

CONFRONTO CON LA GIURISPRUDENZA

MICHELE SESTA (*)

Emerito dell'Università di Bologna

LA MATERNITÀ SURROGATA: IL PERFETTO EQUILIBRIO DELLE SEZIONI UNITE

SOMMARIO: 1. Violazione del divieto e tutela dei diritti del nato: un difficile equilibrio. – 2. La risposta delle Sezioni Unite: l'adozione in casi particolari. – 3. Le variegate opposte posizioni dei primi Commentatori. – 4. Verso nuovi interventi legislativi? – 5. Una provvisoria certezza: qualsiasi forma di maternità surrogata non ha cittadinanza nel nostro ordinamento.

1. – Una riflessione sulla recente sentenza delle Sezioni Unite n. 38162/2022 ⁽¹⁾ deve muovere dalla constatazione che il tema della maternità surrogata, come pochi altri, coinvolge la personale visione dell'interprete e, segnatamente, quella del giudice, chiamato a dare applicazione, nel caso concreto sottopostogli, a principi in apparenza inconciliabili, quali, da un lato, il divieto della pratica riproduttiva, sanzionata penalmente e confliggente con principi fondamentali della Costituzione e, dall'altro, la tutela dei migliori interessi del nato, aventi notoriamente posizione prioritaria.

Per trarne sicura conferma basti mettere a confronto la sentenza della Corte costituzionale n. 272/2017 ⁽²⁾ con quella n. 33/2021 ⁽³⁾. La prima è

(*) Lo scritto è destinato agli Studi in memoria del prof. Ubaldo La Porta.

⁽¹⁾ Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Fam. e d.*, 2023, p. 408 ss., con *Nota introduttiva* di M. SESTA e commenti di G. RECINTO, *Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e "riforma" dell'adozione "piena". Dove va la Cassazione e che farà la Corte costituzionale?* e A. SPADAFORA, *Irriducibilità del totalitarismo «minoricentrico»?*

⁽²⁾ C. cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corr. giur.*, 2018, p. 499 ss., con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*; in *Nuova g. civ. comm.*, 2018, I, p. 547 ss., con nota di A. GORGONI, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis*; s.m. in *G. it.*, 2018, p. 1830 ss., con nota di E. FALLETTI, *Il riconoscimento in Italia dello status di figlio nato da surrogacy straniera* (sulla sentenza si v. anche il commento di U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2018, 2018, II, p. 552 ss.).

⁽³⁾ C. cost. 9 marzo 2021, n. 33, in *Corr. giur.*, 2021, p. 1034 ss., con nota di S.

stata molto netta nello stabilire che il divieto della maternità surrogata impone la presa d'atto della verità e quindi non consente il riconoscimento da parte del genitore d'intenzione, salva la necessità di garantire al minore un'adeguata tutela attraverso l'adozione in casi particolari⁽⁴⁾. La seconda, viceversa, ha mostrato di ritenere insufficiente l'assetto prospettato dalla precedente, invitando quindi il legislatore ad adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata⁽⁵⁾. Opposti orientamenti trapelano anche dalla comparazione dell'ordinanza della Prima sezione della Cassazione n. 1842/2022⁽⁶⁾, la quale

TONOLO, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*; in *Fam. e d.*, 2021, p. 677 ss., con note di M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?* e G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*; in *Nuova g. civ. comm.*, 2021, I, p. 623 ss., con nota di B. CHECCHINI, *L'«omogenitorialità» ancora al vaglio della Corte costituzionale*; *s.m.* in *G. it.*, 2022, p. 301 ss., con nota di V. CALDERAI, *Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*.

⁽⁴⁾ «Non si vede conseguentemente perché, davanti all'azione di cui all'art. 263 c.c., fatta salva quella proposta dallo stesso figlio, il giudice non debba valutare: se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (come è nel caso dell'art. 264 c.c.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità. Vi sono casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa. In altri il legislatore impone, all'opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata».

⁽⁵⁾ «Al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali poc'anzi ricapitolati attraverso l'adozione, essa dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1°, lettera d), della l. n. 184 del 1983. [...] Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore».

⁽⁶⁾ Cass. civ., 21 gennaio 2022, n. 1842, in *G. it.*, 2022, p. 1825 ss., con nota di U. SALANITRO, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, p. 1055 ss., con nota di A. FEDERICO, *La «maternità surrogata» ritorna alle Sezioni Unite*. V. inoltre A. MORACE PINELLI, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità*

auspicava un diverso bilanciamento tra i diritti del figlio e il divieto di maternità surrogata, con la conseguente sentenza delle Sezioni Unite qui analizzata, che nella sostanza ha confermato il proprio precedente orientamento.

Dietro agli eleganti argomenti delle une e delle altre si fronteggiano, a ben vedere, contrastanti visioni di carattere pre-giuridico⁽⁷⁾, che condizionano l'interpretazione dei dati normativi a disposizione. Anche i commentatori, così come i giudici, ovviamente muovono da più o meno inespressi pre-giudizi valoriali, partendo dai quali si pongono alla ricerca della più confacente lettura del dato ordinamentale e alla connessa analisi critica della decisione. Chi scrive non è da meno, e pertanto dichiara da subito di avvicinarsi alla questione sulla scia delle parole scritte dal giudice Giuliano Amato – che si trovano ripetute nel principio di diritto della sentenza in rassegna –, secondo le quali la surrogazione di maternità «mina nel profondo le relazioni umane»⁽⁸⁾; del resto, una consimile idea avevo espresso, oltre venti anni fa, commentando criticamente una decisione di merito che aveva ritenuto leciti gli accordi di surrogazione non onerosi⁽⁹⁾.

Un grande pregio della sentenza delle Sezioni Unite è quello di aver marcato con cristallina chiarezza il confine tra il ruolo del legislatore e quello del giudice *in subiecta materia*: un confine che negli ultimi decenni, specie con riguardo ai temi eticamente sensibili, si era opacizzato, stante la rilevante funzione di più o meno giustificata supplenza che il giudice ha svolto in molteplici occasioni e contesti. Frasi come «la giurisprudenza non è fonte del diritto» e «il giudice comune, nel ruolo – costituzionalmente diverso da quello del legislatore – di organo chiamato non a produrre un *quid novi* sulla base di una libera scelta o a stabilire una disciplina di carattere generale, ma a individuare e dedurre la regola del caso singolo bisognoso di definizione dai testi normativi e dal sistema, nel quadro dell'equilibrio dei valori già indicato con chiarezza dalla Corte costituzionale», che a tutta prima potrebbero apparire pleonastiche e ripetitive di nozioni istituzionali, valgono come autorevole e necessario richiamo alle corti – prima fra tutte la stessa Cassazione a sezioni unite – di conformarsi

surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite, in *Fam. e d.*, 2022, p. 1175 ss.

⁽⁷⁾ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, con *Introduzione* di P. RESCIGNO, traduzione a cura di S. PATTI - G. ZACCARIA, Napoli 1983.

⁽⁸⁾ C. cost. n. 272/2017, cit.

