

GenIUS

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

GABRIELLA LUCCIOLI

Qualche riflessione sulla sentenza
delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019
in materia di maternità surrogata

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

online first
destinato a GenIUS 2020-1

Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata

Abstract

L'autrice commenta la sentenza Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193.

The Author analyses the judgment issued by the Italian Supreme Court, Plenary Session, on May 8th 2019, n. 12193.

Attesa da molti mesi, la sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 fa il punto su alcuni temi di grande delicatezza, come quello della compatibilità con l'ordine pubblico internazionale della pratica della maternità surrogata, della trascrivibilità di un provvedimento straniero con il quale sia stato dichiarato il rapporto di genitorialità tra un minore nato da tale pratica e un soggetto legato da matrimonio omosessuale con il padre biologico, della rilevanza nell'ipotesi in discorso dell'interesse superiore dello stesso minore, che vedono la giurisprudenza e la dottrina, ma anche la pubblica opinione, profondamente divise.

Mi limiterò in questa sede ad esaminare i profili sostanziali, tralasciando le questioni di rito.

La pronuncia in esame merita a mio avviso piena condivisione, sotto molteplici aspetti. La prima ragione di consenso sta nell'aver ritenuto la pratica della maternità surrogata lesiva della dignità della donna, confermando l'orientamento già espresso nella sentenza della prima sezione n. 24001 del 2014, ampiamente richiamata in motivazione.

E tuttavia va dato atto che evocare il principio di dignità senza darne alcuna definizione e senza esporre le ragioni per le quali il ricorso alla *surrogacy* ne determina la lesione richiede una riflessione ed un approfondimento, nei limiti compatibili con lo spazio concesso ad una nota.

Il concetto di dignità ha radici antiche nella storia e nella filosofia, prima ancora che nel diritto, e si declina nelle varie culture e nei vari periodi storici in termini diversi. La dignità viene assunta talvolta in una dimensione statica, come requisito indefettibile della persona, come *dote* irrinunciabile che si possiede dalla nascita, talaltra è percepita secondo una prospettiva dinamica, come *conquista*, come aspirazione dell'agire, come obiettivo che ciascun essere umano deve impegnarsi a perseguire con le azioni e con le scelte di vita.

Nella elaborazione moderna la dignità si sostanzia, in estrema sintesi, nel rispetto reciproco tra gli

* Già Presidente della Prima Sezione della Corte Cassazione. Data l'autorevolezza dell'Autrice il contributo non è stato sottoposto a referaggio a doppio cieco.

uomini e le donne.

Secondo il pensiero di Kant essa esprime un concetto morale che racchiude in sé l'idea di valore: l'essere umano non può mai essere strumento di qualcosa o di qualcuno, ma va considerato sempre come fine di sé stesso, perché portatore di valori fondamentali non negoziabili. Ogni persona, in quanto essere razionale, è dotata di una propria dignità, elemento coesenziale del suo essere del quale non può essere deprivata, ed al tempo stesso è portatrice della dignità dell'intera umanità.

Stefano Rodotà affermava che la dignità non è un diritto tra gli altri, ma è *il diritto dei diritti*, è la supercategoria da cui discendono tutti gli altri diritti. Ciò vuol dire che il giudice non potrà mai adottare provvedimenti lesivi della dignità delle persone coinvolte, siano esse capaci di intendere e di volere, minori, incapaci o disabili.

La centralità del valore della persona, al di là delle appartenenze nazionali e delle diverse culture, ideologie e religioni, e l'intangibilità della sua dignità trovano pieno riconoscimento sia nelle Costituzioni del ventesimo secolo, sia nel Preambolo della Carta dell'ONU del 1945, sia ancora nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, che all'1 sancisce che *tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti*, sia infine nella Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 18 dicembre 1979.

La Carta di Nizza nel suo Preambolo pone la dignità umana come primo valore fondativo dell'Unione, considerato indivisibile e universale, e nel primo articolo sancisce che *la dignità umana è inviolabile e deve essere rispettata e tutelata*. Nel corpo della Carta numerose disposizioni rimandano al concetto di dignità, quale valore di riferimento nella tutela di specifici diritti, secondo una prospettiva concreta e relazionale, con riguardo alle singole ipotesi di contatto sociale, tanto da rivestire un ruolo fondamentale nel processo di costituzionalizzazione del diritto privato europeo.

