

LE FRAGILI FONDAMENTA DEL DIVIETO DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ PREVISTO DALL'ART.12, CO. 6, L. 19 FEBBRAIO 2004, N. 40, IN UN CONTESTO GLOBALE NON ARMONIZZATO

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I recenti approdi in materia di gestazione per altri. – 3. L'ordine pubblico interno come limite della disciplina straniera sull'accertamento della filiazione. L'intervento tranciante di Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001. – 4. La qualificazione dell'attribuzione della maternità come «fatto istituzionale». L'abbrivio di Trib. pen. Milano, 13 gennaio 2014. – 5. Il superamento del limite dell'ordine pubblico alla trascrizione di un atto di nascita formato all'estero in conformità alla *lex loci*. Il percorso indicato da Trib. pen. Milano, 12 giugno 2015. – 6. La puntualizzazione di Cass. pen., 10 marzo 2016, n. 13525. – 7. La soluzione inedita di Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19599: la genitorialità nella mutata declinazione del concetto di ordine pubblico. – 8. Il diritto del minore alla propria identità personale e sociale a confronto con il riconoscimento legale della genitorialità intenzionale: una chiave di lettura. – 9. Alcune applicazioni giurisprudenziali seguite all'apertura di Cass. civ., n. 19599 del 2016. – 10. L'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004 al vaglio della Consulta? Convintamente sì... ma in un futuro (nemmeno molto remoto)!

1. Una riflessione meditata sui profili di incidenza delle tecniche procreative basate sulla surrogazione di maternità imporrebbe un preliminare approfondimento degli aspetti etici¹ che si connettono a tale pratica nonché l'analisi della corrispondente dimensione scientifica e antropologica². Seb-

1 Sul tema GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai partecipanti al Convegno del "Movimento per la vita"* (3.12.1982), in Id, *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, 5/III, Roma, 1983, 1513, per il quale «uno dei più gravi rischi, ai quali è esposta questa nostra epoca, è infatti il divorzio tra scienza e morale, tra le possibilità offerte da una tecnologia proiettata verso traguardi sempre più stupefacenti e le norme etiche emergenti da una natura sempre più trascurata. È necessario che tutte le persone responsabili siano concordi nel riaffermare la priorità dell'etica sulla tecnica, il primato della persona sulle cose, la superiorità dello spirito sulla materia»; U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*⁴, Milano, 2000, 60; M.L. DI PIETRO, E. SGRECCIA, *Procreazione assistita e fecondazione artificiale tra scienza, bioetica e diritto*, Brescia, 1999, 132-133.

2 A. FALZEA, *Introduzione generale*, in Aa. Vv., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia (Messina – Taormina, 3-8 novembre 1981)*, Milano, 1982, 16 ss.;

bene esulino da un intervento che ambisce a declinare valutazioni di diritto sostanziale, i profili deontologici e sociologici della questione condurrebbero ad un ripensamento del rapporto tra diritto alla libertà procreativa e diritto a procreare³ ma anche ad innescare una revisione critica delle categorie attraverso cui si riconoscono le attuali configurazioni familiari e le diverse espressioni della genitorialità⁴. Non dubitandosi che ad un *approche* siffatto non si sottrae la stessa elaborazione giuridica, gli è che la coscienza

-
- F. BOCCHINI, *Tra persona e famiglia, un sofferto itinerario*, in *Fam. dir.*, 1998, I, 91-96; Id., *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, 229-252; P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti, Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 170; F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, 39-59; P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 1, 43-57.
- 3 L. CHIEFFI, *Ingegneria genetica e valori personalistici*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica e i diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 83 ss.; F. FRENI, *La laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*, Milano, 2012, 6-20; E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*³, Bari, 2009, 138; CENTRO DI BIOETICA DELL'UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL S. CUORE, *Sulla fecondazione artificiale eterologa*, Roma, 1997, 2, secondo cui «scoprirsi sterili e non potersi realizzare come padre o come madre è senza dubbio una grande sofferenza per la coppia: l'aspirazione alla maternità è 'fisiologicamente' legata alla coniugalità. Per questo motivo si deve avere il massimo apprezzamento umano per il desiderio di una gravidanza: e, laddove la scienza medica individui una situazione di sterilità, deve essere massimo l'impegno nella diagnosi e nella cura. Qualora, però, questo tipo di interventi non consente alla coppia sterile di realizzare questa aspirazione alla paternità/maternità, è doveroso orientare tale desiderio verso una fecondità sociale piuttosto che permettere pratiche contrarie sia alla dignità personale del nascituro e dei coniugi sia alla natura stessa del matrimonio e della famiglia»; G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2000, 16-35; C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in Id., *Il diritto civile all'alba del terzo millennio, Famiglia – Successioni – Contratto – Patrimoni separati*, I, Torino, 2011, 30 ss.
- 4 In argomento si vedano le interessanti considerazioni di B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Riv. AIC*, 2017, 1, 5 marzo 2017, 1 ss. Le odierne tipologie di composizione familiare aprono scenari che modificano radicalmente il concetto di famiglia nucleare naturale organizzata sul modello della tradizione che vertono sulla non-coincidenza tra genitorialità e coniugalità, sulla non sovrapponibilità tra nucleo familiare e famiglia, sulla non omogeneità tra cultura familiare e cultura della comunità sociale d'appartenenza, sulla non consequenzialità tra genitorialità biologica e valori affettivi, sulla non coincidenza tra ruoli familiari e ruoli di genere. Sul tema C. FLAMIGNI, *Il libro della procreazione. La maternità come scelta: fisiologia, contraccezione, fecondazione assistita*, Milano, 2005, 20 ss.; C. FLAMIGNI e A. BALZANO, *Sessualità e riproduzione*, Torino, 2015, 44ss.

sociale recepisce tali dinamiche in un processo di costante rielaborazione, modificandone le metodiche e le relative risultanze, in una continua osmosi⁵. Riflettendo sui diversi giudizi etici sottesi e la correlata quanto progressiva accettazione sociale, le stesse denominazioni delle varianti che intervengono nei tessuti familiari sono costrette a continue rivisitazioni: da concubinato a convivenze di fatto, e successivamente, unioni civili; da figlio illegittimo e adulterino a figlio naturale ed, in ultimo, a figlio, senza aggettivo; da famigliastre a famiglie ricomposte o ricostituite. Non si sottraggono a questo processo di morfogenesi familiare le stesse tecniche di procreazione eterologa che coinvolgono una donna quale soggetto gestante per conto di terzi⁶, alla cui diversa qualificazione contribuiscono anche le specifiche modalità che connotano la pratica in concreto adottata⁷: maternità surrogata, utero in affitto, maternità per sostituzione, donazione d'utero, gestione per altri⁸. In tale contesto, non vi è chi non veda come il nodo

5 Interessanti al riguardo sono le considerazioni di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 91 ss.

6 Le Scritture bibliche danno conto di un caso di gestazione per altri nell'episodio di Sara, moglie di Abramo, la quale, non potendo avere figli, propone al marito di procreare un discendente con la schiava egiziana Agar (Genesi, 16-1,4); similmente Rachele, non avendo ancora procreato, diede come concubina al marito Giacobbe, la propria schiava Bilhah, la quale partorì due figli (Genesi, 30-3,8) ma anche Lia, vedendo che aveva cessato di aver figli, prese la propria schiava Zilpa e la diede in moglie a Giacobbe (Genesi, 30-9,11). Cfr. P. ZATTI, *La surrogazione nella maternità*, in *Quest. giust.*, 1999, 826, osserva come «la Bibbia sia uno specchio oramai lontano: la surrogazione si fonda sugli *status* del patriarca, della patriarca, dell'ancella; quest'ultima è parte della famiglia su cui si esercita il potere patriarcale e al patriarca partorisce, in un contesto sostanzialmente poligamico che prevede un privilegio materno della prima sposa, sulle cui ginocchia viene deposto il figlio della *shifkhah*».

7 F. CASSONE, *La surroga di materna tra tutela dell'integrità fisica e diritto alla salute*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 119 ss.; M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur. mer.*, 2010, 2, 358-385; A. B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002, 13-55; M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 2000, 483 ss.; P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 3, 2, 193-202. In materia cfr. anche A. GORASSINI, *Procreazione artificiale eterologa e rapporti parentali primari*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 1251 ss., e Id., *Diritto di famiglia, Casi e questioni*, Napoli, 1982, *passim*; G.B. ASCONE e L. ROSSI CARLEO, *La procreazione artificiale*, Napoli, 1986, *passim*; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 18 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, *passim*.

8 Sul tema cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Mozione sulla maternità surrogata a titolo oneroso*, Roma, 18 marzo 2016 ed in particolare il dissenso di C.

principale che risulta fondamentale sciogliere è stabilire se in un progetto antropotecnico che, accettando il dominio dei processi di procreazione, recepisce le istanze della morale della intenzionalità, possa legittimarsi il ricorso a qualsiasi tecnica che, in una situazione di profonda sofferenza qual

Flamigni. La maternità surrogata, in via di prima approssimazione, è una tecnica di riproduzione, per mezzo della quale una donna («portante») si impegna, per conto di una coppia sterile, a far crescere nel proprio utero un embrione, consegnando poi il nascituro alla coppia o per liberalità, o in cambio di denaro. Maggiori complessità emergono qualora si prenda in considerazione il ruolo della madre che «ospita» la gestazione. Per taluni (si veda R. TORINO, *Gli accordi di maternità surrogata fra diritto a essere genitori, disponibilità degli status e interesse del figlio*, in *www.personaedanno.it*, 25 novembre 2003), si può parlare di surrogazione totale nell'ipotesi in cui la madre surrogata «porti a termine la gestazione ricevendo l'ovulo fecondato di un'altra donna, la quale può anche non essere colei che ha "commissionato" la gestazione per surrogazione»; si deve invece parlare di surrogazione parziale nel caso in cui la madre surrogata «si incarica sia di fornire l'ovulo, sia di portare a termine la gravidanza», diventando in questo modo anche madre genetica del nascituro. Appare chiaro che la differenza fra tali due ipotesi riguarda il patrimonio genetico del bambino: nel caso della surrogazione totale, la madre surrogata si limita ad ospitare l'embrione/feto il quale non condividerà in alcun modo, con essa, il proprio patrimonio genetico; nel caso della surrogazione parziale, la madre surrogata concorrerà alla determinazione del patrimonio genetico del bambino. Per altri, invece (A. B. FARAONI, *op. cit.*, 23-25; G. MILAN, *La madre su commissione. Problemi giuridici*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 312 ss.), può parlarsi di maternità surrogata nel caso in cui una donna, per soddisfare esigenze di maternità e di paternità di altri, noleggia il proprio utero a una coppia impegnandosi a farsi fecondare con il seme dell'uomo della coppia e a condurre a termine la gravidanza, consegnando, all'esito, il nascituro alla coppia committente. Al contrario, con l'espressione «locazione di utero», «si fa riferimento all'ipotesi in cui la donna incaricata si limita a portare avanti la gravidanza: in tale ipotesi, il materiale genetico impiegato è interamente proveniente dalla coppia committente, la quale richiede un contributo esclusivamente gestativo da parte della volontaria». Per quanto riguarda il seme, è possibile che provenga dal compagno della donna che si fa surrogare nella maternità da altra donna, oppure che provenga da un donatore. Complessivamente possono verificarsi sei differenti combinazioni, fermo restando che la gestazione deve essere sempre condotta dalla madre surrogata (ossia "terza" rispetto alla donna della coppia che poi riceve il nascituro e lo allerva), detta anche «madre uterina»: seme del compagno della donna che viene surrogata con ovulo della propria *partner* (quest'ultima definita madre genetica); seme del compagno della donna che viene surrogata con ovulo della madre portante (in questo caso madre genetica e madre uterina coincidono); seme del compagno della donna che viene surrogata con ovulo di donatrice; seme di donatore con ovulo della donna che riceverà il nascituro; seme di donatore con ovulo della madre portante (anche in questo caso madre genetica e madre uterina coincidono); seme e ovulo di donatori. In materia cfr. R. LANZILLO, *Fecondazione artificiale, «locazione di utero», diritto dell'embrione*, in *Corr. giur.*, 1984, 635 ss.; F. PATRINO, *La vicenda sul cd. utero in affitto. Profili giuridici*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 4, 2, 1642-1686.