⁽⁹⁾ M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2000, II, p. 203 ss., con riferimento a Trib. Roma, ord., 17 febbraio 2000, 29 marzo 2000, *ivi*, 2000, I, p. 310 ss.

al rispetto del principio della separazione dei poteri e delineano in modo rigoroso il sistema delle fonti del diritto⁽¹⁰⁾.

Sotto questo riguardo la sentenza tratteggia un quadro di rilevanza costituzionale che va ben oltre il pur rilevante caso sottoposto al suo giudizio, per la seconda volta nell'arco di tre anni⁽¹¹⁾, costituendo un esemplare tra i più rimarchevoli di sentenza trattato⁽¹²⁾, considerato che analizza e sviluppa tutti i numerosi profili coinvolti, collocati, ripetesi, nella cornice sopra delineata.

Il tema è quello dell'ingresso nel nostro ordinamento di un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il genitore d'intenzione. Il principio di diritto affermato⁽¹³⁾ ribadisce nella sostanza quello del 2019, che detto

⁽¹⁰⁾ In argomento, cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, p. 17 ss.; ID., *Le fonti del diritto*, Milano 2008, p. 151 ove si afferma che «appare assurdo escludere – alla stregua dei consueti schemi formalistici – che anche la giurisprudenza rientri tra le fonti del diritto. [...] Essendo il principio interpretativo che determina la vincolatività del precetto interno al concreto modo di svolgersi dell'esperienza giuridica», *ivi*, p. 191.

⁽¹¹⁾ Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1212 ss., con note di D. GIUNCHEDI, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità* e di M. WINKLER, *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*; in *Fam. e d.*, 2019, p. 653 ss., con note di M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri* e di G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *G. it.*, 2020, p. 1623 ss., con note di G. SALVI, *Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero* e di A. VALONGO, *La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione*; in *Nuova g. civ. comm.*, 2020, I, p. 741 ss., con nota di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*; criticamente sulla medesima sentenza si v. S. PATTI, *La procreazione per conto di altri: problemi e prospettive*, in *Famiglia*, 2022, p. 793. Detta pronuncia confermava Cass. civ., 26 settembre 2014, n. 24001, in *Corr. giur.*, 2014, p. 478 ss., con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*; in *Nuova g. civ. comm.*, 2014, I, p. 235 ss., con nota di C. Benanti, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*.

⁽¹²⁾ Cfr. M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in *www.giustiziasieme.it*; EAD., *Il punto di vista della Prof.ssa Bianca*, in S. PATTI - M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata. Riflessioni a confronto*, in *www.rivistafamiglia.it*, 2023, 21 marzo 2023, p. 6 ss.

⁽¹³⁾ «Poiché la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della *lex loci*. Nondimeno, anche il bambino nato da maternità surrogata ha un diritto fondamentale al ricono-

ingresso aveva precluso: riconferma, invero, tutt'altro che scontata dopo la sentenza della C. cost. n. 33/2021. Al di là del *decisum*, è la parte motivazionale che maggiormente suscita l'interesse del lettore, al quale viene offerta una completa disamina delle questioni, trattate con grande equilibrio, con un argomentare ampio, puntuale ed efficace, che si avvale di uno stile di notevole eleganza.

Come noto, dopo la sentenza delle Sezioni Unite del 2019 – in virtù della quale, seguendo l'indirizzo enunciato da C. cost. n. 272/2017, l'unica modalità di dar vita a un rapporto giuridicamente rilevante tra il nato da maternità surrogata e il genitore d'intenzione sarebbe quella dell'adozione di cui all'art. 44, lett. *d* l. ad. – la Corte costituzionale, con la sentenza n. 33/2021, aveva espresso l'avviso che il ricorso all'adozione in casi particolari costituisse una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali, riconoscendo tuttavia che spetta «in prima battuta» al Legislatore «il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata [...] nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori».

Sulla base di tali considerazioni, la Prima sezione⁽¹⁴⁾ ha così nuovamente sollecitato il ricorso alle Sezioni Unite, sul presupposto che, dopo la citata sentenza della Corte costituzionale, si sarebbe creato un vuoto normativo che avrebbe giustificato l'intervento di supplenza del giudice ordinario. Secondo l'ordinanza di rimessione, infatti, il bilanciamento tra i diritti del bambino e la tutela della dignità della donna avrebbe richiesto di doversi accertare se la gestazione per altri fosse frutto di una scelta libera e consapevole e non di necessità economiche; se l'accordo di surrogazione fosse stato realizzato nel rispetto delle prescrizioni legali del Paese estero in cui aveva avuto attuazione; se ci fosse un legame genetico con uno dei genitori. L'ordinanza, decisamente schierata per l'ingresso di prov-

scimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1°, lett. *d*, l. n. 184 del 1983. Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita».

⁽¹⁴⁾ Cass. civ., n. 1842/2022, cit.

vedimenti stranieri recanti la menzione del genitore intenzionale, si spingeva oltre, fino a sostenere che potesse essere considerato non lesivo della dignità della donna l'accordo di surrogazione alla cui base vi fosse una scelta libera e consapevole, indipendente da controprestazioni economiche e revocabile sino alla nascita del bambino⁽¹⁵⁾. L'ordinanza interlocutoria riteneva, infine, che non vi fosse contrasto tra la maternità surrogata e i principi regolanti l'adozione piena, quando manchi la prova di una mercificazione, richiamando in tal senso la sentenza della Cassazione n. 9006/2021⁽¹⁶⁾ che aveva ritenuto compatibile con l'ordine pubblico internazionale la trascrizione di un atto di nascita rinveniente da una sentenza estera di adozione volontaria, fondata sul consenso dei genitori biologici.

In definitiva, la questione rimessa alle Sezioni Unite consisteva nello stabilire se sia o meno contrario all'ordine pubblico internazionale il provvedimento giurisdizionale straniero; se sia trasferibile nell'ordinamento italiano la formalizzazione del legame con il genitore intenzionale sancita nel provvedimento straniero; ancora, se l'adozione in casi particolari costituisca o meno l'unico strumento compatibile con l'ordine pubblico idoneo a instaurare un legame giuridico tra il nato all'estero da gestazione per altri e il genitore intenzionale.

Nell'esaminare i profili sopra riassunti, la decisione delle Sezioni Unite prende le mosse dalla considerazione che l'ordinamento italiano non consente il ricorso alla maternità surrogata e che pertanto l'accordo sottostante «non ha cittadinanza nel nostro ordinamento», come esplicitato dall'art. 12, l. n. 40/2004. Ciò nondimeno, osserva la Corte con grande realismo, le istanze di genitorialità si rivelano difficilmente comprimibili, cosicché «il divieto di gestazione per altri non argina il progetto di diventare genitori» ed anzi induce chi sia supportato «da un'adeguata disponibilità economica a ricorrere alla surrogazione di maternità all'estero, nei Paesi che hanno regolamentato e consentito questa tecnica di procreazione», dando luogo al «turismo procreativo di cittadini italiani che si recano all'estero al fine di ottenere, nel rispetto della *lex loci*, ciò che in Italia è vietato. Coppie con problemi di sterilità femminile o coppie omosessuali che intendono acce-

⁽¹⁵⁾ In dottrina la tesi è stata sostenuta da più Autori. Per tutti, v. U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, cit., p. 740; ID., voce *Procreazione medicalmente assistita (diritto civile)*, in *Enc. dir., I tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da F. MACARIO, Milano 2022, p. 1015; A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino 2022, p. 31 ss.; 226 ss.

