere le due nozioni, ravvisando nella prima null'altro che un aspetto della seconda<sup>49</sup>.

Tale orientamento finisce per lasciare poco spazio all'efficacia dei provvedimenti stranieri, l'attuazione dei quali rimaneva subordinata alla condizione che la loro disciplina non differisse nelle sue linee essenziali da quelle dettate dall'ordinamento interno.

L'apertura dell'ordinamento interno al diritto sovranazionale e il recepimento dei principi introdotti dalle convenzioni internazionali cui il nostro Paese ha prestato adesione, oltre ad influire sull'interpretazione della normativa interna, ha determinato una modificazione del concetto di ordine pubblico internazionale, caratterizzato da un sempre più marcato riferimento ai valori giuridici condivisi dalla comunità internazionale a cui fa da contraltare un affievolimento dell'attenzione verso numerosi profili della normativa interna che, pur previsti da norme imperative, non rispondono ai predetti canoni.

In tale ottica, i principi di ordine pubblico vanno individuati in quelli fondamentali della nostra Costituzione o comunque nelle regole che, ancorché non rinvenibili nel tessuto costituzionale, rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o che, informando l'intero ordinamento, fanno sì che la loro lesione si traduca in uno stravolgimento dei valori che fondano l'intero assetto ordinamentale<sup>50</sup>.

L'ordine pubblico internazionale non è identificabile con quello interno. Non vi è, dunque, coincidenza tra le norme inderogabili

---

<sup>49</sup> Cass., 9 gennaio 1976, n. 44.

<sup>50</sup> Cass., 19 luglio 2007, n. 16017.

dell'ordinamento italiano e i principi di ordine pubblico che limitano l'applicazione di leggi straniere<sup>51</sup>.

Il legame sussistente con l'ordinamento interno è limitato ai principi fondamentali desumibili dalla Costituzione e, se compatibili con essa, anche dai trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

In tale quadro il giudice, organo deputato a compiere la verifica preventiva della compatibilità della legge straniera con la legislazione nazionale vigente, dovrà negare l'incompatibilità della prima con l'ordine pubblico internazionale quando la norma interna rappresenta una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico.

Il risalto conferito ai principi consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, che nel nostro ordinamento sono complementari ai principi costituzionali, non trova smentita nelle Sezioni unite della Corte di Cassazione del 2019 le quali hanno recepito *in toto* il predetto orientamento, ribadendo l'importanza dei principi fondanti il nostro ordinamento cui il giudice investito della domanda di riconoscimento è tenuto sempre a confrontarsi.

Le Sezioni unite affermano che «*Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro "fiato corto", ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca*»<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Cass., 22 agosto 2013, n. 19405.

<sup>52</sup> Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193.

Ne deriva che una sentenza straniera applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento interno, ancorché non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con i principi costituzionali e con le leggi proprie dell'ordinamento costituzionale.

A ben vedere, l'ordine pubblico non è più un concetto assoluto e statico, ma il suo contenuto diviene relativo e mutevole in dipendenza dell'evoluzione dei rapporti politici, economici e sociali e, dunque, inevitabilmente destinato ad essere influenzato dalla disciplina ordinaria degli istituti giuridici e dalla sua interpretazione.

Non è richiesta, infatti, un'armonizzazione tra gli ordinamenti, spettando al legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità l'individuazione degli strumenti più opportuni per dare attuazione ai valori condivisi dalla comunità internazionale, compatibilmente con i principi ispiratori del diritto interno.

#### 8. Ordine pubblico interno o internazionale? Il punto delle Corti italiane ed europee

A questo punto della trattazione, appare opportuno verificare come il concetto di ordine pubblico è stato inteso dalle supreme corti negli ultimi anni.

Di particolare rilevanza risulta il caso sottoposto all'attenzione del giudice di legittimità nel 2014. La vicenda trae origine dal ricorso di due coniugi i quali, dopo aver inutilmente presentato per ben tre volte la domanda di adozione nazionale, desiderosi di realizzare il loro progetto di genitorialità, si recavano in Ucraina per ricorrere alla surrogazione di maternità, tecnica consentita in tale paese a condizione

che almeno il cinquanta per cento del patrimonio genetico del nascituro fosse riconducibile alla coppia committente.

In base alla legge ucraina (art. 123 cod. famiglia ucraino), il nato veniva legalmente riconosciuto figlio dei committenti, con indicazione nel certificato di nascita del nome della madre sociale che aveva portato a termine la gravidanza.

Una volta rientrati in Italia, tuttavia, ai coniugi veniva negata la richiesta di trascrizione nei registri dello stato civile italiano, con conseguente avvio di un procedimento penale a carico della coppia per il delitto di alterazione di stato (art. 567 c.p.) per sospetta non veridicità della dichiarazione ivi contenuta.

Parallelamente veniva instaurato un procedimento civile, su impulso del pubblico ministero, volto alla dichiarazione di adottabilità del minore, accolta dal Tribunale in quanto il minore non presentava, a seguito di consulenza tecnica d'ufficio, alcuna affinità genetica con i genitori sociali. Risultava, dunque, violata non soltanto la legge italiana, ma anche quella ucraina, non essendo stato possibile ricondurre almeno la metà del patrimonio genetico del minore alla coppia committente.

Da ciò ne discendeva la radicale nullità dell'accordo di maternità surrogata anche per la legge straniera.

La decisione veniva altresì confermata in sede di appello.

Per tali ragioni, la coppia committente decideva di proporre ricorso per Cassazione.

Tra gli altri motivi, di particolare rilevanza appare quello relativo alla statuizione di contrarietà all'ordine pubblico del certificato di nascita.

Ci si è chiesti, in particolare, quale dovesse essere il parametro di valutazione del giudizio e, nel dettaglio, se dovesse aversi riguardo

all'ordine pubblico interno o a quello internazionale, essendo diverse, com'è noto, le conseguenze derivanti dall'impiego dell'uno o dell'altro concetto.

La pronuncia in commento afferma a chiare lettere che *«il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico in quanto è assistito da sanzione penale che è posta a presidio di beni giuridici fondamentali, nella dignità umana costituzionalmente tutelata della gestante e nell'istituto dell'adozione»*.

La surrogazione di maternità si pone, dunque, in netto contrasto con tale istituto che è governato da leggi particolari.

Inoltre il nostro ordinamento affida a quest'ultimo la realizzazione di progetti di genitorialità privi di legami biologici con il nato.

Prosegue la Corte: *«certamente è esatto che l'ordine pubblico non si identifica con le semplici norme imperative, bensì con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico; è invece inesatto che tali principi si identifichino, come sostengono i ricorrenti, con i valori condivisi della comunità internazionale che il prudente apprezzamento del giudice non può trascurare, armonizzandoli con il sistema interno»*<sup>53</sup>.

La Corte sostiene, infatti, che il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri a protezione della sua coerenza interna è l'ordine pubblico internazionale.

Esso non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori propri purché fondamentali e come tali irrinunciabili.

---

<sup>53</sup> Cass., 11 novembre 2014, n. 24001.

Nell'individuazione di tali principi, l'ordinamento nazionale va considerato nella sua interezza, ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale.

La Cassazione afferma, inoltre, perentoriamente che secondo l'ordinamento italiano «*madre è colei che partorisce*» (art. 269 c.c.).

Le aperture che si sono registrate in dottrina non riguardano la surrogazione eterologa, quella cioè realizzata mediante ovociti non appartenenti alla donna committente, come nel caso in esame, né se il gamete maschile non appartiene al maschio della coppia.

Non si può neanche parlare, ribadisce la Corte, di surrogazione per puro spirito di liberalità. Ove così fosse, andrebbe sicuramente esclusa la lesione della dignità della madre surrogata, ancorché nel nostro ordinamento non è neanche ammessa codesta pratica surrogativa.

In conclusione per quanto riguarda il profilo testé analizzato la Corte conclude sottolineando che «*l'ordine pubblico non coincide con il c.d. ordine pubblico interno, bensì con l'ordine pubblico internazionale, costituito dai soli principi fondamentali caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico; sicché occorre individuare i valori condivisi dalla comunità internazionale armonizzandoli con il sistema interno*».

Ad avviso della Cassazione la surrogazione di maternità incontra il limite dell'ordine pubblico internazionale che, pur essendo costituito da norme differenti rispetto a quelle interne, deve comunque essere coerente con quest'ultimo. Non è infatti ammesso, a dire della Corte, nel nostro ordinamento l'ingresso di norme straniere non conformi al nostro tessuto ordinamentale.

8.1. La distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale:  
Cass., 15 giugno 2017, n. 14878

La pronuncia di legittimità che ci si accinge ad analizzare trae origine da un ricorso presentato da due cittadine italiane che avevano contratto matrimonio nel Regno Unito.

Una delle due donne aveva partorito un bambino mediante fecondazione eterologa e tanto in primo quanto in secondo grado, le due donne vedevano rifiutarsi la rettificazione dell'atto di nascita.

In particolare, il certificato di nascita trascritto in Italia riportava il cognome della sola partoriente, poiché il documento emesso dalle autorità inglesi in cui risultava che il bambino fosse figlio di entrambe le donne veniva considerato contrario all'ordine pubblico prima dall'ufficiale di stato civile italiano e successivamente anche dal Tribunale e dalla Corte di Appello di Venezia.

Diversamente, l'ufficiale di stato civile britannico aveva ritenuto che la registrazione dell'atto di nascita del minore come figlio della sola partoriente fosse invalida, dovendo egli essere registrato come figlio dell'altra donna, anche in assenza di un rapporto biologico con la stessa. Sul punto, la Corte di Cassazione in commento<sup>54</sup> ha ritenuto che l'ordine pubblico non possa essere interpretato in termini circoscritti e riduttivi, ma debba, piuttosto, essere inteso nella sua accezione promozionale di tutela della persona, quale ordine pubblico "internazionale".

---

<sup>54</sup> Cass., 15 giugno 2017, n. 14878.

Quest'ultimo va distinto dall'ordine pubblico interno che è “un limite all'autonomia privata” indicato dalle singole norme imperative dell'ordinamento italiano.

L'ordine pubblico internazionale, invece, rappresenta “un limite all'applicazione del diritto straniero” e si identifica con l'insieme dei principi etici, politici, economici e sociali che sono posti a presidio dei valori a carattere generale, volti ad assicurare l'armonia dell'ordinamento nazionale con le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute.

Più esattamente, esso si definisce quale complesso di “principi caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico” fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, principi comuni ad ordinamenti che appartengono alla stessa area culturale, spesso sanciti da dichiarazioni e da convenzioni internazionali<sup>55</sup>.

Così inteso l'ordine pubblico si caratterizza come nozione mutevole nel tempo e nello spazio, la quale indica le “basi etiche della nostra convivenza civile” e che è “frutto della combinazione di fattori sociali e di specifiche condizioni storiche”.

Afferma la Corte *«la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico delle pronunce straniere deve avvenire, nei rapporti tra genitori e figli, tenendo conto dell'interesse superiore del minore»*.

A ben vedere, ancorché vi sia una specifica finalità da perseguire, si lascia al giudice uno spazio di discrezionalità nella determinazione del contenuto della regola da applicare nel caso di specie.

---

<sup>55</sup> G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, 1964, 1054 ss.

L'interprete, chiamato a cogliere questo nuovo significato di ordine pubblico, deve, infatti, adoperarsi per effettuare un ragionevole bilanciamento<sup>56</sup>, individuando la normativa del caso concreto che attua il valore della persona del minore.

Alla luce del rinnovato concetto di ordine pubblico, si deve escludere che il divieto di maternità surrogata rientri tra i principi fondanti dell'ordine pubblico internazionale, perché dall'analisi delle normative dei vari Stati risulta che questa forma di procreazione medicalmente assistita non collide con le esigenze, comuni ai diversi ordinamenti, di garanzia dei diritti fondamentali della persona.

Sono principi di ordine pubblico internazionale il principio di non discriminazione dei minori e il principio che richiede l'esistenza di un legame genetico del figlio con almeno un genitore nell'ipotesi di gestazione per altri.

Ove, alla base della genitorialità sia posta la volontà della coppia, il principio di responsabilità procreativa impone che, dei due genitori, almeno uno sia anche genitore genetico, per evitare che costoro possano affermare o negare il proprio *status* genitoriale a seconda dei propri desideri, indipendentemente dal fatto di aver contribuito a generare una nuova vita.

L'Italia, dunque, non può negare in modo assoluto il valore giuridico di un rapporto di genitorialità ammesso da un provvedimento straniero, anche se la condotta è contraria alle norme di diritto italiano. Così

---

<sup>56</sup> P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *Sistema, gerarchia, bilanciamento dei principi*, in *Manuale di diritto civile*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 2007, 16.

operando, infatti, finirebbe per discriminare i minori, compromettendo aspetti essenziali della loro personalità individuale<sup>57</sup>.

In vista della tutela del superiore interesse del minore, va, dunque, riconosciuto un documento che attesti l'identità personale dei soggetti coinvolti nella vicenda procreativa: un certificato di nascita che riporti i nomi dei genitori intenzionali e della gestante e una documentazione medica che menzioni le circostanze della nascita e la provenienza dei gameti utilizzati. Solo così lo Stato potrà compiere tutti gli accertamenti necessari prima di autorizzare l'ingresso nel territorio nazionale di bambini nati da maternità surrogata, sì da proteggere il nato e la partoriente.

## 8.2. La nozione di ordine pubblico nella giurisprudenza della Corte EDU: il caso *paradiso e Campanelli vs. Italia*

In ambito sovranazionale, la Corte di Strasburgo ha più volte affrontato le problematiche sottese al ricorso alla maternità surrogata e si è soffermata sulla compatibilità con l'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) delle misure adottate dalle autorità nazionali nei confronti del minore. Dette pronunce, tuttavia, non hanno mai riguardato la legittimità convenzionale del divieto di fare ricorso alla maternità surrogata, posto che non vi è un'unanimità di vedute a livello europeo sul punto, godendo gli stati membri di ampia discrezionalità.

---

<sup>57</sup> G. PERLINGIERI-G. CARAPEZZA FIGLIA, in *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, Napoli, 2012, I, 130 ss.

Il primo ricorso sottoposto all'attenzione della Corte di Strasburgo ha come attori i coniugi Paradiso e Campanelli, i quali stipulavano con una clinica russa un contratto di gestazione per altri. Col predetto contratto si concordava l'impianto di liquido seminale dell'aspirante padre nell'utero di una terza donna, madre surrogata.

Nel 2011, a conclusione della procedura, veniva alla luce un bambino, il quale trascorreva i primi due mesi di vita in Russia con la sig.ra Paradiso.

Dopo aver ottenuto il certificato di nascita – in cui non era in alcun modo menzionato il nome della madre surrogata – i coniugi facevano rientro in Italia.

Il presunto padre biologico del minore richiedeva, dunque, la trascrizione del suddetto certificato in Italia.

Contemporaneamente il consolato italiano a Mosca segnalava al Tribunale per i minorenni competente, al Ministero per gli affari esteri, alla Prefettura e al Comune competente per la registrazione, la presenza di dati falsi nel fascicolo relativo alla nascita del bambino.

In particolare, la falsità riguardava il sig. Campanelli il quale, indicato nel certificato come il padre biologico, in realtà, a seguito di compiuti accertamenti, non presentava alcun legame genetico con il figlio.

A seguito di ciò, il Tribunale dei minorenni disponeva l'allontanamento del bambino dai coniugi e l'adottabilità dello stesso.

I giudicanti ne accertavano preliminarmente lo stato di abbandono, in quanto privo di genitori biologici o di famiglia, avendo altresì la madre rinunciato a qualsiasi diritto sul minore.

L'allontanamento dai coniugi Paradiso e Campanelli veniva ulteriormente argomentato sottolineando come la coppia, nel concludere un contratto di gestazione per altri, avesse consapevolmente

violato, da un lato, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo ai sensi dell'art. 4 della l. n. 40/2004 e, dall'altro, la disciplina in tema di adozione internazionale di cui alla l. n. 184/1983.

L'allontanamento, a detta del Tribunale, non avrebbe comportato al minore un trauma irreparabile, stante la tenera età e l'esiguo tempo (otto mesi) trascorso con gli aspiranti genitori.

La decisione veniva confermata in grado di appello e, con la ripresa della procedura di adottabilità, il Tribunale dichiarava i coniugi privi di qualità di agire nel procedimento d'adozione.

A seguito di tali decisioni, la coppia adiva la Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di accertare la violazione da parte dell'autorità italiana del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU<sup>58</sup>.

La seconda sezione della Corte, in virtù della circostanza che i ricorrenti avevano trascorso con il minore le prime importanti tappe della sua vita e che, nonostante il breve arco temporale, avessero agito nei confronti di quest'ultimo quali genitori, riconosceva l'esistenza di una vita familiare *de facto*.

La Corte di Strasburgo affermava la violazione dell'art. 8 CEDU, in quanto i provvedimenti adottati dalle autorità italiane erano privi di un giusto equilibrio tra interessi in gioco.

La Corte condannava così l'Italia al risarcimento dei danni patiti dai coniugi, ma non imponeva il ricongiungimento del minore alla coppia, stante il forte legame sorto, nel frattempo, tra il bambino e la famiglia cui era stato affidato nel 2013.

---

<sup>58</sup> Corte EDU, 27 gennaio 2015, Paradiso e Campanelli c. Italia, n. 25358/12.

Avverso detta pronuncia il Governo italiano presenta richiesta di rinvio della causa alla Grande Camera ai sensi dell'art. 43 CEDU, sostenendo che la sentenza sollevasse gravi problemi di interpretazione e di applicazione della Convenzione.

Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo, infatti, l'ingerenza degli Stati è direttamente proporzionale allo scopo legittimo perseguito: bisogna, dunque, tener conto del giusto equilibrio tra gli interessi concomitanti in gioco.

Per stabilire se una ingerenza sia necessaria in una società democratica, dice la Corte, si deve considerare che un margine di apprezzamento viene lasciato alle autorità nazionali, la cui decisione rimane soggetta al controllo della Corte che è deputata a verificare la conformità alle esigenze della Convenzione.

Pertanto, ove vi sia una causa che sollevi questioni in relazione all'art. 8 CEDU, occorrerà tener conto di un certo numero di fattori.

Quando è in gioco un aspetto importante dell'esistenza o dell'identità di un individuo, il margine lasciato allo Stato si restringe.

