

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

MARIA CARMELA VENUTI

Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il *best interest of the child* e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
destinato a GenIUS 2019-2

Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il *best interest of the child* e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri

Sommario

1. Sintesi dei punti 12-13 della parte motiva. – 2. Rilievi critici: il rivisitato concetto di ordine pubblico (internazionale) e l'allargamento dello spettro delle previsioni che valgono a comporne il contenuto. – 3. Segue: lo sconfinamento nell'inversione metodologica nel definire il contenuto della clausola generale dell'ordine pubblico internazionale tramite le norme ordinarie. – 4. Segue: l'individuazione del diritto vivente e l'impatto sulla questione da decidere. – 5. La rilevanza dell'assenza di legame genetico con il co-padre d'intenzione ai fini della (non) formalizzazione del vincolo di genitorialità. –6. L'escamotage a mo' di foglia di fico dell'adozione in casi particolari.

Abstract

L'Autrice commenta la sentenza resa a sezioni unite dalla Corte cassazione, sentenza del giorno 8 maggio 2019, n. 12193.

The Author analyses the High Court decision, Plenary Session, issued on May 8th 2019, n. 12193.

1. Sintesi dei punti 12-13 della parte motiva

Le sezioni unite scardinano la decisione con cui la Corte d'appello di Trento ha dichiarato l'efficacia nel nostro ordinamento del provvedimento statunitense relativo alla genitorialità del (secondo) padre d'intenzione, privo di legami genetici con i due gemelli nati all'estero in seguito a gestazione per la coppia omoaffettiva¹.

* Professoressa Ordinaria di Diritto Privato presso Università degli Studi di Palermo.

¹ La decisione in commento è Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 6 novembre 2018-8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. e dir.*, 7/2019, p. 653 ss., con note di M. Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, p. 667 e ss., e di G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, p. 677 ss. Vedila anche in *Familia*, 2019, p. 345 ss., con commento di M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*. In dottrina v. altresì U. Salanitro, *Quale ordine pubblico secondo le sezioni unite? Tra omogenitorialità e surrogazione, all'insegna della continuità*, in *giustiziacivile.com*, 5/2019, Edito-

In estrema sintesi, i giudici del S.C. mettono in campo una sequenza argomentativa che prende le mosse da una decisiva rivisitazione del concetto di ordine pubblico (internazionale) rispetto a quello assunto dalla decisione di seconde cure in conformità agli approdi interpretativi della giurisprudenza di legittimità all'epoca di quella pronuncia². Ciò li porta a mettere in esponente il divieto di maternità di sostituzione, sancito dalla legge in materia di procreazione medicalmente assistita (art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004), ritenendolo previsione di ordine pubblico e dunque centrale nel valutare la questione in esame, e a contrapporre gli interessi (reputati) sottostanti all'interdetto di tale pratica – ossia la dignità della donna gestante per altri e la prevalenza della verità biologica della nascita affinché non vengano minate le relazioni umane – all'esigenza dei minori di vedere consolidato il proprio *status filiationis* anche nei riguardi del secondo padre. La posizione dei figli, quindi, è destinata a subire un ridimensionamento a favore della verità della nascita, che rappresenta il punto di equilibrio individuato dal legislatore – e dunque imposto tal quale all'interprete – tra il *favor veritatis* e quello per la genitorialità d'intenzione.

Affermata la non riversabilità nel nostro ordinamento degli effetti del provvedimento straniero in quanto contrastante con l'ordine pubblico, le sezioni unite si preoccupano, tuttavia, di “recuperare” l'interesse del minore a conservare lo *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero e avvistano quale *escamotage* percorribile l'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983. Con ciò accogliendo di tale previsione la lettura “aperta” invalsa nel diritto applicato e positivamente apprezzata pure dalla Consulta³, secondo la quale, com'è noto, l'estremo dell'impossibilità di affidamento preadottivo ricomprende l'impossibilità giuridica e non soltanto quella di fatto. A questa stregua l'adozione può intervenire pure in assenza dello stato di abbandono e dunque nei riguardi di bambini di cui – come nel caso in esame – sia già accertata la genitorialità rispetto al padre biologico.

riale del 29 maggio 2019; C. Murgò, *Due uomini e due culle: sì alla filiazione, ma adottiva*, in *giustiziacivile.com*, 7/2019, *Approfondimento* del 22 luglio 2019. La pronuncia di merito impugnata è Corte d'appello di Trento, ordinanza del 23 febbraio 2017, in *Corr. giur.*, 7/2017, p. 935 ss., con nota di G. Ferrando, *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*; e in *Fam. e dir.*, 7/2017, p. 669 ss., con nota di M.C. Baruffi, *Co-genitorialità same sex e minori nati con maternità surrogata*. L'ordinanza di rimessione alle sezioni unite (Corte cassazione, sezione I, ordinanza del 22 febbraio 2018, n. 4382) è leggibile su *Fam. e dir.*, 10/2018, p. 837 ss., con nota di M. Dogliotti, *I “due padri” e l'ordine pubblico ... tra sezioni semplici e sezioni unite*. Sulla questione v. gli articoli di V. Barba, G. Cardaci, M. Dogliotti, A. Sassi e S. Stefanelli, S. Izzo, S. Tonolo, G. Casaburi, contenuti nel *focus* promosso nel 2018 da *articolo29* su *La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, tra i quali il nostro *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*.

2 In particolare, il riferimento è a Corte cassazione, sezione I, 21 giugno-30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329 ss., con nota di G. Casaburi (c. 3349 ss.); in *Corr. giur.*, 2/2017, p. 181 ss., con nota di G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*. E v. anche il commento di G. Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2017, p. 362 ss.

3 Corte costituzionale, sentenza del 18 dicembre 2017, n. 272, in *G.U.*, 20 dicembre 2017, n. 51, 1ª s.s., punto 4.3. della parte in diritto.

2. Rilievi critici: il rivisitato concetto di ordine pubblico (internazionale) e l'allargamento dello spettro delle previsioni che valgono a comporne il contenuto

La costruzione argomentativa della Corte – che verrà qui di seguito esaminata più nel dettaglio – e il suo esito si prestano, a nostro avviso, a rilievi critici.

Come detto, lo snodo da cui si dipana il ragionamento della Corte – vuoi in parte *destruens* e vuoi in parte *construens* – è costituito dal significato di ordine pubblico internazionale. Secondo gli Ermellini, la decisione di merito avrebbe errato nell'aver adottato una nozione di ordine pubblico internazionale a maglie molto ampie, in adesione agli assunti di una – allora recente – pronuncia di legittimità relativa alla trascrivibilità del certificato di nascita di una bambina nata con fecondazione eterologa “incrociata” da una coppia di donne⁴. In tal modo i giudici di merito avrebbero individuato l'ordito costitutivo dell'ordine pubblico unicamente nel complesso dei principi fondamentali, caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria⁵.

Ed ancora, la pronuncia di appello non avrebbe adeguatamente delineato i contorni della fattispecie concreta e di conseguenza non ne avrebbe messo a fuoco la regolamentazione in ambito municipale.

L'affermata non contrarietà all'ordine pubblico internazionale del provvedimento straniero sarebbe frutto, allora, di uno scrutinio corrivo nella qualificazione giuridica dell'ipotesi regolata e nell'enucleazione del relativo diritto vivente: elemento cruciale per stagliare i principi e le regole su cui si coagula il concetto di ordine pubblico «quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»⁶. I giudici di merito, in altri termini, non avrebbero tenuto conto «delle profonde differenze intercorrenti tra la [fattispecie da essi esaminata] e quella presa in considerazione dal precedente di legittimità» ed avrebbero ommesso «conseguentemente di valutare il diverso modo di atteggiarsi dei principi richiamati, alla stregua della disciplina ordinaria specificamente applicabile»⁷.