è la sterilità, soddisfi la richiesta di genitorialità⁹. Non v'è dubbio che l'eticità del fine – che, peraltro, resterebbe comunque da dimostrare – da sola non giustifica la liceità del mezzo, risultando imprescindibile il rispetto del carattere etico dei metodi e delle tecniche a cui si ricorre: la pericolosità insita in una simile smagliatura concettuale sarebbe tale da provocare un approccio narcisistico ed egoistico alla paternità e maternità¹⁰. Ci si conformerebbe ad una antropologia debole, supportata da logiche pervasive, in cui potrebbe trovare ingresso qualsivoglia comportamento basato su presunte etiche individualiste e, in questa prospettiva, rischierebbero di essere ammantati di liceità anche gli esperimenti aberranti compiuti da *Mengele*. Per questa via si andrebbe incontro ad una diaspora dottrinale e concettuale che, non affrontando il delicato tema del rapporto tra il ricorso alle tecniche procreative e la legge naturale, indurrebbe ad un atteggiamento compromissorio, in cui ad essere perso sarebbe il confine tra gli atti biologicamente possibili e quelli eticamente ripugnanti, precipitando in tal modo nello smarrimento etico e inevitabilmente giuridico. Gli è che la scissione della procreazione dall'atto sessuale intervenuta per effetto dell'inarrestabile avanzamento delle scoperte medico scientifiche, in uno con le mutevoli declinazioni della filiazione, hanno stravolto i tradizionali assetti delle strutture portanti del diritto di famiglia, così come storicamente emersi e giuridicamente sistemati. Si pone, dunque, con senso di profonda inquietudine, la necessità di elaborare nuovi e mai definitivi schemi, nell'ambito dei quali incardinare inedite relazioni di vita familiare in cui a prevalere è l'aspetto fattuale, che insieme evoca effettività e fluidità di ruoli. Smarriti, dunque, quei riferimenti stabili – matrimonio, filiazione, procreazione, genitorialità, maternità – che derivavano da istituti familiari giuridicamente consolidati, si pone la necessità di individuare principi condivisi su cui

9 A. LORETI BEGHÈ, *La procreazione assistita di fronte alla legge: brevi cenni di diritto internazionale e comparato*, in *Giust. civ.*, 1993, 442, secondo la quale «il diritto degli aspiranti genitori a “dar la vita” è però diverso dal diritto naturale di generare;...La tutela del diritto di procreare (in senso naturale) non dovrebbe potersi estendere *sic et simpliciter* a coloro che, per procreare, devono ricorrere alla potenza generatrice altrui e alla tecnologia. Il diritto di dare la vita coinvolge, in questa ipotesi, individui diversi dai soli aspiranti genitori in quanto coinvolge i donatori, gli operatori sanitari, il nascituro; questo diritto non può quindi considerarsi fondamentale, incondizionato, assoluto, quanto piuttosto un diritto relazionale che deve rapportarsi con le varie esigenze in gioco e non dovrebbe, in nessun caso, ledere gli interessi del nascituro».

10 Si veda al riguardo l'interessante convegno organizzato presso la Corte di Cassazione il 13 dicembre 2016, su «Il minore e il diritto alla genitorialità», con autorevoli contributi.

poggiare le relazioni, orizzontali e verticali, che emergono in tali rinnovati contesti: e così responsabilità, interesse del minore, rispetto dell'identità e della vita familiare, eguaglianza e non discriminazione, autodeterminazione, tutela della dignità e del libero ed armonico sviluppo della personalità, si configurano come perni e valori fondamentali da seguire, mediante un loro ragionevole bilanciamento, per assicurare una regolamentazione di base a questi articolati quanto profondi polimorfismi familiari. Nel vuoto legislativo che connota mutamenti così profondi, nella disomogeneità transnazionale della normazione d'ambito e, *last but not least*, nell'incapacità di tradurre in regole consapevoli e scevre da latenti ipocrisie perbeniste, queste inedite quanto sfuggenti relazioni familiari, il rischio è che per evitare discriminazioni astrattamente irragionevoli, si finisca col realizzare equiparazioni irragionevoli¹¹. Fattori emblematici di questi processi esistenziali dell'individuo, favoriti da applicazioni scientifiche in costante mutamento, sono da individuarsi, in primo luogo, nell'attività legislativa interna, ancora troppo lontana dal cogliere i moti che turbano la quiete dell'animo umano laddove sopraggiunga un problema di sterilità e, dunque, dall'assicurare precetti adeguati e tempestivi alla naturale necessità di divenire genitori¹². Più attenta alla dimensione esistenziale appare invece la legislazione sovranazionale e, in particolare, comunitaria, la quale, se presenta limiti di competenze nella materia della gestione per altri, non può dirsi altrettanto per la trascrizione degli atti di stato civile formati all'estero, cui si connette la delicata questione della circolazione transnazionale di *status* validamente acquisiti nei paesi della U.E¹³. Pur trattandosi di certifi-

11 *Gleiches gleich, Ungleiches ungleich*, cfr. B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*", cit., 3.

12 M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in www.comparaziondirittocivile.it, ottobre 2016, 1, secondo cui «è opinione, comunque, sempre più diffusa e frequentemente espressa, che il nostro legislatore non tenga il passo con le esigenze che sorgono dalla mutata realtà sociale e che prepotentemente chiedono tutela». Sul tema, in maniera efficace, R. WINTEMUTE, *Marriage, adoption, and donor insemination for same-sex couples: does European case law impose any obligations on Italy?*, in *Genlus*, 2014, 2, 35 ss.

13 «Nessuna entità statale può ledere diritti fondamentali della persona con il pretesto di applicare il proprio diritto nazionale, non conforme a quello dello Stato in cui questo diritto è stato acquisito. Nessuno può separare i vincoli familiari per il solo fatto del passaggio di una linea di confine. Non comprendere questo, appoggiandosi a una formalistica interpretazione del proprio diritto nazionale, è, oltretutto, ipocrita, essendo preferibile l'espressione diretta ed esplicita del-

cazioni recanti mera pubblicità dichiarativa e che, dunque, prescindono dal corrispondente rapporto sottostante, è indubbio che non è sempre agevole tenere graficamente distinte le due questioni, dal momento che dalla prima consegue, in maniera implicita, il riconoscimento dello *status* familiare così come certificato. In materia, sono state in ogni caso disattese le speranze di quanti, alla stregua degli auspici presenti nel Libro Verde del 2010¹⁴, confidavano nella recente emanazione del Regolamento comunitario per la libera circolazione dei documenti pubblici (direttamente applicabile a partire dal febbraio del 2019)¹⁵, per dotarsi di una disciplina che rendesse automatico il riconoscimento di *status familiae* acquisiti nell'ambito di qualsiasi paese della U.E. Mostrando chiari i segni della profonda crisi di identità che attraversa l'Unione, le risultanze contenute nel provvedimento approvato evidenziano la rinuncia ad ogni aspirazione di unificazione sostanziale, che pur era all'origine della sua costituzione (artt. 21 e 26 TFUE in materia di tutela della libertà di circolazione; art. 3.2 TUE sullo spazio di giustizia europeo in ambito civile). Dell'ambizioso progetto di Regolamento, restano il frequente utilizzo del condizionale nelle premesse (*dovrebbe*) e l'esenzione dalla legalizzazione e della traduzione in caso di

la disapprovazione per contrarietà a supposti principi etici di tali istituti sentiti estranei», così R. DE FELICE, *Libertà di circolazione delle persone e libertà di circolazione degli status nell'unione europea*, in R. Torino (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in cassazione*, Roma, 2013, 110.

- 14 Sul tema cfr. Libro Verde, *Meno adempimenti amministrativi per i cittadini. Promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile*, Bruxelles, 14 dicembre 2010, COM(2010)747 che suggeriva di introdurre norme sull'automatico riconoscimento di alcuni *status*, come la filiazione, l'adozione, il nome.
- 15 Regolamento (UE) 2016/1191 che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012, e la relativa Proposta del 24 aprile 2013, COM(2013) 228 final, 2013/0119 (COD). Cfr. B. NASCIMBENE, *Libera circolazione degli atti pubblici. Norme in vigore e proposte della Commissione Europea*, in *Int'lLis*, 2013, 48 ss.; C. CAMPIGLIO, F. MOSCONI, *Osservazioni sul libro verde della Commissione Europea*, in *Iustitia*, 2011, 329-330; S. MARINO, *Cooperazione amministrativa e circolazione delle persone: verso il riconoscimento automatico degli atti di stato civile?*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 964 ss.; Id., *La trascrizione degli atti di stato civile: quale futuro per i matrimoni contratti all'estero fra persone dello stesso sesso nell'ambito dell'Unione europea*, in *Genlus*, 2015, 2, 140 ss.; E. DE GOTZEN, *Child's civil status, birth certificates' effects and the free movement of public documents: grasp all, lose all?*, in *Genlus*, 2016, 1, 56 ss.; M. FONTI I MAS, *La libera circolazione degli atti pubblici in materia civile: un passo avanti nello spazio giudiziario europeo*, in *Freedom, Security & Justice*, 2017, 1, 104 ss.

utilizzo di moduli *standard* multilingue, mentre scompare ogni riferimento al certificato europeo di stato civile, argomento che avrebbe importato una considerazione preliminare su un comune concetto di *ordre public*¹⁶. Un passo indietro, dunque, e forse l'ennesima occasione mancata per affermare uno spazio giuridico autonomo per un'Europa effettivamente integrata, in cui le diversità culturali emergono in tutta la loro evidenza, laddove le tematiche di confronto si spostano sui modelli familiari ed i criteri di imputazione della genitorialità.

Non si sottrae ad alcune censure la stessa attività giurisdizionale domestica che, tanto nella delicata verifica della legittimità costituzionale delle leggi quanto nella importante funzione nomofilattica, troppo spesso fa registrare – complice l'inerzia del legislatore interno – esorbitanti pur se apprezzabili tentativi di colmare evidenti lacune interpretative e normative, in un inedito *overruling* che si segnala per le vistose ingerenze nelle prerogative di cui sono titolari organi istituzionali distinti del sistema democratico¹⁷. Paradigmatica in tal senso è Corte cost. n. 162 del 2014¹⁸ che,

16 M. GUZMÁN ZAPATER, *La libre circulación de los documentos públicos en materia de estado civil en la UE: el Reglamento UE 2016/1191 del PE y del Consejo*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2016, 161-179.