⁽¹⁶⁾ Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Fam. e d.*, 2021, p. 992 ss., con nota critica di M. SESTA, *Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade*.

dere alla filiazione vanno all'estero per realizzare là dove è consentito il progetto procreativo proibito nel nostro Paese». Ne deriva che, quando la surrogazione di maternità è praticata all'estero si pone «il problema del riconoscimento in Italia della genitorialità acquisita al di fuori dei confini nazionali».

La Corte pone l'accento sulla complessità della questione se possa essere riconosciuto lo stato di figlio nei confronti del genitore intenzionale non genetico. In primo luogo, perché al divieto penale non segue alcuna regola legislativa in ordine alla sorte del figlio nato all'esito della sua violazione, diversamente da quanto, prima della sua abrogazione da parte della Corte costituzionale⁽¹⁷⁾, accadeva con riferimento alla trasgressione del divieto di fecondazione eterologa. Secondariamente, perché la norma incriminatrice «non intercetta le condotte commesse fuori dal territorio dello Stato» ed infine perché la fattispecie mette in rilievo diversi contrapposti interessi.

Da un lato, infatti, vi è l'esigenza di salvaguardare i principi ispiratori dell'ordinamento giuridico italiano, che intende proteggere la dignità umana e stigmatizzare che ci siano «donne usate come strumento per funzioni riproduttive» e «bambini esposti a una pratica che determina incertezze sul loro *status* e, quindi, sulla loro identità nella società». Esigenze che si traducono «in una finalità general-preventiva: scoraggiare i cittadini dal ricorso all'estero ad un metodo di procreazione che l'Italia vieta nel suo territorio, perché ritenuto lesivo di valori primari».

Dall'altro, sussiste «l'esigenza di proteggere il diritto fondamentale del minore alla continuità del rapporto affettivo con entrambi i soggetti che hanno condiviso la decisione di farlo venire al mondo, senza che vi osti la modalità procreativa», nella consapevolezza che la donna che lo ha partorito «spesso non ha alcuna reale intenzione di svolgere la funzione materna», cosicché «non è nell'interesse del nato far valere nei confronti della madre gestante» il diritto ad essere allevato da lei, diritto che «non è suscettibile di una qualche esecuzione specifica».

(17) C. cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1062 ss., con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*; in *Fam. e d.*, 2014, p. 753 ss., con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Nuova g. civ. comm.*, I, 2014, p. 802 ss., con nota di G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; s.m. in *G. it.*, 2014, p. 2827 ss., con nota di Em. LA ROSA, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*.

Qui, la sentenza offre considerazioni di grande profondità e persuasività: allorché il progetto procreativo, pur attuato in violazione delle norme di legge, sia seguito dalla concretezza ed attualità dell'accudimento del minore, «la mancata attribuzione di una veste giuridica a tale rapporto non si limiterebbe alla condizione del genitore d'intenzione, che ha scelto un metodo di procreazione che l'ordinamento italiano disapprova, ma finirebbe con il pregiudicare il bambino stesso il cui diritto al rispetto della vita privata si troverebbe significativamente leso». Aggiunge la Corte che «il nato non è mai un disvalore e la sua dignità di persona non può essere strumentalizzata allo scopo di conseguire esigenze general-preventive che lo trascendono. Il nato non ha colpa della violazione del divieto di surrogazione di maternità ed è bisognoso di tutela come e più di ogni altro. Non c'è spazio per piegare la tutela del bambino alla finalità dissuasiva di una pratica penalmente sanzionata [...]. Occorre separare la fattispecie illecita (il ricorso alla maternità surrogata) dagli effetti che possono derivarne sul rapporto di filiazione e in particolare su chi ne sia stato in qualche modo vittima». Come avvenne per i figli nati da relazioni incestuose, in relazione ai quali la Corte costituzionale rimosse il divieto incondizionato di riconoscimento⁽¹⁸⁾, così il giudice deve trattare la condizione di colui che sia nato da una pratica di procreazione illecita.

Aggiungiamo che, diversamente da quanto accadde nella vicenda Paradiso-Campanelli⁽¹⁹⁾, ove non vi era legame biologico tra alcuno dei genitori intenzionali e il nato, nella fattispecie in esame il genitore biologico aveva riconosciuto il figlio dandosi così carico degli obblighi genitoriali, cosicché non si sarebbe potuto dar luogo alla dichiarazione di adottabilità non sussistendo stato di abbandono.

Ben consapevole di navigare tra Scilla e Cariddi, la Corte affronta dunque il tema se sia trascrivibile il provvedimento giurisdizionale straniero che abbia riconosciuto la genitorialità al partner del genitore biologico, che, pur privo di un legame genetico con il minore, abbia condiviso il percorso che ha condotto al concepimento e alla nascita nel territorio di

⁽¹⁸⁾ C. cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Fam. e d.*, 2003, p. 119 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*, e in *Famiglia*, 2003, p. 848 ss., con nota di G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*.

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, gr. ch., 24 gennaio 2017, in *Fam. e d.*, 2017, p. 729 ss., con nota di E. FALLETTI, *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*; in *Nuova g. civ. comm.*, 2017, I, p. 501 ss., con nota di L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera; s.m.* in *G. it.*, 2018, p. 835 ss., con nota di Fr. ROMEO, *Surrogazione di maternità all'estero e ordine pubblico internazionale*.

uno stato dove la maternità surrogata non è contraria alla legge e che quindi ha portato il bambino in Italia per poi qui prendersene quotidianamente cura.

2. – L'iter argomentativo seguito nella motivazione può così essere sintetizzato.

Secondo le Sezioni Unite, diversamente da quanto opinato dall'ordinanza di rimessione, non vi è alcun vuoto normativo da colmare. Infatti, la sentenza della C. cost. n. 33/2021 da un lato ha posto in luce «le insufficienze» della disciplina dell'adozione in casi particolari quale strumento fino ad ora usualmente utilizzato per dar corpo ad un legame giuridico tra il nato e il genitore di intenzione, e, dall'altro, ha esortato il legislatore a trovare uno strumento maggiormente idoneo per salvaguardare tutti gli interessi in gioco. Le Sezioni Unite aggiungono che la Corte costituzionale «in prima battuta chiama in causa il legislatore perché la decisione sulla direzione di marcia in un terreno denso di implicazioni etiche, antropologiche, sociali, prima ancora che giuridiche, non può essere devoluta alla giurisprudenza. Per le riforme occorre la discussione in sede politica affidando al confronto democratico, e per esso all'intera comunità, scelte di così rilevante significato».

In questo contesto, nonostante il silenzio del legislatore, «la valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino all'elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore».