Al contrario, secondo le Sezioni unite, l'ordine pubblico verrebbe integrato non soltanto dai principi basilari, consacrati nella Costituzione e condivisi in ambito sovranazionale (in vista della promozione e dell'affermazione dei diritti fondamentali), come ricavabili dalle Carte, dai Trattati, dalle Convenzioni, ma anche dalle norme ordinarie che, disciplinando i singoli istituti, inverano i principi costituzionali. Norme che – ulteriore non irrilevante passaggio argomentativo – vanno assunte secondo l'interpretazione consolidata nel cosiddetto «diritto vivente», che di quei principi rappresenta la specifica attuazione nel momento storico considerato.

In sostanza, nel ragionamento dei giudici di legittimità la riconduzione entro il perimetro dell'ordine pubblico (internazionale) delle previsioni ordinarie, nel significato che assumono nel diritto applicato, assolve – tra l'altro – al compito di riempire la clausola generale di contenuti attuali, in conformità all'idea consolidata e pienamente condivisibile dell'ordine pubblico come espressione di principi e valori *storicamente determinati*. «Caratteristica essenziale della nozione di ordine pubblico – così si legge in un passaggio centrale della sentenza – è infatti la relatività e mutevolezza nel tempo

4 Corte cassazione, sezione I, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, *cit.*

5 Così, quasi testualmente, Corte cassazione, sezione I, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, *cit.*, punto 7.

6 Corte cassazione, sezioni unite, sentenza del 6 novembre 2018-8 maggio 2019, n. 12193, *cit.*, punto 12.2.

7 Corte cassazione civ., sezioni unite, 6 novembre 2018-8 maggio 2019, n. 12193, *cit.*, punto 13 (e, per la citazione precedente, punto 12.3).

del suo contenuto, soggetto a modificazioni in dipendenza dell'evoluzione dei rapporti politici, economici e sociali, e quindi *inevitabilmente destinato ad essere influenzato dalla disciplina ordinaria degli istituti giuridici e dalla sua interpretazione, che di quella evoluzione costituiscono espressione, e che contribuiscono a loro volta a tenere vivi e ad arricchire di significati i principi fondamentali dell'ordinamento*»⁸ (corsivo nostro).

In fase *construens*, pertanto, la S.C. adotta significative modifiche rispetto alla motivazione della Corte d'appello: sceglie un concetto di ordine pubblico internazionale che include la normativa ordinaria, poiché essa dà attuazione ai principi fondanti e, in connessione con questo, sottolinea la necessaria storicità della nozione di ordine pubblico, che reclama, pertanto, la presa diretta con il diritto vigente⁹.

Rimarcando la distanza dalla pronuncia impugnata, gli Ermellini stressano, allora, gli elementi di discontinuità tra la fattispecie odierna e quella oggetto della richiamata precedente decisione della prima sezione del S.C.¹⁰, cui si è ispirata la Corte di appello di Trento per ordinare all'ufficiale dello stato civile la trascrizione del provvedimento statunitense sulla (co)paternità del secondo genitore sociale. Così, *i*) mentre qui non sussiste legame genetico tra il padre degli affetti e i gemelli, lì le due donne presentavano entrambe un legame biologico col figlio, giacché una aveva fornito l'ovulo e l'altra aveva portato avanti la gravidanza. Ed ancora, *ii*) benché in entrambi i casi si tratti di omogenitorialità, qui l'apporto di estranei è duplice, della donna che ha donato l'ovulo e della gestante, e il ruolo di questa risulta assolutamente determinante ai fini della caratterizzazione della fattispecie e della disciplina ad essa applicabile; lì, per converso, l'intervento di terzi estranei alla coppia è soltanto del donatore di gameti e a basso impatto connotativo, essendo indifferente ai fini della regolamentazione della vicenda se si tratti di donatore di sperma ovvero di donatrice di ovuli. Infine, la differenza più eclatante e dirimente: *iii*) mentre qui si configura una maternità per sostituzione, oggetto nel nostro ordinamento di un granitico divieto presidiato da sanzione penale, lì si è trattato di fecondazione eterologa che, seppur nel caso concreto in contrasto con la normativa interna per quanto concerne il requisito soggettivo per l'accesso alle tecniche, trattandosi di coppia formata da due donne (e non eterosessuale, come richiesto all'art. 5, l. n. 40/2004), tuttavia impatta in maniera incomparabilmente meno vistosa con il sistema di quanto non faccia la gestazione per altri (in seguito anche gpa). Che è fattispecie penalmente rilevante, il cui apparato sanzionatorio investe pure i soggetti cui sono applicate le tecniche – almeno secondo una lettura che evidenzia come l'8° comma dell'art. 12 escluda dall'esonero dalla punibilità l'uomo o la donna ove si tratti della «surrogazione di maternità» di cui al 6° alinea del medesimo articolo¹¹ –, mentre l'inosservanza dell'estremo dell'eterosessualità della coppia che accede alle tecniche è colpita da una (ben più lieve) sanzione amministrativa pecuniaria, inflitta peraltro soltanto a chi *applica* la tecnica e non ai genitori.

Come detto, le Sezioni unite rintracciano, pertanto, la normativa applicabile alla fattispecie sottoposta a scrutinio nel divieto di maternità per sostituzione (art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004), nel quale scorgono il terminale del canone costituzionale di tutela della dignità della donna gestante e di quello della prevalenza della verità biologica della nascita¹². Da qui ricostruiscono il contenuto della clausola

8 Corte cassazione civ., sezioni unite, 6 novembre 2018-8 maggio 2019, n. 12193, *cit.*, punto 12.2 della motivazione.

9 Profilo, in verità, mai messo in discussione.

10 Corte cassazione, sezione I, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, *cit.*

11 Ma in senso contrario v. Corte d'appello di Messina, sentenza del 18 luglio 2016, in www.articolo29.it, che ha ritenuto la previsione sanzionatoria indirizzata alle strutture sanitarie e/o commerciali che mettono in atto la pratica e non anche i genitori.

12 Così pare potersi tradurre l'affermazione fatta dalla Corte costituzionale nella decisione n. 272/2017 *cit.*, punto 4.2. della motivazione, e richiamata quale diritto vivente dalle sezioni unite della Cassazione nel giudizio odierno, secondo cui la

generale dell'ordine pubblico tramite le statuizioni della giurisprudenza – costituzionale e di legittimità – che formano il «diritto vivente» in materia.

3. Segue: lo sconfinamento nell'inversione metodologica nel definire il contenuto della clausola generale dell'ordine pubblico internazionale tramite le norme ordinarie

In questa fase è opportuno indulgiare sul rilievo dato alle norme ordinarie nella definizione dei principi cardine di un istituto: rilievo che deriverebbe dalla loro natura di nervature sensibili che costituiscono il tessuto connettivo del sistema, inverando i principi costituzionali¹³. Tale costrutto argomentativo è stato di recente utilizzato dalle stesse sezioni unite della Cassazione nel sancire la compatibilità con il nostro ordinamento di prescrizioni straniere in materia di danni punitivi¹⁴.

L'eleganza del periodare della S.C. non può, tuttavia, offuscare la circostanza che in tal modo, con chiara inversione della gerarchia delle fonti, si fa della legge ordinaria la chiave di lettura di previsioni ad essa sovraordinate.

A nostro avviso il ruolo attribuito alle disposizioni di rango primario va, in linea generale, ridimensionato e, nel caso di specie, rigettato. A tale conclusione si perviene sia ragionando in via astratta, sia in concreto.