17 Cfr. C. CIRAULO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *iuscivile.it*, 2014, 12, 485 ss.

18 Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Fam. dir.*, 2014, 753 ss., con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Corr. giur.*, 2014, 1062 ss., con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte Costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 393 ss., con nota di G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; in *Dir. pen. proc.*, 2014, 825 ss., con nota di A. VALLINI, *Sistema e metodi di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*; in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1005 ss., con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1473 ss., con nota di L. RISICATO, *La Corte Costituzionale supera le esitazioni della CEDU: cade il divieto irragionevole di fecondazione eterologa*. Tra i vari commenti cfr. C.E. GALLO, *La sentenza della corte costituzionale 10 giugno 2014, n. 162 alla luce dei principi costituzionali. Quanto la sentenza rispetta il senso originario del dettato costituzionale*, in *bioticanews.it*, 4, luglio 2016; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Riv. AIC*, 2015, 3, 1 ss.; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta OnLine*, 11 giugno 2014; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al dialogo competitivo con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 giugno 2014; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante*

nel dichiarare illegittimo l'art. 4, co. 3 della l. n. 40 del 2004 nella parte in cui vieta di praticare tecniche eterologhe di procreazione medicalmente assistita, precisa che la scelta di formare una famiglia con figli, costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi (artt. 2, 3 e 31 Cost.). Al di là della condivisibilità nel merito dell'intervento della Consulta, colpisce in primo luogo l'importanza dell'espunto normativo realizzato che, come è noto, inerisce ad una materia che da tempo animava il dibattito dottrinale e rispetto alla quale sarebbe stato opportuno uno specifico intervento legislativo, senza trascurare poi la portata espansiva delle argomentazioni poste a sostegno della decisione *de qua*. Nella medesima prospettiva si muovono anche i due importanti arresti cui è giunta da ultimo la prima sezione civile della Suprema Corte (nn. 12962 del 2016¹⁹ e

garantismo per i futuri interessi del nascituro, in dirittopenalecontemporaneo. it., 13 giugno 2014; E. BILOTTI, *Fecondazione eterologa, diritto alla genitorialità naturale e diritto alla conoscenza delle origini biologiche*, in *Quaderni di diritto mercato tecnologia*, 2014, 3, 3 ss.; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 luglio 2014; R. SAPIENZA, *Ancora sulla sentenza del 10 giugno 2014, n. 162 della Corte costituzionale. La fecondazione eterologa tra margine d'apprezzamento e vincolo di interpretazione conforme alla Convenzione europea*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2014, 8, 638 ss.; F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'in-costituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, 599 ss.; F. PERRINI, *La Legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, 603 ss.; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in *dirittifondamentali.it*, 15 settembre 2014; C. DELLA VILLA, *Brevi riflessioni in tema di procreazione medicalmente assistita a partire dalla sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2014; M. D'AMICO, M.P. COSTANTINI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, Milano, 2014, *passim*. Cfr. S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 411 ss.; A. MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il cd. "paternalismo penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1637 ss.; E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1669 ss.

- 19 Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, in *personedanno.it*, 23 giugno 2016, con commento di V. MAZZOTTA, *Adozione per la coppia omogenitoriale: Cassazione dice sì, ibidem*, 11 luglio 2016, con commento di A. SARRI, *La Corte di Cassazione applica l'art. 8 della Cedu e dà il via alla prima adozione in casi particolari in favore della madre non biologica, ibidem*, 22 settembre 2016, con commento di M. LABRIOLA, *Adozione: giurisprudenza creativa o conforme alla legge?*, in *Famiglia*, 30 giugno 2016, con commento di L. VIZZONI, *La Cassazione conferma la stepchild adoption della minore da parte della partner omosessuale*

19599 del 2016²⁰) in materia, rispettivamente, di *stepchild adoption* e surrogazione di maternità realizzata all'estero²¹. Tali pronunce, che presentano numerosi punti in comune (soprattutto laddove si prende atto dell'esistenza

della madre biologica; in *filodiritto.it*, 25 ottobre 2016, con commento di L. STELLATO, *Adozione-Cassazione Civile: stepchild adoption e coppie same sex: via libera in casi particolari*; in *diritto.it*, 23 giugno 2016, con commento redazionale, *La Cassazione ha detto sì alla "stepchild adoption" in casi particolari*. In materia si veda l'interessante pronuncia di Trib. Milano, 17 ottobre 2016, n. 268, in *Famiglia*, 19 dicembre 2016, con commento di G. SPELTA, *Stepchild adoption: il no del tribunale dei minori di Milano*; in *ilfamiliarista.it*, 9 febbraio 2017, con commento di G. SAPI, *No all'adozione del figlio convivente da parte del partner eterosessuale non coniugato*, in cui il Tribunale per i minorenni di Milano, pronunciandosi sul ricorso presentato da due donne conviventi iscritte presso il registro delle unioni civili, le quali erano diventate rispettivamente madri di due bambine per il tramite di fecondazione assistita e ne avevano chiesto l'adozione incrociata ai sensi dell'art. 44, lett. d), l. n. 184 del 1983, pur avendo il P.M. espresso il parere favorevole, ne rigetta il ricorso in quanto le minori non sono state ritenute in stato di abbandono, anzi «godono, per quanto concerne il loro accudimento, di educazione ed affetto sia delle madri biologiche che delle rispettive compagne». La sentenza è stata riformata da App. Milano, 9 febbraio 2017, in *ilfamiliarista.it*, 26 aprile 2017, con commento di A. SIMEONE, *Corte d'appello di Milano: primo sì all'adozione mite per le coppie omosessuali*. Sul tema G. ZACCARO, *Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore*, in *questionegiustizia.it*, 4 settembre 2014.

- 20 Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *iurisprudenzia.it*, 27 ottobre 2016, con nota di C. CUCINELLA, *Il riconoscimento dello status filiationis di un minore che risulta figlio di due donne*; in *Famiglia*, 11 ottobre 2016, con nota di E. CONTU, *Non è contraria all'ordine pubblico il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita di un bambino con due mamme*; in *ilfamiliarista.it*, 1 dicembre 2016, con commento di A. FASANO, *La Costituzione non vieta alle coppie dello stesso sesso di generare figli*; in *Quotidiano giuridico*, 2016; in *Foro it.*, 2016, 11, 1, 3329 nonché l'interessante ricostruzione di M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, cit., 2 ss.
- 21 Si veda il commento del Garante per l'infanzia e l'adolescenza, Filomena Albano su Cass., n. 12962 del 2016, secondo cui in mancanza di una espressa previsione legislativa in materia di adozione del figlio del *partner*, spetta ai giudici dare risposte alle domande che provengono dalla società e interpretare le norme esistenti. Sottolinea M. D'AMICO, *Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei*, in *Genlus*, 2015, 2, 151 ss., che «in Italia, le coppie omosessuali non possono né adottare, né avere accesso alle tecniche di procreazione artificiale di cui alla legge n. 40 del 2004, né, e questo vale anche per le coppie eterosessuali, stipulare contratti di maternità surrogata vietati a norma dell'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004. Pur a fronte di simile quadro, il tema è stato al centro di alcune pronunce con cui i giudici hanno cominciato ad allargare le maglie dei divieti nel tentativo di rispondere, sebbene parzialmente e con efficacia circoscritta al caso

di modelli familiari diversi all'interno dei quali il progetto genitoriale può essere realizzato anche da una coppia dello stesso sesso²²), hanno richiamato l'attenzione dell'interprete – non senza critiche, benché prevalgano gli apprezzamenti – per le conclusioni cui la Suprema Corte perviene senza trascurare il decisivo rilievo delle *rationes decidendi* addotte²³. È interessante notare come in entrambe le decisioni venga respinta la richiesta della Procura generale di trasmettere il fascicolo alle Sezioni Unite. A tal riguardo, il Collegio sottolinea in via preliminare che, secondo il proprio consolidato orientamento²⁴, l'istanza volta alla rimessione del ricorso alle Sezioni Unite costituisce mera sollecitazione all'esercizio di un potere discrezionale e che, in ogni caso, la funzione nomofilattica è attribuita anche alle sezioni semplici della Corte (*ex art. 65 ord. giud.*). Nondimeno, non sottraendosi a valutazioni che si spingono nel merito del rigetto, i giudici della prima sezione evidenziano, in maniera significativa, come non sia corretto qualificare tutte le questioni riguardanti diritti individuali o relazionali di più recente emersione ed attualità – direttive di fine vita, limite al riconoscimento giuridico delle unioni omoaffettive, adozione da parte di persone singole, surrogazione di maternità nelle forme della gestazione affidata a terzi – per ciò solo come «di massima di particolare importanza» nell'accezione di cui all'art. 374, co. 2, c.p.c. Alla stregua di quanto si è già avuto modo di osservare con riferimento Corte. cost. n. 162 del

concreto, alle istanze delle cd. 'nuove famiglie', in primo luogo quelle costituite da coppie omosessuali».

- 22 In materia si veda l'interessante contributo di colei che nel collegio giudicante è stata la relatrice delle due sentenze in esame, M. ACIERNO, *Il ruolo delle Corti nella nozione di famiglia e matrimonio*, in *Genlus*, 2014, 2, 57 ss., che in tema di relazioni omoaffettive sottolinea come «in mancanza di qualsiasi regola normativa, l'accesso alla giurisdizione costituisce l'unico strumento effettivo di attuazione, sia pure nella limitata forma atomistica che è propria della risposta giudiziale, di uno statuto dei diritti della persona coerente con la rappresentazione diversificata delle relazioni affettive nella contemporaneità, così come elaborato dal complesso sistema di diritti costituzionali attualmente vigente».
- 23 M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, cit., 4, secondo cui «la vita familiare assume meritevolezza di tutela di per se stessa in quanto esistente, indipendentemente dalla santificazione della forma: e così vi è famiglia quando esiste 'in effetti' un rapporto tra soggetti: coppia, genitori e figli, coppie e comunità anomale, quando il rapporto, ovviamente, sia considerato meritevole di salvaguardia».
- 24 Cfr. Cass. civ., 17 luglio 1985, n. 4219, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1737; Id., 14 gennaio 2003, n. 359, in *Arch. Giur.*, 2003, 1216 ss.; Id., 21 maggio 2015, n. 8016, in *Ced Cassazione*.

2014, anche nel caso di specie – e probabilmente con profili di maggiore incisività – pur nella condivisibilità delle posizioni assunte, non può non registrarsi una dilatazione delle funzioni dei giudici di legittimità, senza trascurare di sottolineare il mutamento rapido e drastico dell'orientamento della Cassazione che – complice probabilmente la variazione nella composizione del collegio – ripropone il delicato tema della crisi della funzione nomofilattica.

2. Ulteriori e più pregnanti considerazioni devono essere sviluppate riguardo alle tecniche di fecondazione artificiale eterologa. Certamente il ricorso alla figura del donatore o della donatrice, o di entrambi, realizza uno sconvolgimento radicale del convalidato punto di riferimento dell'identità procreativa umana basato sul legame genetico²⁵. Nello specifico, di maternità surrogata, nel nostro ordinamento, se ne occupa unicamente l'art. 12, co. 6,l. 19 febbraio 2004, n. 40²⁶, il quale prevede che «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro»²⁷. Trascurando l'analisi degli elementi costitutivi della citata norma

25 S. VEGETTI FINZI, *Volere un figlio*, Milano, 1997, 172, «la scomposizione e ricomposizione del processo riproduttivo separa la biologia dalla storia, autonomizza la catena germinale rispetto a quella genealogica, desoggettivizza, vicariandole, le funzioni organiche»; ID., *I problemi dell'identificazione sessuale nei figli delle coppie omogenitoriali*, in *Conflitti*, 4, 2014, 9. In materia A. M. PIUSSI, *La maternità tra realtà e desiderio*, in P. Di Nicola, M.G. Landuzzi (a cura di), *Crisi della natalità e nuovi modelli riproduttivi*, Milano, 2012, 33 ss.; F. BILOTTA, *La maternità surrogata*, in A. Liberati, F. Bilotta, *Diritti della personalità e biotecnologie*, Roma, 1999, 99 ss.; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 105 ss.