Quanto al nostro ordinamento, l'art. 3 della Costituzione, nell'affermare la pari dignità di tutti i cittadini, prima ancora che la loro eguaglianza davanti alla legge, rende manifesto che eguaglianza e dignità non possono essere disgiunte e che la dignità sociale costituisce essenziale principio regolatore dei rapporti tra le persone. Inoltre la stretta connessione operata dall'art. 2 tra il riconoscimento dei diritti fondamentali e *l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale* rende evidente nella nostra Carta costituzionale una visione essenzialmente dinamica della dignità, che attraverso il valore della libertà come possibilità dell'uomo e della donna di autodeterminarsi collega la *pari dignità sociale al pieno sviluppo della persona umana*.

Non più contrapposte, vengono in tal modo a coesistere le due accezioni della dignità cui prima cennavo, come dote innata ed indisponibile e come risultato da raggiungere attraverso l'autodeterminazione di soggetti liberi e responsabili.

Per quanto concerne la giurisprudenza più recente, va rilevato che nella elaborazione offerta sul piano nazionale, internazionale e comunitario il concetto di dignità costituisce un parametro ineludibile di riferimento in tutte le controversie in cui si pone un'esigenza di tutela della persona, ed in particolare in quelle che riguardano la vita, la salute, la stessa individualità biologica. In tale prospettiva esso viene ad assumere un rilievo ben più pregnante della originaria connotazione etico-filosofica, per diventare un asse portante del sistema giuridico.

Va altresì osservato che nell'ampio dibattito sviluppatosi in dottrina negli ultimi anni sul significato e la portata del principio di dignità, giustificato dalla evidente polisemia del termine, emerge una contrapposizione tra gli studiosi, divisi tra coloro che tendono ad esaltare il profilo soggettivo del concetto, e quindi il principio di autodeterminazione, l'autonomia morale, i convincimenti più profondi della persona, e gli altri che propendono per una concezione oggettiva della nozione, in essa ravvisando un nucleo assoluto, una dimensione comune a tutta l'umanità che ha riguardo all'esistenza stessa della persona¹.

¹ Per un interessante scambio di opinioni sul tema della dignità v. l'intervista di R. Conti ai costituzionalisti A. D'Aloia, G.

Vorrei sottrarmi al dilemma dell'alternativa, osservando che una corretta accezione del principio di dignità esige l'attribuzione ad essa di un contenuto ampio, comprensivo sia del valore originario e non comprimibile che la Costituzione e le Carte dei diritti assegnano alla persona umana sia del riconoscimento delle esperienze e sensibilità personali che caratterizzano il patrimonio spirituale di ciascuno. Tale capacità inclusiva rende possibile declinare il principio secondo direttrici diverse, in adesione alle situazioni concrete oggetto di esame: se il diritto di morire con dignità di cui alla recente ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018 non può non essere ancorato alla visione soggettiva del malato ed alla sua personalissima percezione della dignità nel momento estremo del distacco dalla vita, altre situazioni, come quella del celebre caso del *lancio dei nani* sparati da un cannone esaminato dalla giurisprudenza francese, richiamano il valore della dignità innata, che appartiene al patrimonio irrinunciabile della persona e che per questo non lascia spazio a scelte volontarie di rinuncia.

Come appare evidente, assumere il concetto di dignità come valore assoluto, oggettivo ed irrinunciabile in presenza di determinati comportamenti lesivi vuol dire identificare il bene tutelato non solo o non tanto nella dignità della persona coinvolta, ma in quella di ogni essere umano.

Ed è questo il punto focale della questione affrontata dalle Sezioni Unite, il passaggio che condiziona ogni successivo sviluppo argomentativo. La maternità surrogata è una pratica lesiva della dignità della gestante e di tutte le donne o va intesa come legittima espressione della libera determinazione di chi sceglie di mettere a disposizione di altri il proprio corpo e quello del nascituro?

A mio parere la risposta è agevole, se solo si considera che la *surrogacy* è una pratica che riduce la persona a corpo, ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata per contratto a non appartenere mai a chi la porta in grembo, che priva la maternità del suo senso umano e la fa divenire brutta materialità biologica, mera tecnica riproduttiva.

Accettare tale pratica vuol dire azzerare tutti gli studi in ambito genetico ed endocrinologico che hanno posto in evidenza l'importanza della fase intrauterina, nella quale il feto si predispone ad entrare in rapporto con l'ambiente esterno e comincia ad esprimere la capacità di provare emozioni².