In prospettiva generale va considerato, infatti, che le norme ordinarie possono rivelarsi non conformi ai dettami costituzionali o essere, per così dire, costituzionalmente neutre, e dunque inadeguate a restituire in maniera puntuale ed efficace la trama dei principi su cui si fonda l'assetto ordinamentale. Si pensi, ad esempio, all'esito di incoerenza che si sarebbe determinato applicando il criterio di cui si

maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Da tale constatazione trae argomento per predicare il rilievo pubblicistico dell'interesse alla verità biologica della nascita e contrapporlo, ridimensionandone la portata, all'interesse del minore alla formalizzazione del legame costituito in via di fatto con il genitore intenzionale.

¹³ Così, quasi alla lettera, la pronuncia in esame, punto 12.1, che riproduce Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 8-9/2017, p. 1787 ss., con nota di A. Di Majo, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*; in *Foro it.*, 2017, 1, c. 2613 ss., con note di A. Palmieri, R. Pardolesi, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile* (c. 2630 ss.), di E. D'Alessandro, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piove* (c. 2639 ss.), di R. Simone, *La responsabilità civile con è solo compensazione: punitive damages e deterrenza* (c. 2644 ss.), di P.G. Monateri, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite* (c. 2648 ss.); e successivamente con nota di C. Salvi, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, *ivi*, 2018, I, c. 2504 ss. Il brano citato, contenuto al punto 6 della motivazione, così recita per esteso: «La sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale». La questione è, allora, come si dirà meglio in seguito nel testo, capire *quando* sia necessario rifarsi alle leggi ordinarie. E un differente ma non per questo secondario ordine di problemi è quello di verificare, tra le norme ordinarie, *quelle* che effettivamente e inequivocabilmente *inverano* i canoni costituzionali, posto che in teoria *tutte* le previsioni di rango sottordinato a quelle costituzionali dovrebbero essere ad esse conformi a quest'ultime e quindi in misura più o meno marcata esserne espressione.

¹⁴ Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 5 luglio 2017, n. 16601, cit. La sentenza è richiamata dalla decisione in esame al punto 12.1 della motivazione.

discute alla materia dei rapporti familiari prima della riforma del 1975. Segnatamente, nel lungo torno di tempo in cui coesisterono – generando un ampio, diffuso stridore – le previsioni del codice civile nella loro formulazione originaria, espressione della concezione istituzionale della famiglia e largamente informate al criterio della supremazia del marito e del padre, con gli enunciati della Carta fondamentale, portatori di un antitetico sistema di valori.

Sotto altro punto di vista si rifletta sulla circostanza che il legislatore ordinario, nella sua discrezionalità – e dunque in funzione delle scelte di politica del diritto che prevalgono in un dato momento storico – ben può adottare regolazioni che privilegino un certo assetto di interessi facendone correlativamente recedere altri: *ma questo non significa necessariamente che la norma primaria sia l'unica che rispetchi i principî costituzionali*. Un esempio in tale direzione è costituito dalla previgente disciplina in materia di filiazione che, pur nel tendenziale rispetto del principio di uguaglianza sancito all'art. 30 Cost., attribuiva talune prerogative ai figli legittimi a scapito di quelli naturali; disciplina che fino a poco tempo prima della riforma che ha introdotto lo stato unico di figlio è stata giudicata dalla Consulta comunque coerente con il dettato costituzionale¹⁵.

Ancor più facile rammentare che può esservi una previsione ordinaria che si rivela non conforme alla Carta fondamentale. L'esempio più vicino alla materia che ci occupa è la prescrizione della legge n. 40 del 2004 che impediva il ricorso alla fecondazione eterologa, dichiarata in contrasto con la Costituzione dopo dieci anni di vigenza¹⁶. Senza dimenticare, per inciso, che prima del varo della legge sulla procreazione medicalmente assistita la pratica era pacificamente ammessa.

Non va trascurato, poi, che la stessa maternità per sostituzione, in mancanza di specifica regolamentazione e sulla base dei principî costituzionali, era stata giudicata ammissibile da una corte di merito, in quanto nel caso di specie informata a canoni di solidarietà, gratuità, spontaneità, in un contesto familiar-amicale assolutamente armonioso e scevro da condizionamenti, indebiti sfruttamenti di una ipotetica posizione di debolezza della gestante, e da qualsivoglia compressione della sua dignità¹⁷. In altra occasione la giurisprudenza interna ha poi ritenuto non in contrasto con l'ordine pubblico un *parental order* britannico con il quale, pur in assenza sia di gravidanza e parto sia di corrispondenza cromosomica con la prole, veniva riconosciuta la genitorialità della madre sociale¹⁸.

-
- 15 Corte costituzionale, 18 dicembre 2009, n. 335, in *G.U.*, 23 dicembre 2009, n. 51, 1^a s.s., che, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 537, 3° comma, c.c. (nel testo anteriore al d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154), ha affermato che «la possibilità di richiedere la commutazione, condizionata dalla previsione della facoltà di opposizione da parte del figlio naturale e dalla valutazione delle specifiche circostanze posta a base della decisione del giudice, non contraddice la menzionata aspirazione alla tendenziale parificazione della posizione dei figli naturali, giacché non irragionevolmente si pone ancor oggi (*quale opzione costituzionalmente non obbligata né vietata*) come termine di bilanciamento (compatibilità) dei diritti del figlio naturale in rapporto con i figli membri della famiglia legittima» (punto 2.4. della motivazione; corsivo aggiunto).
- 16 Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162, in *G.U.*, 18 giugno 2014, n. 26, 1^a s.s., che, com'è noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, 3° comma, e di altre previsioni collegate, della legge 19 febbraio 2004, n. 40.
- 17 Tribunale di Roma, ordinanza del 17 febbraio 2000, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 74 e ss., con nota di A. Specchio, *Procreazione artificiale tra diritto, etica e bioetica*; e p. 300 e ss., con nota di R. Natoli, *La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto*.
- 18 Corte d'appello di Bari, 13 febbraio 2009, in *Fam. e dir.*, 3/2010, p. 251 ss., con nota di M.C. De Tommasi, *Riconoscibilità dei c.d. "parental order" relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004*. È noto, poi, che nel sistema attuale – prima dell'odierna pronuncia delle Sezioni unite – la giurisprudenza si muoveva in modo ondivago, in alcuni casi ritenendo contrario all'ordine pubblico il provvedimento straniero che attesta la copaternità facendo leva sulla illiceità della condotta dei genitori in violazione del divieto di «surrogazione di maternità» di

Ed ancora, si deve considerare che in materia di minori non ogni fattispecie penalmente rilevante – e che quindi esprime immediatamente un profondo disvalore giuridico rispetto all'ordinato e armonioso svolgimento dei rapporti umani – comporta ricadute pregiudizievoli sui figli incolpevoli. Si pensi alla vicenda dell'incesto, riguardo alla quale l'evoluzione giurisprudenziale e legislativa ha portato ad espungere dall'ordinamento le previsioni che impedivano la formalizzazione del rapporto di genitorialità, e ciò nel chiaro intento di non far subire alla prole le conseguenze negative della condotta degli ascendenti. Nella stessa direzione è la traiettoria interpretativa che ha condotto alla non automatica applicazione della pena accessoria della decadenza dalla (allora) potestà parentale contemplata nell'abrogato art. 569 c.p., in conseguenza della condanna del genitore per il delitto di alterazione di stato (di cui all'art. 567 c.p.). E così pure per l'ipotesi del reato di soppressione od occultamento di stato (art. 566 c.p.) giacché, come sottolineato dalla Consulta, l'automatismo della pena accessoria stride con la salvaguardia delle esigenze educative ed affettive del minore, che invece richiedono l'attenta valutazione del giudice nel caso concreto¹⁹.