26 Cfr. A. BARENGHI (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona*, Padova, 2011, *passim*; A.G. CIANCI, *La liceità delle tecniche di procreazione assistita e dei negozi per la sua realizzazione*, in *Famiglia*, 2002, I, 89-125; C.A. GRAZIANI e I. CORTI, *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002, *passim*; F.D. BUSNELLI, *Procreazione artificiale e filiazione adottiva*, in M.F. Tommasini (a cura di), *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare*, *Atti del Convegno di Studi di Copanello, 28-29 settembre 2001*, Torino, 2003, 33-58; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, *passim*; R. BITETTI, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 177 ss.; A. LIACI, *Contratto di sostituzione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, 355 ss.

27 Ricadono in tale previsione non solo la madre surrogata e la coppia a cui viene poi consegnato il nato, ma anche il medico che si presta alla pratica illecita e gli eventuali donatori di ovulo o seme. Va sottolineato che la formulazione letterale della norma induce a ritenere che il legislatore abbia inteso punire non solo la maternità surrogata

incriminatrice in uno con l'approfondimento dei concetti, anche di natura medico-scientifica, utili a chiarire la portata del divieto in esame, in questo intervento si tenterà di chiarire se tale reato possa ritenersi in qualche misura superato dalla prassi giurisprudenziale sviluppatasi in argomento²⁸. Tanto nella considerazione che alcune recenti decisioni, rinvenibili non soltanto tra le corti di merito, informano dell'intervenuto riconoscimento giuridico di pratiche volte a realizzare un sostanziale aggiramento del divieto in parola. Nello specifico, tenuto conto che l'ordinamento nulla afferma al riguardo, l'accordo per la surrogazione di maternità viene stipulato da cittadini italiani all'estero, in uno Stato in cui il ricorso a tale tecnica procreativa risulta legale, conformandosi alla *lex loci*. Al termine della gestazione, alla coppia viene consegnato il nato – con l'impegno della gestante sostitutiva (e dell'eventuale donatore del seme maschile) a non vantare né esercitare alcun diritto genitoriale nei suoi confronti – il cui atto di nascita, redatto nello Stato estero, viene successivamente trascritto nei registri dello stato civile italiani²⁹. Il susseguirsi degli eventi così sintetici-

a fronte di una corresponsione di denaro o altra utilità, ma anche la maternità surrogata svolta per spirito di liberalità. Sulla rilevanza penale della maternità surrogata si veda M. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2015, 3, 910 ss.; C. CASSANI, *Art. 12*, in C. Cassani, M. Sesta, *Procreazione medicalmente assistita. Legge 19 febbraio 2004, n. 40. – Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*³, Milano, 2015, 2609 ss.

28 Da ultimo cfr. C. RAGNI, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, in *Genlus*, 2016, 1, 6 ss.

29 Sul tema AA. VV., *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, a cura di G.O. Cesaro, P. Lovati, G. Mastrangelo, Milano, 2014, *passim*; C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, 589; M. C. BARUFFI, *Maternità surrogata e questioni di status nella giurisprudenza italiana ed europea*, in *Int'l Lis*, 2010, 22 ss.; A. BARBAZZA, *Diritti della personalità ed autonomia negoziale. Casistica: il contratto di cd. maternità surrogata o "utero in affitto" ed il contratto di divieto di espatrio*, in (a cura di) S. Ruscica, *I diritti della personalità, Strategie di tutela, Inibitorie, Risarcimento danni, Internet*, Padova, 2013, 95-106; S. TONOLO, *Trascrivibilità degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, 81; A. QUERCI, *La maternità per "sostituzione" tra diritto interno e Carte internazionali*, in *Fam. dir.*, 2015, 12, 1142 ss.; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *Genlus*, 2015, 1, 160 ss.; G. PALMIERI, *Spunti di riflessione su maternità di sostituzione e trascrivibilità del certificato di nascita a partire dalla sentenza 6 febbraio 2014, n.835/2013, del Tribunal Supremo de Madrid (ricorso 245/2012)*, in *Genlus*, 2015, 2, 199 ss.

camente delineati, pone la delicata questione della trascrivibilità del certificato di nascita del minore nei registri di stato civile italiani, la cui analisi subisce il condizionamento dalla valutazione in termini di illiceità dell'atto e, dunque, del riflesso del divieto posto dall'ordinamento mediante il filtro dell'ordine pubblico³⁰.

Come anticipato, nel corso di questo intervento si tenterà di dar conto dell'itinerario giurisprudenziale sviluppatosi sul tema, che – come ha già avuto modo di sottolineare la collega Antonini Cochlin – risente in maniera decisiva dall'influenza esercitata dalle numerose quanto incisive sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU, le quali, a loro volta, si muovono nella direzione del riconoscimento del diritto all'identità al minore nato da maternità surrogata³¹. Le note resistenze d'oltralpe³², che la prof.ssa Antonini Cochlin ha illustrato nella propria relazione, e che si sostanziano nel mancato riconoscimento della valenza che l'art. 8 CEDU assume in ambito minorile, sono all'origine dell'ennesima condanna del Governo francese conseguente al rifiuto di trascrivere nei registri di stato civile i certificati di nascita di minori nati in India tramite maternità surrogata³³. I giudici di Strasburgo, infatti, richiamando la giurisprudenza dei casi *Menesson et Labassee*³⁴, hanno ritenuto che negare la trascrizione viola il diritto dei

30 «Che, come è noto, costituisce invece lo scandaglio mediante il quale verificare la compatibilità degli effetti che tale atto determina all'interno dell'ordinamento di appartenenza dei genitori sociali, e, dunque, della applicabilità del diritto altro e dell'efficacia dei provvedimenti e delle sentenze stranieri (artt. 16 e 64 e ss., l. 31 maggio 1995, n. 218 e art. 18, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396)» così G. PALMIERI, *op. cit.*, 200.

31 Cfr. A. M. LECIS COCCO ORTU, *L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri*, in *GenIus*, 2014, 2, 96, in cui vengono avanzate alcune riflessioni sulle prospettive future della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e sulle sue possibili ripercussioni su alcune discipline nazionali.

32 In materia di maternità surrogata il legislatore francese è intervenuto con un divieto espresso all'art. 16-7 *code civil*, norma che viene definita *d'ordre public* (art. 16-9). Sul tema G. B. FERRO, *Il problema della maternité de substitution e della liceità del contratto relativo: le ipotesi di soluzione nel contesto della legislazione francese e italiana e della Common law statunitense*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, 33, secondo cui il preteso diritto dell'uomo e della donna ad avere un bambino non considera che il prezzo per soddisfare questo diritto è costituito «dall'eversione delle regole biologiche comuni e dalla distorsione dello stesso concetto di maternità quale esso è stato sin dalle origini dell'uomo: si scioglie, cioè, la necessaria continuità che deve esistere fra la gestazione e l'educazione del bambino».

33 Corte EDU, 21 luglio 2016, n. 9063/14, *Foulon e Bouvet*/Francia.

34 Il riferimento è alle sentenze gemelle della Corte EDU, 26 giugno 2014 (casi n. 65941 – *Labassee*/Francia e n. 65192 – *Menesson*/Francia del 2011) per avere “aperto” sebbene con un *accomodement* al riconoscimento dello *status* di figlio ad

minori al rispetto della vita privata, di cui è espressione il diritto all'identità personale anche a livello sociale, garantito dall'art. 8 CEDU³⁵. Pur riconoscendo alla Francia il diritto di vietare gli accordi di maternità surrogata nel proprio ordinamento, la Corte europea ha ritenuto che il diniego di trascrizione mina l'identità dei minori ed il loro superiore interesse al riconoscimento del proprio *status personae* ed anche il possesso di un preciso *status civitatis*³⁶. Se, dunque, non è in discussione la scelta di un paese di vietare la maternità surrogata, la giurisdizione della Corte sottolinea, ancora una volta, che il rifiuto di riconoscere la parentela biologica di un bambino costituisce una violazione, incompatibile con la CEDU, dei suoi diritti³⁷. Nonostante sia lasciato ampio margine agli Stati nelle decisioni relative alla

un minore nato da maternità surrogata: nello specifico non viene riconosciuto il rapporto di filiazione con la madre intenzionale, mentre viene riconosciuto quello paterno in ragione del legame genetico esistente con il bambino, alla luce del diritto di quest'ultimo al rispetto della propria identità personale. Cfr. Corte EDU, 26 giugno 2014, n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*, e ricorso n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, in *Journal du droit international*, 2014, risp. 1265 e 1267 ss., con nota di J. GUILLAUMÉ; in *Recueil Dalloz*, 2014, 1806 ss. con nota di L. D'AVOUT, *La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassee*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 1122 ss., con commento di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*; in *Fam. dir.*, 2015, 3, 306 ss. con commento di A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e CEDU a confronto*. Cfr. M.M. GIUNGI, *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 953 ss. e C. DANISI, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo*, in *articolo29.it*, 15 luglio 2014.

- 35 In materia cfr. S. MARINO, *Il carattere evolutivo della nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU: alcune osservazioni a margine della sentenza Pajić della Corte europea dei diritti umani*, in *Genius*, 2016, 1, 125 ss.
- 36 L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 2, 1, 377-404; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, *passim*; C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, *passim*; D. CLERICI, *Procreazione artificiale, pratica della surroga e contratto di maternità: problemi giuridici*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 3-4, 1011-1019; F.P. SISTO, *Mater non semper certa est: la gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) legislazione*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 3-4, 1467-1473.
- 37 Da Corte EDU, 26 giugno 2014 (casi n. 65941-*Labassee/Francia* e n. 65192-*Mennesson/Francia* del 2011) è conseguito un *reversimment* che ha condotto a *Cour de Cassation, Assemblée plénière*, 3 luglio 2015, n. 619 (ricorso n. 14-21.323) e n. 620 (ricorso n.15-50.002), in *courdecassation.fr.*, in cui è stata ammessa la trascrizione dell'atto di nascita che indichi come genitori la madre surrogata e il padre committente che sia anche genitore biologico.

maternità surrogata, in considerazione delle complesse questioni etiche che la stessa implica e della mancanza di una omogenea legislazione europea in materia, tale discrezionalità deve essere comunque ridimensionata quando si tratti di rapporti che coinvolgono l'identità degli stessi individui. Ne consegue che, secondo la Corte EDU, si deve procedere alla valutazione del rispetto del giusto equilibrio tra l'interesse dello Stato e quello dei soggetti coinvolti, con particolare riferimento al prevalente interesse dei minori a mantenere lo *status* legittimamente acquisito all'estero, ponendo la necessità di rimediare alle cd. situazioni claudicanti (*limping situations; situations boiteuses*), ossia alla discontinuità degli *status* attraverso le frontiere. Non va sottaciuto che la disomogeneità delle soluzioni adottate dai singoli Stati ha indotto talune istituzioni sovranazionali a tentare di dar corpo ad una soluzione globale e, per tale via, scoraggiare il cd. «turismo procreativo»³⁸, anche se come è stato acutamente sottolineato, in ragione delle motivazioni che originano il fenomeno, più correttamente dovrebbe parlarsi di «esilio riproduttivo»³⁹. In ogni caso, non v'è dubbio che l'esito di siffatte migrazioni è fonte di un «*caos* procreativo» che necessita di norme globali, ormai non più procrastinabili⁴⁰. In questa prospettiva muovono

38 F. SHENFIELD, *Cross border reproductive care in six European countries*, in *Human Reproduction*, 2010, 25/6, 1361-1368, secondo cui l'Italia sarebbe il paese europeo che maggiormente contribuisce a ingrossare le fila del turismo procreativo: su 46 centri per PMA e 1.230 coppie, 392 sono italiane; C.P. KINDREGAN, *International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2013, 36, 527; J. LONG, M. NALDINI, «Turismo» matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche, in *Genlus*, 2015, 2, 163 ss.