Esso, invece, si allarga progressivamente quando sussiste un consenso unanime tra gli stati membri del Consiglio d'Europa su cause che sollevano questioni morali o etiche delicate e quando lo Stato deve garantire un equilibrio tra interessi privati e pubblici concomitanti o diritti diversi tutelati dalla Convenzione.

Nel caso di specie, i ricorrenti affermavano che i giudici nazionali, sia in primo che in secondo grado, avevano deciso basandosi unicamente sulla difesa dell'ordine pubblico, senza procedere alla valutazione degli interessi in gioco.

I ricorrenti ritenevano, altresì, che il margine di apprezzamento lasciato allo Stato fosse ristretto in quanto la causa aveva ad oggetto il

provvedimento di allontanamento definitivo del minore e, pertanto, l'interesse di quest'ultimo doveva necessariamente prevalere.

Diversamente il Governo riteneva che in materia di surrogazione di maternità e di procreazione medicalmente assistita il margine di cui le autorità disponevano fosse ampio.

La Corte aderisce a quest'ultimo orientato sostenendo che quando la causa ha ad oggetto questioni eticamente sensibili, quali l'adozione, la presa in carico di un minore, la procreazione medicalmente assistita e la gestazione per conto di terzi, gli Stati membri godono di un ampio margine di apprezzamento.

Inoltre, nel caso di specie non si pone alcun problema di identità del minore e di riconoscimento della sua filiazione genetica.

Per ciò che concerne i motivi addotti dalle autorità interne, la Corte osserva che esse si sono fondate su due serie di argomenti: in primo luogo, hanno avuto riguardo alla condotta illegale dei ricorrenti e, in secondo luogo, all'urgenza di adottare provvedimenti riguardanti il minore che si considerava in stato di abbandono ai sensi dell'art. 8 della legge sull'adozione.

La Corte EDU ritiene, altresì, che i motivi siano pertinenti in quanto legati allo scopo legittimo della difesa dell'ordine pubblico e della protezione del minore, considerato che lo Stato ha la prerogativa di stabilire la filiazione mediante l'adozione e mediante il divieto di alcune tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Oltre alla pertinenza, la Corte si assicura che i motivi siano sufficienti.

Nel far ciò la Grande Camera ritiene, diversamente dalla Camera, che gli atti di causa non rientrano nella nozione di vita familiare, ma unicamente in quella di vita privata.

Bisogna esaminare la causa non dal punto di vista del mantenimento di un'unità familiare, ma sotto il profilo del diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata: ciò che è in gioco è il loro diritto allo sviluppo personale attraverso la loro relazione con il minore.

Nel caso di specie, la Corte ritiene che i motivi addotti dai giudici nazionali, centrati sulla situazione del minore e sull'illegalità della condotta dei ricorrenti, sono sufficienti.

Ultimo profilo da analizzare è la proporzionalità delle misure adottate, cioè a dire se esse sono o meno proporzionate allo scopo legittimo perseguito.

In particolare occorre verificare se i giudici nazionali, all'interno del loro ampio margine di apprezzamento accordato nel caso di specie, abbiano assicurato un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati concomitanti in gioco.

Nel procedimento dinanzi alla Corte il Governo italiano ha spiegato che nel diritto italiano, la filiazione può essere accertata o mediante l'esistenza di un legame biologico o mediante un'adozione che sia rispettosa delle norme stabilite dalla legge.

Ciò al fine di proteggere l'interesse superiore del minore, come richiede l'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo.

Sul punto, la Corte ritiene che solo vietando l'adozione privata, fondata su una relazione contrattuale tra gli individui e limitando il diritto dei genitori adottivi di far entrare minore stranieri in Italia nei casi in cui le norme in materia di adozione internazionale siano rispettate, il legislatore si sforza di proteggere i minori da pratiche illecite come il traffico di essere umani.

Inoltre il Governo ricorda che nel nostro Paese sono vietate pratiche di surrogazione di maternità e non esiste alcun consenso unanime tra gli stati contraenti sull'argomento.

A ben vedere quest'ultimo tocca profili etici altamente delicati.

Vietando la gestazione per conto terzi, lo Stato persegue l'interesse generale della protezione delle donne e dei minori. Detto interesse generale entra in gioco anche quando si tratta di misure adottate dallo Stato per dissuadere i propri cittadini dal fare ricorso all'estero a pratiche vietate nel proprio territorio.

La Corte ritiene che le leggi violate dai ricorrenti e i provvedimenti adottati a seguito della loro condotta perseguono lo scopo di proteggere rilevanti interessi generali.

### 8.3. Il *dictum* delle Sezioni unite del 2019

Anche le Sezioni unite della Corte di Cassazione nel 2019 si sono interrogate in merito al divieto posto dalla l. n. 40/2004 e, più in particolare, sulla possibile preclusione da esso posta al riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero in cui si accerta il rapporto di filiazione tra i minori generati attraverso la maternità surrogata e il genitore intenzionale, non apportando di fatto alcun elemento di innovatività.

La fattispecie riguardava due cittadini italiani maschi, coniugati in Canada e in Italia uniti civilmente i quali decidevano di comune accordo di intraprendere un progetto di paternità, espressione dell'affetto e della solidarietà che li univa.

Dopo aver scelto chi dei due sarebbe stato il padre biologico, i due uomini si accordavano con una donna a cui sarebbe stato immesso

l'ovulo fecondato. Questa si impegnava a portare a termine la gravidanza. Venivano così alla luce due gemelli.

Il giudice canadese, con un primo provvedimento, riconosceva quale padre del minore solo quello biologico e, con un successivo atto, dichiarava la genitorialità di entrambi i coniugi. Una volta fatto ingresso in Italia, tuttavia, l'ufficiale di stato civile nazionale si rifiutava di trascrivere il provvedimento di riconoscimento della genitorialità della coppia, ritenendolo contrario all'ordine pubblico.

I coniugi, come detto uniti civilmente in Italia, ricorrevano, dunque, alla Corte di appello, la quale accoglieva la loro domanda.

Successivamente la Suprema Corte di Cassazione decideva di rimettere la questione alle Sezioni unite.

Anche quest'ultime distinguono tra ordine pubblico interno e internazionale. Il primo è un limite all'autonomia privata, indicato dalle norme imperative di diritto interno, il secondo, invece, un limite all'applicazione del diritto straniero<sup>59</sup>.

Nel lodevole intento di ricondurre ad unità il concetto, le Sezioni unite chiariscono che l'ordine pubblico internazionale è costituito dai «*valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico*».

Essi sono ricavabili dalla Costituzione, dalle fonti internazionali e sovranazionali come ad esempio, i trattati e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ma anche dalla legislazione ordinaria, che codifica quei principi fondamentali nei singoli istituti, nonché dall'«*interpretazione fornite dalla*

---

<sup>59</sup> Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193.

*giurisprudenza costituzionale ed ordinaria” che dà forma a “quel diritto vivente dalla cui valutazione non può prescindersi».*

A detta dei giudici di legittimità, è proprio la normativa primaria e la sua interpretazione a «*contribuire, a loro volta, a tenere vivi e ad arricchire di significato i principi fondamentali dell’ordinamento».*

Da ciò ne discende un ampliamento delle fonti da cui ricavare i principi fondamentali dell’ordinamento, potendosi far riferimento non solo alla legislazione ordinaria tutte le volte in cui essa esprima valori fondamentali, in coerenza con i principi espressi nella Costituzione<sup>60</sup>, ma anche alle fonti internazionali e sovranazionali, che, da un lato, assurgono al ruolo di fonti complementari rispetto alla Costituzione e, dall’altro, servono come strumento ermeneutico nella legislazione nazionale.

L’utilizzo della normativa ordinaria quale «*strumento di attuazione dei valori consacrati nella costituzione»* non ne riduce la rilevanza, in quanto la Costituzione è il parametro di legittimità di tutti gli atti normativi interni.

Per quanto riguarda il divieto di maternità surrogata vigente nel nostro ordinamento, la Corte specifica che costituisce sicuramente un principio di ordine pubblico, volto a tutelare valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all’estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell’atto di nascita. Un primo commento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 681.

<sup>61</sup> Così G. LUCCIOLI, *Dalle sezioni unite un punto fermo in materia di maternità surrogata*, in *Foro it.*, 2019, I, 4029, il quale sostiene che la dignità umana sia un valore assoluto, oggettivo ed irrinunciabile che riguarda ogni essere umano, con la conseguenza che la maternità surrogata è lesiva della dignità di tutte le donne e non solo di quella della gestante.

Inoltre, come già ricordato in precedenza, il nostro ordinamento affida all'istituto dell'adozione tutti quei progetti di genitorialità privi di legami biologici: solo così è possibile tutelare compiutamente i diritti dei soggetti coinvolti.

Il desiderio di genitorialità, prosegue la Corte, è sottoposto ad alcuni limiti e tra questi vi rientra sicuramente il divieto di maternità surrogata che è, peraltro, accompagnato dalla previsione di una sanzione penale. Nel caso sottoposto all'attenzione delle Sezioni unite si assiste alla mancanza di rapporti genetici e biologici tra il minore e il *partner* del padre.

In tali ipotesi è precluso al giudice di sostituirsi<sup>62</sup> al legislatore ancorché si voglia tutelare il *best interest of the child* alla conservazione dello *status filiationis*. Detto interesse, infatti, si affievolisce dinanzi al ricorso alla tecnica della surrogazione, la quale rappresenta “il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità”.

La Corte chiarisce che lo strumento più idoneo a garantire l'interesse superiore del minore alla prosecuzione dei rapporti familiari è l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d della legge 4 maggio 1983, n. 184.

Quest'ultima prevede, infatti, la possibilità di adottare un minore pur in mancanza della dichiarazione dello stato di adottabilità nei casi in cui vi è una “constatata impossibilità di affidamento preadottivo”.

L'interpretazione di questa locuzione da parte della Cassazione è stata volta, negli ultimi anni, a ricomprendere non solo i casi di abbandono di fatto, relativi alla situazione in cui il minore versa, bensì anche quelle

---

<sup>62</sup> C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status*, 151 ss.

di diritto, consistenti nell'impossibilità di procedere all'affidamento preadottivo, per mancanza dei requisiti prescritti dalla normativa.

La lettera *d* della norma sull'adozione in casi particolari rappresenta, dunque, una clausola di chiusura del sistema volta a garantire la continuità delle relazioni familiari.

Si soddisfa, in tal modo, l'interesse del minore a vedere riconosciuti i rapporti con soggetti che seppur non legati da vincoli biologici, se ne sono presi cura. Tra essi vi rientrano certamente i single, le coppie di fatto e, come nel caso di specie, le coppie dello stesso.

In tal modo la Cassazione guida i giudici per far sì che non si pregiudichi l'interesse del minore a mantenere le relazioni già instauratesi nell'ambito della famiglia del genitore genetico.

Parte della dottrina, infine, sottolinea la necessità di un approccio casistico al problema, al fine evitare un utilizzo abusivo dello strumento dell'adozione in casi particolari e di "soddisfare in modo adeguato tutti gli interessi e i valori normativi coinvolti"<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le sezioni unite in tema di cd. maternità surrogata*, in *Fam. pers. succ.*, 2019, 340 ss.



## Capitolo II

### **MATERNITÀ SURROGATA E *BEST INTEREST OF THE CHILD***

## Capitolo II

### **MATERNITÀ SURROGATA E *BEST INTEREST OF THE CHILD***

SOMMARIO: 1. Il divieto di maternità surrogata e il reato di alterazione di stato *ex art. 567 c.p.* – 2. Stabilità del nato e centralità della relazione genetica. – 2.1. La dottrina e l'elemento della relazione genetica. – 3. La legittimità costituzionale del divieto di maternità surrogata.

#### 1. Il divieto di maternità surrogata e il reato di alterazione di stato *ex art. 567 c.p.*

L'art. 12, comma sesto, l. n. 40/2004 sancisce espressamente il divieto di maternità surrogata.

Nello specifico la norma in questione eleva a reato la condotta di *«chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità»*.

La violazione della norma viene punita con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

Ciò posto, ci si è chiesti se il ricorso alla maternità surrogata integri o meno il reato di alterazione di stato ai sensi dell'art. 567, comma secondo c.p. Quest'ultimo, invero, punisce *«chiunque nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altra falsità»*.

Si è osservato come spesso il ricorso al rimedio penale quale deterrente al fenomeno della maternità surrogata non abbia prodotto risultati positivi sul piano dell'effettività della tutela in ambito familiare.

A riprova di ciò basti dare conto della sussistenza di talune pronunce giurisprudenziali, come quella del Tribunale di Pisa<sup>64</sup>, che hanno assolto dal reato di alterazione di stato coppie di cittadini italiani recatesi all'estero al fine di fare ricorso a pratiche di surrogazione di maternità e ovodonazione.

Nel caso sottoposto alla cognizione dei giudici pisani, gli stessi hanno osservato come i genitori, secondo la legge italiana – la quale rinvia alla *lex loci*, ossia quella ucraina – non avrebbero potuto rendere una dichiarazione diversa da quella effettivamente resa. Non avrebbero neppure potuto indicare quale madre colei che ha portato a termine la gravidanza, né la donatrice di ovociti poiché, in tal modo, avrebbero violato la normativa vigente nel Paese straniero.

A ben vedere la tendenza è quella di privilegiare l'interesse del nato, facendolo restare con la coppia che lo accolto sin dai primi momenti di vita ed evitando, in tal modo, il successivo traumatico distacco. Per fare ciò, i giudici negano la responsabilità penale degli imputati.

Nel 2014 anche il Tribunale di Milano<sup>65</sup> si è occupato di un accordo di maternità surrogata con donazione di ovociti, stipulato da una coppia di italiani in conformità alla legge ucraina ed eseguito in una clinica di Kiev.

Il Tribunale ha ravvisato nel fatto compiuto dalla coppia committente tutti gli elementi costitutivi del delitto di false dichiarazione ad un pubblico ufficiale su qualità personali destinate ad essere recepite in atti dello stato civile, e tuttavia la coppia non è stata condannata.

I giudici milanesi, infatti, hanno escluso la punibilità per il reato predetto, in quanto l'atto di nascita indicante la coppia di italiani come

---

<sup>64</sup> Trib. Pisa, 19 giugno 2015.

<sup>65</sup> Trib. Milano, 13 gennaio 2014.

genitori del nato si era formato validamente in base alla legge dello Stato nel quale era avvenuta la nascita, sebbene la coppia avesse corrisposto un cospicuo compenso tanto alla clinica quanto alla madre surrogata.

Il provvedimento è stato riconosciuto non contrario all'ordine pubblico. Gli effetti derivanti dalla mancata trascrizione dell'atto di nascita, infatti, sarebbero stati pregiudizievoli per il nato, il quale aveva ormai consolidato uno stabile rapporto con la coppia genitoriale.

In mancanza della trascrizione, il minore si sarebbe ritrovato a possedere un doppio rapporto di filiazione nei due Paesi: in Italia sarebbe risultato figlio della madre partoriente e, in Ucraina, figlio della madre intenzionale, sì da comportare delle conseguenze negative sul suo equilibrio e la sua crescita, minacciando la certezza e l'unicità dello *status* di figlio.

Per tutelare l'interesse del figlio si è quindi affermata la preminenza del principio di responsabilità procreativa su quello di derivazione biologica.

Analoga è la questione affrontata dal Tribunale penale di Milano nel 2014<sup>66</sup>.

La vicenda trae origine dalla storia di una donna diventata sterile a causa delle terapie a cui la stessa si era dovuta sottoporre per la cura di un cancro. La donna decideva, dunque, di recarsi in India col proprio compagno al fine di procedere ad una gestazione per altri.

L'accordo prevedeva che l'uomo fornisse i gameti per la fecondazione e due donne estranee cooperassero nell'anonimato: l'una avrebbe

---

<sup>66</sup> Trib. Milano, 8 aprile 2014.

fornito gli ovociti, mentre l'altra avrebbe portato avanti la gravidanza a favore della coppia.

Nato il bambino e fatto ritorno in Italia, l'ufficiale di stato civile milanese sospendeva la trascrizione dell'atto di nascita motivando che i genitori erano rientrati nel Paese con un certificato contenente dati difformi al vero e contrari all'ordine pubblico.

Anche in tale caso il Tribunale milanese ha escluso che la trascrizione configurasse il reato di alterazione di stato civile: l'art. 567 c.p., infatti, punisce chiunque altera lo stato civile nella «formazione dell'atto di nascita». In siffatta ipotesi, invece, essendo l'atto di nascita già formato all'estero, non si costituiva né si alterava lo stato civile del figlio. In questo caso, dunque, l'unica funzione attribuibile alla trascrizione è quella di mera pubblicità.

La coppia viene invece condannata per falsa dichiarazione in atti dello stato civile ai sensi dell'art. 495, comma secondo, c.p.

Detto reato si è infatti consumato nel momento in cui, dinanzi all'ufficiale di stato civile, l'imputato ha dichiarato falsamente che la convivente era madre del minore.

L'esclusione del reato di alterazione di stato ha però consentito alla coppia di continuare a crescere il bambino come figlio, evitando che si attivasse la procedura di adozione.

Si evidenzia, dunque, come la condanna con tutte le conseguenze che ne derivano, compreso il fatto di rendere pubblica la commissione di reati, sia fonte di pregiudizio per il minore che è ormai inserito come figlio all'interno del nucleo familiare.

Ciò rappresenta un vero e proprio limite del sistema penale, il quale non è in grado, nonostante la sanzione, di spiegare un'effettiva efficacia dissuasiva dei consociati.

Nella medesima ottica si pone, altresì, uno tra i più recenti orientamenti della giurisprudenza penale.

La Corte di Cassazione<sup>67</sup> ha, infatti, negato la sussistenza del reato di cui all'art. 12, comma sesto, l. n. 40/2004, quando il fatto è commesso all'estero. Essa ha respinto il ricorso non ravvisando nella domanda di trascrizione neppure i presupposti dell'alterazione di stato civile ovvero del reato di false dichiarazioni in atti dello stato civile.

La Suprema Corte, nel ribadire la validità del certificato di nascita straniero, richiama l'art 15 del d.P.R. n. 396/2000 ai sensi del quale le dichiarazioni di nascita relative ai cittadini italiani nati all'estero, sono rese all'autorità consolare secondo le norme stabilite dalla legge del luogo delle autorità locali competenti.