Vuol dire appropriarsi delle capacità riproduttive delle donne e in forza di tale appropriazione porre sotto controllo la gravidanza all'unico fine di soddisfare il desiderio di genitorialità: il corpo della gestante è così utilizzato come mero supporto materiale della realizzazione di un progetto genitoriale altrimenti irrealizzabile.

Vuol dire ancora ignorare le pesanti restrizioni cui sono sottoposte le surroganti nei lunghi mesi della gravidanza riguardo al cibo, al fumo, alle consuetudini di vita e le conseguenze altrettanto pesanti della privazione dell'allattamento immediatamente dopo il parto.

Si invoca da molti il principio di autodeterminazione, che reclama di essere rispettato, come diritto fondamentale della persona, in tutte le sue espressioni. Si giunge ad affermare che proprio il divieto alla donna di autodeterminarsi al riguardo integrerebbe una lesione della sua dignità.

Io penso che ridurre il problema alla autodeterminazione e all'abbattimento di un proibizionismo ritenuto non più al passo con i tempi e con i progressi della biomedicina significhi banalizzare la gestazione ed il parto e ridurre la gravidanza a mero servizio gestazionale.

A fronte di un neoliberalismo culturale che predica la totale disponibilità del proprio corpo, a fronte di un individualismo progressista che ritiene del tutto naturale ed eticamente accettabile soddisfare il desiderio di genitorialità attraverso una prestazione prevista in un contratto, da taluno definito *patto di gravidanza*, nato dalla libera determinazione di due volontà che si incontrano nel reciproco interesse, io credo che sia necessario restituire un senso a parole che lo hanno smarrito. Credo cioè che si

D' Amico e G. Repetto in *Le interviste di giustizia insieme*, "Quale futuro per il fine vita dopo Corte Cost. 207/2018. Repliche e conclusioni", in www.giustiziainsieme, 22 maggio 2019.

² V. sul punto B. Salone, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata*, in *Biolaw Journal- Rivista di Bio-Diritto*, 2014, p.183.

debba smettere di pensare che far nascere un bambino con la surrogata sia un gesto di libertà e di progresso, mentre il rifiutare una pratica che riduce le donne a meri contenitori ed i bambini ad oggetto di scambio sia segno di bigottismo reazionario.

Né ritengo si possa fare appello all'idea del sacrificio, del gesto d'amore, dell'oblazione in favore dei meno fortunati, perché i bambini non sono cose da vendere e neppure da donare. La capacità lesiva di tale pratica verso la dignità della persona non lascia spazio ad alcuna distinzione tra surrogazione commerciale e surrogazione solidale, perché nulla cambia per il bambino, e per molti aspetti anche per la madre, se la surrogazione avviene a titolo oneroso o a titolo gratuito³.

Si tratta in ogni caso di uno schiavismo che si ammanta delle parole dell'altruismo, come *dono o amore*, ma trascura che l'atto oblativo e l'amore non si riferiscono al soggetto che nasce, ma soltanto ai committenti, i cui desideri si trasformano in diritti.

Per gli stessi motivi reputo fuorviante l'obiezione che la surrogazione costituisce l'unica forma di accesso alla genitorialità non adottiva per le coppie omogenitoriali maschili e che pertanto un divieto assoluto di tale pratica presuppone una posizione ideologica preconcepita contraria alla genitorialità di dette coppie: rilevo al riguardo che non è qui in discussione la capacità genitoriale delle coppie omosessuali, siano maschili o femminili, ma unicamente la compatibilità con i valori fondamentali dell'ordinamento di una pratica, da chiunque utilizzata, che mercifica e sfrutta il corpo femminile.

Tali considerazioni mi sembrano sottese al *decisum* delle Sezioni Unite, che hanno correttamente concentrato il loro *esame* sul fenomeno della *surrogacy*, da chiunque utilizzata, e sulla sua compatibilità con i valori fondamentali dell'ordinamento, evitando ogni riferimento alla omogenitorialità ed alla capacità genitoriale delle coppie omosessuali.

Una seconda ragione di condivisione della pronuncia in esame sta nella definizione del concetto di ordine pubblico internazionale in essa espressa.