Si legge nella motivazione la già menzionata icastica affermazione: «La giurisprudenza non è fonte del diritto», che sembra voler segnare un cambiamento rispetto alle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali che negli ultimi decenni hanno ripetutamente enfatizzato la funzione creativa di diritto della giurisprudenza, specie di legittimità⁽²⁰⁾. È molto importante sottolineare questo passaggio, riferito particolarmente al diritto di famiglia e ai temi etici che lo caratterizzano, nel cui ambito il ruolo del legislatore è stato messo più volte in ombra, in considerazione della esigenza, giudicata prioritaria, di adeguare, attraverso la supplenza giudizia-

(20) Si v. sul punto, con varietà di approccio e prospettiva, A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in questa Rivista, 2020, p. 8 ss.; G. CHRISTIANDL, *Percorsi metodologici della civilistica italiana. Una breve storia a partire dal XIX secolo*, *ivi*, 2020, p. 67 ss.; N. LIPARI, *A partire da "l'invenzione del diritto" di Paolo Grossi*, *ivi*, 2018, p. 351 ss.; P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari 2017, p. 72 ss.; ID., *Ritorno al diritto*, Bari 2015, p. 75 ss.; F. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contratto e impr.*, 2012, p. 77 ss.; M. BIN, *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*, Padova 1995, *passim*.

ria, la disciplina giuridica delle relazioni familiari al contesto sociale in cui esse si dipanano⁽²¹⁾. Il monito delle Sezioni Unite, ripetesi, in controtendenza rispetto agli orientamenti recanti una funzione di supplenza della supposta inerzia del legislatore, ha una valenza sistemica di notevole portata e invita gli interpreti e i giudici, di legittimità e di merito, a usare prudenza e a osservare il massimo «rispetto del pluralismo e dell'equilibrio tra i poteri, profilo centrale della democrazia, perché la ricerca dell'effettività deve seguire precise strade compatibili con il principio di leale collaborazione e con il dialogo istituzionale che la Corte costituzionale ha avviato con il legislatore».

Il riconoscimento del ruolo del legislatore, se da un lato impedisce, nella fattispecie in esame, «una penetrazione diretta [...] di quell'ambito di discrezionalità legislativa che la Corte costituzionale ha inteso far salvo [nonché ...] una messa in discussione del punto di equilibrio da essa indicato», dall'altro «non estromette il giudice comune, nel ruolo – costituzionalmente diverso da quello affidato al legislatore – di organo chiamato, non a produrre un *quid novi* sulla base di una libera scelta e a stabilire una disciplina di carattere generale, ma a individuare e dedurre la regola del caso singolo bisognoso di definizione dai testi normativi e dal sistema, nel quadro dell'equilibrio dei valori già indicato con chiarezza dalla Corte costituzionale».

Sulla base di tali premesse, tornando alla fattispecie sottoposta, la Corte di Cassazione osserva che già la sentenza della C. cost. n. 79/2022⁽²²⁾ ha rimosso l'impedimento alla costituzione dei rapporti civili

⁽²¹⁾ Si v., per restare aderenti alle problematiche in esame, il precedente della S.C. che, ancora in assenza di disciplina legislativa, aveva negato il disconoscimento di paternità al genitore di intenzione che, espresso il consenso alla fecondazione eterologa della moglie, si era successivamente pentito: Cass. civ., 16 marzo 1999, n. 2315, con nota di M. SESTA, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*, in *Fam. e d.*, 1999, p. 233 ss. Più di recente, si considerino le numerose decisioni di merito e di legittimità che hanno consentito l'adozione ex art. 44, lett. d, l. n. 184/1983 da parte di un convivente di diverso o dello stesso sesso del genitore biologico: Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Fam. e d.*, 2016, p. 1025 ss., con nota di S. VERONESI, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*. In argomento si v. l'ampia ricostruzione di M.N. BUGETTI, *Lo status di figlio di coppia omosessuale a dieci anni dall'introduzione dello stato unico di filiazione. Un excursus giurisprudenziale (e qualche riflessione)*, in *Fam. e d.*, 2022, p. 849 ss.

⁽²²⁾ C. cost. 2022, n. 79, in *Fam. e d.*, 2022, p. 897 ss., con nota di M. SESTA, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*. Per un'ampia disamina critica delle questioni sollevate da detta decisione cfr. M.C. VENUTI, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante secondo la Corte costituzionale*, in *R. crit. d. priv.*, 2022, p. 567. In generale sull'adozione in casi particolari e nello specifico sulla sua applicazione alle adozioni omogenitoriali, cfr. l'ampia trattazione di N. CIPRIANI, *Adozione in casi particolari*, in *Enc. dir., I tematici*, IV, *Famiglia*, Milano 2022, p. 25 ss.

con i parenti dell'adottante, rendendo l'istituto dell'adozione in casi particolari più adeguato al soddisfacimento dell'interesse del minore. Anche la mancanza dell'assenso del genitore biologico, talora indicato come aspetto di criticità per il soddisfacimento dell'interesse del minore specie nei casi di sopravvenuta crisi della coppia genitoriale di intenzione, secondo le Sezioni Unite può essere superata in via interpretativa sul presupposto che a ben vedere il genitore biologico potrebbe negare l'assenso all'adozione del partner solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto «alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato», oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione, ma abbia poi abbandonato il partner e il minore. A un consimile esito la Corte perviene mediante l'interpretazione costituzionalmente orientata del combinato disposto degli artt. 46 e 57, l. n. 184/1983.

Ancora, la Corte affronta il tema del possibile pentimento del genitore di intenzione, il quale potrebbe non assumere l'iniziativa necessaria per la costituzione dello *status* di adottato in casi particolari. Il tema è particolarmente complesso, posto che non vi sono strumenti capaci di sostituire l'inerzia del genitore d'intenzione pentito, come invece accade nell'ambito della filiazione biologica ove, in mancanza di riconoscimento spontaneo, è previsto l'accertamento giudiziale dello *status* di filiazione. Al riguardo, la Corte avverte che, quando si presenti il caso di un genitore d'intenzione renitente, vanno ricercati nel sistema gli strumenti affinché siano riconosciuti al minore, «in una logica rimediale», tutti i diritti connessi allo status di figlio «anche nei confronti del committente privo di legame biologico», considerato che, «chi con il proprio comportamento, sia esso un atto procreativo o un contratto, quest'ultimo lecito o illecito, determina la nascita di un bambino, se ne deve assumere la piena responsabilità e deve assicurargli tutti i diritti che spettano ai bambini nati "lecitamente"».

È quanto chi scrive sostenne due decenni or sono⁽²³⁾, criticando una sentenza della Corte di Cassazione che, prima della l. n. 40/2004, aveva negato il disconoscimento di paternità al genitore di intenzione che aveva espresso il consenso alla fecondazione eterologa della propria moglie. Ritenevo infatti che, in mancanza di una espressa previsione del legislatore in ordine alla attribuzione dello *status* di paternità in capo al marito della donna fecondata con seme di un donatore, altro non potesse fare il giu-

⁽²³⁾ M. SESTA, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*, cit., p. 243; ID., *Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso alla fecondazione eterologa*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2000, II, p. 360.

dice, per non invadere il campo del legislatore, se non condannare il genitore d'intenzione pentito al risarcimento del danno.