Per inciso le considerazioni ora svolte valgono altresì a contrastare l'assunto delle Sezioni unite sull'affievolirsi e il recedere dell'interesse del nato da gpa a mantenere lo stato di figlio a causa della violazione del divieto di maternità di sostituzione. In questo caso – è sempre il ragionamento della Corte – non opererebbe più il principio di autoresponsabilità che informa la disciplina della genitorialità nel caso di ricorso alla procreazione medicalmente assistita, e in forza del quale prevale la volontà di essere genitore rispetto al dato biologico e prevarrebbe di conseguenza il canone della verità genetica per la determinazione della genitorialità²⁰.

cui all'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004 e sulla non configurabilità nel nostro ordinamento di una filiazione da persone dello stesso sesso (v. Procura della Repubblica di Roma, 27 luglio 2018, n. 9100, in *Fam. e dir.*, 5/2019, p. 496 ss.), in altri, invece, si attesti sul contrario (e per noi condivisibile) versante della portabilità dello *status* di figlio acquisito all'estero concentrando l'attenzione sulla posizione del figlio. In questo senso, ad es., Tribunale di Milano, 24 ottobre 2018, *ivi*, p. 494 ss., con nota (relativa ad entrambe le decisioni richiamate) di I. Barone, *Omogenitorialità maschile da surrogazione di maternità tra aperture giurisprudenziali e sistema costituzionale*. La Corte meneghina ha opportunamente ritenuto che la richiesta rettificazione corrispondesse «al superiore interesse della minore (...) in riferimento non solo ai diritti patrimoniali connessi alla certificazione del suo *status*, ma soprattutto ai (...) diritti alla bigenitorialità, alla certezza giuridica, all'unicità della propria condizione giuridica e sociale e dunque all'identità personale, nonché alla stabilità dei legami acquisiti fin dalla nascita nel contesto familiare». Ed ha soggiunto che «solo certificando allo Stato Civile la genitorialità anche formale del sig. (...) l'identità giuridica della minore può quindi ricongiungersi alla sua già delineata identità sociale, potendo al contrario il rigetto della domanda pregiudicare i diritti in caso ad esempio di scioglimento dell'Unione Civile o di decesso del sig. (...), con effetto palesemente discriminatorio per la minore perché fondato unicamente sull'identità sessuale della coppia che ha scelto di generarla con le tecniche di PMA». Cfr. altresì Tribunale di Agrigento, decreto del 12 aprile 2017, in www.articolo29.it, che ha disposto la rettifica della trascrizione dell'atto di nascita di una bambina nata in Ucraina con gpa su iniziativa di una coppia di genitori eterosessuali, ordinando la trascrizione del nominativo della madre d'intenzione (pare biologicamente legata alla bimba) quale genitrice della minore. In dottrina, nell'impossibilità di richiamare i tanti contributi sul tema, si rinvia a quelli contenuti nel numero monografico n. 1/2017 di *giudicedonna.it*.

¹⁹ Corte costituzionale, 23 febbraio 2012, n. 31, in *G.U.*, 29 febbraio 2012, n. 9, 1^a s.s.; Corte costituzionale, 23 gennaio 2013, n. 7, in *G.U.*, 30 gennaio 2013, n. 5, 1^a s.s.

²⁰ «Cessa di agire il principio di auto-responsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica, e torna ad operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica»: Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 6 novembre 2018-8 maggio 2019, n. 12193, cit., punto 13.2. D'altra parte, come già segnalato, per la S.C. l'interesse del minore non viene obliterato, potendo il legame con il genitore d'intenzione, non biologicamente correlato al nato, trovare copertura giuridica con il ricorso allo strumento dell'adozione in casi particolari di cui alla lett. d) dell'art. 44, l. n. 1837/1984, considerata quale norma di chiusura del sistema, che consente di dare veste giudica a rapporti costituiti e sviluppatasi in

Chiuso l'inciso, non appare necessario – sempre rimanendo sul piano general-astratto – ricorrere alle prescrizioni ordinarie per conseguire il condivisibile esito di comporre un quadro aggiornato del sistema giuridico, necessario per cesellare un concetto di ordine pubblico (internazionale) che sia in presa diretta con il tempo presente e più precisamente con l'assetto attuale dell'ordinamento interno. Infatti, come la stessa giurisprudenza costituzionale ha sottolineato, pure le previsioni della *Charta* sono soggette ad una lettura evolutiva²¹, di cui si fanno carico gli interpreti senza dover necessariamente passare per il medio della legislazione ordinaria. E – può aggiungersi – è semmai un'ermeneusi costituzionalmente e convenzionalmente orientata che, mettendo in circolo principi e regole posti a presidio dei diritti e delle libertà fondamentali pure a livello sovranazionale, si incarica di ridisegnare il sistema veicolando al suo interno il precipitato di più moderni predicati assiologici condivisi in ambito internazionale. Una nitida dimostrazione di ciò è offerta dalla nota decisione della Suprema Corte che, sulla base degli artt. 12 della Cedu e 9 della Carta dei diritti fondamentali EU (nella lettura aggiornata accolta dalla Corte EDU), ha sancito il superamento, nel nostro ordinamento, della «concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire “naturalistico”, della stessa “esistenza” del matrimonio»²². L'evoluzione dei principi in materia di matrimonio a livello sovranazionale ha così portato ad un allargamento del perimetro contenutistico dell'istituto.

Motivi per sconfessare l'approccio ermeneutico adottato dalle Sezioni unite nella decisione in commento vengono altresì dalla differente prospettiva dell'applicazione concreta.

Nel caso dei danni punitivi l'individuazione delle coordinate della materia passa necessariamente per le norme ordinarie, giacché non è dato rinvenire nella Carta costituzionale, in disposizioni di pari rango ovvero in statuizioni di livello interposto specifici enunciati o principi che vi si attaglino e da cui sia possibile ricavare gli assi portanti della regolamentazione municipale. Infatti, seppure il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. costituisce il fondamento assiologico del precetto del *neminem laedere*, la sua traiettoria non arriva ad incidere sull'individuazione dei danni risarcibili, sicché per metterne a fuoco l'ordito normativo è ineluttabile volgersi alla disciplina primaria.

Né, d'altra parte, a questo scopo possono essere utilmente scandagliate altre previsioni costituzionali. Non certamente dall'art. 41 in tema di iniziativa economica, benché da esso venga confermata la rilevanza dei diritti fondamentali nel quadro dello svolgimento delle attività economiche e nel confronto con le logiche del mercato, e si tragga altresì argomento per predicare l'ingiustizia del danno inferito alla persona quando lesa nella sua sicurezza, libertà, dignità da chi esercita attività d'impresa. La previsione costituzionale tuttavia non ricomprende sotto il suo spettro la questione dei danni risarcibili né tantomeno dei danni punitivi, per i quali, nuovamente, l'interprete dovrà ricorrere alle previsioni di rango ordinario.

Discorso tutt'affatto diverso va fatto, per contro, per la materia familiare e, in particolare, per la

fatto tra il bambino e soggetti con i quali non ha un legame di tipo genetico. E ciò nel segno della rilevanza della continuità affettiva tra il minore e coloro che – a vario titolo – sono stati significativamente e durevolmente coinvolti nella sua esistenza. Sul punto v. *infra* nel testo, ultimo paragrafo.

21 Corte costituzionale, 15 aprile 2010, n. 138, in *G.U.*, 21 aprile 2010, n. 16, 1^a s.s., secondo cui gli istituti interessati dalle previsioni della Carta fondamentale «non si possono ritenere ‘cristallizzati’ con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi» (punto 9 della motivazione).