Attraverso la trascrizione nei registri di stato civile italiano del nome del minore, così come identificato nell'atto di nascita straniero, viene garantito il rispetto dell'identità del minore stesso.

A ben vedere il *favor veritatis* non è più un valore assoluto nel diritto della filiazione. Esso trova fondamento nell'art. 30 Cost., il quale non attribuisce valore preminente alla verità biologica rispetto a quella legale.

Il comma quarto della citata disposizione costituzionale dispone, infatti, che «*la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità*», demandando al legislatore ordinario «*il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, affidandogli così*

---

<sup>67</sup> Cass., 5 aprile 2016, n. 13525.

*anche la valutazione in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del minore»<sup>68</sup>.*

È dunque il *favor minoris* a prevalere in questi casi, esigendo una tutela della stabilità del rapporto familiare prima ancora che della verità biologica della procreazione.

I problemi sarebbero stati più complessi se oltre alla maternità surrogata con ovodonazione, vi fosse stata anche una donazione anonima di spermatozoi.

Nel caso ipotizzato, infatti, la totale mancanza di vincolo genetico con la coppia avrebbe condotto alla dichiarazione di adottabilità del minore.

## 2. Stabilità del nato e centralità della relazione genetica

Negli ultimi anni si è assistito con una frequenza sempre maggiore a pronunce della giurisprudenza volte a riconoscere – e, dunque, a stabilizzare – rapporti di filiazione legalmente costituiti all'estero allo scopo di tutelare il diritto dei minori al rispetto della vita privata e familiare.

In tal senso il Tribunale di Varese ha affermato nel 2014 che «è precluso allo Stato attribuire ai nati a seguito del ricorso a tecniche di maternità surrogata con fecondazione eterologa (donazione di gameti) uno status giuridico imperfetto lesivo del loro preminente interesse tanto più in presenza di un genitore biologico appartenente alla coppia»<sup>69</sup>.

Esemplare è, a tal proposito, una pronuncia della Corte di appello di Trento<sup>70</sup> la quale, per la prima volta, riconosce a due gemelli nati da una

---

<sup>68</sup> Cass., 23 ottobre 2008, n. 25623, in *Fam. dir.*, 2009, 299 ss.

<sup>69</sup> Trib. Varese, 8 ottobre 2014.

<sup>70</sup> App. Trento, ord. 23 febbraio 2017.

gestazione per altri lo *status* di figli di entrambi i genitori dello stesso sesso, benché uno dei due padri fosse non genetico.

Avverso il rifiuto di trascrizione nei registri dello stato civile italiano per contrarietà all'ordine pubblico nazionale, la Corte richiama quanto affermato dalla Cassazione<sup>71</sup> e ribadisce che il diritto alla continuità dello *status* di figlio legittimamente acquisito all'estero deriva sia dal principio del *favor filiationis* sancito dall'art. 33, comma terzo, l. n. 218/1995, sia dall'art. 8, par. I, Convenzione di New York sui diritti del fanciullo.

Quest'ultima, infatti, dispone che gli Stati contraenti sono tenuti, fra l'altro, a rispettare l'identità dei minori, la loro nazionalità e le loro relazioni familiari.

Nel caso di specie solo uno dei due uomini era il padre biologico e il provvedimento straniero aveva ordinato la rettifica degli atti di nascita dai quali entrambi risultavano padri dei gemelli.

A ben vedere, quel che si privilegia è la preminenza dei vincoli di affettività nella costruzione della filiazione.

Per far ciò è necessaria la presenza di alcuni elementi fondamentali, come il tempo trascorso dalla coppia insieme al nato, la qualità di tale relazione, e un particolare riguardo viene dato alla presenza del vincolo genetico.

La sussistenza del vincolo di sangue rappresenta, per l'appunto, un principio cardine sia del diritto italiano che di quello europeo.

---

<sup>71</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19559, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 362-377, con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex.*

In tale prospettiva la Corte di Cassazione nel 2014<sup>72</sup> ha ritenuto contrario all'ordine pubblico l'iscrizione nei registri di stato civile spagnolo del certificato di nascita californiano rilasciato ad una coppia omosessuale che aveva fatto ricorso alla maternità surrogata in California.

I giudici italiani ritengono, infatti, che i risultati a cui sono giunti i giudici spagnoli non siano compatibili con la tutela della dignità della gestante e del figlio e, di riflesso, con i principi fondamentali in tema di filiazione.

Nel caso di specie la madre surrogata, di nazionalità ucraina, dopo aver portato a termine la gravidanza in cambio del pagamento di una somma di denaro, aveva dichiarato di non voler essere indicata nell'atto di nascita e, dopo il parto, aveva affidato il nato alla coppia sulla base di un certificato di nascita attestante la genitorialità intenzionale.

A seguito delle indagini era emerso che nessuno dei due genitori intenzionali risultava legato geneticamente al neonato. La donna indicata come madre, avendo subito un intervento di asportazione delle ovaie, non poteva aver fornito gli ovociti né era in grado di portare avanti la gravidanza a seguito di un'isterectomia totale alla quale era stata sottoposta.

Numerosi dubbi, inoltre, sussistevano in ordine al patrimonio genetico paterno, essendo l'uomo affetto da oligospermia grave.

Per tali ragioni il pubblico ministero presso il Tribunale dei minorenni di Brescia aveva chiesto che fosse dichiarato lo stato di adottabilità del minore. La coppia, una volta rientrata in Italia, aveva infatti dichiarato la sussistenza di una genitorialità in contrasto con il divieto contenuto

---

<sup>72</sup> Cass., 11 novembre 2014, n. 24001.

nella l. n. 40/2004. Essa era stata inoltre indagata per il reato di alterazione di stato sulla base del sospetto della non veridicità della dichiarazione di nascita.

A ben vedere il minore era stato oggetto di una vera e propria compravendita e, per tali ragioni, nel 2012 il Tribunale di Brescia<sup>73</sup> sospendeva i coniugi dall'esercizio della potestà genitoriale dichiarava lo stato di adottabilità del minore, nominando un tutore a favore di quest'ultimo.

Una serie di elementi portano a tale pronuncia: in primo luogo la pratica risulta vietata sia dalla legge italiana che dalla legge ucraina e, in secondo luogo, la filiazione era stata costituita in frode alla disciplina dell'adozione, essendo il nato non geneticamente legato a nessuno dei due genitori intenzionali.

Alle medesime soluzioni approda la Corte di appello<sup>74</sup> adita in secondo grado, la quale dispone l'allontanamento del minore dal nucleo familiare sulla base di una serie di accertamenti.

In primo luogo la mancanza della genitorialità biologica in capo agli "apparenti genitori", in secondo luogo i coniugi avevano da tempo superato l'età consentita per l'adozione di un minore e la domanda degli stessi era stata respinta per ben tre volte per gravi difficoltà nell'elaborazione di una "sana genitorialità adottiva".

La Corte di Cassazione conferma quanto pronunciato in secondo grado: la contrarietà all'ordine pubblico viene ricavata soprattutto dalla mancanza di almeno la metà del patrimonio genetico del nascituro con i genitori committenti, così come previsto dall'art. 123 del codice di diritto di famiglia ucraino.

---

<sup>73</sup> Trib. min. Brescia, 14 agosto 2012.

<sup>74</sup> App., 17 gennaio 2013.

Solo in presenza del legame genetico del minore con almeno uno dei due genitori, l'atto di nascita ucraino può infatti dispiegare i propri effetti nell'ordinamento interno.

Diversamente il minore rinviene la propria tutela nel quadro normativo dell'adozione.

Nel caso esaminato il minore viene dichiarato in stato di abbandono in quanto privo sia di genitori che di altri parenti.

La Cassazione arriva ad una conclusione così rigida sulla base della mancanza del legame genetico del nato con i genitori intenzionali.

Tale requisito è stato considerato elemento essenziale anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>75</sup>.

Particolarmente significative sono due sentenze (*Menesson c. France* e *Labassee c. France*) pronunciate dalla Corte EDU nel 2014, le quali traggono origine dalle storie di due donne, la signora *Menesson* e la signora *Labassee*, che a causa di una grave sterilità avevano fatto ricorso alla maternità surrogata negli USA.

I provvedimenti stranieri, emessi in California, nel primo caso, e in Minnesota, nel secondo caso, avevano stabilito che i coniugi *Menesson* erano i genitori di due gemelli e che i coniugi *Labassee* erano i genitori di una neonata.

Stante il divieto di maternità surrogata presente nell'ordinamento francese, la Corte di appello di Parigi aveva annullato la trascrizione degli atti di nascita americani.

Per i giudici francesi tale decisione non avrebbe comunque privato le due minori della cittadinanza americana, né dello stato di filiazione loro riconosciuto dallo stato californiano.

---

<sup>75</sup> Corte EDU, 14 gennaio 2016, n. 30955/12.

I genitori decidono di fare ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale che accoglie i ricorsi proposti.

Secondo la Corte, infatti, era stato violato l'art. 8 della CEDU in relazione al diritto dei minori al rispetto della propria vita privata: i giudici accordano un rilievo fondamentale alla privacy e al collegamento genetico con almeno un genitore, tanto che da prediligere l'interesse del minore alla costruzione dell'identità personale rispetto all'interesse dello stato all'osservanza del divieto di maternità surrogata.

Da ciò si desume che ove sia in gioco la determinazione dello stato di filiazione, la discrezionalità dello Stato si restringe e, dunque, il rifiuto da parte dell'autorità francese di riconoscere il rapporto di filiazione delle minori con il padre biologico rappresentava una travalicazione dell'accettabile margine di discrezionalità consentito agli Stati.

Sussisteva, inoltre, una discrasia nella circostanza che le minori erano identificate altrove come figlie delle coppie ricorrenti, mentre tale qualità era loro negata dal diritto nazionale.

La negazione della trascrizione risultava altresì lesiva del diritto del minore alla cittadinanza, ulteriore elemento fondamentale dell'identità personale.

Pare opportuno analizzare una più recente pronuncia della Corte EDU<sup>76</sup> la quale risolve altri due casi analoghi di gestazione per altri (*Foulon c. France* e *Bouvet c. France*), garantendo i diritti dei minori a vedersi riconoscere il loro legame con i rispettivi padri biologici.

---

<sup>76</sup> Corte EDU, 21 luglio 2016, *Foulon v. France* (ricorso n. 9063/14) e *Bouvet v. France* (ricorso n.10410/14).

In entrambe le vicende le due coppie non avevano ottenuto il riconoscimento delle genitorialità costituitasi in India a seguito di un accordo di maternità surrogata.

Le autorità francesi, infatti, avevano negato la trascrivibilità dell'atto di nascita in quanto derivante da un contratto di surrogazione di maternità. Anche in tal caso la Corte di Strasburgo si è pronunciata nel senso della legittimità della trascrizione dell'atto di nascita nonostante il ricorso a maternità surrogata in quanto, in caso contrario, si sarebbe violato l'art. 8 della CEDU e, dunque, la stabilità giuridica e affettiva del minore basata non soltanto sul vincolo genetico, ma anche su un rapporto duraturo di convivenza. Ciò in ossequio al principio di continuità della situazione di fatto favorevole al minore.

La Corte conferisce rilievo preminente non soltanto al legame biologico, ma anche alla filiazione voluta e vissuta che si realizza nella realtà e nell'effettiva assunzione della responsabilità.

Anche nel caso di specie la Corte ha inteso privilegiare e garantire i diritti dei nati e, nello specifico, il diritto all'identità, alla certezza e alla stabilità del proprio *status* che non può essere messa in discussione dalla liceità o meno della pratica della surrogazione e neanche dalla necessità di reprimere eventuali condotte illecite dei genitori.

Ciò detto, la Corte ribadisce a chiare lettere che *«le limitazioni che possono essere imposte da ciascuno Stato alla vita privata e familiare si riducono notevolmente quando l'identità personale dei minori viene compromessa a causa della mancata trascrizione di atti di nascita legittimamente formati all'estero»*.

## 2.1. La dottrina e l'elemento della relazione genetica

I casi sinora esaminati sono stati risolti dalle Autorità giudiziarie adite avendo riguardo tanto agli effetti prodotti dal riconoscimento dell'atto estero, quanto alla circostanza che il nato sia legato geneticamente ad uno dei genitori intenzionali.

Ci troviamo, dunque, di fronte ad una serie di decisioni diverse tra loro da cui scaturisce la mutevolezza e la episodicità del rapporto di filiazione. In tal modo viene minata l'identità personale del figlio che è esposto al rischio di veder convivere immagini di sé contrastanti: la realtà sociale in cui l'affettività tende verso le figure genitoriali di riferimento, da un lato, e quella giuridica, dall'altro, nella quale almeno una di queste figure non è genitore<sup>77</sup>.

Per ovviare al problema anche la dottrina<sup>78</sup> si è interrogata sulla soluzione da adottare e si è da più parti suggerita la strada dell'armonizzazione dei principi di diritto di famiglia europeo, attraverso l'imposizione agli Stati di un vero e proprio obbligo di equiparare i rapporti giuridici instaurati fuori dai propri confini a veri e propri vincoli familiari.

Il principio di unicità dello stato di figlio (di "applicazione necessaria" ai sensi del comma quarto dell'art. 33 della l. 1995 n. 218) assurge a principio cardine e guida gli Stati membri dell'unione europea allo scopo di evitare discriminazioni tra i minori e difformità tra le decisioni,

---

<sup>77</sup> A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, in *Dir. succ. e fam.*, Napoli, 2017, 155.

<sup>78</sup> R. BARATTA, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 601.

indipendentemente da ogni differenza che la legge possa prevedere in ordine alle circostanze relative al concepimento o alla nascita<sup>79</sup>.

L'interesse punitivo dello Stato non può prevalere sull'interesse del minore ad avere una stabilità giuridica nelle proprie relazioni con quelle che sono per lui le figure di riferimento genitoriali: se è stata instaurata una stabile relazione educativa e affettiva, quest'ultima è meritevole di essere tutelata a tutti i costi.

L'obiettivo è far sì che la situazione giuridica acquisita da una persona fisica all'interno di uno Stato membro dell'Unione europea possa essere fruita dalla medesima persona anche qualora la stessa si sposti in un altro Stato membro che non prevede quella specifica situazione o che vieta quel tipo di rapporto di filiazione.

In quest'ottica, insieme al diritto di circolare liberamente all'interno dell'unione europea, circola anche lo *status* familiare della persona<sup>80</sup>.

Il principio di unitarietà dello *status* di cittadino europeo viene, dunque, traslato al campo del diritto di famiglia: il nato all'estero da gestazione per altri dovrebbe esercitare tutti i diritti collegati al proprio *status filiationis*, pur se formato secondo regole diverse da quelle proprie dello Stato di appartenenza.

Da ciò dovrebbe discendere l'automatico riconoscimento delle sentenze e degli atti pubblici stranieri in ogni Stato membro, in ossequio al principio di cooperazione tra gli stessi<sup>81</sup>, rafforzato con il trattato di

---

<sup>79</sup> G. CHIAPPETTA, *I nuovi orizzonti del diritto allo stato unico di figlio*, in *Lo stato unico di figlio*, G. CHIAPPETTA (a cura di), Napoli, 2014, 23 ss.

<sup>80</sup> A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, in *Dir. succ. e fam.*, Napoli, 2017, 157.

<sup>81</sup> L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea: tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, 2007, 330 ss.

Lisbona che ha dedicato un autonomo capo alla “cooperazione giudiziaria in materia civile”.

Ci si è chiesti quale sia la soluzione da adottare nel caso in cui i provvedimenti da riconoscere provengano da Paesi non membri dell’Unione europea.

Sul punto le Corti europee tendono a privilegiare l’armonizzazione e la non discriminazione in base alla cittadinanza. La Corte EDU, peraltro, se da un lato, lascia ampia discrezionalità legislativa ai singoli stati nel disciplinare la maternità surrogata, dall’altro restringe lo spazio della singola nazione nell’area della registrazione degli atti dello stato civile<sup>82</sup>.

Il Comitato sugli affari giuridici del Parlamento europeo suggerisce l’elaborazione di una convenzione di diritto internazionale privato che stabilisca *the legal status of children in cross border cases*, al fine di stabilire una base comune di norme uniformi in materia, anche se la maggioranza parlamentare assume tuttora un atteggiamento di chiusura sulla questione.

Solo così si potrà superare la carenza di coordinamento tra le decisioni assunte nei diversi Paesi e rafforzare il livello di tutela dei diritti fondamentali di tutte i soggetti coinvolti, sì da evitare che i minori si trovino nella possibilità di essere orfani di madre e di padre e favorire il loro interesse a crescere con le persone che hanno assunto, fin dalla nascita, il compito genitoriale.

---

<sup>82</sup> Corte EDU, 11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n. 28957/95.

### 3. La legittimità costituzionale del divieto di maternità surrogata

La Corte Costituzionale è stata chiamata a verificare la legittimità costituzionale di alcune norme in materia di procreazione medicalmente assistita che limitano l'accesso a tale pratica alle sole coppie di sesso diverso e sanzionano, di riflesso, chiunque applichi tali tecniche a coppie composte da soggetti dello stesso sesso.

Sul punto, particolarmente rilevante appare il ragionamento seguito dal Giudice delle Leggi nella pronuncia n. 221 del 18 giugno 2019.

La vicenda trae origine dal ricorso proposto da una coppia di donne, parti di un'unione civile, alle quali un'azienda sanitaria aveva negato la richiesta di accesso alla PMA.

I giudici rimettenti avevano escluso la praticabilità di un'interpretazione conforme a Costituzione delle norme censurate<sup>83</sup> a causa dell'univoco tenore letterale dell'enunciato normativo.

L'art 5 della l. n. 40/2004 esprime, infatti, a chiare lettere l'assunto per cui «*alle tecniche di PMA possono accedere solo coppie formate da persone di sesso diverso*» e prevede sanzioni amministrative a carico di chi le applica a coppie «*composte da soggetti dello stesso sesso*» (art. 12, comma secondo).

Dal tenore complessivo delle ordinanze di rimessione emerge che il *petitum* è limitato alle coppie omosessuali femminili, in quanto per le coppie omosessuali maschili la genitorialità artificiale si realizza

---

<sup>83</sup> Legge 19 febbraio 2004, n. 40, artt. 1, commi 1 e 2, 4, 5 e 12, commi 2, 9 e 10 per contrarietà alla Costituzione, artt. 2, 3, 11, 31, secondo comma, 32, primo comma, 117, primo comma, alla Convenzione per la salvaguardia diritti dell'uomo e libertà fondamentali (CEDU), artt. 8 e 14 e al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881), artt. 2, paragrafo 1, 17, 23 e 26.

necessariamente attraverso una pratica distinta dalla PMA, ossia attraverso la maternità surrogata.