39 C. FLAMIGNI, A. BORINI, *Fecondazione E(s)terologa*, Roma, 2012, 33. Per A. PIGA, *Leggi e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo*, in L. LOMBARDI, S. DE ZORDO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita e le sue sfide. Generi, tecnologie ed uguaglianze*, Milano, 2013, 112, nel senso che il termine turismo indica un viaggio di piacere ed è offensivo per le coppie che migrano per ottenere all'estero assistenza riproduttiva, mentre il termine esilio, più appropriato, indica il lasciare il proprio Paese per ragioni di dissenso. Evidenziano una certa neutralità l'espressione di «delocalizzazione riproduttiva», su cui J. MOULY, *La «délocalisation procréative»: fraude à la loi ou habileté permise?*, in *Recueil Dalloz*, 2014, 42, 2419 ss. e di «turismo medico» (*medical tourism*) su cui I.G. COHEN, *Circumvention Tourism*, in *Cornell Law Review*, 2012, 97, 1309 ss., mentre costituisce l'esito di una posizione fortemente critica quella di «bordello riproduttivo», riconducibile a A.L. CHERRY, *The Rise of Reproductive Brothel in the Global Economy: Some Thoughts on Reproductive Tourism, Autonomy, and Justice*, in *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 2014, 17, 257 ss.

40 Si vedano al riguardo i dati dell'Osservatorio sul turismo procreativo in www.osservatorioturismoprocreativo.it; cfr. L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani*:

i rapporti divulgati dal *Bureau* della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato⁴¹ e la costituzione di un gruppo di esperti sulla maternità surrogata per la redazione di un rapporto conclusivo. Nel febbraio 2016, il gruppo aveva diffuso uno studio (8767f) sulle questioni legate alla legge applicabile, alla giurisdizione e al riconoscimento di atti emessi all'estero, ammettendo, tuttavia, che la complessità delle problematiche connesse e la diversità di regolamentazione da parte degli Stati richiedevano un ulteriore approfondimento e quindi la continuazione dei lavori⁴². Nel Rapporto venivano, comunque, analizzate le regole di diritto internazionale privato vigenti nei diversi ordinamenti con particolare riguardo all'operatività del limite dell'ordine pubblico, la cui diversa perimetrazione si riflette sul riconoscimento dei certificati di nascita e pone incertezze sullo *status* dei minori e dei genitori. Più recentemente, il gruppo di esperti, nella relazione presentata a margine dell'incontro tenutosi all'Aja dal 31 gennaio al 3 febbraio del 2017, ha sottolineato la rilevanza internazionale della questione riguardante la continuità transfrontaliera degli *status familiae*, ritenendo fattibile il riconoscimento delle decisioni giudiziarie straniere relative alla filiazione nell'ambito di uno strumento normativo multilaterale, laddove queste siano definitive e abbiano efficacia giuridica nello Stato in cui sono state emanate⁴³. In ogni caso, i motivi per eccepire, in caso di contestazione dello *status filiationis*, il mancato riconoscimento, dovrebbero essere riconducibili a fattispecie in cui si ha riguardo alla necessità di proteggere gli interessi del convenuto (frodi procedurali, procedimenti paralleli). Parimenti qualsiasi eccezione di ordine pubblico dovrebbe essere inquadrata in maniera uniforme secondo l'interpretazione avallata dalle vigenti Convenzioni dell'Aja, vale a dire, come «manifestamente contraria all'ordine

una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale, in *Biolaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2015, 7 ss.

- 41 HCCH-PERMANENT BUREAU, *Private International Law Issues surrounding the status of children, including issues arising from International surrogacy arrangements*, The Hague, 2011, 11, 5; *Id.*, *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, The Hague, 2012, 10, *passim*; *Id.*, *The desirability and feasibility of further work on the parentage/surrogacy project*, The Hague, 2014, 3, *passim*; *Id.*, *The parentage/surrogacy project: an updating note*, The Hague, 2015, 3, *passim*; *Id.*, *Background note for the meeting of the experts' group on the parentage/surrogacy project, (meeting of 15-18 February 2016)*, The Hague, 2016, *passim*.
- 42 HCCH-PERMANENT BUREAU, *Report of the febraury 2016 meeting of the expert's group on parentage/surrogacy*, The Hague, 2016, *passim*.
- 43 HCCH-PERMANENT BUREAU, *Report of the experts' group on the parentage/surrogacy project, Meeting of 31 jenuary - 3 february 2017*, The Hague, 2017, *passim*.

pubblico»; ad ogni modo il gruppo di esperti ha sottolineato come le politiche pubbliche debbano perseguire il *best interest of the child*. In materia di atti pubblici stranieri, il gruppo pur riconoscendo l'importante distinzione tra riconoscimento dello *status* di parentela legale e riconoscimento della validità formale di un documento pubblico, come ad esempio un certificato di nascita, ha sottolineato che il suo mandato si concentra sulla prima questione. Alcuni componenti hanno prospettato la possibilità di un nuovo documento opzionale, un certificato internazionale sulla parentela o altra forma di convalida utile a confermare la parentela legale riconosciuta dallo Stato che ha rilasciato il certificato di nascita, prevedendo un possibile ruolo per un'*authority* internazionale. In tal modo, il riconoscimento di atti pubblici stranieri si realizzerebbe mediante una presunzione della relazione genitoriale che potrebbe essere confutata da prove contrarie. Un approccio siffatto, secondo il parere del gruppo di esperti, si rivelerebbe particolarmente utile per garantire la continuità transfrontaliera degli *status* dei nati all'estero mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita. Alla stregua della considerazioni di cui innanzi, pur consapevole della necessità di realizzare ulteriori approfondimenti in merito all'operatività delle proposte avanzate a causa della complessità del tema, il gruppo di esperti ha convenuto sulla possibilità di elaborare uno strumento multilaterale vincolante, in grado di disciplinare in maniera uniforme il riconoscimento delle decisioni giudiziarie straniere sulla parentela legale, ed ha rivolto una raccomandazione al Consiglio di continuare a lavorare su tali questioni, sottolineando l'urgenza che le connota.

Pur non essendo abilitato ad intervenire direttamente con norme sostanziali nel settore del diritto di famiglia⁴⁴, il Parlamento europeo, manifestando la propria contrarietà ad introdurre una regolamentazione sulla *surrogacy*, ha esortato «gli Stati membri a riconoscere il grave problema della surrogazione di maternità, che costituisce uno sfruttamento del corpo e degli organi riproduttivi femminili»⁴⁵ ed ha condannato «la pratica della

44 CGCE, 18 marzo 2014, C-167/12 e C-363/12, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, IX, 750, con nota di C. CAMPIGLIO, *Il Diritto dell'unione europea si confronta con la maternità su commissione*, che hanno negato la competenza dell'Unione ad intervenire in tema di congedi di maternità, non riconosciuti dal diritto interno in caso di maternità surrogata.

45 Risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2011 sulle priorità e sulla definizione di un nuovo quadro politico dell'UE in materia di lotta alla violenza contro le donne. Sul tema cfr. CONSIGLIO EUROPEO, COMMITTEE OF EXPERTS OF FAMILY LAW, *Report on Principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage – "The White Paper"*, Strasbourg, 2006; PARLAMENTO EUROPEO, *Recognition of Parental Responsibility: biological parenthood v. legal parenthood*,

surrogazione, che compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce», ritenendo, altresì, che «la pratica della gestazione surrogata che prevede lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei paesi in via di sviluppo, debba essere proibita e trattata come questione urgente negli tutela dei diritti umani»⁴⁶. Intanto, il Consiglio d'Europa ha respinto la proposta di raccomandazione contenente delle linee guida comuni per gli Stati aderenti sui diritti dei minori nati da maternità surrogata presentata dalla senatrice De Sutter, la cui prima stesura risale al 2015. La decisione assunta dal Consiglio d'Europa è stata adottata sul presupposto che qualunque regolamentazione della pratica, sebbene al mero scopo di difendere i diritti dei più deboli, costituirebbe la premessa per legittimarne il ricorso, mentre tale tecnica è «da proibire perché costituisce una violazione della dignità umana e comporta il rischio di ridurre i bambini ad una merce»⁴⁷.

Meno oltranzisti e certamente più inclini a recepire le sollecitazioni della Corte EDU, sono stati gli approdi cui è pervenuta la più recente giurisprudenza domestica rispetto a quella d'oltralpe. Nondimeno tali esiti, se si

i.e. mutual recognition of surrogacy agreements: What is the current situation in the MS? Need for the EU Action?, Strasbourg, 2010; PARLAMENTO EUROPEO, DIREZIONE GENERALE POLITICHE INTERNE, UNITÀ TEMATICA C – DIRITTI DEI CITTADINI E AFFARI COSTITUZIONALI, *Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell'UE*, maggio 2013, in www.europarl.europa.eu/studies ed il rapporto completo Id., *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, ibidem. Si veda inoltre COMMISSIONE INTERNAZIONALE DELLO STATO CIVILE, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des états membres de la CIEC*, febbraio 2014, in www.ciec1.org. In argomento cfr. I. ANRÒ, *Surrogacy in the context of the Council of Europe and of the European Union: is it compatible with the European catalogues of human rights?*, in *Genlus*, 2016, 1, 22 ss.

46 Risoluzione del Parlamento europeo sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia (2015/2229(INI)), adottata dalla plenaria del Parlamento europeo il 30 novembre 2015.

47 Il Rapporto «Diritti umani e problemi etici legati alla surrogacy» presentato dalla senatrice belga, De Sutter era stato respinto dalla Commissione affari sociali del Consiglio d'Europa il 15 marzo 2016 e il 21 settembre 2016. In prosieguo, l'11 ottobre 2016, anche l'Assemblea plenaria del Consiglio di Europa ha respinto la raccomandazione proposta dalla De Sutter. In materia cfr. R. BLAUWHOFF, L. FROHN, *International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law*, in *Fundamental Rights in International and European Law – Public and Private Law Perspectives*, The Hague, 2016, 211-241; K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: An urgent need for Legal Regulation at the International Level* in *Journal of Private International Law*, 7, 3, 2011, 627-647.

lasciano apprezzare per l'attenzione che viene rivolta al legame parentale che il nato da maternità surrogata realizza con i genitori non biologici – valore ritenuto primario nella gerarchia degli interessi di cui il medesimo è titolare – nella sostanza minano la portata del divieto di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004 che, di fatto, finisce per esplicitare effetti discriminanti nei riguardi di quanti, non avendone le possibilità economiche⁴⁸, non potranno recarsi all'estero, in qualche Stato in cui tale tecnica procreativa è lecita e, dunque, saranno impossibilitati ad appagare il proprio desiderio di genitorialità, espressivo di un diritto di cui la stessa Consulta ha riconosciuto il valore costituzionale⁴⁹. Dunque una sorta di «cittadinanza censitaria», in cui soltanto a chi dispone di redditi adeguati, è consentito di realizzare una genitorialità, che non è accessibile al resto della popolazione, salvo incorrere in sanzioni penali.