Su queste basi, la Corte conferma quanto già era stato ritenuto nella precedente sentenza delle Sezioni Unite e cioè che l'art. 12, comma 6°, è norma di ordine pubblico internazionale che esprime l'«elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento attribuisce alla surrogazione di maternità», che «costituisce una ferita alla dignità della donna», senza che a tal fine possa rilevare il titolo, oneroso o gratuito, dell'accordo di surrogazione⁽²⁴⁾, ritenendo che il giudice in sede d'interpretazione non possa escludere la lesività della dignità della persona umana, neppure laddove la pratica della surrogazione sia frutto di una scelta libera e consapevole della donna. Al riguardo la Corte considera che la sanzione penale ha inteso prevenire, «secondo la logica della china scivolosa, eventuali derive estreme di manifestazione del fenomeno espresse da deprecabili forme di sfruttamento di donne in condizioni di bisogno economico, vulnerabili e presuntivamente prive di apprezzabili margini di autonomia decisionale». Per di più considerando che vi sarebbe «la pratica impossibilità per l'ufficiale dello stato civile di procedere alla verifica se vi sia stato un corrispettivo economico a favore della donna che in un lontano stato estero ha gestito per altri la maternità e valutare la sua concreta condizione di soggezione». A tali argomenti deve aggiungersi che l'attribuzione dello *status* al figlio nato da madre altruista e la negazione a quello nato da madre che abbia percepito compensi, significherebbe discriminarli sulla base delle modalità del loro concepimento e della nascita, in contrasto con i principi fondamentali in materia.

Passando quindi ad esaminare l'altro corno del dilemma, cioè interesse del minore, anch'esso definito principio di ordine pubblico internazionale, la Corte avverte che «non può certo rappresentare un diritto tiranno rispetto alle altre situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute o protette, che costituiscono nel loro insieme espressione della dignità della persona. Nondimeno esso ha un ruolo centrale e preminente».

Stanti questi presupposti, il provvedimento giudiziario straniero che indichi quale genitore del bambino il padre (o la madre) d'intenzione nell'ambito di una nascita da maternità surrogata non è trascrivibile per tre distinte ragioni. In primo luogo perché esso «finirebbe per legittimare in maniera indiretta e surrettizia una pratica degradante attuando più che la realizzazione del miglior interesse del minore quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi». In secondo luogo, perché nel sistema normativo «non vi è un paradigma genitoriale fondato unicamente sulla

(24) C. cost. n. 272/2017, cit.

volontà degli adulti di essere genitori e destinato a concorrere liberamente con quello naturalistico». E nella legge non si rinviene alcun elemento per sostenere l'«idoneità del consenso a fondare lo stato di figlio a seguito di surrogazione della maternità», come invece accadeva per la procreazione medicalmente assistita eterologa prima che la Corte la rendesse legittima. In terzo luogo, e il dato è particolarmente significativo, «il riconoscimento della genitorialità non può essere affidato a uno strumento di carattere automatico» perché la realizzazione del miglior interesse del minore richiede una «valutazione di concretezza» necessariamente affidata al giudice. Dunque, lo strumento più appropriato viene individuato nella adozione in casi particolari, senza che l'orientamento sessuale della coppia o del richiedente possa rappresentare un ostacolo alla pronuncia. In definitiva, attraverso l'adozione in casi particolari l'ordinamento italiano assicura all'interesse del minore verso il riconoscimento giuridico, *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, del suo rapporto col genitore d'intenzione, «non si manifesta [...] alcuna insidiosa vicinanza alla logica del fatto compiuto, ma si guarda alla condizione materiale del minore e al suo interesse affinché l'accudimento prestato da colui che ha condiviso in concreto il progetto procreativo assuma con la costituzione dello *status* la doverosità tipica della responsabilità genitoriale». In conclusione, «[l']ordinamento italiano mantiene fermo il divieto di maternità surrogata e, non intendendo assecondare tale metodica di procreazione, rifugge da uno strumento automatico come la trascrizione, ma non volta le spalle al nato». Tale assetto, argomenta infine la sentenza, appare in linea con la giurisprudenza della Corte EDU ⁽²⁵⁾.

3. – La sentenza delle Sezioni Unite ha prontamente ricevuto commenti di vario segno da parte della dottrina; e già un attento interprete, annotando la richiamata ordinanza della Prima sezione, ne aveva compiutamente anticipato gli esiti sulla base delle direttrici fornite dalla Corte costituzionale, evidenziando come le Sezioni Unite, riconfermando il ricorso all'adozione in casi particolari avrebbero dovuto sciogliere «in via ermeneutica quei nodi che rendono l'istituto dell'adozione particolare ancora carente, come, ad esempio, la previsione della necessità dell'assenso del genitore biologico all'adozione (art. 46, l. adoz.)» ⁽²⁶⁾, indicando la via

⁽²⁵⁾ Sui profili internazionalprivatistici in materia, cfr. A. DI BLASE, voce *Procreazione medicalmente assistita (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir., I tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da F. MACARIO, Milano 2022, p. 1048.

⁽²⁶⁾ A. MORACE PINELLI, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, cit., p. 1175 ss.

poi seguita dalle Sezioni Unite, ritenendo che, se sussiste una relazione tra genitori d'intenzione e minore, «il rifiuto non sarebbe certamente giustificato dalla crisi della coppia committente, né potrebbe essere rimesso alla discrezionalità del genitore biologico».

Venendo ai commenti alla sentenza, Giuseppe Recinto⁽²⁷⁾ condivide l'assunto alla cui stregua non «v'è nel sistema normativo un paradigma genitoriale fondato unicamente sulla volontà degli adulti di essere genitori destinato a concorrere liberamente con quello naturalistico». Approva che l'interesse del minore «non può certo rappresentare un interesse tiranno rispetto alle altre situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute o protette, che costituiscono nel loro insieme espressione della dignità della persona», ribadendo che «occorre rifuggire da una considerazione meramente astratta del superiore interesse del minore, privandolo di quella eccessiva enfasi, che sovente lo accompagna, per calarlo, invece, nei reali contesti ed ambiti ove è destinato a manifestarsi e necessariamente confrontarsi con la varietà di istanze e di bisogni che ogni rapporto adulto-minore presuppone e implica»⁽²⁸⁾. Condivide l'affermazione della contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata anche se «altruistica», sul presupposto che in ogni caso essa rappresenta «una ferita che lede la dignità del nostro stesso ordinamento giuridico, del nostro stesso convivere». Quanto infine all'idoneità dell'adozione in casi particolari ad assicurare la tutela del minore coinvolto, l'Autore ribadisce che l'adozione in casi particolari «è diretta ad assicurare, in concreto, un armonico e completo sviluppo del minore in tutte le sue componenti affettive, psicologiche, fisiche, relazionali e culturali». In definitiva, l'Autore, anche sulla base dei suoi precedenti scritti⁽²⁹⁾, afferma che le Sezioni Unite abbiano esattamente statuito che non ha fondamento nel nostro ordinamento un generale e dagli incerti confini «diritto alla genitorialità», che il superiore interesse del minore deve sempre essere valutato in concreto, che l'adozione «in casi particolari del minore è funzionale a garantirne i diritti “operando sul piano dei bisogni materiali ed esistenziali del minore” quale persona unitariamente intesa, e non sull'aspirazione degli adulti a essere genitori».