La Corte ritiene che ammettere le coppie omosessuali alla PMA importerebbe sconfessare, sul profilo costituzionale, le idee guida ispiratrici del legislatore del 2004, con gravi ricadute sugli altri soggetti esclusi dalle pratiche riproduttive.

Si porrebbero, inoltre, ulteriori interrogativi sul destino delle coppie omosessuali maschili, in quanto omologarle alle femminili significherebbe scardinare ed eludere il divieto di maternità surrogata presente nel nostro ordinamento.

La Corte costituzionale ritiene, infatti, che, così discorrendo, non si porrebbe alcuna incongruenza interna alla disciplina legislativa della materia, alla quale occorra porre rimedio, né alcun problema di diseguaglianza sociale, in quanto non si può paragonare l'infertilità fisiologica delle coppie omosessuali a quella patologica delle coppie eterosessuali: si tratta di fenomeni ontologicamente distinti che non sono fonte di discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

Vero è che l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo anche nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità – e formazione sociale è anche l'unione omosessuale, intesa quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso – ma non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli.

Inoltre il Giudice delle Leggi, rifacendosi a una sua precedente statuizione, ricorda come *«la libertà e volontarietà dell'atto che*

*consente di diventare genitori di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti»<sup>84</sup>.*

Essa deve essere bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti e il compito di ponderare gli interessi in gioco è affidato al legislatore, salvo il successivo sindacato delle soluzioni adottate da parte della Corte costituzionale, al fine di verificarne la ragionevolezza. E la Corte, nel caso di specie, ritiene che il luogo più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato sia, in linea di principio, la famiglia formata da due genitori di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile.

È vero che è stato riconosciuto alle coppie omosessuali la possibilità di adottare minori, ma vi è una differenza sostanziale tra l'adozione e la PMA.

La prima, infatti, presuppone l'esistenza in vita dell'adottando: essa non ha la funzione di dare un figlio alla coppia, ma di assicurare una famiglia al minore che ne è privo.

Contrariamente, la PMA assolve la funzione di dare un figlio non ancora venuto ad esistenza alla coppia o a un singolo, realizzando, in tal modo, le loro aspirazioni genitoriali.

Afferma la Corte *«il solo fatto che un divieto possa essere escluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione. Non si pone neanche un problema di violazione dell'art. 31 Cost. il quale riguarda la maternità e non l'aspirazione a diventare genitore né l'art. 32 Cost. in quanto la tutela costituzionale della salute non può spingersi sino ad imporre qualsiasi*

---

<sup>84</sup> Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162.

*aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia reputi soggettivamente essenziale».*



## Capitolo III

### **LA MATERNITÀ SURROGATA NELL'ESPERIENZA GIURIDICA SPAGNOLA**

## Capitolo III

### LA MATERNITÀ SURROGATA NELL'ESPERIENZA GIURIDICA SPAGNOLA

1. La nullità dell'accordo nell'ordinamento spagnolo. – 2. La registrazione dei figli nati da maternità surrogata secondo la *Dirección General de los Registros y del Notariado* ante circolare 5 ottobre 2010. – 3. Contenuti del provvedimento della *Dirección General de los Registros y del Notariado* del 5 ottobre del 2010. – 4. La nuova legge n. 20 del 2011 del *Registro Civil* in tema di maternità surrogata internazionale. – 5. Il provvedimento della *Dirección General de los Registros y del Notariado* del 14 febbraio del 2019 e le relative deroghe. – 6. Riflessioni sul parere del Comitato di bioetica spagnolo.

#### 1. La nullità dell'accordo nell'ordinamento spagnolo

Il tema della surrogazione della maternità non è disciplinato in modo omogeneo nei vari Paesi europei ed extraeuropei, sicché occorrerà procedere ad una valutazione comparativa delle diverse discipline elaborate dai singoli Stati.

Più in particolare, in virtù delle sue peculiarità, ci si soffermerà sull'analisi della disciplina spagnola in materia di maternità surrogata. Quest'ultima viene definita in dottrina come «*un fenómeno social por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no*»<sup>85</sup>.

Taluni la qualificano, invece, come «*una forma de reproducción asistida, por medio del cual una persona, denominada gestante,*

---

<sup>85</sup> A.J. VELA SÁNCHEZ, *La gestación de sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler*, in *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011, 1-15.

*acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente»<sup>86</sup>.*

In Spagna il legislatore è intervenuto nel 2006 vietando espressamente la pratica in questione e denominandola *maternidad subrogada*, nonostante parte della dottrina ritenga che la denominazione più adeguata sia *gestación de sustitución*, espressione che si adatta maggiormente alla realtà alla quale si riferisce, realtà che ricomprende una serie di ipotesi differenziate.

La legge n. 14 del 2006 dispone all'art. 10: «1) *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.* 2) *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.* 3) *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».*

A ben vedere, dalla lettura del testo di legge testè indicato emergono tre principi fondamentali propri dell'ordinamento spagnolo: in primo luogo viene sancita la nullità del contratto di gestazione, in secondo luogo la maternità viene attribuita secondo il criterio del parto e infine al padre biologico viene riconosciuta la possibilità di reclamare la paternità del nato secondo le regole generali<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, in *Publicacions y Edicions de la Universitat de Barcelona*, Barcelona, 2013, 24.

<sup>87</sup> C. J. ÁVILA HERNÁNDEZ, *La maternidad subrogada en el Derecho comparado*, in *Cuadernos de Derecho Actual*, n.6, Las Palmas de Gran Canaria, 2017, 318.

Da ciò ne consegue che è nullo il contratto concluso da una coppia fertile in cui la donna è impossibilitata o non vuole portare a termine la gravidanza. È parimenti nullo il contratto concluso da una coppia in cui donna è sterile e avente per oggetto l'inseminazione artificiale di un'altra donna o la fecondazione in vitro di un ovulo di quest'ultima con gameti del proprio partner, per poi impiantarle l'ovulo fecondato<sup>88</sup>. È stato affermato da illustri studiosi che, ancorchè non vi fosse una legge che espressamente vietasse tale pratica, il contratto sarebbe ugualmente stato nullo per inesistenza o illiceità della causa ovvero per contrasto dell'oggetto con i principi di indisponibilità del corpo umano e dello stato civile delle persone.

L'esercizio della procedura in esame, infatti, condurrebbe alla mercificazione di una tra le funzioni più importanti della donna: la maternità. Essa non può in alcun modo diventare oggetto di contratto. Per ciò che concerne, invece, la contrarietà al principio di indisponibilità dello stato civile, dev rilevarsi come l'accettazione di un simile contratto determinerebbe la modificazione delle norme che determinano la costituzione della relazione giuridica paterno-filiale e l'attribuzione della condizione giuridica di madre e di figlio.

Il divieto di maternità surrogata è in linea con la stessa Costituzione spagnola la quale, all'art. 10, primo comma, tutela la dignità delle persone. Il ricorso alla maternità surrogata mina la dignità delle donne che potrebbero acconsentire alla surrogazione per far fronte a situazioni di povertà e di emarginazione sociale<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España*, in *Rev. Act. Jur. Iberoam.*, n. 8, Valencia, 2018, 23.

<sup>89</sup> J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *op. cit.*

La nullità del contratto che scaturisce dall'art. 10 della legge spagnola importa l'inefficacia dello stesso. Pertanto, ove il contratto venga concluso in violazione del divieto, il criterio utilizzato sarà quello del parto e la madre surrogata non sarà obbligata a consegnare il figlio che ha partorito, né ad adempiere a qualsiasi altra clausola contrattuale, non essendo tenuta neppure a indenizzare le controparti, neanche nel caso in cui abbia ricevuto una certa quantità di denaro. Non sarà, inoltre, azionabile alcuna domanda giudiziale avanzata da parte della coppia committente.

La legge spagnola presenta, tuttavia, una lacuna: se da un lato punisce le parti che partecipano all'accordo surrogativo, dall'altro nulla dice in ordine alla punibilità degli intermediari che partecipano al contratto, i quali rimarrebbero impuniti.

L'art. 8 comma terzo, l. n. 14/2006 dà la possibilità al padre biologico di poter esercitare l'azione di reclamo secondo le regole generali, sicché almeno uno dei soggetti della coppia committente potrà agire in giudizio per vedersi riconosciuto il vincolo di filiazione giuridica con il nato, anche se ciò non avviene automaticamente.

Diversamente dall'ordinamento italiano, il quale con la l. n. 40/2004 istituisce un vero e proprio divieto di maternità surrogata, in Spagna la realizzazione della gestazione per sostituzione non viene annoverata tra le disposizioni a cui la legge riconnette delle sanzioni penali, ma solo la nullità dello stipulato contratto.

Gli art. 220-222 del codice penale spagnolo prevedono i delitti di «*suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*» e le condotte della madre surrogata e della donna committente sono punibili solo se integrano uno dei reati previsti dalle citate norme.

2. La registrazione dei figli nati da maternità surrogata secondo la *Dirección General de los Registros y del Notariado* ante circolare 5 ottobre 2010

Il divieto spagnolo sancito dall'art. 10 della legge n. 14/2006 ha comportato lo sviluppo del fenómeno del cd turismo procreativo, altrimenti noto come "*Cross-Border reproductive care*".

Numerose sono, infatti, le coppie desiderose di realizzare un progetto di genitorialità che si recano in Paesi dove la pratica è ammessa o semplicemente in Stati in cui il servizio viene fornito con maggiori *standard* qualitativi.

Il crescere di tale fenomeno pone una serie di problematiche giuridiche di non poco rilievo, tra cui l'iscrizione dei nati nei registri dello stato civile di appartenenza e, nel caso di specie, in quello spagnolo dove, come già ricordato, il contratto è improduttivo di effetti giuridici.

Sul punto è intervenuta la *Dirección General de los Registros y del Notariado* (DGRN) ponendo in essere delle direttive.

Il leading case è rappresentato dalla vicenda di due coniugi spagnoli omosessuali, Genaro e Bienvenido, i quali domandavano la trascrizione dell'atto di nascita nel registro civile consolare spagnolo di Los Angeles di due gemelli nati nel 2008 (a Los Angeles) tramite la tecnica della maternità surrogata.

I coniugi allegavano alla domanda di trascrizione il certificato medico di nascita dei due minori e l'atto matrimoniale in cui si attestava che i due si erano sposati a Valencia nel 2005.

Per dare alla luce i gemelli la coppia era ricorsa a quella che viene definita *modalidad gestacional*: una donna californiana aveva fornito il

suo utero e si era sottoposta ad inseminazione con il gamete di entrambi gli uomini e con l'ovulo di una terza donna donatrice.

L'ufficiale di stato civile spagnolo negava la trascrizione dell'atto, ribadendo la nullità del contratto di gestazione e considerando, in ossequio al diritto spagnolo, madre legale la sola gestante, e sottolineando l'impossibilità da parte dei due uomini di procreare, in quanto tale pratica richiede in ogni caso la presenza di una donna.

Proprio l'elemento della omosessualità dei coniugi ha spinto l'autorità alla negazione della trascrizione.

A seguito del diniego, i due coniugi impugnavano l'atto dinanzi alla *Dirección General de los Registros y del Notariado*.

Nel 2009 quest'ultima dichiarava illegittimo il diniego e ordinava l'iscrizione nel registro dello stato civile spagnolo dei gemelli di Genaro e Bienvenido, con gli stessi diritti di filiazione che risultavano nel certificato di nascita rilasciato negli Stati Uniti.

Le argomentazioni a favore di tale decisione furono le seguenti: in primo luogo l'oggetto della questione era rappresentato dalla richiesta di accesso di una filiazione già determinata in un altro Paese; si trattava, dunque, di stabilire se una decisione straniera potesse o meno essere considerata valida nel territorio spagnolo.

L'ufficiale di stato civile spagnolo, infatti, avrebbe dovuto applicare l'art. 81 del regolamento del registro dello stato civile, ai sensi del quale il controllo di legalità non prevede la valutazione circa l'uguaglianza della soluzione giuridica rispetto a quella che avrebbe dato l'autorità locale in applicazione della legge spagnola, ma esclusivamente la prova che si tratti di un documento pubblico autorizzato dall'autorità straniera e che questo sia stato emesso da un incaricato del registro che svolga funzioni analoghe alla figura corrispondente spagnola.

In secondo luogo, l'iscrizione dell'atto di nascita nel registro spagnolo non importava alcuna violazione dell'ordine pubblico internazionale in quanto l'art. 7, comma terzo, l. n. 14/2016 permette l'iscrizione della filiazione a favore di due donne. Non ammettere la trascrizione avrebbe significato violare il principio di uguaglianza, a prescindere dal sesso, ponendosi in contrasto con l'istituto dell'adozione. Quest'ultima in Spagna è ammessa anche per due soggetti dello stesso sesso, siano essi due donne o due uomini.

Operando diversamente, inoltre, sarebbe stato leso l'interesse superiore dei minore.

Solo ammettendo l'iscrizione dell'atto di nascita anche in Spagna, si sarebbe tutelato in maniera effettiva il diritto all'identità dei minori.

Infine, neppure può invocarsi la frode alla legge, in quanto i coniugi non hanno alterato la nazionalità dei minori al fine di vedersi riconosciuta l'applicazione della legge californiana.

Successivamente, però, la decisione della DGRN veniva impugnata dal Ministerio Fiscal il quale, nel 2015, ordinava di lasciare priva di effetti l'avvenuta iscrizione.

Si osservava, infatti, come l'art. 81 altro non era se non una disposizione di completamento di una norma di rango superiore, rappresentata dall'art. 23 della Ley del Registro Civil, ai sensi del quale *«También podrán practicarse (las inscripciones), sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española»*.

A ben vedere, dunque, il controllo da operarsi non era soltanto formale, ma anche materiale; occorreva, in altri termini, verificare la reale sussistenza del fatto così come iscritto nel registro straniero.

Nel caso di specie ci troviamo dinanzi a due uomini che richiedono l'iscrizione di un atto di nascita nel registro di stato civile spagnolo, nonostante per loro risulti biologicamente impossibile procreare; per tali ragioni sorge un dubbio circa la veridicità del fatto che si intende iscrivere. L'incaricato del registro civile deve dunque verificarne la conformità alla legge spagnola, ossia all'art. 10 della legge n. 14 del 2006.

La sentenza in commento, inoltre, esclude la sussistenza di qualunque discriminazione in quanto il diniego scaturisce non dal fatto che a richiedere l'iscrizione siano due persone dello stesso sesso, bensì dall'inefficacia nell'ordinamento spagnolo dei contratti di maternità surrogata.

Ci troviamo, allora, dinanzi ad contratto concluso in frode alla legge, in quanto la coppia si era recata a Los Angeles consapevole dell'illiceità di tale pratica nel Paese di origine, accollandosi, di conseguenza, il rischio di un quasi certo diniego di iscrizione dell'atto di nascita nei registri dello stato civile spagnolo.

Infine, a detta del Ministerio Fiscal, la mancata iscrizione non violerebbe il *best interest of the child* in quanto esso non può spingersi fino a legittimare atti contrari all'ordinamento giuridico spagnolo: tale interesse può essere perseguito mediante altri istituti presenti nel tessuto normativo, quali ad esempio quello dell'adozione.

### 3. Contenuti del provvedimento della *Dirección General de los Registros y del Notariado* del 5 ottobre del 2010

Il caso suesposto non è rimasto isolato: altre richieste di iscrizione di atti di nascita nei registri consolari spagnoli sono, infatti, progressivamente pervenute.

Per tali ragioni e al fine di fornire una risposta comune agli innumerevoli ricorsi proposti a seguito del diniego di iscrizione, la DGRN ha emanato una *Istrucción* in materia.

Con tale circolare sono stati determinati una serie di criteri che stabilivano le condizioni di accesso al registro civile spagnolo dei nati all'estero attraverso il ricorso alla maternità surrogata.

Occorre, in primo luogo, presentare all'incaricato del registro civile spagnolo una risoluzione giudiziale emanata dal Tribunale competente nel Paese dove è stata determinata la filiazione del minore<sup>90</sup>.

A ben vedere la DGRN si è discostata dal precedente criterio per cui risultava sufficiente la mera presentazione della certificazione straniera.

La norma infatti così dispone: «*En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante*»<sup>91</sup>.

Se l'incaricato del registro civile accerta che la risoluzione presentata è stata emanata a seguito di un procedimento contenzioso, dovrà negarsi l'iscrizione e richiedere *l'exequatur* del provvedimento, secondo

---

<sup>90</sup>C.J. AVILA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 323 ss.

<sup>91</sup>J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *op. cit.*, 29.

quanto stabilito dagli artt. 954 ss. della *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 1881.

Diversamente, se la risoluzione deriva da una procedura equiparabile ad un procedimento spagnolo di volontaria giurisdizione, sarà sufficiente un controllo incidentale, da parte dell'incaricato del registro civile, della risoluzione stessa, quale requisito sufficiente all'iscrizione dell'atto di nascita.

In tale controllo occorrerà verificare: a) la regolarità e l'autenticità formale della risoluzione giudiziale straniera e di qualsiasi altro documento che sia stato presentato; b) che il tribunale del Paese di origine abbia basato la sua competenza giudiziale internazionale su criteri equivalenti a quelli contemplati nella legislazione spagnola; c) che siano stati garantiti i diritti processuali delle parti, in particolare, della madre gestante; d) che non siano stati violati l'interesse superiore del minore e i diritti della gestante. Quest'ultima dovrà possedere capacità sufficiente naturale e il suo consenso dovrà essere libero e volontario, non inficiato da errore, violenza o dolo; e) che la risoluzione giudiziale sia definitiva e i consensi prestati siano irrevocabili<sup>92</sup>.

In altri termini, al fine di iscrivere i minori nati all'estero mediante la gestazione per sostituzione nel registro civile spagnolo sarà necessario presentare, all'incaricato del registro civile, una risoluzione giudiziale del tribunale del Paese straniero che stabilisca la filiazione.