3. Una vicenda che ripercorre la prassi appena descritta è stata affrontata da Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001⁵⁰. Questa decisione, sul presupposto che il divieto di maternità surrogata sia espressione del principio di ordine pubblico, anche internazionale, non ha riconosciuto efficacia in Italia all'atto di nascita redatto all'estero (Ucraina), che indicava come genitori una coppia italiana, che aveva ivi fatto ricorso alla suddetta tecnica procreativa – ritenuta lecita dall'ordinamento di quello Stato – con conse-

48 J. LONG, M. NALDINI, *“Turismo” matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche*, cit., 163, sottolineano come a causa dei costi della realizzazione del progetto, appaia concreto il rischio di una discriminazione censitaria nell'accesso e nel godimento dei diritti in questione.

49 Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit.

50 Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, in *Guida dir.*, 2014, 48, 44 ss.; in *Fam. dir.*, 2015, 3, 306 ss. con commento di A. VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e CEDU a confronto*; in *Foro it.*, 2014, 12, 1,3408 con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 10235, con nota di F. BENATTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*; in *Corr. giur.*, 2015, 471, con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*; ancora A. FIGONE, *Utero in affitto, il no della Cassazione sulla maternità surrogata*, in *quotidianogiuridico.it*, 25 novembre 2014; B. SALONE, *Contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata e dichiarazione di adottabilità del minore*, in *dirittocivilecontemporaneo.com*, 7 dicembre 2014; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, cit., *passim*. Sul tema cfr. M. SESTA, *La Filiazione*, in R. CLERICI, M. DOGLIOTTI, M. SESTA, T. AULETTA, *Filiazione-Adozione-Alimenti*, IV, in *Trattato Bessone*, Torino, 2011, 363 ss.

guente declaratoria di adottabilità del bambino⁵¹. Occorre, tuttavia, precisare che il nato – a dispetto di quanto richiede la legge ucraina – non possedeva alcun gene della coppia⁵². La Suprema Corte, richiamando il proprio consolidato orientamento, con la sentenza in esame ribadiva la vigenza del limite dell'ordine pubblico italiano con il quale la disciplina straniera della filiazione e del suo accertamento si trovi ad essere in contrasto⁵³.

Tra le *rationes decidendi* addotte, centrale risulta essere l'argomentazione secondo cui l'interesse superiore del minore è perseguito dall'ordinamento italiano attraverso l'attribuzione della maternità a colei che

51 Una coppia di italiani si era recata a Kiev, in Ucraina, e aveva espletato le attività procedurali necessarie per la maternità surrogata. Va specificato che il nascituro – a dispetto di quanto richiede la legge ucraina, che prevede che la pratica di surrogazione sia lecita a condizione che gli ovociti non appartengano alla donna che esegue la gestazione, e che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla “coppia committente” – non possedeva alcun gene della coppia. Giunto in Italia con i “genitori surrogati”, il Tribunale per i Minorenni di Brescia dichiarava lo stato di adottabilità del minore e sospendeva i coniugi dall'esercizio della potestà (ora responsabilità) genitoriale. Quanto al certificato di nascita, il Tribunale osservava che, benché debitamente apostillato, lo stesso non poteva essere riconosciuto in Italia ai sensi e per gli effetti dell'art. 65, l. 31 maggio 1995, n. 218 poiché contrario all'ordine pubblico, stante il divieto in Italia della maternità surrogata.

52 Ai sensi dell'art. 123 del codice ucraino della famiglia, qualora l'embrione concepito dalla coppia di coniugi sia impiantato nell'utero di un'altra donna, i coniugi risultano i genitori legittimi del minore (co. 2), a condizione che la terza gestante, a parto avvenuto, renda una dichiarazione oggetto di attestazione notarile di inesistenza di qualsiasi relazione genetica con il bambino e di consenso all'indicazione di altre persone quali genitori dello stesso (art. 139, co. 2); qualora invece l'embrione sia stato concepito tramite fecondazione da parte del marito dell'ovulo di una donna diversa dalla moglie, i coniugi risultano anche in questo caso i genitori legittimi del minore, a condizione che l'embrione sia impiantato nell'utero della moglie che porti a termine la gestazione (co. 3). Dunque qualora ricorra l'intervento di una donna gestante terza rispetto alla coppia di aspiranti genitori e committenti, il patrimonio genetico del nascituro deve essere riconducibile a tale ultima coppia integralmente. Se il patrimonio genetico è riconducibile solo al marito della coppia, la possibilità che anche la moglie sia ritenuta madre del bambino ricorre esclusivamente nel caso in cui il parto avvenga a opera della stessa moglie.

53 Con l'obiettivo di preservare l'armonia interna dell'ordinamento, l'eccezione di ordine pubblico è uno strumento di diritto internazionale privato che preclude l'applicazione da parte del giudice di norme straniere ed il riconoscimento di sentenze straniere, dalle quali possono conseguire effetti incompatibili con i principi etici, economici, politici e sociali dell'ordinamento. Le relazioni con gli ordinamenti stranieri impongono allo Stato di accettare realtà sociali e giuridiche diverse da quelle nazionali, in presenza di fattispecie scarsamente collegate all'ordinamento interno (cd. ordine pubblico “attenuato”).

partorisce, demandando unicamente all'istituto dell'adozione la realizzazione di una genitorialità che si presenti disgiunta dal legame biologico. Ne consegue che l'espresso divieto, rafforzato anche da una sanzione penale, della surrogazione di maternità, viene a configurarsi quale espressione del principio di ordine pubblico, che non ammette alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto. Posta in tali termini, appare chiaro come la nozione di ordine pubblico internazionale⁵⁴ sia stata declinata dalla Suprema Corte in un'accezione negativa, come l'insieme di quei principi giuridici ritenuti fondamentali e irrinunciabili per l'ordinamento interno al fine di garantire la coerenza del sistema domestico a fronte dell'ingresso di norme e provvedimenti stranieri⁵⁵. Ancora, la Cassazione ribadiva quanto già dichiarato dalla Consulta con sent. n.162 del 2014, per la quale il divieto di surrogazione non è stato travolto dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale parziale del divieto di fecondazione eterologa. I giudici di legittimità non hanno mancato di sottolineare come le aperture registrate in dottrina rispetto ad alcune tipologie di surrogazione non si estendono a quella realizzata mediante ovociti non appartenenti alla donna committente, né tantomeno alle tecniche procreative in cui neppure il gamete maschile appartiene alla coppia. Né rilevava interrogarsi sull'ammissibilità di una maternità surrogata caratterizzata da «intenti di pura solidarietà e perciò tali da escludere qualsiasi lesione della dignità della madre surrogata», ipotesi estranea alla mera formulazione letterale della disposizione di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004. La Cassazione non si è sottratta dall'argomentare – in verità senza convincere – la questione più difficile da

54 L'ordine pubblico internazionale rappresenta un concetto complesso, indeterminato e variabile nel corso del tempo, che contempla valori e principi giuridici, sociali, economici e politici fondamentali per un ordinamento statale, nel senso che contribuiscono a qualificarne l'essenza Cfr. A. CORRERA, *(Bi)genitorialità e ordine pubblico internazionale: la famiglia non è solo quella fondata sul legame genetico*, in *gazzetta forense.it*, 14 marzo 2017. Sul tema N. PALAJA, *L'ordine pubblico internazionale, Problemi interpretativi dell'art. 31 delle disposizioni preliminari al codice civile*, Padova, 1974, 14 ss.; R. DE FELICE, *Diritto di famiglia e ordine pubblico internazionale*, in *personaedanno.it*, 29 ottobre 2006.

55 M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, cit., 170, secondo cui «il primo aspetto che poco convince è il riferimento alla sanzione penale prevista nell'art. 12, sesto comma, della legge 40/2004, come elemento indicativo (*rectius*, quasi esclusivo) della presenza di un principio di ordine pubblico. Se dovessimo riconnettere un principio di ordine pubblico ad ogni previsione di sanzione penale, il concetto di ordine pubblico svestirebbe gli abiti di un limite estremo e ristretto che garantisce la coerenza dell'ordinamento giuridico italiano quando vengono in rilievo norme di conflitto o provvedimenti stranieri».

affrontare, rappresentata dalla salvaguardia dell'interesse del minore. Nelle loro difese, infatti, i coniugi committenti avevano sostenuto che sarebbe stata contraria all'interesse del minore una dichiarazione di adottabilità alla quale fosse conseguito un allontanamento del bambino dalla coppia. Per la Suprema Corte, il legislatore italiano ha considerato «non irragionevolmente» che l'interesse del minore si realizzi attribuendo la maternità a colei che partorisce il bambino; soltanto l'adozione conseguita secondo le modalità prescritte dall'ordimento interno, può costituire criterio di imputazione di un rapporto genitoriale pur in assenza del legame biologico.

Con questa sentenza, dunque, il Supremo Collegio assumeva una posizione tranciante in ordine alla portata del divieto, previsto dall'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004, delle pratiche di maternità surrogata, destinato tuttavia – come si vedrà nel prosieguo – ad una successiva revisione. Una diversa e forse più marcata *sensibilità* per le vicende che si legano alla complessiva materia del familiare, che rileva in special modo nel riconoscimento della possibilità di nuovi modelli genitoriali, è probabilmente all'origine del mutato inquadramento della questione in esame. Non sfugge all'attenzione dell'interprete che autore di tale diversa prospettiva sia stato il vertice penale della giurisdizione ordinaria mentre la pronuncia in argomento era stata emessa dalla sezione civile⁵⁶. Nondimeno è proprio a tale sezione della Suprema Corte – ancorché in una diversa composizione – che deve riconoscersi il merito, pur nelle considerazioni critiche espresse in precedenza riguardo alla funzione nomofilattica della giurisprudenza di legittimità, di aver fornito un diverso inquadramento della questione basato su inedite argomentazioni di metodo e di merito, destinate a schiudere scenari di estremo interesse nel dibattito incentrato non solo sulla gestazione per altri ma anche sulle diverse modalità in cui si declina la genitorialità biologica e sociale. Ed, invero, come tutte le decisioni che si fondano su principi, anche quelle che si richiamano all'ordine pubblico, consentono al giudice di procedere ad un bilanciamento di interessi contrapposti, da cui derivi una ridefinizione del loro stesso contenuto, mediante un'attività che presuppone un'operazione di selezione socio-culturale oltretutto giuridica dei valori oggetto di ponderazione. Nelle tematiche che attraversano il diritto di famiglia, siffatta attività di temperamento si rivela particolarmente delicata e complessa, poiché in esse si innestano condizionamenti etici e sociali, sì da far apparire le norme che disciplinano la materia di per sé fondamentali e, per tale via, non derogabili. In particolare il principio del superiore interesse del minore può essere declinato in guisa da delimi-

56 Così Cass. pen., 10 marzo 2016, n. 13525, su cui *infra* sub § 6.

tare, in un'accezione estensiva o restrittiva, il perimetro dello stesso ordine pubblico⁵⁷. Partendo da tali riflessioni gli ermellini ben avrebbero potuto ricostruire, nel contesto di Cass. n. 24001 del 2014, il quadro delle regole applicabili al nato da madre surrogata riferendosi ai principi fondamentali che regolamentano le situazioni in cui sono coinvolti i minori⁵⁸, nel senso di consentire il mantenimento del legame affettivo e relazionale *de facto* instaurato tra la coppia committente e il neonato⁵⁹. In questa direzione si era, invece, mossa la seconda sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, nell'affrontare, in un caso analogo, la questione in discorso⁶⁰, non aveva esitato ad affermare che il rifiuto di riconoscere il legame di filiazione stabilito all'estero e la decisione di allontanamento del minore si configurano come un'ingerenza nei diritti garantiti dall'art. 8 CEDU, disposizione che tutela il supremo interesse del minore ad avere una famiglia⁶¹. Secondo la Corte di Strasburgo «la *référéce à l'ordre public* ne

57 J. LONG, M. NALDINI, "Turismo" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche, cit., 164.

58 L. LENTI, «Best interest of the child» o «best interests of children?», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 157 ss.; ID., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 90 ss.; S. ROMBOLI, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del convegno di Catania, 7-8 giugno 2013*, Napoli, 2014, 505 ss.; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016, 64 ss.; F. GIARDINA, *Interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, 159 ss.