Ed invero correttamente le Sezioni Unite si discostano dalla sentenza n. 19599 del 2016, che aveva fatto propria una concezione estremamente rigida e restrittiva dell'ordine pubblico internazionale, sin quasi ad annullarne la portata. A fronte di una posizione che riteneva il legame pur necessario con l'ordinamento nazionale come limitato ai principi fondamentali desumibili dalla Costituzione, dai Trattati fondativi, dalla Carta dei diritti della UE e dalla CEDU, ossia ai principi supremi che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario, le Sezioni Unite enunciano il principio di diritto che *la compatibilità con l'ordine pubblico deve essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico.*

In questa prospettiva si riconosce al limite dell'ordine pubblico internazionale una funzione di garanzia della tenuta complessiva e della coerenza interna dell'ordinamento, così da precludere l'ingresso nel sistema di norme, pronunce ed atti emessi in Paesi terzi che risultino del tutto confliggenti con i principi fondamentali ed i valori che formano ed informano il nostro ordinamento.

Come correttamente rilevano le Sezioni Unite, chiare indicazioni in tal senso sono fornite dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995, che nel disciplinare l'ingresso nel sistema di sentenze ed atti formati all'estero non prevedono affatto il recepimento dei conferenti istituti, ma si limitano a consentire che quelle sentenze e quegli atti producano gli effetti loro propri, nella misura in cui siano compatibili con l'ordine pubblico.

³ In questo stesso senso v. A. Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. Giur.* 2015, p.474.

È evidente in alcuni passaggi motivazionali il tentativo delle Sezioni Unite di attenuare la presa di distanza dalla sentenza della prima sezione attraverso la sottolineatura della diversità tra le fattispecie esaminate, in particolare evidenziando che nel caso in detta sede affrontato, a differenza di quello al loro esame, esisteva un legame biologico del bambino con entrambe le donne, una per aver fornito l'ovulo e l'altra per aver messo al mondo il bambino⁴. E tuttavia la netta opzione espressa in termini generali ed astratti dalla sentenza n. 19599 del 2016 per un concetto così restrittivo di ordine pubblico (dal quale peraltro già la pronuncia delle Sezioni Unite n. 16601 del 2017 in tema di *punitive damages* si era discostata) rende evidente la nettezza del contrasto e la portata del suo definitivo superamento.

Ed è proprio la rilevanza attribuita dalle Sezioni Unite non solo ai principi fondamentali della Costituzione e delle fonti equivalenti, ma anche alla normativa ordinaria che *incarna* valori espressi in quelle Carte e che quindi indica concretamente il modo in cui detti valori trovano attuazione nella disciplina dei singoli istituti, che ha consentito di ricondurre nell'ambito dell'ordine pubblico internazionale il divieto di maternità surrogata, in quanto pratica lesiva del principio fondamentale di dignità, che peraltro costituisce non solo presidio irrinunciabile dell'ordinamento interno, ma anche valore universale condiviso dalla comunità internazionale.

Per tale via le Sezioni Unite colgono nella sua pienezza la portata del divieto penalmente sanzionato di cui all'art. 12 comma 6 della legge n. 40 del 2004, con le conseguenti implicazioni in punto di trascrivibilità della pronuncia emessa all'estero. Un divieto posto senza eccezioni, come è reso evidente dall'*incipit* del comma 6, *Chiunque, in qualsiasi forma...*, che rafforza la netta distinzione operata dalla legge tra le tecniche di procreazione medicalmente assistita, utilizzabili in presenza di determinate condizioni soggettive e oggettive, e la surrogazione di maternità, mai consentita.

Ancora condivisibile è l'approccio delle Sezioni Unite al tema del superiore interesse del minore e della sua rilevanza ai fini dell'attribuzione dello *status* al bambino nato da maternità surrogata.

La sentenza in esame mostra di non condividere quell'orientamento giurisprudenziale e dottrinario che ravvisa nell'interesse superiore del minore una clausola generale di interpretazione ed applicazione della normativa riguardante i minori anche in materia di *status* e che lo configura come controlimite nella valutazione del contrasto con l'ordine pubblico o come canone interpretativo del concetto, così da assegnargli una funzione integratrice e conformativa della stessa nozione di ordine pubblico⁵.