Se proviene da un procedimento contenzioso non si procederà ad iscrizione della risoluzione, a meno che questa non sia accompagnata da un riconoscimento in Spagna mediante *exequatur*; basterà, invece, un controllo incidentale per iscrivere la nel caso in cui la risoluzione

---

<sup>92</sup> C. J. AVILA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 324

provenga da un procedimento equiparabile al procedimento spagnolo di volontaria giurisdizione.

Parte della dottrina si mostra contraria a quanto sancito dalla circolare appena analizzata, sostenendo che essa solleciti una vera e propria frode alla legge, alimentando il turismo procreativo ed eludendo quanto previsto dalla legge n. 14 del 2006<sup>93</sup>.

Secondo altri tale determinerebbe l'insorgere di una sperequazione sociale, essendovi cittadini spagnoli abbienti che potrebbero accedere al contratto di maternità surrogata e altri a cui, invece, sarebbe precluso. Secondo tale orientamento il rispetto del principio di uguaglianza dovrebbe impedire l'applicazione della circolare della DGRN, la quale finirebbe col permettere che norme regolamentari siano anteposte al diritto vigente, violando, in tal modo, il sistema delle fonti sancito dalla Costituzione spagnola<sup>94</sup>.

In forza di tale circolare i coniugi spagnoli Genaro e Bienvenido proponevano ricorso avverso la sentenza dinanzi alla *Audencia provincial*, la quale confermava la pronuncia che ordinava di lasciare inefficacie l'iscrizione dei gemelli.

A fronte di tale ulteriore diniego, i coniugi proponevano, infine, ricorso per Cassazione dinnanzi al Tribunale Supremo spagnolo. Quest'ultimo, pronunciandosi sul ricorso, ha stabilito i seguenti principi: a) in virtù del principio costituzionale di gerarchia normativa, il regolamento del registro civile non può invocarsi per contraddire la Legge del registro civile; b) la certificazione registrale californiana viola l'ordine pubblico spagnolo; c) l'art. 10 della legge n. 14 del 2006 è una norma di polizia,

---

<sup>93</sup> A. J. VELA SÀNCHEZ, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, in *Editorial S.L. Comares*, Granada, 2012, 56.

<sup>94</sup> A. J. VELA SÀNCHEZ, *op. cit.*, 56.

essenziale per la salvaguardia degli interessi del Paese, «*hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación*» (art. 9.1 del Regolamento CE 593/2008); d) i coniugi hanno eluso la norma spagnola per rimettere alle autorità californiane la determinazione della filiazione; e) non vi è infrazione del principio di uguaglianza, in quanto le coppie di donne non necessitano di un'altra donna che porti avanti la gravidanza; f) non può invocarsi l'interesse superiore del minore al fine di fare *tabula rasa* di qualsiasi violazione di altri beni giuridici presi in considerazione dall'ordinamento, specie quando la legge stabilisce altre vie per proteggerlo, come l'adozione.<sup>95</sup>

#### 4. La nuova legge n. 20 del 2011 del *Registro Civil* in tema di maternità surrogata internazionale

La legge n. 20 del 2011 del Registro Civil raccoglie nel titolo X le norme di diritto internazionale privato spagnolo.

Dalla lettura della legge è possibile notare come manchi qualunque riferimento al tema della maternità surrogata.

Ciononostante, si è giunti alla conclusione che la filiazione dei nati all'estero mediante surrogazione di maternità debba essere regolata dalla legge in questione in quanto il contratto di gestazione per altri instaura una relazione giuridica di diritto internazionale privato. Non sarà più applicabile, dunque, la *Instrucción* della DGRN del 2010, in quanto il contenuto dei due testi entra in conflitto e quest'ultimo si

---

<sup>95</sup> Tribunal Supremo Pleno, 23 febbraio 2014, in *elderecho.com*.

risolve in favore della legge di rango superiore, cioè la *Ley del Registro Civil*.

L'art. 98 della legge in questione disciplina le certificazioni delle registrazioni rilasciate dai registri stranieri, ambito in cui, senza dubbio, si situa la certificazione registrale della filiazione dei nati all'estero mediante maternità surrogata.

Il primo comma così stabilisce: «*La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos: a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española. c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español*».

In base al tenore letterale della predetta disposizione, al fine della validità dell'iscrizione è necessario effettuare un esame di carattere formale sulla certificazione straniera; il registro straniero di provenienza deve, inoltre, prevedere “analoghe garanzie” a quelle richieste per l'iscrizione dalla legge spagnola.

Per far ciò è necessario riferirsi ai principi di funzionamento del *Registro civil* stabiliti dalla nuova legge in questione.

Sul punto l'art. 13 dispone che «*gli incaricati del registro civile verificano d'ufficio la verità e la legalità dei fatti e degli atti di cui si chiede l'iscrizione, secondo quanto risulta dai documenti che li*

*dimostrano e certificano, esaminando in ogni caso la legalità e l'esattezza di detti documenti».*

In conclusione, la legalità e la verità richieste non devono essere esattamente le stessa di quelle richieste dal diritto spagnolo ai propri incaricati del registro civile, ma soltanto analoghe, simili.

Ma v'è di più: tale controllo dovrà svolgersi in modo conforme al diritto interno dello Stato al quale appartiene il registro, sulla base dei suoi documenti ed entro i margini stabiliti dal proprio ordinamento.

Da ciò ne consegue la disapplicazione dell'art. 10 della l. n. 14 del 2006, salvo che il figlio abbia nazionalità spagnola, essendo in tale ipotesi applicabile la legislazione spagnola.

Salvo che l'iscrizione del documento straniero non risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico spagnolo, si applicheranno le norme in materia di filiazione del luogo di celebrazione del contratto di gestazione per sostituzione.

L'art. 98, comma secondo, infine, dispone che, nel caso in cui la certificazione costituisca il mero riflesso registrale di una pronuncia giudiziale, sarà quest'ultima il titolo che avrà accesso al registro civile spagnolo. Si rinvia, dunque, all'art. 96 in relazione ai procedimenti di accesso; esso stabilisce che: l'iscrizione delle risoluzioni giudiziali straniere potrà porsi in essere mediante *exequatur* o dinnanzi all'incaricato del registro civile, il quale provvederà a effettuarla dopo aver verificato: a) la regolarità e autenticità formale dei documenti presentati; b) che il tribunale di origine abbia basato la sua competenza giudiziale internazionale su criteri equivalenti a quelli contemplati dalla legislazione spagnola; c) che tutte le parti abbiano ricevuto le dovute notifiche e abbiano avuto il tempo sufficiente per preparare il

procedimento; d) che l'iscrizione della risoluzione giudiziale non risulta manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico spagnolo.

Il panorama normativo così delineato pone numerosi interrogativi: in primo luogo ci si chiede se il legislatore, non menzionando la maternità surrogata nella legge n. 20 del 2011 del *Registro Civil*, ha voluto evitare il divampare del dibattito sociale prevedendo, tuttavia, gli strumenti necessari per autorizzare il suo ingresso nell'ordinamento spagnolo o se, invece, ha voluto semplicemente propendere per la stretta applicazione dell'art. 10 della legge n. 14 del 2006<sup>96</sup>.

Un dato resta, ad oggi, inconfutabile: in Spagna è sempre più avvertita la necessità di regolare il fenomeno della maternità surrogata attraverso una normazione uniforme, egualitaria e coerente, al fine di evitare i conflitti che tale pratica genera.

##### 5. Il provvedimento della *Dirección General de los Registros y del Notariado* del 14 febbraio del 2019 e le relative deroghe

La *Dirección General de los Registros y del Notariado* è nuovamente intervenuta sul tema della iscrizione nei registri di stato civile spagnolo degli atti di nascita dei minori nati all'estero.

Con la circolare del 2019 ha disposto che il committente spagnolo può iscrivere nel registro civile nazionale il rapporto di filiazione di un nato all'estero tramite ricorso alla maternità surrogata, qualora sia in grado di provare la paternità attraverso il test del DNA e quest'ultimo dia conto della veridicità di tale filiazione paterna biologica.

---

<sup>96</sup> A. J. AVILA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 327.

A ben vedere non si rende più necessario ottenere una sentenza definitiva straniera in grado di attestare la filiazione in favore dei committenti, sempre che l'uomo committente sia biologicamente legato al nato; risulta ora sufficiente instaurare un procedimento amministrativo di riconoscimento extragiudiziale della paternità presso il proprio registro civile consolare.

Al fine di incrementare le garanzie, la circolare richiede, altresì, il necessario consenso in forma espressa da parte della madre gestante (straniera), nonché, qualora essa sia coniugata, il consenso del marito, al fine di non incombere nella presunzione di paternità nei confronti di quest'ultimo.

Inoltre, come detto, il padre biologico può chiedere tramite procedimento amministrativo il riconoscimento del figlio. Stante la poca stabilità della disciplina, si ritiene necessario, al fine di evitare ipotesi di traffico internazionale di minori, fornire una prova del DNA accreditata da piene garanzie mediche e giuridiche.

La disciplina viene completata dalla DGRN con un'ulteriore norma la quale prevede che, ove si intenda determinare la filiazione materna nei confronti della donna committente – coniuge o *partner* dell'uomo committente (padre biologico) – o anche nei confronti dell'uomo che sia marito o *partner* dell'uomo la cui filiazione è stata iscritta, sarà possibile fare ricorso a un procedimento di adozione del minore, al ricorrere di tutti i requisiti che esige l'art. 177 del codice civile spagnolo.

Nel caso in cui il minore rimanga privo di protezione per via della trascuratezza usata verso di lui da parte della donna gestante, occorre sempre adottare la soluzione che sia in grado di tutelare al meglio gli

interessi del minore. Pertanto, al ricorrere di tali situazioni, è sempre preferibile integrare il minore nella propria famiglia biologica.

La circolare prevede, altresì, che ove la committente abbia un legame biologico con il nato – per il fatto di aver fornito il proprio materiale genetico nella fecondazione – sia possibile applicare analogicamente il disposto di cui all’art. 10, comma terzo della legge n. 14 del 2006, avvalendosi, dunque, della stessa disciplina previamente analizzata nel caso di padre biologico.

Deve evidenziarsi come la soluzione a cui approda la circolare della DGRN risulti essere contraria alle norme legali di determinazione della filiazione, in quanto l’ordinamento spagnolo segue il criterio del parto, con conseguente riconoscimento dello *status* di madre biologica in capo alla donna gestante.

La madre committente, invece, potrà divenire madre del minore solo attraverso l’istituto dell’adozione, salvo che venga seguito il procedimento di riconoscimento della sentenza straniera.

Il 18 febbraio 2019, dopo pochi giorni dall’emanazione della suindicata circolare, la DGRN ne ha emanata un’altra con la quale si procedeva a privare di effetti la precedente, sancendo, in tal modo, il ritorno all’applicazione della circolare del 5 ottobre del 2010. Quest’ultima, come previamente ricordato, richiede la sussistenza di una risoluzione giudiziale da parte dell’autorità straniera al fine dell’iscrizione della filiazione nel registro civile spagnolo. Ciò assicura, da una parte, che il consenso della donna gestante sia stato libero, volontario e consapevole e che non sia caduta in nessun tipo di errore, violenza inganno o intimidazione e, dall’altra, tenta di scongiurare il fenomeno del traffico internazionale di minori.

Secondo alcuni autori la coesistenza dell'art. 10 della l. n. 14 e della *Istruzione* del 5 ottobre 2010 crea una profonda contraddizione e si pone in profondo contrasto con il sistema delle fonti e della gerarchia normativa.

## 6. Riflessioni sul parere del Comitato di bioetica spagnolo

Il 19 maggio del 2017 è intervenuto sul tema della maternità surrogata il Comitato di bioetica spagnolo. Quest'ultimo si è espresso in merito ai numerosi problemi etici e giuridici generati dal fenomeno in esame, adottando delle posizioni che hanno acquisito una notevole risonanza mediatica.

Inalterata rimane la ormai consolidata soluzione della nullità del contratto di maternità surrogata, poiché lesivo della dignità della donna e dell'interesse superiore del minore.

In riferimento al primo aspetto, ossia la dignità della donna, il Comitato si è espresso affermando che una soluzione differente da quella già esistente nell'ordinamento spagnolo condurrebbe alla mercificazione del corpo della donna durante i nove mesi di gestazione, tanto nel caso di accordo surrogativo a titolo oneroso, quanto in quello di natura altruistica. Il corpo della donna, infatti, rischierebbe di trasformarsi in un mero strumento di soddisfacimento dei desideri altrui.

Per ciò che concerne, invece, il secondo aspetto, cioè la lesione dell'interesse superiore del minore, il contratto di maternità surrogata determinerebbe la rottura del vincolo materno dopo il parto, esponendo il minore ad una grave trasformazione in "cosa".

Il Comitato di bioetica ha, inoltre, ammonito la Spagna sulla necessità di garantire la nullità del contratto di surrogazione indipendentemente dal luogo in cui lo stesso è stato stipulato.

Ciò in quanto è sempre più frequente il ricorso in Spagna al turismo procreativo, con successiva iscrizione del nato nei registri di stato civile spagnolo in contrasto con il parere del Tribunale supremo del 2015, il quale ne ha ribadito la nullità.

Il Comitato lancia, infine, un monito alla comunità internazionale: è necessario predisporre delle misure tendenti ad ottenere divieto universale di maternità surrogata, riformando la normativa nel senso che la nullità di tali contratti debba colpire anche a quelli stipulati all'estero, prevedendo altresì la possibilità di sanzionare gli intermediari che operano e che alimentano la predetta attività<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *op. cit.*, 31.



## Capitolo IV

### **LO STATUS DEL NATO DA GESTAZIONE PER ALTRI**

## Capitolo IV

### LO STATUS DEL NATO DA GESTAZIONE PER ALTRI

SOMMARIO: 1. Il criterio di attribuzione della maternità. – 2. Interesse del minore e azioni di stato. – 3. Rilevanza della filiazione non genetica e conservazione dello stato di figlio. – 4. Azione di contestazione. – 5. L'aspirazione a creare il modello di famiglia migliore per il minore. – 6. L'adozione del figlio del partner in una coppia *same sex*. – 7. Il principio di continuità affettiva. – 8. L'adozione da parte dei c.d. *singles*. – 9. L'adozione in casi particolari. – 10. Contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione degli atti di nascita redatti all'estero e adozione in casi particolari. – 11. Parere della *Grande Chambre*: tutela della relazione genitore non biologico/minore e strumenti rimediali. – 12. La remissione della questione di legittimità costituzionale del divieto di maternità surrogata.

#### 1. Il criterio di attribuzione della maternità.

Abbiamo rilevato come nel nostro ordinamento vige un vero e proprio divieto di maternità surrogata sancito dalla l. n. 40/2004 e, specificamente, dall'art 12, comma quarto della stessa.

La norma punisce ogni forma di maternità su commissione, stabilisce la punibilità di ogni mediazione commerciale concernente il fenomeno ed estende l'incriminazione anche alle imprese che prendono parte ad un simile commercio.

Nonostante la presenza di tale disposizione, numerose sono le coppie che, al fine di soddisfare il loro bisogno di genitorialità, si sono recate all'estero, in Stati ove la surrogazione è permessa, e hanno concluso accordi di maternità surrogata l'esecuzione dei quali ha comportato la nascita di individui di cui è incerto lo *status*.

La pratica coinvolge, infatti, numerosi interessi giuridicamente ascrivibili ad una pluralità di soggetti: il soggetto concepito e nato mediante la tecnica di surrogazione, la madre surrogata e i genitori intenzionali.

Alla luce di ciò ci si è chiesti quali siano le norme giuridiche interne in grado di risolvere i conflitti di attribuzione legale della genitorialità.

Per far ciò, occorre partire dal dato codicistico. L'art. 269 c.c. così dispone: «*la maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre*».

La dottrina prevalente interpreta tale articolo come una disposizione sull'oggetto della filiazione, non già sul criterio in ragione del quale *lo status* di figlio è attribuito<sup>98</sup>. Ciò alla luce dell'assunto, incontrovertito al momento della redazione del codice, che la donna che partoriva fosse anche la madre genetica del nato.

A sostegno della predetta tesi si pone la circostanza che l'attore può dimostrare il parto anche indirettamente, attraverso la prova della corrispondenza genetica tra sé e la donna che sostiene essere la partoriente<sup>99</sup>.

In altri termini la norma non identifica la madre in colei che ha partorito<sup>100</sup>, bensì si limita ad indicare la prova della filiazione fuori dal matrimonio ove, in assenza di riconoscimento, si voglia agire in giudizio per far dichiarare giudizialmente la maternità.

---

<sup>98</sup> G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2017, 2, 196.

<sup>99</sup> Cass., 26 febbraio 1983, n. 1465, in *Mass. giust. civ.*, 1983, 2.

<sup>100</sup> A. GORGONI, *La filiazione*, Torino, 2018, 57.

La disposizione in commento fissa, dunque, una mera presunzione: la partoriente «*si assume essere madre*» e, al comma secondo, afferma espressamente che la maternità, al pari della paternità, può essere provata con ogni mezzo. In tal modo si supera la presunzione relativa di cui al terzo comma per dare spazio al riconoscimento dello *status* in favore della madre genetica.

A sostegno di tale tesi, non può sottacersi che il codice civile si colloca storicamente in un “orizzonte culturale ed esperienziale nel quale non si dava un possibile conflitto tra titoli diversi di maternità”<sup>101</sup>; è quindi da respingere l’idea che, in caso di conflitto, emerga dall’art. 269 c.c. un criterio di preferenza per la madre di parto rispetto alla madre genetica.

Alla luce di quanto argomentato, l’art. 269, comma terzo, c.c. non appare sufficientemente adeguato a risolvere eventuali conflitti di attribuzione della genitorialità.

Invero, anche nella disciplina contenuta nella l. n. 40/2004 il legislatore, pur potendo adottare per la fattispecie della maternità surrogata – al pari della fecondazione eterologa – “la diversa soluzione fondata sul consenso, almeno per il caso in cui la donna disposta ad assumere l’onere della maternità avesse con il nato un rapporto di derivazione genetica<sup>102</sup>” è sembrato sul punto carente.

Ci si è chiesti, dunque, se il silenzio sui criteri da applicare in caso di filiazione da maternità surrogata debba essere considerato una lacuna, come tale colmabile con il ricorso all’analogia, ovvero rappresenti una

---

<sup>101</sup> P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, op. cit., 196.