22 Corte cassazione, sezione I, sentenza del 15 marzo 2012, n. 4184, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2727 ss., con nota di R. Romboli, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei «dicta» della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di cassazione* (c. 2756 ss.).

regolamentazione della genitorialità e la tutela dei minori: àmbiti nei quali è dato rinvenire un significativo ordito di regole e principî di matrice costituzionale e convenzionale, i quali spiegano la propria influenza sulla normativa di rango subordinato, plasmandone i contenuti anche in via interpretativa²³. E dunque, in definitiva, secondo un corretto movimento dall'alto verso il basso e non – come avviene con l'opzione adottata dalla decisione qui in esame – utilizzando la normativa ordinaria per colorare di significato i principî generali, con chiara inversione dell'ordine delle fonti.

Va comunque precisato che pure la lettura costituzionalmente e convenzionalmente conforme delle norme ordinarie relative alla fattispecie in esame può condurre a una conclusione difforme da quella accolta dal S.C., come si cercherà di argomentare nel prosieguo della trattazione.

4. Segue: l'individuazione del diritto vivente e l'impatto sulla questione da decidere

La Corte, come si diceva, identifica la fattispecie rispetto alla quale operare il vaglio di conformità all'ordine pubblico (internazionale) nella (nascita tramite) gpa, e si volge a scrutinarla sotto la lente del divieto contenuto nell'art. 12, comma 6°, della legge n. 40/2004 nell'applicazione consolidata in giurisprudenza.

Quali decisioni rilevanti vengono selezionate quelle in materia di filiazione conseguita all'estero tramite gpa, anche se attivata da coppie eterosessuali. In particolare viene in esponente la decisione della S.C. relativa al caso di genitori intenzionali eterosessuali e coniugati che, avendo fatto ricorso alla gpa in Ucraina (in violazione delle regole ivi vigenti), tornati in Italia col nato hanno visto annullato dai giudici nazionali il provvedimento di trascrizione del certificato di nascita del figlio e troncata la relazione di filiazione instaurata, sulla base del decisivo rilievo che il bambino non era geneticamente legato a nessuno dei due coniugi. Il minore è stato così dichiarato in stato di abbandono e successivamente adottato da una coppia diversa²⁴. Nella richiamata pronuncia si sottolinea con vigore come il divieto di maternità surrogata contemplato all'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004 esprima, quale norma di ordine pubblico, una duplice istanza di tutela di due beni fondamentali: per un verso la dignità della donna gestante; per altro quello della indefettibilità del ricorso all'istituto dell'adozione dei minori per realizzare una genitorialità priva di legami genetici con il nato. E ciò dal momento che il procedimento adottivo, presidiato giurisdizionalmente, esclude l'accordo tra le parti²⁵.

Le Sezioni unite trovano ulteriore conferma della riprovazione verso la maternità per sostituzione nella giurisprudenza costituzionale e, segnatamente, in due pronunce. La prima è la nota sentenza che ha sancito l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, e in cui è precisato che il contrasto con i principî costituzionali concerneva unicamente la fattispecie scrutinata e non tangeva il divieto di ma-

²³ La giurisprudenza della Corte Edu sulla tutela dei rapporti di fatto e la genitorialità *same-sex*, sull'adozione e la continuità affettiva, il diritto del minore all'identità e alla vita privata e familiare, la rilevanza del principio di non discriminazione e l'unicità dello stato di figlio.

²⁴ Corte cassazione, sezione I, 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3408 ss., con nota di G. Casaburi, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*. Per alcune notazioni critiche sulla sentenza sia consentito il rinvio al nostro *Coppie sterili o infertili e coppie «same sex»*. *La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 259 ss.

²⁵ «[L'adozione è] realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che [rimessa] al semplice accordo delle parti»: Corte cassazione civ., sezioni unite, 6 novembre 2018-8 maggio 2019, n. 12193, cit., punto 13.1.

ternità surrogata di cui all'art. 12, l. n. 40/2004, che conservava la propria validità ed efficacia²⁶. La seconda è la più recente pronuncia d'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., in materia di rilevanza dell'interesse del minore nel giudizio di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. In essa, con maggiore incisività, si sottolinea «l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale», giacché detta pratica «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»²⁷.

L'attenzione della Corte di cassazione si appunta, pertanto, sulla modalità della fecondazione medicalmente assistita e considera preminenti l'interesse della gestante e quello pubblico alla verità biologica del concepimento e del parto rispetto alla pretesa della prole al consolidamento giuridico del vincolo di genitorialità con il secondo padre d'intenzione.

Nella legge n. 40/2004 il S.C. scorge una legge costituzionalmente necessaria, e nel divieto di gpa la sintesi di un bilanciamento effettuato dal legislatore (e non affidato all'interprete), il cui rilievo non può essere trascurato o negletto nello scrutinio di contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento straniero di cui si invoca la produzione degli effetti nel nostro ordinamento.

In sostanza le Sezioni unite ritengono che il divieto di «surrogazione di maternità» contemplato dalla legge n. 40/2004 esprima una preclusione insuperabile al riconoscimento della seconda omopaternità contenuta nel provvedimento straniero, per due fondamentali ordini di ragioni. In primo luogo perché esso mira a tutelare la dignità della gestante, cui viene imposta un'intollerabile compressione dei suoi diritti fondamentali; in secondo luogo perché impedisce l'emersione della verità biologica del concepimento e della gestazione e comporta l'attribuzione della genitorialità a chi non è legato geneticamente alla prole senza passare per il medio dell'adozione²⁸. A giudizio del S.C. quest'ultima costituisce l'unico meccanismo attraverso cui è consentito dare forma giuridica alla genitorialità non biologica, in quanto la giurisdizionalizzazione del procedimento porta a connettere i più idonei aspiranti genitori con il/i minore/i in stato di abbandono.

Il divieto del 6° alinea dell'art. 12, l. n. 40/2004, come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale, pertanto, viene assunto dalle Sezioni unite quale principio di ordine pubblico, e considerato alla stregua di controlimite all'interesse della prole alla stabilità della condizione di filiazione²⁹.

26 Corte costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162, in *G.U.*, 18 giugno 2014, n. 26, 1^as.s., che al punto 9 della motivazione così testualmente afferma: «La tecnica in esame [fecondazione eterologa] (che va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta «surrogazione di maternità», espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia)».

27 Corte costituzionale, 18 dicembre 2017, n. 272, cit., punti 4.3 e 4.2 della motivazione.

28 In questo senso reputo vada inteso il pensiero della Consulta quando afferma che la surrogazione di maternità «mina nel profondo le relazioni umane» (per i riferimenti cfr. *supra*, nel testo).

29 La Corte, in sostanza, rinviene il contenuto della nozione di ordine pubblico nel significato dato alla norma che sanziona la maternità di sostituzione nel diritto applicato: a partire dalla propria giurisprudenza del 2014 per arrivare alle affermazioni formulate – invero quale *obiter dicta* – dall'Alta Corte nella pronuncia n. 162 del 2014 sulla incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa e in quella più recente (n. 272 del 2017) sulla rilevanza pubblica dell'interesse alla verità e sul suo porsi come controlimite all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. In essa il giudice *a quo* sospettava di contrarietà alla Costituzione la previsione dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non consente di valutare l'interesse (concreto) del minore «a mantenere l'identità relazionale e lo *status* di una riconosciuta filiazione materna» pur se non supportata da un legame biologico con il nato.

Pure nei confronti di tali argomenti possono muoversi rilievi critici.