Per contro, Massimo Dogliotti⁽³⁰⁾ esprime una valutazione seccamente negativa della sentenza, poiché essa respinge ogni possibilità per le

⁽²⁷⁾ G. RECINTO, *Le “istruzioni” per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, cit., p. 430 ss.

⁽²⁸⁾ G. RECINTO, *op. loc. ultt. cit.*

⁽²⁹⁾ G. RECINTO, *op. loc. ultt. cit.*

⁽³⁰⁾ M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e “riforma” dell'adozione “piena”. Dove va la Cassazione e che farà la Corte costituzionale?*, cit., p. 437 ss.

coppie maschili, tranne l'adozione in casi particolari, per riconoscere il genitore d'intenzione, così, a suo avviso, ponendosi in contrasto con la giurisprudenza della Corte costituzionale. Infatti, secondo l'Autore, le Sezioni Unite non hanno tenuto conto dei limiti che la sentenza n. 33/2021 ha denunciato con riguardo al ricorso all'adozione in casi particolari, la quale non attribuisce la genitorialità all'adottante, e, nel prendere atto che la pronuncia impedisce che «il figlio abbia due genitori, a meno che uno chieda l'adozione *minus plena* di cui all'art. 44 l. 184», ricorda che nel nostro ordinamento il precedente non è vincolante e auspica un futuro *revirement* delle stesse Sezioni Unite.

Critico verso la sentenza è altresì Giuseppe De Marzo⁽³¹⁾, il quale contesta l'assunto che l'accertamento della concreta corrispondenza all'interesse del minore rispetto al riconoscimento del rapporto giuridico con il genitore di intenzione possa svolgersi solo nella sede procedimentale dell'adozione in casi particolari ed afferma che «l'area del divieto di tali pratiche e quella del riconoscimento del rapporto di filiazione sono reciprocamente indipendenti [...] con la conseguenza che l'argomento in forza del quale la soluzione raggiunta dalle Sezioni Unite potrebbe rappresentare uno strumento di dissuasione indiretta è del tutto fallace».

Di segno totalmente opposto è il commento di Antonello Spadafora⁽³²⁾, che, da un lato, condivide l'affermazione delle Sezioni Unite circa la contrarietà all'ordine pubblico internazionale del divieto di maternità surrogata, ma, dall'altro, si spinge a criticare il ricorso all'adozione in casi particolari, in quanto attributiva di uno *status filiationis* nei confronti del nato da maternità surrogata in contrasto con il disvalore che l'ordinamento interno le attribuisce. Al riguardo egli propone «una via alternativa a quella tracciata dalla sentenza in commento, onde contemperare, effettivamente, la tutela delle qualità esistenziali del nato con la salvaguardia della dignità della gestante», valorizzando il rapporto tra il minore e la madre partorienti, che a suo avviso consente di affermare che tra i diritti del minore figura «(primariamente) quello ad avere un padre ed una madre». Il che avverrebbe senza sacrificare la continuità nei rapporti affettivi in capo al minore, affidata «alla spontanea reiterazione comportamentale», sul presupposto che «il naturale rinfocolarsi dei sentimenti tra il minore e coloro i quali di costui si prendono cura in seno ad una comunità

⁽³¹⁾ G. DE MARZO, *Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata?*, in *Foro it.*, 2023, I, c. 83 ss.

⁽³²⁾ A. SPADAFORA, *Irriducibilità del totalitarismo «minoricentrico»?*, cit., p. 456 ss.

familiare (e nella specie, omoaffettiva) non può giustificare, illimitatamente, il riconoscimento di una pretesa giuridicamente tutelabile».

Da ultimo, occorre dar conto delle riflessioni dialogiche di Salvatore Patti e di Mirzia Bianca⁽³³⁾. Il primo, se da un lato mostra di apprezzare la decisione, dall'altro rileva che essa pone alcuni interrogativi. In primo luogo se il ricorso alla maternità surrogata possa essere arginato e bloccato così come vorrebbe l'ordinamento italiano, specie con riguardo alla distinzione tra le fattispecie a titolo oneroso e quelle a titolo gratuito, che necessiterebbero di configurare diversi effetti giuridici, stante la necessità di tutelare la libertà della persona tutte le volte in cui non vi sia mercificazione del corpo. A tale riguardo, come già sopra si è osservato occorre però considerare che, qualora venisse introdotto un differente trattamento del figlio nato da maternità surrogata mercificata e quello nato da maternità oblativa, verrebbe a crearsi un'inammissibile disparità di trattamento in dipendenza delle modalità della nascita, in contrasto con gli artt. 8 CEDU e 8 e 9 Convenzione di New York. Anche con riferimento al ricorso all'adozione, Patti solleva critiche con riguardo ai profili – peraltro attentamente esaminati e risolti dalle Sezioni Unite – attinenti al consenso dell'altro partner e/o al suo pentimento, che lo induca a non richiedere l'adozione. In definitiva, Patti formula anche una critica più radicale con riguardo al principio della libertà della donna, affermando che nella maternità surrogata ricorre la stessa logica su cui si fonda l'aborto, concludendo che, posto che nel caso dell'aborto ha prevalso il principio della libera scelta della donna, non si comprende perché esso non debba prevalere nel caso in esame⁽³⁴⁾. Anche questo assunto appare a chi scrive criticabile, perché dimentica che il ricorso all'aborto si fonda sul diritto alla salute della donna, che risulti compromesso dalla gravidanza, mentre nel caso di specie la questione non riguarda la salute della donna, bensì la reificazione del figlio che questa pretende di avere il diritto di generare per altri.

In conclusione, per l'autorevole studioso la difficoltà pratica di distinguere tra le due fattispecie – maternità dietro compenso e gratuita – non deve prevalere sui principi che a suo avviso dovrebbero giustificare un'apertura verso la maternità surrogata oblativa⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ S. PATTI - M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata. Riflessioni a confronto*, cit., p. 1 ss.

⁽³⁴⁾ Nello stesso senso M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e "riforma" dell'adozione "piena". Dove va la Corte costituzionale?*, cit., p. 437 ss.

⁽³⁵⁾ S. PATTI, *Il punto di vista del Prof. Patti*, in S. PATTI - M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata. Riflessioni a confronto*, cit., p. 5.

Per contro, Mirzia Bianca⁽³⁶⁾, nell'aderire alla sentenza, mette in primo luogo in luce come il divieto della maternità surrogata esprima un valore costante in Europa condiviso anche dalle istituzioni europee, sottolineando altresì che la sentenza rappresenta una «decisione di sistema» perché ha composto un equilibrio tra il mantenimento del divieto di maternità surrogata e la realizzazione del migliore interesse del minore, indicando la soluzione dell'adozione in casi particolari.

4. – Come noto, successivamente alla pubblicazione della sentenza, che per l'autorevolezza dell'organo che l'ha emessa e per la profondità delle sue molteplici argomentazioni, sopra ampiamente riprodotte, pare a chi scrive destinata a rappresentare, se non un approdo, quanto meno un sicuro, ancorché certamente non definitivo, punto di riferimento per la disciplina della fattispecie, si è aperto un ampio dibattito politico, forse prodromico a un qualche intervento del legislatore, del resto chiamato in causa dalla Corte costituzionale e dalla stessa decisione in rassegna.