La presa di distanza da tale posizione è chiara lì dove si afferma che il preminente interesse del minore - espressione di un principio di favore ineludibile nella regolamentazione della condizione dei minori, codificato in convenzioni sovranazionali e recepito in importanti decisioni delle corti europee - è pur sempre passibile di bilanciamento con altri principi e valori considerati essenziali ed irrinunciabili dall'ordinamento, la cui considerazione può ben incidere nella individuazione delle modalità più opportune per la tutela di detto interesse. In alcuni casi detta comparazione è svolta direttamente dal legislatore, in altri è rimessa al giudice di merito, chiamato a tener conto di una serie di variabili atti-

⁴ In questo senso v. G. Casaburi, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*, in *Foro It.*, 2019, I, c. 2003 ss.

⁵ V. sul punto, in giurisprudenza, Corte di Cassazione, 15 giugno 2017, n. 14878, riguardante la rettifica dell'atto di nascita di un minore generato da due donne mediante fecondazione assistita, che ha escluso che la trascrizione richiesta fosse contraria all'ordine pubblico internazionale, tenuto conto della posizione del minore e del suo interesse; nonché Corte di Cassazione, 31 maggio 2018, n. 14007, relativa ad una richiesta di riconoscimento di provvedimento straniero di adozione piena di minori in favore del coniuge omosessuale del genitore biologico, la quale ha sostenuto che il principio del superiore interesse del minore opera necessariamente come un limite alla stessa valenza della clausola di ordine pubblico. In dottrina, tra gli altri, G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. e Dir.* 2019, p. 677; A. Sassi - S. Stefanelli; *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.*, in *Articolo29*, 2018., n.5.

nenti alle peculiarità della vicenda al suo esame.

Nella specie la pregnanza del divieto di surrogazione sancito dall' art. 12 comma 6 denota secondo le Sezioni Unite che il bilanciamento tra interessi diversi è stato già operato dal legislatore, il quale ha escluso ogni possibilità di dare pieno riconoscimento giuridico al rapporto tra il minore nato da tale pratica ed il soggetto committente a lui non legato da alcun rapporto genetico ed ha al tempo stesso garantito la continuità della relazione di cura e di affetto attraverso altri strumenti giuridici, come l'istituto dell' adozione in casi particolari ai sensi dell' art. 44 della legge n. 183 del 1984.

Una impostazione non dissimile è stata seguita dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 272 del 2017, lì dove ha osservato che vi sono casi in cui la valutazione comparativa tra il principio di verità biologica della filiazione ed il superiore interesse del minore alla conservazione dello *status* acquisito è predefinita direttamente dal legislatore, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa, mentre in altri il legislatore impone l' imprescindibile presa d' atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata, trattandosi di pratica *che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*, senza che per questo l' interesse del minore resti cancellato.

La scelta di valore etico, oltre che giuridico, espressa in via generale dal legislatore in tale direzione preclude al giudice del caso singolo la possibilità di effettuare un diverso bilanciamento, seguendo opzioni interpretative che attraverso un giudizio di prevalenza di un bene sull' altro pervengano a soluzioni non rispettose del limite dell'ordine pubblico internazionale.

Ciò vale a dire che la tutela dell'interesse superiore del minore, inteso nella specie come interesse alla acquisizione o conservazione dello *status* acquisito, non può considerarsi prevalente rispetto ad una violazione dell'ordine pubblico internazionale, né comunque condizionante la portata del concetto, così da porre sostanzialmente nel nulla la sua efficacia interdittiva. In presenza di una violazione siffatta l'interesse del minore, cui i giudici nazionali sono tenuti ad aver sempre riguardo, dovrà trovare altre strade di tutela, che lascino integra la portata di quel divieto e non si risolvano in un suo aggiramento.

Tale linea di pensiero ha trovato autorevole riscontro nella pronuncia della Grande Camera della Corte di Strasburgo nel caso *Paradiso e Campanelli c./Italia*, depositata il 24 gennaio 2017, che ha totalmente riformato la pronuncia emessa dalla seconda sezione. La Grande Camera, premesso il riconoscimento della discrezionalità degli Stati nella disciplina del fenomeno, ha attribuito valenza negativa all'aggiramento delle norme italiane sull' adozione e sul divieto di maternità surrogata ed ha ritenuto che il breve tempo trascorso avesse impedito l'instaurarsi di quei legami familiari di fatto che nel bilanciamento degli interessi in conflitto avrebbero potuto prevalere. In questa prospettiva la Grande Camera ha rifiutato la logica del fatto compiuto e della esaltazione della *genitorialità di intenzione* ed ha negato che il superiore interesse del minore, in termini di continuità affettiva, costituisca criterio prevalente rispetto all' interesse pubblico al ripristino della legalità violata.