Va osservato che nella sentenza n. 272 del 2017 la Consulta, nel delimitare il perimetro della propria pronuncia (di infondatezza della q/c dell'art. 263 c.c.), se, per un verso, ha avuto cura di precisare che «non è (...) in discussione la legittimità del divieto di tale pratica [maternità surrogata], previsto dall'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), e nemmeno la sua assolutezza», ha poi rimarcato, per altro verso, come «risult[i] parimenti estraneo alla odierna questione di legittimità costituzionale *il tema dei limiti alla trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati all'estero*» (punto 3 della motivazione; corsivo aggiunto). Risulta, quindi, fortemente ridimensionata la portata delle precisazioni interpretative della Corte riguardo alla questione qui in esame e così la loro idoneità a formare quel diritto vivente invocato come elemento di rilevanza cruciale ai fini della individuazione del concetto di ordine pubblico nella materia ora in discussione. A tal riguardo va rimarcato che il tema in discussione non è la legittimità della gpa, bensì la *trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati all'estero* a seguito di gpa realizzata per iniziativa di una coppia omoaffettiva maschile nel quadro di un progetto di genitorialità condiviso e perseguito da entrambi i *partner* nel rispetto della normativa del paese straniero in cui è venuta alla luce la prole. In altri termini, la riconoscibilità della genitorialità (comunque di fatto costituita fin dalla nascita) del co-padre d'intenzione nei confronti dei bambini pur in assenza di un legame. Per inciso può rilevarsi come si tratti di questione che ricorre in termini analoghi nel caso di fecondazione eterologa per il genitore d'intenzione. Sul punto si tornerà meglio *infra*.

Va comunque osservato che del ragionamento della Consulta nella pronuncia n. 272 del 2017 pare senz'altro accoglibile l'idea di un bilanciamento tra esigenze di verità ed esigenze di protezione del supremo interesse della prole. Non altrettanto, invece, il rilievo per cui in questo scrutinio vengono in esponente e «si contrappongono le modalità del concepimento e della gestazione» rispetto al consolidamento giuridico della condizione identitaria già acquisita dal minore, anche in relazione alla durata del rapporto instauratosi di fatto con il genitore d'intenzione ma a lui non legato biologicamente. Invero non si vede perché il bambino debba subire le conseguenze di una scelta assunta da altri e acquisire uno *status* filiale precario e meno pieno in termini di tutele rispetto a quello che potrebbe assumere con la trascrizione del provvedimento straniero che dispone la piena genitorialità del secondo padre *ab origine* e con globalità di effetti.

Può allora sostenersi che non si attagli allo scrutinio in esame la riprovazione per la pratica della gpa. Contrariamente a quanto affermato dalla Consulta nella parte finale della decisione n. 272/2017, infatti, riguardo alla posizione del figlio, nel silenzio della legge, non può venire in rilievo «necessariamente la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale», giacché il nato è del tutto estraneo alla fattispecie vietata e alla condotta posta in essere da altri soggetti.

Il divieto di maternità di sostituzione si volge a conformare la condotta degli adulti che intendono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, limitandone il potere di autodeterminazione procreativa in direzione, appunto, della pratica interdetta. La previsione dell'art. 12, comma 6°, costituisce un limite all'autonomia privata degli aspiranti genitori e appare fuori fuoco rispetto alla fattispecie qui in esame. L'obiezione si unisce, peraltro, a quelle già mosse contro l'affermazione della Corte sull'affievolimento del principio di autoresponsabilità degli aspiranti genitori a favore della verità genetica in seguito alla violazione della prescrizione in esame, di cui s'è discusso *supra*, al § 3.

Per altro verso, riflettendo su ciò che costituisce l'ordine pubblico nella materia che ci occupa, va sottolineato come il superiore interesse del minore costituisca un principio fondante del nostro sistema, che trova ampi e significativi riscontri nella normativa internazionale e sovranazionale di rango

costituzionale e interposto³⁰. Esso rappresenta, pertanto, uno dei cardini dell'ordine pubblico nell'ambito considerato. Sicché è in primo luogo alla sua stregua che bisogna scrutinare la fattispecie, valutando nel contempo se vi siano altri interessi, di pari o superiore rango, che possano appannarne il rilievo e far concludere che il provvedimento straniero in esame sia contrastante con l'ordine pubblico, così come affermato dalle Sezioni unite.

Va precisato che nell'ambito del superiore interesse del minore si inserisce una specifica direttiva di salvaguardia della *continuità affettiva*: canone individuabile, tra l'altro, nella relativamente recente pronuncia della Corte costituzionale che ha affermato l'interesse dei figli di una coppia di lesbiche, poi separatasi, a mantenere il legame di genitorialità di fatto instaurato con la compagna della madre biologica, che aveva condiviso e attuato con costei la scelta procreativa e così pure accolto e allevato i gemelli durante lo svolgimento del *ménage familiare*³¹.

Tra gli altri elementi che compongono l'ordito delle regole di ordine pubblico nella vicenda in esame v'è, poi, il principio di non discriminazione, che si specifica nel nostro caso come non discriminazione tra figli di coppie omoaffettive e figli di coppie eterosessuali, e tra figli di coppie lesbiche e figli di coppie gay. Senza dimenticare che la tutela dei diritti fondamentali dei minori vede collocato in primo piano il diritto all'identità personale, alla tutela della vita familiare anche se instaurata in via di fatto, e il diritto alla bigenitorialità.

Nella platea degli interessi intestati a soggetti diversi e nella fase della vicenda procreativa qui considerata, ossia a nascita avvenuta, possono acquisire rilevanza quello della gestante e quello della donatrice di gameti (ove differente dalla prima) a far emergere la propria maternità biologica e/o genetica e dunque a costituire il vincolo di genitorialità con la prole. Non può, invece, essere tenuto presente il profilo della dignità – sia della gestante, sia della donatrice di ovuli – perché *non più attuale*. Esso viene piuttosto in evidenza al tempo dell'assunzione della *scelta* di sottoporsi – nel caso della donatrice di ovuli – alla stimolazione ovarica e poi al prelievo di gameti per la creazione dell'embrione, e così pure – nell'ipotesi della gestante – al momento della decisione di accogliere l'embrione in utero e portare avanti la gravidanza per altri. Nella vicenda presente, tuttavia, tali istanze hanno esaurito la propria spinta propulsiva e non hanno più consistenza, giacché – come accertato dalle autorità straniere, trattandosi di un presupposto ineliminabile per la formazione del *parental order* – entrambe le donne che hanno fornito il proprio apporto biologico alla venuta ad esistenza della prole hanno rinunciato alla genitorialità.

L'anonimato della gestante impedisce la formalizzazione del vincolo di filiazione e la mancata costituzione di un legame giuridico anche tra la donatrice di gameti (se diversa dalla madre *porteuse*) e il nato fanno subire, nella fattispecie, un decisivo appannamento all'interesse pubblico alla verità della nascita. In tali circostanze non è in via ordinaria evidenziabile il dato biologico del parto della donna che ha portato avanti la gravidanza e così pure la corrispondenza cromosomica tra il nato e colei che ha fornito il gamete femminile.

Un ulteriore profilo dell'argomentazione dei giudici di legittimità che desta perplessità è quello per cui, nell'ipotesi di assenza di legame biologico, l'interesse del minore alla bigenitorialità e a conseguire i migliori genitori d'intenzione troverebbe attuazione solamente attraverso il procedimento adottivo.

Tra filiazione tramite gpa e filiazione tramite adozione dei minori sussistono significative diffe-

30 Per un analogo rilievo G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, nota a Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 8 maggio 2019, n. 12193, cit., p. 681 ss.

31 Corte costituzionale, 20 ottobre 2016, n. 225, in *G.U.*, 26 ottobre 2016, n. 43, 1^as.s.

renze che impediscono di riferire alla prima le previsioni della seconda.