<sup>102</sup> U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo? Atti del Convegno*, Catania 13-14 dicembre 2019, 1752.

vera e propria tecnica normativa volta a richiamare la disciplina generale della filiazione, così come ritiene la dottrina maggioritaria<sup>103</sup>. Indicazioni in questo secondo senso emergerebbero dalla stessa l. n. 40/2004 e in particolare dal comma terzo dell'art. 9 da cui si evince l'irrilevanza del principio della discendenza genetica là dove stabilisce che il donatore di gameti non acquisisce nessuna relazione giuridica con il nato a seguito del ricorso alle tecniche di PMA di tipo eterologo<sup>104</sup>, nonché dal comma secondo della predetta disposizione, il quale impedisce alla gestante di avvalersi della facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita. Secondo tale orientamento la norma in questione avrebbe la finalità di impedire l'elusione del divieto di maternità surrogata<sup>105</sup>.

Vi è invece chi, in senso contrario, ritiene che l'art. 9, comma terzo della legge n. 40/2004, piuttosto che fondare un principio d'irrilevanza della discendenza genetica nella disciplina della PMA, si riferisca specificamente ad un soggetto – il donatore di gameti – che, a differenza della madre intenzionale, è ordinariamente disinteressato ad assumere qualsivoglia responsabilità nei confronti del minore che eventualmente verrà al mondo<sup>106</sup>.

Relativamente invece al comma secondo dell'art. 9, vi è chi ritiene che tale norma si riferisca esclusivamente “a colei che, prestando il consenso informato, ha assunto la responsabilità della procreazione secondo le tecniche ammesse dalla legge”, e non già a colei che abbia

---

<sup>103</sup> M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur.*, 10.

<sup>104</sup> M.N. BUGETTI, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*, in *Fam. dir.*, 2014, 935.

<sup>105</sup> M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 10.

<sup>106</sup> B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata dopo la legge 40/2004*, in *Biolaw journal*, 2014, 2, 1753.

prestato il proprio utero al solo fine di contribuire alla realizzazione di un progetto di genitorialità altrui.<sup>107</sup>

## 2. Interesse del minore e azioni di stato.

Nel 2017 la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Corte di appello di Milano, dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio per difetto di veridicità possa essere accolta soltanto quando rispondente all'interesse del minore.

Il caso sottoposto all'attenzione della Corte ha come protagonisti una coppia di italiani che ricorrono alla maternità surrogata in un Paese dove essa è consentita.

Successivamente alla trascrizione in Italia del certificato di nascita, regolarmente formato all'estero, emerge la mancanza del legame genetico tra la donna committente e il figlio.

Così il curatore speciale del minore impugna il riconoscimento materno per difetto di veridicità, ai sensi dell'art. 263 c.c.

In primo grado il Tribunale, interpretando alla lettera il primo comma dell'art. 263 il quale dispone che «*il riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dall'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto e da chiunque vi abbia interesse*», rimuove lo *status filiationis*, considerando quale unico presupposto dell'azione il principio del *favor veritatis*

---

<sup>107</sup> C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 244.

Il provvedimento viene così impugnato dinanzi alla Corte di appello di Milano; quest'ultima, dubitando della legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., rimette la questione alla Corte costituzionale.

La questione sottoposta al Giudice delle Leggi è così riassumibile: la disciplina dell'impugnazione per difetto di veridicità si esaurisce nella lettera dell'art. 263 c.c. ovvero deve essere preso in considerazione quale elemento su cui basare l'accoglimento o il rigetto dell'impugnazione, anche l'interesse del minore?

In epoca più remota si era soliti attribuire valenza assoluta al principio del *favor veritatis*<sup>108</sup>, riconoscendo una perfetta corrispondenza tra la tutela di tale valore e l'interesse del minore. Si riteneva, infatti, che la falsità del riconoscimento avrebbe leso il diritto del minore alla propria identità.

Anche avendo riguardo a pronunce più recenti, l'interesse del minore è stato sì riconosciuto, ma pur sempre correlato alla verità naturale<sup>109</sup>; si esclude, quindi, che possa esservi una ragione di conflitto tra *favor veritatis* e *favor minoris* tale da giustificare la permanenza dello *status falso*.

Diversamente dal passato, la Consulta ritiene che l'equazione *verità = interesse del minore* non abbia più ragion d'essere, affermando con nettezza la relatività del principio di biologicità, relatività che, aggiunge la Corte costituzionale, non deve far dimenticare «*l'accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione*»<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Corte cost., 22 aprile 1997, n. 112, in *Foro it.*, 1999, I, 1764 ss.

<sup>109</sup> Corte cost., 14 maggio 1999, n. 170. in *Foro it.*, 2001, I, 1116 ss.

<sup>110</sup> Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272.

Da qui la necessità di bilanciare la verità della procreazione con l'interesse concreto del minore alla conservazione dello *status* di figlio. La Corte indica i criteri che il giudice deve seguire nel valutare l'interesse concreto del minore al fine di decidere se far venir meno o no il rapporto di filiazione.

Nell'effettuare il bilanciamento, la Consulta considera centrale l'interesse del minore a mantenere la condizione identitaria già acquisita; quest'ultima può essere dedotta dalla durata del rapporto istaurato con il soggetto riconosciuto.

Il legislatore ha preso in considerazione tale interesse ponendo un termine decadenziale di cinque anni quale limite all'azione promossa da soggetti diversi del minore (per quest'ultimo è, invece, imprescrittibile).

Secondo la Corte rilevanti risulterebbero, altresì, le modalità del concepimento e della gestazione, nonché la presenza di strumenti legali – come l'adozione in casi particolari – in grado di tutelare l'interesse del minore ogniqualvolta il giudizio di comparazione non consenta di salvare il rapporto di filiazione derivante dal riconoscimento<sup>111</sup>.

Aggiunge la Corte che, nella sua opera di valutazione complessiva, il giudice non può comunque evitare di considerare “nel silenzio della legge, l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla maternità surrogata, vietata da apposita norma penale”<sup>112</sup>.

A ben vedere tale linea interpretativa è stata accolta da una recente pronuncia della Cassazione la quale ha affermato che «*il favor veritatis non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta da*

---

<sup>111</sup> G. CORAPI, *La tutela dell'interesse superiore del minore*, in *Dir. succ. e fam.*, 2017, 785 ss.

<sup>112</sup> Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272.

*affermarsi comunque: ciò in quanto l'art. 30, ult. comma, Cost. ha attribuito al legislatore il potere di dettare norme e limiti per la ricerca della paternità»<sup>113</sup>.*

La Cassazione precisa, inoltre, che il quadro normativo attuale impone di valutare, nell'attività di bilanciamento con la verità biologica, l'interesse alla stabilità dei rapporti familiari. Quest'ultimo, infatti, *«nell'ambito di una sempre maggiore considerazione del diritto all'identità, non è necessariamente correlato alla verità biologica, ma ai legami affettivi e personali sviluppatasi all'interno della famiglia».*

Ciò posto, occorre rilevare che due sono i limiti all'affermazione della c.d. verità biologica da tenere in considerazione: da un lato, il diritto al rispetto dell'identità personale del minore (art. 2 Cost.) e, dall'altro, l'interesse preminente del medesimo. Vi sono, infatti, dei casi, come quello della pronuncia in commento, dove l'affermazione della verità lederebbe l'identità del minore, contraddicendone l'interesse.

A rafforzare tale orientamento si pongono, oltre che disposizioni di diritto interno, anche norme sovranazionali le quali indicano chiaramente come l'interesse del minore sia un principio generale che permea le azioni di stato.

In conclusione, l'interesse del minore non sempre coincide con la verità genetica poiché assoluta preminenza deve essere assicurata alla conservazione dello stato non veridico se ciò risulta funzionale alla tutela dell'interesse del minore.

---

<sup>113</sup> Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, in *Fam. dir.*, 2017, n. 845 ss.

### 3. Rilevanza della filiazione non genetica e conservazione dello stato di figlio.

Il preminente interesse del minore può essere definito come un principio informativo delle azioni di stato e viene applicato dal giudice per conservare lo stato di figlio, ancorché non sussista il legame genetico con un genitore.

Tale soluzione si pone in piena armonia con il sistema della filiazione, con i principi e i valori che lo informano: non solo la verità, ma anche l'assunzione della responsabilità, la rilevanza del legame affettivo, l'identità personale e la ragionevolezza (art. 3 Cost)<sup>114</sup>.

Se vi è conflitto la Corte sostiene che occorre effettuare un bilanciamento. Invero, *«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»*.

In tale delicata materia, il giurista deve, più che mai, essere in grado cogliere i mutamenti del diritto, poiché le disposizioni di legge assumono un senso ulteriore rispetto a quello letterale<sup>115</sup>.

In tal senso particolarmente significativa appare la riforma dell'art. 263 c.c. introdotta nell'anno 2012/2013.

---

<sup>114</sup> G. BENEDETTI, "Ritorno al diritto" ed ermeneutica dell'effettività, in *Pers. merc.*, 2017, I, 7 ss.

<sup>115</sup> P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Interpretazione e legalità costituzionale*, 2012, 127 ss.

Ai sensi dell'art. 263, comma terzo, c.c. colui che ha compiuto il riconoscimento non può impugnare tale atto decorsi cinque anni dalla sua annotazione nel registro dello stato civile; la decorrenza prescinde dalla conoscenza sia della propria *impotentia generandi* sia della relazione della propria compagna con un altro uomo.

Analogamente l'art. 244, comma quarto, c.c. prevede la definitiva improponibilità dell'azione sia per il marito che per la moglie decorsi cinque anni dal giorno della nascita.

Il legislatore, con tali modifiche, prende atto che il rapporto di filiazione non biologico protrattosi nel tempo è meritevole di tutela, tanto da giustificare la conservazione dello stato di figlio. Quale diretta conseguenza di tale impostazione, il diritto del genitore biologico di affermare la verità soccombe di fronte all'interesse del minore a non perdere il proprio stato.

La Corte costituzionale ha argomentato il mantenimento dello *status filiationis* nei confronti della madre, pur mancando il legame genetico, sulla base della l. n. 173/2015 la quale disciplina l'adozione in casi particolari e valorizza ai fini adottivi, i «*legami affettivi significativi e il rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria*».

Deve precisarsi che la relatività del principio di biologicità era già emersa in giurisprudenza <sup>116</sup>, prima della l. n. 173/2015, dall'interpretazione dell'art. 9, primo comma, l. n. 40/2004.

Ad ulteriore sostegno del principio di conservazione dello *status* di figlio sono state richiamate dalla Corte costituzionale alcune pronunce

---

<sup>116</sup> Cass., 16 marzo 1999, n 2315.

della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>117</sup> le quali hanno ricondotto all'art. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo la garanzia del miglior interesse del minore.

Oltre all'interesse del minore, la Corte EDU procede a un'ampia interpretazione del sintagma "vita familiare" cui l'interesse predetto si lega: quest'ultima postula non soltanto il coniugio e la parentale, ma anche la relazione di fatto stabile e duratura tra l'adulto che si è comportato come genitore e il minore.

Da ciò ne consegue che anche quando lo stato di figlio sia sorto in un altro Paese, attraverso una tecnica procreativa riprovata in Italia, occorre comunque valutare il legame affettivo che il minore nutre nei confronti del genitore non biologico. Se sussistente, il predetto legame preclude l'eliminazione dello stato di figlio del genitore non genetico.

#### 4. Azione di contestazione

Per ciò che concerne l'azione di contestazione dello stato di figlio, ci si è chiesti se la stessa possa essere esperita nelle ipotesi di surrogazione di maternità, equiparando, di fatto, quest'ultima alla supposizione di parto o alla sostituzione di neonato.

Sicuramente erroneo appare l'accostamento all'ipotesi di sostituzione di neonato poiché nella surroga nessun nato viene sostituito con un altro.

Controverso è, invece, il caso della supposizione di parto.

---

<sup>117</sup> Corte EDU, 26 giugno 2014, *Menesson c. France* (ricorso n. 65192/2011); Corte EDU, 25 maggio 2014, *Labassee c. France* (ricorso n. 65941/2011) in *www. Echr. Coe. int.*

Con la surrogazione, la coppia committente non suppone il parto, ma si serve dell'aiuto di un'altra donna per portare a termine la gravidanza al posto della madre committente. Da tale assunto discende la non applicazione dell'art. 240 c.c. in tema di supposizione di parto (o di sostituzione di neonato), ma dell'art. 263 c.c., sempre che la committente non supponga di aver partorito.

Quand'anche si dovesse ritenere che la maternità surrogata integri un'oggettiva supposizione di parto, difficilmente l'azione di contestazione verrebbe accolta.

Invero, il suo accoglimento determinerebbe un pregiudizio irreparabile per il nato: l'eliminazione dello *status* di figlio comporterebbe l'impossibilità di instaurare il rapporto di filiazione tanto con la madre genetica quanto con la donna che ha portato a termine la gravidanza.

A ben vedere, è sempre necessario avere riguardo al preminente interesse del minore; pertanto in materia di azioni di stato occorrà sempre bilanciare il *favor veritatis* con la stabilità dello *status* acquisito. Quanto sinora esposto conferma che è possibile derogare alla regola di cui all'art. 269, comma terzo, c.c., secondo cui è madre colei che ha partorito, al fine di tutelare il *best interest of the child*.

Anche la Cassazione<sup>118</sup> ha escluso l'assolutezza di tale regola, sottolineando come l'ordinamento italiano non impedisce di attribuire rilevanza giuridica alla maternità scissa dal parto e basata esclusivamente sulla trasmissione del patrimonio genetico.

Afferma la Suprema corte che la norma per cui madre è colei che partorisce «*non introduce un principio di ordine pubblico, alla luce del*

---

<sup>118</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, 181 ss.

*preminente interesse del minore, considerando che essa attiene piuttosto alla prova della filiazione».*

La mancanza del legame genetico con la madre committente non impedisce di incentrare la maternità su un fondamento diverso, come la responsabilità della nascita, la quale impone la conservazione dello stato di figlio.

A ben vedere il fondamento della filiazione nell'istituto dell'adozione e nella procreazione eterologa è da ricercare nell'assunzione della responsabilità.

V'è chi sostiene che “ogni relazione familiare, compresa quella che attinente alla genitorialità, trova ormai fondamento e legittimazione non più sul piano naturalistico del mero dato biologico, bensì sul piano personale della costruzione della relazione quale spazio ideale e protetto di piena autoespressione e realizzazione della personalità dei suoi protagonisti, soprattutto del minore”<sup>119</sup>.

Dunque genitorialità è anche e soprattutto responsabilità, e come tale viene qualificata dall'ordinamento comunitario e dal nostro ordinamento interno.

A conferma di ciò basti richiamare i termini di improponibilità dell'azione di disconoscimento della paternità (art. 244, comma quarto, c.c.) e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263, comma terzo, c.c.). A sostegno di tale orientamento si schiera quella parte di giurisprudenza che ha ritenuto inammissibile l'azione di cui all'art. 263 c.c. qualora il riconoscimento sia stato consapevolmente falso, o che ha reputato giuridicamente rilevante la filiazione di fatto nella crisi della convivenza *more uxorio*.

---

<sup>119</sup> V. SCALISI, *Maternità surrogata: come “far cose con regole”*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1097 ss.

La seconda questione da analizzare concerne l'ambito della legittimazione ad agire del figlio, sebbene per quest'ultimo l'azione di cui all'art. 263 c.c. sia imprescrittibile.

C'è chi adotta la soluzione affermativa, basata esclusivamente sul dato normativo dell'imprescrittibilità dell'azione per il figlio.

Secondo altri invece il figlio deve essere lasciato libero di scegliere se far emergere la verità, salvaguardando in tal modo la propria identità personale, ovvero se conservare lo *status* falso, salvaguardando il diritto alla continuità affettiva

Secondo un ulteriore orientamento, nel caso di maternità surrogata il nato non avrebbe diritto di eliminare lo *status* acquisito poiché, così facendo, vedrebbe preclusa la successiva instaurazione dello stato di figlio tanto nei confronti del donatore di gameti, quanto della donna che lo ha partorito. L'estinzione dello *status* risulterebbe, infatti, fine a sé stessa, espressione di una verità astratta e avulsa dalle modalità del concepimento e dal progetto genitoriale.

##### 5. L'aspirazione a creare il modello di famiglia migliore per il minore.

L'adozione tradizionale è nata con l'obiettivo di dare al minore che si trova in stato di abbandono materiale e morale, una famiglia in grado di accoglierlo, mantenerlo, istruirlo ed educarlo ai sensi dell'art. 30 Cost.

Attraverso l'istituto in esame se, da un lato, si recide radicalmente qualsiasi legame con la famiglia d'origine, dall'altro, si consolida e si stabilizza una volta per tutte la sua posizione nei confronti della nuova famiglia. Quest'ultima dovrebbe costituirsi sul modello di quella

biologica, garantendo al minore la presenza di entrambi i genitori; appare, infatti, inammissibile che sia solo un membro della coppia ad adottare.

Nonostante i numerosi interventi della dottrina e della giurisprudenza, volti a dar rilevanza alla famiglia di fatto, la legge n. 184/1983 esclude la possibilità di adottare alle coppie non coniugate, non già perché non si riconosca alle stesse la capacità di mantenere, istruire ed educare il minore, bensì in quanto l'adottato non assumerebbe lo *status* di figlio legittimo ma solo naturale della coppia<sup>120</sup>.

L'introduzione dell'art. 44, l. 184/1983 ha ampliato i casi in cui è possibile accedere all'adozione.

Il presupposto non è più rappresentato dalla sussistenza di una famiglia stabile fondata sul matrimonio, ma diventa di primaria importanza la regolamentazione della situazione concreta in cui il minore viene a trovarsi.

Non v'è, dunque, ragione per escludere la possibilità di adottare ai single; quest'ultimi ben potranno presentare domanda di adozione ai sensi dell'art. 44, lett. d), l. n.184/1983.

Ma v'è di più; parte della giurisprudenza ha riconosciuto la possibilità di adottare anche a coppie conviventi, non essendo più richieste le condizioni di cui all'art. 7, l. 184/1983.

Ne consegue l'eliminazione del previo accertamento circa lo stato di abbandono del minore nel caso in cui l'adozione sia rispondente agli interessi dello stesso.

Il filo conduttore che unifica tutte le ipotesi descritte dall'art. 44, l. 184/1983, non è la carenza di cure sofferte dal minore, quanto,

---

<sup>120</sup> M. DOGLIOTTI, voce *Adozione, II) Adozione di minori*, in *Enc. giur.*, I, 1988, 2.

piuttosto, l'esistenza di relazioni significative già vissute dallo stesso in una dimensione familiare.