In linea con tale posizione appare anche il parere consultivo emesso (per la prima volta) dalla Corte EDU il 10 aprile 2019 ai sensi del Protocollo n. 16, su richiesta della Corte di Cassazione francese, lì dove ha ritenuto – con riguardo ad una fattispecie concernente un bambino nato all' estero a seguito di maternità surrogata e concepito usando i gameti del padre committente, in cui detta relazione genitoriale era stata riconosciuta nell' ordinamento nazionale - che il diritto del minore al rispetto della vita privata non richiede che il riconoscimento della relazione genitoriale con la madre designata, indicata nel certificato di nascita emesso all' estero come *madre legale*, assuma la forma necessaria della iscrizione nel registro delle nascite, in quanto un altro mezzo, come l' adozione da parte della stessa, può essere utilizzato dal Paese aderente, sempre che la procedura stabilita dalla legislazione nazionale garantisca una sua attuazione tempestiva ed efficace, nel rispetto dell' interesse del bambino. Ho scrit-

to in altre occasioni⁶ che il criterio del superiore interesse del minore non attiene all'ordine pubblico, ma costituisce un parametro imprescindibile di riferimento, secondo un principio dettato non solo dalla normativa italiana, ma anche da quella internazionale, in ogni questione e decisione che attenga alla vita dei minori. Ritengo infatti che il superiore interesse del minore sia concettualmente distinto dal principio di ordine pubblico: si tratta di nozioni diverse, che presidiano valori diversi, pur nel loro reciproco interferire. E se pure è vero che l'esigenza di tutela del prevalente interesse del minore ha da qualche tempo fatto irruzione anche nelle azioni di stato, è tuttavia altrettanto vero che la situazione fattuale nella forma della avvenuta acquisizione di uno *status* all'estero come regola di definizione della questione giuridica non può costituire un canone adeguato, in quanto lascia nell'ombra gli elementi caratterizzanti le modalità della procreazione, che non sono indifferenti al diritto.

A coloro che osservano che non possono farsi ricadere sui minori incolpevoli le conseguenze negative di comportamenti illeciti degli adulti è agevole replicare che l'operazione che tende ad identificare l'interesse superiore del minore con la mera conservazione di un legame inteso come formativo della sua personalità individuale e sociale, prescindendo dall'età del bambino, dalla durata e dalla qualità del rapporto con i committenti, dalla stessa attitudine di questi ad esercitare le funzioni genitoriali, non soggetta ad alcuna forma di verifica preventiva come avviene nell'adozione, costituisce espressione di mera ideologia, in quanto svincolata da ogni riferimento alla vita di quel determinato minore ed alla concretezza dei suoi bisogni ed ancorata soltanto al dato giuridico dell'acquisizione dello *status* all'estero, così da risolversi in una presunzione assoluta preclusiva di una effettiva valutazione in concreto.

Rilevo infine che se l'interesse da valutare, come generalmente si ritiene, è quello relativo ad un determinato minore, la struttura e la funzione del procedimento volto alla attuazione di sentenze e atti stranieri previsto dalla legge n. 218 del 1995 non lasciano spazio ad alcuna possibile emersione di elementi indicativi dell'interesse concreto di quel minore.

Sulla base di tali convergenti considerazioni a me pare, pur nella consapevolezza della opinabilità di ogni soluzione in una materia che coinvolge profondamente la sensibilità personale e la coscienza collettiva, che il dilemma tra verità e certezza dello *status* posto in modo dirompente da una nascita da maternità surrogata vada risolto escludendo la preminenza dell'interesse del minore alla conservazione di detto *status* ed affidando al giudice il compito di verificare la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico con il genitore di intenzione.

Il legislatore ha individuato il punto limite della scissione tra genitorialità biologica e genitorialità di intenzione nella previsione di illiceità penale della *surrogacy*, così delineando in via generale il bilanciamento degli interessi in gioco, e tale opzione legislativa non può essere sovvertita dal giudice del caso concreto.

⁶ G. Luccioli, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici La maternità surrogata*, in *Consulta ONLINE*, 2017, fasc. II, p. 325.