Nella maternità per sostituzione, infatti, è l'iniziativa dei genitori d'intenzione ad attivare il processo di creazione dell'embrione e di gestazione finalizzato alla venuta alla luce di un bambino, il quale è geneticamente legato a uno dei componenti della coppia. Per il *partner* geneticamente estraneo si tratta, per contro, di un figlio soltanto degli affetti. In certo senso per lui si profila un percorso genitoriale analogo a quello che si verifica nella fecondazione eterologa, in cui l'alterità del patrimonio cromosomico del nato viene superata dalla volontà di assumere il ruolo parentale e dall'instaurazione concreta della relazione affettiva.

Nell'altra ipotesi, invece, la coppia di aspiranti genitori non ha minimamente promosso la nascita del bambino, né cooperato alla sua realizzazione. Il minore è totalmente estraneo ai futuri genitori adottivi sia nella genesi e sia nella più o meno lunga vita trascorsa con la famiglia d'origine. Ha una identità cromosomica e affettiva a sé stante, che non ha alcun punto di intersezione con coloro che giuridicamente diventeranno i suoi genitori adottivi.

Questo estremo e gli altri che connotano la condizione del minore in questa evenienza impongono la giurisdizionalizzazione del procedimento adottivo al precipuo fine di assegnare la migliore coppia di aspiranti genitori al bambino in stato di abbandono in vista della realizzazione del suo migliore interesse.

Nella vicenda del nato con gpa queste cautele non sono necessarie, dal momento che il processo procreativo è stato attivato, voluto, realizzato dalla coppia dei genitori d'intenzione, che ha accolto e cresciuto il figlio fin dalla sua venuta alla luce. Non sussiste una situazione di abbandono e la realizzazione del miglior interesse del bambino passa, dunque, per altri percorsi.

5. La rilevanza dell'assenza di legame genetico con il co-padre d'intenzione ai fini della (non) formalizzazione del vincolo di genitorialità

È giunto il momento di chiedersi, allora, se la mancanza di legame genetico con il co-padre d'intenzione sia il vero ostacolo alla formalizzazione del vincolo di genitorialità instaurato in fatto con il bambino, così come sembra trasparire dalla odierna decisione delle Sezioni unite del S.C., laddove sottolinea che la mancanza di verità della nascita sarebbe elemento che mina nel profondo le relazioni umane.

Al riguardo possono svolgersi le riflessioni che seguono.

A livello costituzionale la previsione di riferimento è costituita dall'art. 30, ult. comma, a mente del quale, com'è noto, «[l]a legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità». A ben vedere, nel disporre la riserva di legge, la Carta fondamentale allude alla circostanza che tra le norme ordinarie ve ne siano talune che individuano *limiti* alla ricerca della paternità, e implicitamente ne sottintende la conformità ai principi fondamentali. Emerge altresì che la verità genetica non rappresenta il bene della vita in assoluto perseguito dall'ordinamento, ma che su di esso può prevalere, a seconda delle circostanze, l'interesse alla stabilità della condizione di figlio già consolidatasi nel tempo³².

³² La Consulta ha escluso, sulla scorta della giurisprudenza di legittimità, che «il *favor veritatis* costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi comunque, atteso che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale»: Corte costituzionale, 18 dicembre 2017, n. 272, cit., punto 4.1.7. della parte in diritto (ove anche i riferimenti alle pronunce della S.C.).

Le coordinate che si desumono dall'enunciato dell'ultimo comma dell'art. 30 della Costituzione sono, pertanto, quelle del bilanciamento tra interesse alla verità e interesse alla stabilità dello *status* già acquisito dalla prole.

Una lettura evolutiva del sistema deve adattare questa direttiva alle nuove metodiche procreative, tenendo conto altresì che si impongono all'interprete anche i principi, cui s'è fatto cenno, di affermazione del superiore interesse del minore, di salvaguardia delle relazioni familiari anche instaurate in via di fatto, di tutela della continuità affettiva, proclamati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e sanciti in numerosi atti convenzionali.

Tra le norme di rango ordinario la costituzione del vincolo di filiazione *del nato* da gpa non è specificamente oggetto di previsione nella legge n. 40/2004.

Dall'art. 9 della l. n. 40/2004 emerge nitida la scelta del legislatore di dare piena copertura normativa all'ipotesi della fecondazione eterologa (anche al tempo in cui tale pratica era interdotta) considerando la posizione di tutti i protagonisti adulti della vicenda – gli aspiranti genitori e i terzi donatori di gameti – e articolando una trama di regole volte ad assicurare al nato la bigenitorialità nel segno della corrispondenza con la volontà procreativa della coppia che ha scelto di ricorrere alla tecnica di procreazione medicalmente assistita. Ciò viene attuato escludendo la possibilità di emersione della verità genetica, e dunque dell'assenza di relazione biologica tra il genitore d'intenzione e il nato, facendo prevalere la volontà, manifestata con il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita, di assumere la responsabilità parentale³³. In tal modo, in assenza di legame genetico tra genitore/i e prole il legislatore fa pendere l'ago della bilancia a favore della consolidazione dello *status filiationis* "apparente" rispetto all'emersione del dato di verità naturale. Il medesimo esito viene realizzato nei confronti del donatore, che presta solidaristicamente i propri gameti per consentire la realizzazione di un progetto genitoriale altrui, giacché si interdice l'acquisto di qualsiasi relazione genitoriale tra il nato e chi abbia donato i gameti utilizzati per la creazione dell'embrione. In tal modo l'art. 9, 3° comma, asseconda pure la sua volontà di non assumere vincoli parentali con il bambino che verrà alla luce.

Guardando ai soggetti adulti, quindi, l'interesse protetto è quello della conformità alla volontà espressa al momento dell'attivazione della metodica e della donazione dei gameti (per il terzo), senza possibilità di ripensamento. Si staglia qui una prevalenza assoluta dell'elemento intenzionale rispetto a quello naturale, genetico.

Il nato, dal canto suo, viene tutelato nel suo interesse alla bigenitorialità tramite la conservazione dello *status filiationis* corrispondente alla scelta assunta – senza possibilità di ripensamento – dai genitori d'intenzione, e mediante la previsione dell'irrelevanza dell'eventuale pretesa del donatore a instaurare il vincolo parentale. Ciò porta a rendere recessivo il suo interesse a conoscere le proprie origini genetiche e l'interesse (anche) pubblico alla verità dell'origine genetica e biologica della generazione e della nascita.

Del resto, a ben vedere, non è chiaro come il divieto di maternità per sostituzione possa inoculare nella vicenda una «imprescindibile presa d'atto» della verità, espressione della natura pubblica

³³ Infatti il 1° comma pone il divieto di disconoscimento della paternità o di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del coniuge o del convivente che abbia fornito il consenso al ricorso alla tale pratica, mentre nell'ipotesi di ovulo fornito da una donatrice il 2° comma, simmetricamente alla precedente evenienza, impedisce alla madre del nato «a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita» di dichiarare la propria volontà di non essere nominata nell'atto di nascita ai sensi dell'art. 30, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396. Entrambi gli enunciati assumono il significato di regola coerente al precetto del divieto di *venire contra factum proprium*, impedendo a chi ha assunto un così significativo impegno procreativo, di sottrarsi alla instaurazione del legame parentale e di sottrarre definitivamente al nato l'effettiva realizzazione del diritto alla doppia figura genitoriale.

dell'interesse all'emersione della verità della derivazione genetica della prole, così come invece asserisce la S.C. (e la Consulta).

Le regole richiamate si pongono in linea di continuità con le previsioni dell'art. 30, ult. comma, Cost., di cui va data una lettura evolutiva, posto che la norma è volta a dare copertura pure a evenienze sconosciute al tempo della redazione della *Charta*, come la questione della genitorialità in caso di nascite avvenute tramite le tecniche di procreazione medicalmente assistita.