L'adozione, soprattutto quella in casi particolari, è votata a consolidare vincoli che non trovano riscontro nel mero legame biologico, attraverso l'assunzione della responsabilità genitoriale, in virtù dell'indiscutibile meritevolezza degli interessi tutelati<sup>121</sup>: resta del tutto irrilevante che il modello di famiglia non sia quello tradizionale.

#### 6. L'adozione del figlio del partner in una coppia *same sex*

Nell'ordinamento giuridico italiano non esiste un diritto a diventare genitori e, conseguentemente, un diritto ad adottare.

Non può, tuttavia, sottacersi, la sempre maggiore presenza di figli in famiglie omogenitoriali, nati da un precedente matrimonio o convivenza eterosessuale, da un'inseminazione eterologa o da maternità surrogata.

In tali circostanze, occorre garantire al figlio il mantenimento di uno stabile rapporto con coloro che esercitano su di lui la responsabilità genitoriale. Proprio da tale assunto discende il diritto di adottare a favore delle coppie formate da persone dello stesso sesso, ancorché non vi sia alcun legame di carattere biologico col minore.

D'altronde, l'art. 44 della legge n. 184/1983 in tema di adozione non compie alcuna discriminazione fondata sul mero orientamento sessuale dell'individuo. Un simile divieto determinerebbe, infatti, un'irragionevole disuguaglianza tra le coppie, ponendosi, altresì, in

---

<sup>121</sup> M. DELL'UTRI, Sub. 291 c.c. - *Condizioni*, in G. DI ROSA (a cura di), *Della famiglia. artt. 231-455*, vol. II, diretto da E. GABRIELLI, *Commentario del Codice civile*, 2018, 433

conflitto con la *ratio* dell'art. 44, nonché con i principi costituzionali ed internazionali sanciti nella CEDU<sup>122</sup>.

In passato il legislatore aveva cercato di estendere la disciplina dell'adozione ordinaria alle parti dell'unione civile, al fine di permettere loro, al pari delle coppie coniugate, di chiedere l'adozione o l'affidamento di minori.

In tal modo veniva riconosciuto a ciascun *partner* la possibilità di adottare il figlio dell'altro, ovvero di richiedere congiuntamente l'adozione di un minore non legato biologicamente a nessuno dei due membri della coppia.

Il disegno del legislatore sopra descritto non è svanito nel nulla, ma ha cominciato a prendere forma con l'introduzione dell'adozione in casi particolari.

Tale figura se da un lato non riconosce la possibilità di un affidamento preadottivo, dall'altro consente l'adozione del figlio del *partner* in una coppia *same sex*. Trattasi di un istituto di matrice giurisprudenziale in grado di offrire copertura giuridica ad una situazione in crescita da anni: la convivenza stabile e duratura tra l'adottante e il figlio del *partner*<sup>123</sup>.

Il presupposto di tale tipo di adozione non è lo stato di abbandono: per questa ragione è consentito all'adottato mantenere tutti i diritti e doveri verso la sua famiglia di origine. L'istituto in esame si attua mediante un accordo di esercizio congiunto della responsabilità tra genitore biologico e *partner* dello stesso, volto a garantire la qualità della vita del minore nel nuovo contesto familiare<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> L. LENTI, *L'adozione*, in P. ZATTI, *Trattato di diritto di famiglia, Le riforme*, II, 2019, 406.

<sup>123</sup> L. LENTI, *L'Adozione*, cit., 406.

<sup>124</sup> E.A. EMILIOZZI, *L'adozione da parte di partners di unioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 799; Trib. min. Roma, 23 dicembre 2015, in *Ilfamiliarista.it*.

Si è, finora, fatto riferimento a una coppia composta da due persone dello stesso sesso, desiderosa di conferire un riconoscimento giuridico alla posizione rivestita dal minore all'interno della famiglia. Tuttavia, ci si è chiesti cosa succede nell'eventualità in cui sussista un rapporto a tre, vale a dire una relazione che lega il minore a entrambi i genitori biologici e al partner di uno di essi.

A ben vedere, in tal caso, la situazione si presenta più complessa, dovendosi tutelare gli interessi e la volontà di un soggetto che, in situazioni del genere, è sovente assente. L'art. 46 non lascia spazio ad alcun dubbio, prevedendo come requisito indispensabile il consenso dei genitori dell'adottando affinché il *partner* possa anch'esso esercitare la responsabilità genitoriale.

Nel caso in cui il genitore biologico, invece, non eserciti la responsabilità genitoriale, un suo eventuale rifiuto si presenterebbe come ingiustificato e contrario agli interessi del minore, prestandosi ad una pronuncia giudiziale attestante l'insensatezza del diniego.

Il legislatore si è mostrato disattento non disciplinando la situazione successiva al consenso all'adozione, manifestato dal genitore biologico. Tale lacuna ha generato numerosi dubbi in merito all'attribuzione della responsabilità genitoriale nelle ipotesi di adozione coparentale.

Sul punto, la legge n. 184/1983 non appare risolutiva.

Per tali ragioni è intervenuta la giurisprudenza, la quale ha fondato sull'art 315-*bis* c.c. la possibilità di un esercizio congiunto della responsabilità genitoriale ad opera del genitore biologico e dell'adottante adottante<sup>125</sup>.

---

<sup>125</sup> Trib. Bologna, 31 agosto 2017, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 234.

È stato, inoltre, osservato che gli artt. 44 e 48 della l. 184/1983 rinviano alle norme del codice civile tutte le volte in cui risulta impossibile ancorare l'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale all'esistenza di un rapporto di coniugio tra gli adottanti. Invero, “una lettura di segno opposto non solo appare distonica rispetto al nuovo quadro normativo emergente dalla riforma in materia di filiazione, ma sarebbe incompatibile con il presupposto da cui muove, finendo con il produrre, in ultima analisi, effetti contrari all'interesse superiore del minore”<sup>126</sup>.

L'obiettivo è quello di tutelare l'interesse superiore del minore garantendogli una doppia figura genitoriale.

Anche la Corte di Strasburgo si è pronunciata in merito alla questione, adottando una posizione ancora più all'avanguardia. Essa ritiene, infatti, l'art. 8 CEDU applicabile alla famiglia *de facto* esistente tra il minore, il genitore naturale, e il *partner*, riconoscendo un legame verticale tra la coppia omogenitoriale e la propria prole, a prescindere dalla sussistenza di un rapporto di coniugio tra i soggetti dell'unione.

Ciò al fine di condannare la posizione di tutti quegli Stati che permettevano alle sole coppie eterosessuali unite in matrimonio la possibilità di accedere all'adozione, escludendo indebitamente le coppie omosessuali dall'ambito di applicazione dell'istituto.

I giudici di Strasburgo ritengono lecito tutelare il modello familiare tradizionale, ma tale protezione non può giustificare alcuna disparità di trattamento. Non si può far finta di non vedere che il concetto di famiglia, nel corso dei secoli, ha subito un'evoluzione; è dunque compito dello Stato proteggerla nelle sue diverse sfaccettature.

---

<sup>126</sup> E. A. EMILIOZZI, *L'adozione da parte di partners di unioni civili*, cit., 799.

Da ciò ne deriva l'irragionevolezza di una presunta inidoneità delle coppie omosessuali a crescere un figlio, ma si indica come discriminatoria solo la diversità di disciplina prevista tra coppie eterosessuali e omosessuali *de facto*, ferma restando, invece, la giusta differenziazione tra quest'ultime e le coppie sposate.

L'art. 50 della legge n. 184/1983 prevede, poi, che nel caso di cessazione da parte dell'adottante o degli adottanti della responsabilità genitoriale, l'esercizio della stessa può essere ripreso dai genitori biologici. Anche dopo il perfezionamento dell'adozione ad opera del *partner* omosessuale del genitore naturale, l'adottato può mantenere i rapporti verso la famiglia del genitore biologico estraneo all'unione civile.

L'art. 74 c.c., così come riformato nel 2012, ha consentito che il vincolo di parentela sorga anche verso la famiglia dell'adottante, eccezion fatta per l'adozione di persone maggiorenni.

L'istituto in esame, con il passare del tempo, si è evoluto sino a diventare una sorta di macro contenitore, pronto ad accogliere situazioni molto diverse rispetto a quelle inizialmente individuate dal legislatore e non inquadrabili nella disciplina dell'adozione legittimante. L'interesse fondamentale che si vuole proteggere rimane quello del minore "perfettamente realizzato in una concezione funzionale, e non fattuale, di famiglia che vede nell'esistenza di un rapporto reale ed abituale la fonte del sano ed armonioso sviluppo"<sup>127</sup>

## 7. Il principio di continuità affettiva.

---

<sup>127</sup> Trib. Roma, 23 dicembre 2015,

In tema di adozione, il legislatore ha indirizzato le proprie scelte assumendo quale imprescindibile punto di riferimento l'interesse del minore ad avere una famiglia da cui ricevere assistenza materiale e morale.

L'adozione è generalmente preceduta da un periodo di affidamento del minore presso la nuova famiglia. Tale percorso può presentare epiloghi differenti: il minore può, infatti, rientrare nella famiglia d'origine, essere adottato, o affidato ad un'altra famiglia ancora.

È indubbio che questi continui cambiamenti possono generare uno squilibrio al minore, in particolar modo se avvengono con una certa frequenza, così come nel caso di affidamento extra-familiare.

Per tali ragioni, si è aperta la strada all'adozione in casi particolari verso coniugati e non, single e parenti, al fine di tutelare il diritto del minore alla continuità affettiva, permettendo all'adottato di mantenere i rapporti con la famiglia d'origine e con quella che lo ha accolto, senza precludere a nessun adulto qualsiasi forma di presenza nella vita del minore<sup>128</sup>.

Si è lasciata alle spalle la rigida cultura improntata ad una visione restrittiva del concetto di famiglia e, dunque, a un'idea di adozione articolata secondo il tradizionale modello coniugale.

Oggi si ha riguardo all'interesse superiore del minore, essendo del tutto irrilevante che la coppia sia omogenitoriale oppure no: "ciò che veramente conta è la sussistenza di una relazione affettiva fondata su un comune progetto di vita, comuni sogni e proiezioni future, e sulla condivisione dei giorni di vita quotidiana in cui l'omoaffettività altro

---

<sup>128</sup> L. LENTI, *L'Adozione*, cit., 388.

non è se non un ostacolo puramente formale, per la cui esistenza non si trovano giustificazioni”<sup>129</sup>.

Normalmente il percorso di adozione si conclude con l’inserimento del minore nella famiglia affidataria, ma se così non dovesse essere e se la famiglia che accoglie il minore fosse diversa da quella che si è occupata di lui per numerosi anni di affidamento preadottivo, il giudice potrà comunque permettere al minore di visitare tale famiglia.

Tale assunto può essere applicato anche nei confronti della famiglia di origine dopo la conclusione della procedura di adozione del minore, procedura che, normalmente, comporta la completa cessazione dei rapporti giuridici preesistenti<sup>130</sup>.

In conclusione deve riconoscersi che il sistema sin qui delineato presenta, ancora oggi, numerose antinomie.

La giurisprudenza, investita del problema ancor prima del legislatore, nel corso degli anni ha cercato di inserire delle toppe alle numerose lacune legislative. I suoi interventi hanno rappresentato per lo Stato italiano il ponte di collegamento con il mondo europeo, il quale si è rivelato sin da subito molto più garantista nei confronti dei bambini nati e cresciuti in contesti omogenitoriali<sup>131</sup>.

## 8. L’adozione da parte dei c.d. *singles*.

All’interno dell’ordinamento giuridico italiano, l’adozione nasce quale istituto a cui hanno diritto di accedere esclusivamente coloro che sono

---

<sup>129</sup> A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità, Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, Bologna, 2018, 106.

<sup>130</sup> L. LENTI, *op. cit.*, 392 ss.

<sup>131</sup> A. MARGARIA, *op. cit.*, 111.

uniti in matrimonio da almeno tre anni, sulla presunzione *iuris et de iure* che solo tale modello familiare permetta la crescita e lo sviluppo del minore.

La legge n. 476/1998 sembrava voler condurre ad una modifica sostanziale delle norme in tema di legittimazione all'adozione, con l'intento di estenderla anche ai non coniugati, sulla scia di ripetute pressioni da parte dell'Europa, già proiettata verso un significativo rinnovamento dell'istituto.

L'art. 29 della legge succitata non menziona il vincolo matrimoniale tra i requisiti necessari all'adozione, ma si rivolge genericamente alle "persone" residenti in Italia.

La legge preferisce, dunque, lasciare aperte tutte le possibilità, compresa quella di permettere ai *singles* di avanzare domanda di adozione legittimante.

La percorribilità di tale soluzione è stata, tuttavia, osteggiata da coloro che vedevano nella predetta estensione un pericoloso tentativo di minare alle fondamenta stesse dell'istituto dell'adozione.

Il legislatore è allora intervenuto con la l. 149/2001, la quale inserisce i soggetti non coniugati nel marginale e tassativo elenco dei "casi particolari".

La valorizzazione della persona come singolo, prima che come gruppo, non può eccedere al punto da scavalcare e ignorare l'interesse del minore: l'obiettivo da raggiungere non è quello di dare un figlio ad una famiglia ma, al contrario, dare una famiglia ad un figlio.

I modelli monoparentali, tuttavia, non sono stati mai visti di buon occhio dalla giurisprudenza, la quale ha negato più volte il pieno riconoscimento dell'atto straniero di adozione da parte soggetti non coniugati.

Uno spiraglio per l'adottante può essere rappresentato dall'adozione internazionale, purché lo stesso possieda alcuni requisiti richiesti dall'art. 36 della l. 476/1998, quali, ad esempio, il soggiorno e la residenza nel Paese straniero per un arco temporale di due anni. Tale, sicuramente poco incisivo, si rafforza se si considerano come parametri per la valutazione di conformità del provvedimento straniero non già i principi italiani sul diritto di famiglia, bensì i principi sanciti dalla Convenzione dell'Aja.

A ben vedere lo spazio di manovra riconosciuto all'adottante singolo è molto limitato sia dalle norme nazionali che internazionali.

#### 9. L'adozione in casi particolari.

Il legislatore, al fine di tutelare l'interesse del minore ogni qual volta il giudice non consente di salvare il rapporto di filiazione, oltre che nelle circostanze in cui non sussistono le condizioni per un'adozione legittimante dello stesso, si è servito di uno strumento in grado di consolidare i rapporti tra il nato e le persone che si prendono cura di lui. Trattasi dell'adozione "in casi particolari" disciplinata dall'art. 44 della l. 184 del 1983.

L'istituto appena menzionato prevede la possibilità per i minori di essere adottati anche quando non ricorrano le condizioni di cui al primo comma dell'art. 7: a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio adottivo anche dell'altro coniuge; c) quando il minore è diversamente abile, orfano di padre e di madre, ma non viene

richiesto da una coppia coniugata e rispettosa dei limiti di età, per cui potrà essere adottato da una persona singola ultracinquantenne; d) quando vi sia la constata impossibilità di affidamento preadottivo.

Nei casi a), c) e d) l'adozione è consentita oltre ai coniugi anche a chi non è coniugato (ad es. al *partner* di un'unione civile nei confronti del figlio dell'altro; nei casi a) e d) l'età dell'adottante deve superare di almeno diciotto anni quella di coloro che egli intenda adottare.

Dal tenore letterale della norma emerge come il legislatore, attraverso tale strumento, abbia voluto offrire maggiori *chances* agli aspiranti adottanti: i requisiti di accesso sono infatti meno stringenti rispetto al regime tradizionale.

A ben vedere la norma possiede una spiccata funzione solidaristica, permettendo al minore in stato di abbandono materiale e morale di crescere in un ambiente consono per un sano sviluppo della sua personalità e, al contempo, realizzando il desiderio di genitorialità di soggetti che, per problemi di sterilità o infertilità, non possono soddisfarlo attraverso le vie naturali.

Nonostante gli evidenti effetti positivi della norma sopra delineati, essa produce anche effetti più aleatori e inconsistenti<sup>132</sup>.

L'adozione di cui all'art. 44, lett. d, l.n. 184/1983 non crea un vero e proprio rapporto di filiazione, ma formalizza legami preesistenti.

Sia il figlio che il soggetto adottante non hanno diritto ad una relazione pienamente equiparata alla filiazione: vi è quindi una disparità di trattamento tra il genitore non biologico e il genitore biologico, essendo il primo posto in una posizione di subordinazione rispetto al secondo.

---

<sup>132</sup> A. G. PARISI, *Art. 74: parentela*, in *Della parentela e dell'affinità*. Artt. 74-78, 75 ss.

Tale forma di adozione non determina, inoltre, il sorgere di legami parentali con i congiunti dell'adottante, escludendo, altresì, il diritto a succedere nei loro confronti.

La situazione di incertezza derivante dal procedimento di adozione in casi particolari si acuisce anche per la necessaria sussistenza del consenso all'adozione da parte del genitore biologico, il quale rischia di venir meno in caso di separazione, divorzio o sopravvenuto decesso<sup>133</sup>.

A ben vedere la tutela offerta al minore da tale istituto è molto debole: sarà, dunque, compito del giudice assicurare un legame giuridico con il genitore sociale il quale, al contrario, dovrebbe godere di una tutela piena, al pari del genitore biologico, quando il concepimento sia avvenuto nell'ambito di un progetto condiviso di genitorialità.

Al fine di rafforzare tale strumento giuridico, occorrerà, inoltre, che il giudice si adoperi per l'ideazione di forme di riconoscimento della genitorialità che non richiedano una subordinazione della tutela minorile alla proposizione della relativa istanza del genitore sociale, previo consenso del genitore biologico<sup>134</sup>.

#### 10. Contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione degli atti di nascita redatti all'estero e adozione in casi particolari.

A distanza di un mese l'una dall'altra la Corte europea dei diritti dell'uomo e le Sezioni unite della Corte di Cassazione<sup>135</sup> si sono

---

<sup>133</sup> Cass., 29 aprile 2020, n. 8325,

<sup>134</sup> App. Napoli, 4 luglio 2018, n. 145, in *Il familiarista.it*.