Al riguardo, deve in primo luogo ricordarsi che, sulla scia della sentenza, il Ministero dell'Interno ha emesso la circolare 2023/3, la quale, nel riprodurne integralmente il principio di diritto, invita i Prefetti della Repubblica a procedere ad analoga comunicazione ai Sindaci, al fine di assicurare una puntuale e uniforme osservanza degli indirizzi giurisprudenziali espressi dalle Sezioni Unite negli adempimenti dei competenti uffici dello stato civile⁽³⁷⁾. A sommosso avviso dello scrivente, la circolare, nella sua stringatezza ed essenzialità, appare perfettamente legittima e anzi doverosa; ciò nondimeno, essa ha provocato reazioni di forte dissenso e critica, come se il principio in essa enunciato fosse frutto dell'elaborazione politica del Ministro e non, invece, dell'interpretazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, al cui dettato – costituente diritto vivente – l'Autorità ministeriale, tramite i Prefetti, ha invitato gli ufficiali dello stato civile a uniformarsi, essendo essi tenuti a formare gli atti di stato civile nel rispetto delle indicazioni di legge, vincolati dalle norme e dalle circolari ministeriali⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ M. BIANCA, *Il punto di vista della Prof.ssa Bianca*, cit., p. 7 ss.

⁽³⁷⁾ Sui compiti dell'ufficiale di stato civile, v. Cass. civ., 25 febbraio 2022, n. 6383, in *Fam. e d.*, 2022, p. 581 ss., con nota di R. CALVIGIONI, *In Italia non è consentita la registrazione della filiazione da genitori dello stesso sesso: la conferma della Corte di Cassazione*.

⁽³⁸⁾ Come ricordato da R. CALVIGIONI, *In Italia non è consentita la registrazione della filiazione da genitori dello stesso sesso: la conferma della Corte di Cassazione*, cit., p. 583 e altresì ID., *L'ufficiale dello stato civile non può registrare la nascita da genitori same sex: dai giudici di merito fino alla Cassazione*, ivi, 2020, p. 544 che, circa la vincolatività delle circolari ministeriali, richiama Cons. St., 26 ottobre 2016, n. 4478, in *Corr. giur.*, 2017, p. 501 ss., con

Come noto, il tema dell'attribuzione dello stato di figlio e della sua circolazione è altresì all'attenzione dell'Unione Europea, ove è stata elaborata una proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, COM (2022) 695 ⁽³⁹⁾.

In data 14 marzo 2023 la competente Commissione del Senato della Repubblica, dando ampio risalto alla sentenza delle Sezioni Unite in commento, ha approvato una risoluzione con la quale ha espresso l'avviso che: «Appare [...] condizione essenziale che la proposta preveda esplicitamente la possibilità di invocare la clausola dell'ordine pubblico in via generale su tutti i casi di filiazione per maternità surrogata, a condizione di assicurare una tutela alternativa ed equivalente, quale quella del citato istituto dell'adozione in casi particolari, e che ciò valga esplicitamente anche con riguardo al certificato europeo di filiazione.

In particolare, con riguardo ai limiti evocati alla possibilità di negare un riconoscimento a motivo della manifesta contrarietà all'ordine pubblico, tra cui quello di procedere solo caso per caso, la Corte di cassazione, ha evidenziato “che solo un divieto così ampio è in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento di condizioni di fragilità”, insite in ogni forma di surrogazione di maternità, che è da ritenersi sempre lesiva della dignità della gestante, ma anche potenzialmente dello stesso bambino. In questo senso, la Corte ha chiarito che, “di fronte a una scelta

nota di I. OTTOBRINO, *La “degiurisdizionalizzazione” in materia di separazione e divorzio: semplificazione o vulnus di tutela?*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2017, I, p. 535 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *Accordi innanzi al Sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale*; Cons. St., 1 dicembre 2016, n. 5047, in *Guida d.*, 2017, 2, p. 20 ss.; Cons. St., 1 dicembre 2016, n. 5048, *ivi*, 2017, 4, p. 33 ss.; Cass. civ., 14 maggio 2018, n. 11696, in *Fam. e d.*, 2019, p. 136 ss., con nota di M.L. SERRA, *Sulla trascrizione del matrimonio omosessuale estero e diritti fondamentali della persona* e in *Nuova g. civ. comm.*, 2018, I, p. 1436 ss., con nota di V. CAREDDA, *Matrimonio “misto”: efficacia e trascrivibilità*.

⁽³⁹⁾ Si v. al riguardo M. BIANCA, *Una prima lettura della proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione* COM (2022) [69]5, in *www.rivistafamiglia.it*, 20 marzo 2023; EAD., *Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione* COM (2022) [69]5; E. BILOTTI, *Audizione sulla proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione*, COM (2022) 695. I testi delle Relazioni sono consultabili al collegamento <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/docnonleg/46057.htm>.

legislativa che tutela valori fondamentali non è consentito all'interprete ritagliare dalla fattispecie normativa, per escluderle dal raggio dell'operatività dell'ordine pubblico internazionale, forme di surrogazione che, sebbene vietate in Italia, non sarebbero [secondo tale interpretazione] in grado di vulnerare, per le modalità della condotta o per gli scopi perseguiti, il nucleo essenziale del bene giuridico protetto".

La Corte spiega che, a prescindere dalla modalità procreativa, il bambino nato ha il diritto fondamentale alla continuità del rapporto affettivo con entrambi i soggetti che hanno condiviso la decisione di farlo venire al mondo. In tal senso il bambino avrebbe certamente il diritto di essere allevato anche dalla madre che lo ha partorito, la quale potrebbe anch'essa voler svolgere la funzione materna. A ciò seguirebbe l'interesse del minore a un riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico di tale legame con la madre gestante. La mancata attribuzione di una veste giuridica a tale rapporto non si limiterebbe alla condizione del genitore d'intenzione, che ha scelto un metodo di procreazione che l'ordinamento italiano disapprova, ma finirebbe con il pregiudicare il bambino stesso, il cui diritto al rispetto della vita privata si troverebbe significativamente leso.

In aggiunta, quanto al riconoscimento di sentenze straniere sul tema della maternità surrogata, la Corte ha sottolineato che non può esservi "arretramento del controllo sui principi essenziali della *lex fori* in materie che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica". È stata così ribadita la necessità di un divieto assoluto di tale pratica, sottolineando, tra l'altro, come una valutazione caso per caso farebbe ricadere sull'ufficiale di stato civile la scelta relativa al riconoscimento della genitorialità intenzionale.

Infine, con riferimento all'articolo 51 della proposta, e al riferimento ivi contenuto alla legge applicabile all'accertamento della filiazione, si ritiene necessario che tale legge sia individuata con criteri stringenti, basati sulla residenza abituale pregressa, debitamente accertata, a tutela di entrambe le parti del rapporto coniugale, per esempio in caso di separazione di fatto con sottrazione del minore a uno dei genitori.