In conclusione, e in difformità con la soluzione adottata dalle Sezioni unite nella pronuncia odierna, può ritenersi che, nel silenzio del legislatore, le previsioni dell'art. 9, l. n. 40/2004, che sanciscono l'instaurazione di una genitorialità basata sulla volontà e non sul dato biologico, siano applicabili in via analogica alla genitorialità realizzata all'estero da una coppia di uomini con il ricorso alla gpa. Del resto è la stessa Consulta ad aver affermato che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa»³⁴.

6. L'escamotage a mo' di foglia di fico dell'adozione in casi particolari

Ostacolata, dunque, la costituzione piena e diretta del vincolo di filiazione in seguito alla ritenuta contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento straniero, per dare copertura giuridica all'interesse del figlio alla bigenitorialità nei confronti del co-padre intenzionale le Sezioni unite suggeriscono di ricorrere all'adozione in casi particolari, ai sensi della lett. *d*) dell'art. 44, l. n. 184/1983.

Si tratta, però, di un percorso incerto e periglioso che realizza in maniera non piena la legittima aspirazione del minore (e del genitore d'intenzione) a formalizzare il vincolo di filiazione costituito in fatto³⁵.

Come si diceva nella procreazione tramite gpa la scelta genitoriale della coppia è, invece, determinante per l'avvio del processo procreativo e i genitori intenzionali hanno entrambi e immediatamente accolto il figlio sin dalla nascita, instaurando con lui una relazione parentale che però nel nostro ordinamento trova immediato riconoscimento soltanto nei confronti del genitore biologicamente correlato al figlio.

Va, inoltre, rimarcato che la formalizzazione del vincolo genitoriale tramite l'adozione *ex art. 44*, lett. *d*), l. n. 183/1984 non consegue immediatamente (o quasi) alla nascita del figlio, ma discende da un lungo e articolato procedimento, denso di insidie e di possibili precarietà. La sua attivazione e il buon esito dipendono dal permanere in vita e dalla perdurante capacità del genitore d'intenzione, e così pure dalla perdurante attualità della scelta biparentale in capo ad entrambi i *partner*. L'uno deve avviare il procedimento adottivo e mantenere ferma la propria scelta; l'altro, quello già formalmente tale, deve cooperare dando il proprio assenso all'adozione del *partner*. Evenienze nient'affatto scontate.

La soluzione appare insoddisfacente anche – e forse, soprattutto – negli effetti, dal momento che,

³⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014.

³⁵ L'adozione, infatti, anche quella in casi particolari, normalmente interviene dopo un periodo più o meno lungo dalla nascita di un bambino, generato (e, in molti casi anche allevato) da una coppia differente da quella formata dagli aspiranti genitori, almeno nel momento in cui ha dato vita e attuato il progetto procreativo. Ciò porta a costituire – o a poter costituire, in presenza delle condizioni previste dalla legge per la filiazione all'interno o fuori del matrimonio – il vincolo parentale nei confronti dei due genitori "originari", mentre il vincolo adottivo interviene nei confronti di uno o due (nel caso dell'adozione piena) aspiranti genitori fino a quel momento estranei e distanti dall'esistenza del bambino.

com'è noto, essi sono più circoscritti di quelli che discendono dall'adozione piena. Senza dimenticare che, a fronte dell'anodina formulazione dell'art. 74 c.c. pur a seguito della riforma del 2012, v'è incertezza tra gli interpreti sulla formazione del vincolo di parentela tra l'adottato e i consanguinei dell'adottante³⁶.

Sui limiti di questa proposta suggerita dalle Sezioni unite convergono, peraltro, nel nostro ordinamento, sia meditate riflessioni dottrinali³⁷, sia alcune pronunce di merito³⁸. Ed è nota la decisione del *Bundesgerichtshof*, che in vista dell'affermazione del superiore interesse del minore ha ritenuto di accogliere l'istanza di trascrizione del certificato di nascita formato all'estero, piuttosto che mantenere il suo claudicante *status* familiare e – al più – percorrere la precaria strada dell'adozione del figlio del *partner* o del coniuge³⁹. In essa, peraltro, è stato puntualmente evidenziato come lo strumento dell'adozione in casi particolari non sia in grado di attribuire al minore la medesima tutela che verrebbe dalla costituzione di un legame giuridico pieno col genitore d'intenzione.

Più di recente nella medesima direzione si muove la Corte EDU che, nell'*Advisory Opinion* relativa al riconoscimento nel diritto interno del legame di filiazione tra il bambino nato con gpa praticata all'estero e la madre intenzionale⁴⁰, ha sottolineato la necessità che i diversi ordinamenti, pur nel quadro della discrezionalità di cui godono, predispongano uno strumentario normativo – la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero ovvero l'adozione – in grado di apprestare ai bambini nati da gpa una tutela *effettiva e celere, conforme al superiore interesse del minore*⁴¹. I giudici di Strasburgo pongono l'accento sulla sussistenza di meccanismi giuridici in grado di dare copertura formale e riconoscimento alla relazione tra il figlio e il genitore sociale, se effettivamente sviluppata. A loro avviso l'adozione – *full or simple* – può essere utilmente presa in considerazione in alternativa al riconoscimento diretto dell'atto di nascita straniero, se e ove i suoi presupposti e il relativo il procedimento assicurino una decisione assunta in tempi rapidi, affinché il bambino non resti in una condizione di incertezza giuridica in ordine alla relazione parentale. E – soggiungono – il procedimento non può non

36 Così G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, nota a Corte cassazione civ., sezioni unite, 8 maggio 2019, n. 12193, cit., p. 686.

37 Il riferimento è al suggestivo saggio di V. Scalisi, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2017, p. 1097 ss.

38 Corte d'appello di Napoli, 4 luglio 2018, in www.articolo29.it; in *Foro it.*, 2018, I, c. 2883 ss.

39 BGH, 10 dicembre 2014, XII ZB 463/13.

40 Richiesto dalla Corte di cassazione francese e formulato dalla *Grande Chambre* della Corte Edu il 10 aprile 2019, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int>.

41 «In sum, given the margin of appreciation available to States as regards the choice of means, alternatives to registration, notably adoption by the intended mother, may be acceptable in so far as the procedure laid down by domestic law ensures that they can be implemented promptly and effectively, in accordance with the child's best interests. »: Corte Edu, Grand Chamber, *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, richiesta dalla Corte di cassazione francese (Richiesta nr. P16-2018-001), 10 aprile 2019, reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int>. Per un primo commento v. I. Anro, *Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del protocollo n. 16 alla CEDU: il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata*, in *SIDIBlog – Blog della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea*, 9 maggio 2016, reperibile su <http://www.sidiblog.org/sidi/> (ultimo accesso 26 settembre 2019). Il punto viene sottolineato in dottrina da G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, nota a Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 8 maggio 2019, n. 12193, cit., p. 686. Al riguardo l'A. manifesta il proprio scetticismo sulla idoneità della "nostra" adozione in casi particolari ad assolvere ai requisiti di prontezza ed effettività della tutela invocati dalla Corte di Strasburgo.

contemplare una valutazione della Corte circa il miglior interesse del bambino alla luce delle circostanze del caso concreto⁴².

⁴² «What is important is that at the latest when, according to the assessment of the circumstances of each case, the relationship between the child and the intended mother has become a practical reality (...), an effective mechanism should exist enabling that relationship to be recognised. Adoption may satisfy this requirement provided that the conditions which govern it are appropriate and the procedure enables a decision to be taken rapidly, so that the child is not kept for a lengthy period in a position of legal uncertainty as regards the relationship. It is self-evident that these conditions must include an assessment by the courts of the child's best interests in the light of the circumstances of the case»: punto 54 dell'Advisory Opinion.