59 C. IRTI, *Digressioni intorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 3, 481 ss., secondo cui «si tratta, tuttavia, di un'affermazione "fragile", non scevra da critiche, non solo e non tanto perché giurisprudenza di merito di qualche anno addietro, investita di un caso simile (anche se non perfettamente analogo), ha ritenuto di esprimersi in senso diametralmente opposto, dimostrando nei fatti che qualsiasi previsione normativa lascia sempre e comunque un margine di discrezionalità al giudice, ma anche e soprattutto perché la stessa Corte non è affatto nuova a pronunce interpretative che *praeter legem* e, a volte, finanche *contra legem*, mutano radicalmente il dettato normativo e la *ratio* sottesa, proprio in ragione di un diverso bilanciamento dei principi fondamentali coinvolti».

60 Una coppia italiana, dopo aver atteso per lungo tempo l'adozione e nell'impossibilità di accedere alla procreazione assistita, decideva di recarsi in Russia, per realizzare conformemente alla *lex loci*, una pratica di maternità surrogata, in cui non vi era alcun legame biologico tra il minore ed i genitori intenzionali. Al rientro in Italia, la coppia veniva coinvolta in una serie di processi che si concludevano con l'allontanamento del minore presso un'altra famiglia.

61 Corte EDU, 27 gennaio 2015, n. 25358/12, Paradiso e Campanelli/Italia, in *Foro it.*, 2015, 3, 4, 117 ss.; in *sidi.it*, 3 febbraio 2015, con nota di A. VIVIANI, *Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali*; in

saurait [...] passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre». Dunque, l'applicazione di una misura così estrema avrebbe richiesto una preventiva valutazione del giusto temperamento tra interesse pubblico e interesse privato, fondato sul rispetto della vita familiare. Sulla base di tali principi, condivisi dalla comunità internazionale, la sezione della Corte europea non aveva mancato di censurare l'operato dei giudici italiani laddove avevano disposto l'allontanamento del bambino, sul presupposto che una tale misura va adottata esclusivamente in presenza di un concreto pericolo per il minore, mentre nella fattispecie in esame l'attenzione era stata appuntata unicamente sull'idoneità educativa dei genitori intenzionali, letta in maniera punitiva alla luce del carattere assertivamente fraudolento del loro progetto procreativo. Ha destato particolare interesse l'argomentazione fornita dalla Corte di Strasburgo, secondo cui nell'ambito delle tutele previste dall'art. 8 CEDU rientrano anche i legami familiari di fatto («[l]a notion de 'famille' visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres liens 'familiaux' de facto», § 67) e, quindi, l'interesse superiore del minore al riconoscimento ed alla continuità transnazionale della propria identità personale (§ 68)⁶². A conferma della asserita indeterminatezza della clausola del preminente interesse del minore e dei rischi che la sua mutevole interpretazione determini gravi conseguenze non solo in termini di certezza del diritto ma anche in relazione al vissuto dei soggetti coinvolti, la Grande Camera – come si avrà modo di chiarire meglio in prosieguo⁶³ – chiamata a pronunciarsi ex art. 43 CEDU sulla vicenda in questione, ha ribaltato il pronunciamento della seconda sezione della Corte, ponendo, *first and foremost*, la delica-

ilfamiliarista.it, 20 luglio 2015, con commento di A. FASANO, G. PIZZOLANTE, *Minori nati da maternità surrogata: nuova condanna da Strasburgo*, in cui la Corte, con sentenza, non definitiva, oggetto di una domanda di rinvio alla Grande Camera ex art. 43 CEDU, ha ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU, sotto il profilo del diritto al rispetto della vita privata e familiare, nell'allontanamento del minore, nato da maternità surrogata, disposto dall'autorità giudiziaria italiana, a cui ha fatto seguito la procedura di adozione. Sul tema M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso Campanelli c. Italia*, in *Genlus*, 2015, 1, 243 ss.; O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Cuadenos de Derecho Transnacional*, 2015, 7, 420 ss.

62 Sul tema cfr. E. DE GOTZEN, *Child's civil status, birth certificates' effects and the free movement of public documents: grasp all, lose all?*, cit., 56 ss.

63 Cfr. *infra* sub § 8.

ta questione che attiene all'impatto che le sentenze realizzano sul minore e, dunque, il perseguimento dell'autentico benessere psicofisico di questi, che inevitabilmente si traduce in una valutazione in concreto del *best interest of the child*, in uno con le modalità con cui debba essere declinato il bilanciamento tra interesse generale e la vita privata dei singoli, senza trascurare il contenuto della nozione di vita familiare rilevante ai fini dell'art. 8 CEDU⁶⁴.

4. Sebbene esuli da questa indagine il profilo penale della vicenda, meritano considerazione, in ragione dell'impatto che le stesse realizzano sul tema trattato, le argomentazioni fornite da diverse decisioni dei tribunali italiani laddove escludono, in ipotesi di surrogazione praticata all'estero, la violazione dell'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004 da parte dei *genitori intenzionali* ed ammettono la trascrizione nei registri di stato civile del certificato di nascita redatto all'estero, *iure soli*. A tale profilo si connette, peraltro, la possibilità di configurare il reato di alterazione di stato, ipotesi rispetto alla quale l'orientamento delle corti di merito non è stato unanime, pur prevalendo la tendenza ad escludere, nel caso di specie, la commissione del reato in questione. Al riguardo di particolare interesse è, *ex plurimis*, la decisione resa dal Trib. Milano, sez. V, 13 gennaio 2014⁶⁵. Anche in questo caso una coppia si era recata a Kiev, in Ucraina, per stipulare un contratto di maternità surrogata, conformemente alla *lex loci*. Al termine della procedura, la cancelleria consolare trasmetteva al comune di Milano, ove risiedevano i coniugi, l'atto di nascita del bimbo, per la relativa trascrizione e l'ufficiale di stato civile provvedeva alla registrazione dell'atto di nascita, comprensivo dell'attribuzione della qualità di madre alla donna committente. Intanto, la Procura della

64 Corte CEDU – Grande Camera, 24 gennaio 2017, n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia.

65 Trib. Milano, sez. V, (15 ottobre 2013) 13 gennaio 2014, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 21 febbraio 2014, con nota di T. TRINCHERA, *Alterazione di stato e maternità surrogata all'estero: una pronuncia assolutoria del Tribunale di Milano*. Si esprime criticamente C. CASSANI, *Surrogazione di maternità all'estero ed effetti nell'ordinamento giuridico italiano: alterazione di stato, falso e interpretazione, convenzionalmente conforme*, in *Fam. dir.*, 2015, 10, 918 ss, secondo cui «non sembra invece condivisibile la decisione differente, pronunciata dal Tribunale di Milano, che ha ritenuto che il reato fosse stato commesso all'estero, con il conseguente proscioglimento degli imputati, in assenza della condizione di procedibilità della richiesta del Ministro della Giustizia ex art. 9 c.p.». Cfr. anche Trib. Brescia, 26 novembre 2013, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 17 marzo 2014, con nota di T. TRINCHERA, *Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all'estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia*.

Repubblica presso il Tribunale di Milano ipotizzava a carico della coppia il reato di alterazione di stato nella formazione dell'atto di nascita del bambino. Il Tribunale di Milano, dal canto suo, ritenendo che il certificato fosse stato regolarmente formato e perfezionato all'estero, secondo la legge ucraina, riqualificava il reato contestato in quello previsto dall'art. 495, co. 2, n. 1, c.p.⁶⁶ e dichiarava il reato improcedibile ai sensi dell'art. 9 c.p.p.⁶⁷.

Centrali sono le *rationes* addotte dalla corte meneghina per argomentare la propria decisione. Per i giudici milanesi, il diritto di famiglia, in quanto contesto elettivo della molteplicità di significati che connotano il concetto di *status*, è stato sottoposto ad un processo di progressiva scomposizione tra il dato naturale della nascita dell'individuo e la contrattualizzazione delle tecniche procreative, fenomeno che risulta variamente disciplinato dai singoli sistemi giuridici nazionali. Rispetto ad uno scenario siffatto, è la stessa definizione di maternità ad essere controversa⁶⁸, attribuendosi rilievo, alternativamente, alla gestazione, al legame genetico, al progetto di genitorialità, oppure delineandosi un criterio composito, alla stregua del quale la maternità viene attribuita laddove ricorrano almeno due tra i tre presupposti – volontà, apporto genetico, gravidanza – nei quali si rinven- gono gli elementi costitutivi della stessa⁶⁹. In ogni caso ne deriva la demo-

66 «La reclusione non è inferiore a due anni: 1) se si tratta di dichiarazioni in atti dello stato civile».

67 In casi analoghi a quello in commento, cioè nei quali la vicenda si svolge nel pieno rispetto della legislazione straniera, si esclude l'alterazione di stato e si configura il reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali (art. 495 c.p.); ciò sulla scorta di quella giurisprudenza di legittimità (Cass., 4 febbraio 2003, n. 5356; Id., 14 giugno 1996, n. 2514) secondo cui solo la falsità espressa al momento della prima obbligatoria dichiarazione di nascita è in grado di determinare la perdita del vero stato civile del neonato, mentre le dichiarazioni mendaci rese successivamente possono eventualmente integrare il meno grave reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali. Poiché peraltro il reato comune di cui all'art. 495 c.p. è commesso all'estero, per la sua procedibilità è necessaria la richiesta del Ministro degli esteri. In materia cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*⁵, I, Bologna, 2012, 551 ss.; M. MANTOVANI, *Delitti contro la fede pubblica*, in Av.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*⁶, Bologna, 2014, 389 ss.; I. GIACONA, *False dichiarazioni alla pubblica autorità sulle proprie o altrui identità o qualità personali (artt. 495 e 496)*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, Torino, 2010, 582.

68 Per I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., 8, «la maternità, fondamento di certezze fino ad oggi indiscutibili, vacilla davanti alla suddivisione dei ruoli genetici, gestazionali e sociali, cui oggi va incontro».

69 A. QUERCI, *La maternità per "sostituzione" tra diritto interno e Carte internazionali*, cit., 1150, secondo cui «la maternità per sostituzione comporta, peraltro,

lizione della nozione giuridica di maternità consegnata dalla tradizione ed il sovvertimento della concezione sociale di maternità che sino agli anni '70 del secolo appena trascorso era centrata sulla «verità del parto»⁷⁰.