<sup>135</sup> Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193.

pronunciate sul riconoscimento degli atti di nascita redatti all'estero di bambini nati da maternità surrogata

Il tema ha suscitato un ampio dibattito in dottrina e in giurisprudenza, in particolare con riguardo alla nozione di ordine pubblico internazionale quale possibile limite al riconoscimento di situazioni formatesi all'estero.

Le due Corti sono state chiamate ad operare in un diverso contesto: nel caso italiano si trattava della richiesta di riconoscimento, ex art. 64 ss., l. n. 218/1995, di due provvedimenti giurisdizionali stranieri, di cui il secondo attributivo della genitorialità in capo al componente della coppia non legato da vincoli genetici ai minori. Diversamente nel caso sottoposto alla Corte di Strasburgo la richiesta atteneva al riconoscimento di un atto di nascita straniero, dove venivano menzionati quali genitori legali dei minori i committenti, senza che la madre intenzionale avesse alcun legame biologico o genetico con i minori stessi.

Si poneva, dunque, di trascrivibilità dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero, ma contenente attestazioni palesemente non veritiere, suscettibili di creare un possibile contrasto con l'ordine pubblico. Quest'ultimo è stato da sempre considerato, a differenza di quanto previsto per le norme di applicazione necessaria, un limite che opera a posteriori, come *«un “compasso” che delinea “a valle” il grado di apertura o di chiusura dell'ordinamento del foro verso valori giuridici estranei»*<sup>136</sup>.

In questo scenario si colloca la decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione del 2019.

---

<sup>136</sup> F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2/2020, 2018, 260.

Oggetto di indagine da parte dei giudici di legittimità è la questione relativa alla riconoscibilità in Italia di un provvedimento straniero attributivo della genitorialità in capo a una coppia di persone di sesso maschile di due minori nati facendo ricorso alla surrogazione di maternità.

Precedentemente alla pronuncia delle Sezioni unite, la Corte di Appello di Trento<sup>137</sup> aveva affermato la sussistenza della bigenitorialità in capo a tale coppia *same sex* basandosi su un precedente giurisprudenziale secondo il quale «*i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta Costituzionale, vale a dire quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario*»<sup>138</sup>.

Da ciò ne era conseguita la dichiarazione di insussistenza del contrasto con l'ordine pubblico ove la norma straniera avesse contenuto diverso da quella italiana, ove mancasse una normativa interna analoga a quella straniera, o, ancora, ove la fattispecie fosse vietata dalla legislazione interna.

Tale orientamento, costituzionalizzando il concetto di ordine pubblico, ha consentito alla Corte di restringerne la nozione e riconoscere, nel nostro ordinamento, un atto di nascita spagnolo in cui risultavano madri due donne, entrambe legate al minore, una geneticamente e l'altra biologicamente per averlo partorito. Ciò sull'assunto che la norma spagnola secondo cui «*è considerata madre colei che partorisce*» non

---

<sup>137</sup> App. Trento, ord., 23 febbraio 2017, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2/2020, 2018, 792, con nota di M.C. BARUFFI, *Co-genitorialità same sex e minori nati con maternità surrogata*, in *Fam. dir.*, 2017, 6 ss.

<sup>138</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2/2020, 2016, 813 ss.

costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale e, dunque, un principio di ordine pubblico<sup>139</sup>.

Dinanzi a tale decisione, la prima sezione della Cassazione ha rimesso la questione alle Sezioni unite, le quali hanno avuto modo di fare chiarezza sulla nozione di ordine pubblico.

Come già esaminato nei capitoli precedenti, l'ordine pubblico internazionale, secondo le Sezioni unite del 2019, è costituito dai *«valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico. Essi sono ricavabili dalla Costituzione, dalle fonti internazionali e sovranazionali ma anche dalla legislazione ordinaria che codifica quei principi fondamentali nei singoli istituti, nonché dall'interpretazione fornita dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale, che dà forma a quel diritto vivente dalla cui valutazione non può prescindere»*<sup>140</sup>.

Diversamente da quanto osservato dalla Corte di appello di Trento, le Sezioni unite ritengono che sia proprio la normativa ordinaria e la sua interpretazione a “contribuire e a tenere vivi ed arricchire di significati i principi fondamentali dell'ordinamento”.

La conseguenza di tale nuova ricostruzione di ordine pubblico risiede nella diversa considerazione della riconoscibilità del provvedimento straniero attributivo della responsabilità genitoriale ai due padri sui minori nati da maternità surrogata.

La Corte rileva, infatti, come la maternità surrogata sia contraria all'ordine pubblico, con conseguente divieto di trascrizione degli atti di nascita formati all'estero nei registri dello stato civile italiano, e ritiene

---

<sup>139</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599.

<sup>140</sup> Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193.

il minore nato facendo ricorso a tale tecnica in stato di abbondanza per mancanza di qualunque legame genetico con i genitori committenti. Più precisamente i Giudici di legittimità specificano che il divieto di maternità surrogata costituisce un principio di ordine pubblico, volto a tutelare valori fondamentali, quali la dignità della gestante dal rischio di mercificazione del corpo e, l'istituto dell'adozione.

Entrambi devono essere considerati prevalenti sull'interesse del minore "nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore" senza possibilità alcuna per i giudici di sostituire una diversa valutazione<sup>141</sup>.

Sancita l'impossibilità tanto di ricorrere alla maternità surrogata, quanto di riconoscere un rapporto di filiazione per il componente della coppia non legato biologicamente o geneticamente con il minore sulla base delle risultanze del provvedimento straniero, i giudici di legittimità, individuano nell'istituto dell'adozione in casi particolari *ex art. 44, primo comma, lett. d, l. n. 184/1983*, lo strumento in grado di garantire al minore la prosecuzione dei rapporti familiari e il godimento dei diritti da essi derivanti. La norma, come si vedrà nei paragrafi successivi, prevede infatti la possibilità di adottare un minore senza la dichiarazione dello stato di adottabilità, nei casi di "constatata impossibilità di affidamento preadottivo". In tal modo viene soddisfatto l'interesse superiore del minore a vedere riconosciuti i rapporti sviluppatasi con soggetti che, seppur allo stesso non legati da vincoli biologici, se ne sono presi cura, quali i *single*, le coppie di fatto e quelle *same sex*.

---

<sup>141</sup> Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193.

11. Parere della *Grande Chambre*: tutela della relazione genitore non biologico/minore e strumenti rimediali.

Negli ordinamenti che vietano il ricorso alla maternità surrogata come la Francia o l'Italia, l'esistenza di un legame genetico o biologico ha sinora rappresentato l'elemento scriminante al fine di riconoscere o negare la sussistenza del rapporto di filiazione con i minori generati attraverso tale pratica.

Gli Stati sono infatti liberi di vietare o ammettere detto strumento procreativo e, conseguentemente, di negare o consentire la trascrizione degli atti di nascita stranieri con riferimento al genitore che non ha fornito alcun apporto genetico.

In capo agli Stati membri sussiste comunque un obbligo di mettere a disposizione del genitore non genetico altri strumenti giuridici (diversi dalla trascrizione) in grado di “conferire rilievo al rapporto genitoriale”<sup>142</sup>. Ciò è quanto si evince nel parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo su richiesta della Cassazione francese nel caso *Menesson*.

Già nel 2014 la Corte aveva emanato la prima decisione in materia, seguita dalle giurisdizioni nazionali – compresa la nostra Corte di cassazione – in base alla quale non è possibile rifiutare la trascrizione dell'atto di nascita nei confronti del genitore con il quale il minore possiede un legame genetico o biologico; diversamente si finirebbe col violare l'art. 8 della Convenzione europea, con specifico riferimento alla vita privata.

---

<sup>142</sup> Corte EDU, *Grand Chambre*, 10 aprile 2019.

Non altrettanto chiara appariva la soluzione da adottare nei riguardi del genitore che non ha fornito alcun apporto genetico o biologico al minore.

Si poneva, infatti, il problema di verificare se, nel caso di trascrizione dell'atto di nascita con indicazione del solo genitore biologico, lo Stato stesse travalicando o meno il margine di apprezzamento conferitogli dall'art. 8 CEDU. In caso di risposta affermativa, ci si chiedeva, inoltre, se lo Stato la cui normativa consentiva di stabilire il rapporto di filiazione con il genitore non biologico per il tramite dell'adozione del figlio biologico del marito/moglie, stesse commettendo una violazione dell'art. 8 CEDU.

La Corte europea, nel rendere il proprio parere, non si è discostata dalla decisione del 2014, ribadendo che l'unico soggetto che, in una siffatta situazione, può vedere lesa il proprio diritto alla vita privata *ex art. 8 CEDU* è il minore, non anche la madre intenzionale.

La Corte sottolinea, tuttavia, la necessità di riconoscere un legame di filiazione *latu sensu* con la madre intenzionale, al fine di evitare le conseguenze negative che potrebbero diversamente loro derivare sotto il profilo della loro identità. In tali situazioni, infatti, il margine di apprezzamento in capo allo Stato si riduce, dovendo risultare prevalente l'interesse superiore del minore.

La Corte osserva che i modi attraverso i quali stabilire ovvero riconoscere il rapporto di filiazione tra la madre non biologica e il minore variano significativamente di Stato in Stato.

Ne consegue che il diritto al rispetto della vita privata, ai sensi dell'art. 8 CEDU, impone allo Stato di prevedere la possibilità per la madre intenzionale – identificata nel certificato di nascita validamente formato all'estero come madre legale – di ottenere il riconoscimento del legame

di filiazione sussistente tra la stessa e il minore nato tramite surrogazione di maternità. Spetta, in ogni caso, allo Stato, in virtù del proprio margine di apprezzamento, determinare le modalità attraverso le quali garantire tale riconoscimento.

La trascrizione dell'atto di nascita straniero può sicuramente essere considerata una di queste modalità: ad essa, tuttavia, si affianca il ricorso all'adozione, non sussistendo per lo Stato membro l'obbligo di riconoscere il rapporto di filiazione fin dalla nascita del minore. Ciò che invece rileva, a parere della Corte EDU, è che sia garantita dagli Stati celerità ed effettività, al fine di ridurre il più possibile l'incertezza esistente fino al momento del riconoscimento.

## 12. La remissione della questione di legittimità costituzionale del divieto di maternità surrogata.

A conclusione della presente trattazione, appare opportuno dare conto della recente ordinanza della Corte di Cassazione del 29 aprile 2020 con la quale è stata sollevata dinnanzi alla Consulta la questione di legittimità costituzionale del divieto legislativo di maternità surrogata, per inadeguatezza degli strumenti rimediali che tutelano la posizione del nato.

Il caso, sottoposto alla cognizione iniziale della Corte di appello di Verona, prende le mosse dalla vicenda di una coppia di uomini sposati in Canada nel 2008 i quali, al fine di realizzare il loro desiderio di genitorialità, decidono di fare ricorso alla surrogazione di maternità ammessa nel Paese di celebrazione delle nozze, ai soli fini solidaristici. Dall'accordo di surrogazione nascono nel 2010 due gemelli, i quali vantano la doppia cittadinanza: canadese e italiana.

Gli embrioni impiantati nella gestante/madre surrogata sono il risultato della fecondazione dell'ovocita di una donatrice con il seme di uno dei due coniugi.

Con un primo provvedimento il giudice canadese ha riconosciuto che la gestante non ha generato i bambini e che l'unico soggetto che deve essere riconosciuto come genitore dei minori è il membro della coppia che ha donato il seme. Tale provvedimento viene regolarmente trascritto in Italia. Con successivo provvedimento, il giudice canadese riconosce la cogenitorialità dell'altro coniuge non donatore.

Successivamente la coppia ottiene il riconoscimento in Italia, come unione civile, degli effetti del matrimonio contratto all'estero, chiedendo, altresì, la trascrizione del secondo provvedimento giudiziale canadese al fine del riconoscimento di paternità in capo all'altro membro della coppia non donatore del gamete.

Ad avviso della Corte di Cassazione, l'attuale configurazione del diritto vivente non rende possibile un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme dell'art. 12, comma sesto, l. n. 40/2004, dell'art. 64, primo comma, l. n. 218 del 1995, nonché dell'art.18, d.P.R. n. 396 del 2000. Invero, come si è avuto modo di esaminare nei capitoli precedenti, le Sezioni unite della Corte di Cassazione, nel 2019, hanno respinto la domanda di riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero con cui è stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso a maternità surrogata e il genitore d'intenzione (non donatore) munito della cittadinanza italiana, in quanto in contrasto con il divieto – vigente nel nostro ordinamento – di maternità surrogata, il quale costituisce un principio di ordine pubblico.

Secondo l'ordinanza di rimessione del 2020, la verifica della rispondenza del diritto vivente ai principi costituzionali e convenzionali non potrebbe che avvenire mediante la richiesta di un intervento interpretativo ad opera del Giudice delle Leggi.

In particolare, va osservato che la sentenza delle Sezioni unite ha certamente formato un diritto vivente sull'interpretazione delle norme applicate (cd. funzione nomofilattica della Corte) da cui il giudice *a quo* non può prescindere nella sua opera diretta a rinvenire nell'ordinamento giuridico un'interpretazione costituzionalmente conforme delle medesime norme.

L'ordinanza in commento ritiene che vi sia un contrasto col diritto vivente anche in relazione ai principi fondamentali affermati dalla giurisprudenza costituzionale italiana in materia di diritti inviolabili del minore e diritto d'eguaglianza correlato ai rapporti di filiazione.

Per tali ragioni, il Collegio solleva la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni in precedenza citate in quanto contrastanti con gli artt. 2,3, 30 e 31 Cost., se interpretate alla luce della sentenza delle Sezioni unite del 2019.

Invero, l'interpretazione delle Sezioni unite è d'ostacolo all'inalienabile diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel nucleo familiare, inteso come formazione sociale tutelata dalla Carta Costituzionale, attesa l'impossibilità di sancire la paternità legale del genitore d'intenzione.

È evidente che la tutela del diritto del minore alla propria identità, alla formazione e al consolidamento del rapporto di filiazione all'interno della propria famiglia, legittimamente costituitasi in conformità della legge canadese, risulti indebolita da un riconoscimento parziale

dell'atto di stato civile che escluda il padre d'intenzione, sulla base di considerazioni estranee alla tutela del minore.

Il Collegio rimettente intende sottoporre alla Consulta la questione di legittimità costituzionale anche sotto il profilo del bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti che, a parere della Cassazione, è stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio e la compressione dell'interesse superiore del minore, in un'ottica incompatibile con il dettato costituzionale.

La stessa nozione di ordine pubblico recepita dalle Sezioni unite implica che, dinanzi a valori fondamentali dell'individuo, l'interesse pubblico passi necessariamente in secondo piano.

Da ciò ne consegue che la nozione di ordine pubblico internazionale non può mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene e trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore.

D'altronde riconoscere la decisione straniera non implica alcun riconoscimento del contratto di maternità surrogata, la cui illiceità non viene messa in discussione nel caso in esame, ma ha come effetto il riconoscimento dello *status* e dell'identità del figlio, acquisite insieme alla cittadinanza canadese, e al diritto fondamentale a instaurare un rapporto familiare con coloro che si sono liberamente impegnati ad accoglierlo, assumendone le relative responsabilità e formando una famiglia pienamente riconosciuta sia in Canada, ove è ammesso tanto il matrimonio tra persone dello stesso sesso che la gestazione per altri,

sia in Italia, ove tale riconoscimento è già concretamente in atto come unione civile.

La tutela della dignità della donna protetta attraverso il divieto di maternità surrogata non può spingersi sino ad affievolire i diritti inviolabile del minore nato all'estero dove ha acquisito legalmente il proprio *status* e la propria identità personale.

L'interpretazione ostativa al riconoscimento appare, dunque, in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. in quanto il diniego di trascrizione dell'atto di stato civile, nella parte afferente all'inserimento del padre d'intenzione, comporta la conseguenza di discriminare i nati nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione.

D'altra parte, se alla base dell'interpretazione seguita dalle Sezioni unite vi è la ricognizione del disvalore della maternità surrogata e della rilevanza della sanzione penale comminata dall'art. 12, comma sesto, l. n. 40/2004, appare del tutto irragionevole e contraddittorio consentire la trascrizione dell'atto di nascita in cui è inserito il solo padre biologico, autore della condotta realizzata in contrasto con la norma penale, e precludere, invece, il riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero che ha legittimato l'inserimento nello stato civile della famiglia anche del padre d'intenzione, il quale è rimasto estraneo a tale condotta.

Deve, peraltro, rilevarsi che la gestazione in questione è avvenuta nel pieno rispetto delle leggi di un Paese, il Canada, che condivide i fondamentali valori della nostra Costituzione e legittima solo la maternità surrogata altruistica, come tale ispirata ad intenti solidaristici. In conclusione, il disconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di uno dei genitori legalmente riconosciuti dall'ordinamento

del Paese di nascita e di cittadinanza del minore comporta un'irreparabile alterazione dei rapporti familiari con ripercussioni nocive nei confronti del bambino; quest'ultimo, infatti, subisce una grave menomazione *ex post* della relazione con il genitore intenzionale. Ulteriore problema scaturente da tale impostazione è la creazione di una potenziale conflittualità tra coloro che il minore ha percepito come entrambi suoi genitori.

Per ovviare al problema, a parere del Collegio, non può ritenersi adeguato il modo alternativo di riconoscimento cui fa riferimento la decisione delle Sezioni unite del 2019, cioè a dire attraverso l'ipotesi di adozione di cui all', art. 44, lett. d), l. 184 del 1983 (cd. adozione in casi particolari).

Come si è visto, infatti, detta forma di adozione non crea un vero e proprio rapporto di filiazione – permettendo esclusivamente il riconoscimento di una situazione affettiva a cui vengono attribuiti diritti e doveri – e nega tanto al figlio quanto all'adottante il diritto ad una relazione pienamente equiparata alla filiazione, ponendo il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico. In definitiva, il Collegio non ritiene esistenti nel vigente sistema normativo nazionale istituti che consentano una forma di riconoscimento alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita o al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero che instauri il legame di filiazione anche con il genitore intenzionale non biologico nei confronti del minore nato all'estero mediante ricorso alla pratica della gestazione per altri.

L'istituto dell'adozione in casi particolari potrebbe, semmai, costituire una forma di tutela del rapporto affettivo sorto con il genitore

intenzionale nei casi particolari in cui il pieno riconoscimento dello *status filiationis* non si dimostri rispondente all'interesse del minore.