La presente risoluzione è da intendersi anche quale atto di indirizzo al Governo, ai sensi dell'articolo 7 della legge n. 234 del 2012».

Risulta evidente come la decisione delle Sezioni Unite, ampiamente citata nella Risoluzione approvata dalla Commissione senatoriale, rappresenti allo stato per la "Politica" un punto di riferimento condiviso (dalla maggioranza), che potrà favorire quell'intervento legislativo divisato dalle Corti.

Sempre con riguardo a possibili sviluppi legislativi merita menzionare altresì che lo scorso 15 febbraio è stata presentata una proposta di legge

recante una «Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano». L'unico articolo presenta questo tenore: «Al comma 6° dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero" ⁽⁴⁰⁾».

5. – In vista di ulteriori svolgimenti della materia, pare a chi scrive opportuno ribadire che le ragioni ostative all'ingresso, diretto o indiretto, della maternità surrogata, in qualunque sua forma, nel nostro ordinamento, così ampiamente sviluppate nella sentenza in oggetto, con riguardo alla valenza di ordine pubblico internazionale del divieto, non possano essere superate e, nel contempo, che la soluzione indicata per dare veste giuridica al rapporto con il genitore intenzionale abbia, in definitiva, una sua persuasività.

A ben vedere, dette ragioni ostative non si limitano alla grave violazione della dignità della donna insita nella surrogazione ⁽⁴¹⁾, ma, più ancora, riguardano la posizione del nato, la cui dignità e i cui diritti fondamentali risultano fortemente lesi dalla pratica in questione. Costui infatti viene mercificato o, quantomeno, reificato in forza del contratto, oneroso o gratuito che sia, privato dello *status* di maternità che gli compete, per, così si vorrebbe dai suoi sostenitori, vedersene attribuito artificialmente un altro, meramente d'intenzione.

È evidente la violazione del diritto fondamentale del nato recata dalla pratica, e specificamente dall'attribuzione o dal riconoscimento della genitorialità d'intenzione, che per di più risulterebbero incoerenti se si pensa all'attenzione che il legislatore ha dedicato negli anni recenti al tema della ricerca delle origini, disciplinando all'art. 28 della legge sull'adozione la possibilità del figlio adottivo di accedere «a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici». In questo quadro, appare contraddittorio che il nato da maternità surrogata si veda radicalmente preclusa una consimile possibilità, dovendo necessariamente restare

⁽⁴⁰⁾ Il testo è consultabile alla pagina <https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato1678107189.pdf>.

⁽⁴¹⁾ Per una severa censura della maternità surrogata, proveniente da esponenti del movimento femminista, si leggano i contributi raccolti nel volume di AA.Vv., *Per l'abolizione della maternità surrogata*, a cura di M.J. DEVILLERS - A.L. STOICEA DERAM, trad. a cura di M. MARTINEZ, Aprilia 2022, *passim*. Sulla mercificazione dei «servizi gestazionali» e del loro prodotto – il nuovo nato – e sul ruolo del diritto nel renderla possibile, si v. la serrata critica di V. PAZÈ, *Libertà in vendita. Il corpo fra scelta e mercato*, Torino 2023, p. 83 ss.

prigioniero di uno *status* rinveniente da un'operazione contrattuale che lo ha trattato come oggetto di una cessione.

In conclusione, pare a chi scrive che alle ragioni del divieto della pratica e del conseguente diniego opposte dalle Sezioni Unite si possa aggiungere che, a ben vedere, la preclusione al riconoscimento automatico nel nostro ordinamento di effetti agli accordi di surrogazione di maternità non riposi esclusivamente sull'art. 12, L. n. 40/2004, quanto piuttosto sui principi costituzionali rinvenibili negli artt. 2, 29, 30 e 32 Cost., che, a mio avviso, rappresentano uno sbarramento invalicabile agli atti e provvedimenti esteri, qualunque sia la nozione di ordine pubblico che si intenda adottare, essendo incontrovertito che in ogni caso atti e provvedimenti stranieri non possano mai ledere i principi fondamentali della Costituzione⁽⁴²⁾.

Ciò perché nella maternità surrogata, anche in quella oblativa, tutto all'opposto di quanto accade nell'adozione, che serve a dare una famiglia a chi non ce l'ha⁽⁴³⁾, si crea ad arte una persona al fine ultimo di cederla ai committenti – poco importa se a titolo gratuito o di solidarietà e se la coppia committente sia di diverso o dello stesso sesso –; con la pretesa giuridica, da un lato, di impedire il sorgere dello *status* di maternità in capo alla donna partorienti e, dall'altro, di crearlo in capo a soggetti che abbiano espresso una conforme intenzione, così, ripetesi, violando in maniera corrispondente il diritto del figlio.

Il che, a mio avviso, si pone in radicale conflitto con la Costituzione, la quale non ammette che una persona umana – nella specie il figlio che viene pianificato e artificialmente procreato *per contratto* – sia concepita e messa al mondo da una donna allo scopo di assicurare il soddisfacimento dell'interesse di avere figli di chi, estraneo al concepimento e alla gestazione, non è in grado di averne. È significativo richiamare non solo l'art. 2, ma anche l'art. 32 Cost., che, nel tutelare la salute come fondamentale diritto dell'individuo, stabilisce che in materia di trattamenti sanitari «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». È ovvio che il riferimento è in primo luogo alla persona del soggetto dei trattamenti sanitari, che, tuttavia, nella complessa tecnica medica che

⁽⁴²⁾ Cfr. Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Nuova g. civ. comm.*, 2017, I, p. 1399 ss., con note di A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*; G. PONZANELLI, *Le sezioni unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno* e P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*. Sul punto v. M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in questa *Rivista*, 2018, p. 305 ss.

⁽⁴³⁾ Cass. civ., sez. un., n. 12193/2019, cit.

conduce alla gestazione nell'interesse di altri, va individuata anche, e sin dal suo concepimento, in quella del nato, la cui dignità deve dunque essere preservata, con la conseguenza di vietare che la sua messa al mondo venga strumentalmente attuata al fine di superare la sterilità – non importa se contingente o assoluta – della coppia committente.

In questo quadro vanno apprezzate le già menzionate dure, chiare e profonde parole della Corte cost. n. 272/2017, secondo la quale la surrogazione «mina nel profondo le relazioni umane», indissolubilmente riferite alla condanna, ricavabile dalle disposizioni testé citate, di ogni forma di assoggettamento di un essere umano al soddisfacimento di bisogni altrui e ciò non può essere superato invocando puramente e semplicemente il superiore interesse del minore, come ha dimostrato la sentenza delle Sezioni Unite.

Nella fattispecie in rassegna, dunque, viene ancora una volta alla ribalta la questione di fondo che reca l'applicazione del principio del superiore interesse del minore: possono essere oltrepassati nel suo nome il principio di legalità e, addirittura, divieti costituzionalmente necessari? Può il presunto interesse di un singolo minore travolgere il principio di legalità posto a tutela del bene dei bambini in generale? Nella sentenza delle Sezioni Unite il dilemma è stato composto in maniera equilibrata, lasciando integro il principio del disvalore della maternità surrogata e nel contempo garantendo, in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, la persona del nato.