Nel silenzio della legge circa la riconoscibilità in Italia della maternità surrogata realizzata all'estero, dalla decisione in argomento è conseguita una implicita ammissione di liceità di tale pratica⁷¹, assumendo a presupposto la valorizzazione dell'interesse del minore⁷². Da siffatta pronuncia se ne ricava ulteriormente che, anche da un punto di vista comparatistico, l'attribuzione della maternità abbia smesso di essere considerata un «fatto naturale» per assumere la connotazione di «fatto istituzionale».

Alla corte meneghina non sfugge come la disomogeneità delle soluzioni fornite dai diversi ordinamenti in ambito internazionale⁷³, se da una parte sollecita l'espansione del *cross-border phenomenon* e la proliferazione di accordi transnazionali di maternità surrogata, dall'altra rende il divieto previsto dalla disciplina interna ancora più debole, dal momento che i cittadini – perlomeno coloro che ne hanno le capacità economiche – in virtù del

una decostruzione di questi principi, in quanto il ruolo materno può scindersi fra più soggetti: la madre genetica o biologica, che fornisce l'ovulo; quella naturale o gestazionale, che porta a termine la gravidanza; e quella sociale (o *intended mother*), che esprime la volontà di mettere al mondo e crescere il bambino».

70 Di questi anni è il primo caso inglese, *A. v. C.*, in *Fam. Law*, 8, 1978, 170 e in *Fam. Law Rep.*, 1985, 445.

71 Cfr. anche App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Fam. min.*, 2009, 50; in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, 699, che ha dichiarato l'efficacia in Italia, disponendone l'annotazione nei registri di stato civile, dei *parental order* inglesi che ordinavano di sostituire, nell'atto di nascita, il nome della committente italiana a quello della partoriente inglese.

72 High Court of Justice, 9 dicembre 2008, in *Law Report, Family Division*, 2008, EWHC 3030.

73 Su 36 Stati parti della CEDU, 14 contengono un divieto espresso di maternità surrogata, 10 di fatto non consentono il ricorso a madri surrogate, in 7 tale pratica è ritenuta lecita, ed è tollerata in 4 paesi (Belgio, Repubblica Ceca, Lussemburgo, Polonia). La surrogazione di maternità titolo commerciale è ammessa in Georgia, India, Uganda, Russia, Thailandia, Ucraina e alcuni Stati degli Stati Uniti d'America (California, Carolina del Sud, Maryland, Massachusetts, Ohio, Pennsylvania, Alabama, Arkansas, Connecticut, Dakota del Nord, Illinois, Iowa, Nevada, Oregon, Tennessee, Texas, Utah, Virginia occidentale). Gli Stati che riconoscono contratti di *surrogacy* su base solidaristica sono l'Australia (Australia meridionale, Australia occidentale, Nuovo Galles del Sud, Queensland, Territorio della capitale australiana Victoria), la Cina (Hong Kong, SAR), la Danimarca, Israele, il Canada (Alberta, Colombia Britannica), il Sudafrica e la Nuova Zelanda. Sul tema si veda lo scritto, ancorché risalente, di R. TORINO, *Legittimità e tutela giuridica degli accordi di maternità surrogata nelle principali esperienze straniere e in Italia*, in *Famiglia*, 2002, 1, 179-202.

rinvio alla *lex loci* operato dall'art. 15 del d.P.TR. 3 novembre 2000, n. 396, sono di fatto legittimati ad andare all'estero per generare figli eterologhi, purché nel rispetto delle leggi del luogo⁷⁴.

5. Il tema trattato, dunque, è significativamente eroso da profili bio-etici, i quali devono trovare un giusto temperamento con le tutele legislative di diritti, la cui certa definizione non può più essere procrastinata. Al riguardo merita menzione un ulteriore intervento del Tribunale di Milano che, spingendosi anche oltre il proprio precedente orientamento, giunge a sostenere che la maternità surrogata praticata all'estero non integra il reato di alterazione di stato⁷⁵. I giudici di prime cure sottolineano come, a loro avviso, l'alterazione di stato non sussiste se l'atto di nascita è formato nel rispetto della legge del luogo ove il figlio è nato, all'esito di una procreazione medicalmente assistita conforme alla *lex loci*⁷⁶. Soltanto la falsità espressa al momento della prima obbligatoria dichiarazione di nascita è in grado di determinare la perdita del vero stato civile del neonato. Ma vi è di più! Secondo i giudici meneghini il divieto di diventare madre ricorrendo alla surrogazione di maternità non rientra tra i principi fondanti dell'ordine pubblico internazionale, derivandone la legittimità della trascrizione dell'atto di nascita legalmente formato all'estero. Non-dimeno, affinché l'alterazione di stato possa essere esclusa, è necessaria l'integrale conformità del contratto e di tutta la procedura di surrogazione di gravidanza con ovodonazione alle norme vigenti nel paese straniero in

74 Per A. QUERCI, *La maternità per "sostituzione" tra diritto interno e Carte internazionali*, cit., 1145, «una volta che il bambino è nato, tramite la maternità per sostituzione, ciò che conta non sono più solo i divieti imposti in molti ordinamenti e le questioni morali. Ciò che rileva è soprattutto tutelare il *best interest of the child* che, nel bene o nel male, è venuto al mondo, ed a cui devono essere garantiti una cittadinanza, uno status, un nome ed una famiglia».

75 Trib. Milano, sez. V, 12 giugno 2015, n. 3301.

76 GUP Trieste, 4 ottobre 2013; GUP Varese, 8 ottobre 2014, in *Fam. dir.*, 2015, 10, 918 ss. con commento di C. CASSANI, *Surrogazione di maternità all'estero ed effetti nell'ordinamento giuridico italiano: alterazione di stato, falso e interpretazione convenzionalmente conforme*, escludono tanto l'alterazione di stato quanto il reato di cui all'art. 495 c.p. Dirimente in dette pronunce è proprio la formazione dell'atto di nascita nel pieno rispetto della *lex loci*. Quando invece l'atto di nascita non sia conforme alla legislazione dello stato in cui l'atto è formato, taluni giudici (Trib. Brescia, 26 novembre 2013; Trib. Cremona, 9 dicembre 2014) hanno ritenuto configurabile il reato di alterazione di stato. Difatti nel caso in cui la maternità surrogata sia vietata anche nel luogo di nascita, l'atto dello stato civile non può che conferire al neonato uno status diverso rispetto a quello spettante di diritto.

cui essa è stata realizzata. In questa vicenda processuale alla configurabilità del meno grave reato di false dichiarazioni sulle qualità personali non è lasciato alcuno spazio.

La pronuncia si lascia apprezzare per gli argomenti di carattere sistematico con cui motiva la non contrarietà all'ordine pubblico internazionale della trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero conformemente alla *lex loci*. Di particolare interesse è il richiamo a Corte cost. n. 162 del 2014, laddove viene precisato che la scelta di formare una famiglia con figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi (artt. 2, 3 e 31 Cost.). Dal rilievo costituzionale del diritto alla genitorialità consegue che la responsabilità procreativa, in talune circostanze, può prevalere sul rapporto di discendenza genetica e, dunque, non si frappone alcun ostacolo di ordine pubblico alla trascrizione di un atto di nascita formato all'estero di un minore nato da una maternità surrogata conformemente alla *lex loci*⁷⁷. Dalla decisione emerge che la cancellazione della trascrizione, laddove i rapporti genitoriali si siano consolidati, oltre a confliggere con il riconoscimento giuridico della relazione parentale materna di cui a Corte cost. n. 162 del 2014, minerebbe irragionevolmente il diritto all'identità personale del minore e ne violerebbe il diritto alla vita privata di cui all'art 8 CEDU, che include «il primario interesse a definire la propria identità come essere umano, compreso il proprio *status* di figlio o di figlia di una coppia di genitori»⁷⁸.

6. Nella medesima prospettiva indicata dalla corte meneghina è da ultimo intervenuta, in maniera chiarificatrice, Cass. pen., Sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525⁷⁹, secondo cui non sussiste il reato di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004 se la maternità surrogata è avvenuta in uno Stato dove

77 Per i giudici, peraltro, la non contrarietà all'ordine pubblico internazionale era pacifica anche prima della pronuncia della Consulta considerato che la maggiore parte dei Paesi della U.E. consente la fecondazione eterologa (Cass. S.U., 5 aprile 2011, n. 14650). C. CASSANI, *op.cit.*, 932, osserva come in queste decisioni la veridicità del rapporto di filiazione è stata considerata soccombente «alla luce di un bilanciamento dei beni in conflitto, che rende qualificabile la dichiarazione alla stregua di un falso innocuo, sotto il profilo dell'insussistenza del fatto tipico, sulla base di una valutazione di inidoneità della falsa attestazione ad arrecare nocumento al bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice».

78 Corte EDU, 26 giugno 2014, n. 65941/2011, *Labassee/Francia* e n. 65192/2011, *Mennesson/Francia*, cit.

79 Cass. pen., sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 8, 1085 ss., con nota di A. MADEO, *La cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*; in *Foro it.*, 2016, 5, 2, 286.

questa è lecita. Nel caso di specie, è stata riconosciuta la ricorrenza della causa scriminante dell'esercizio putativo del diritto essendosi i due coniugi recati appositamente in uno Stato, l'Ucraina, dove la pratica della maternità surrogata è lecita, sintomo questo della loro assoluta buona fede circa la non contrarietà alla legge della propria condotta.

Al fine di ritenere configurabile il delitto di alterazione di stato, la condotta deve comportare una falsità destinata a riflettersi sulla formazione dell'atto di nascita. Ne discende che il reato di cui all'art. 567 c.p. non è configurabile in relazione alle false dichiarazioni incidenti sullo stato civile di un nato da una procedura di maternità surrogata realizzata all'estero, rese in conseguenza dell'atto di nascita formato dall'autorità amministrativa dello Stato straniero, conformemente alla normativa ivi vigente.

Anche in questa vicenda processuale, alla stregua delle conclusioni cui era pervenuto il Tribunale di Milano⁸⁰, oltre a negare la possibilità di configurare il reato di alterazione di stato (art. 567, co. 2, c.p.) quando l'atto di nascita sia stato formato validamente all'estero nel rispetto della legge del paese in cui è avvenuto il parto, la Suprema Corte ha escluso che la condotta di chi rende dichiarazioni mendaci sull'identità, lo stato o altre qualità del bambino, in epoca successiva alla formazione dell'atto di nascita, per ottenerne il riconoscimento in Italia, possa integrare il reato, meno grave, di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali.

Non si può in questa sede mancare di evidenziare le perplessità che si connettono alle motivazioni rese nella sentenza, in particolare laddove, negandosi la ricorrenza della fattispecie di cui all'art. 567, co. 2, c.p., si mette in risalto che la trascrizione dell'atto di nascita formato in uno stato estero assume efficacia meramente dichiarativa, purché sia stato correttamente redatto secondo la *lex loci* e non risulti in contrasto con l'ordine pubblico. In verità il richiamo alla *lex loci* sembra convincere poco: l'ordinamento ucraino, nell'ambito delle proprie prerogative istituzionali, può ritenere legittimo l'atto in esame, ma il giudizio sul suo contenuto fattuale non può prescindere dagli eventi che in termini naturalistici, alla stregua di una consolidata tradizione giuridica che individua la madre in colei che partorisce, contribuiscono alla sua qualificazione, salvo ad ammettere la ricorrenza di forme di genitorialità diverse da quella strettamente biologica, non coincidenti con l'adozione. Ed i fatti attestano che la donna committente non ha partorito il bambino, né risulta la madre genetica di questi e l'atto di nascita ucraino che riporta le generalità della coppia di cittadini italiani committenti quali genitori del bambino nato a Kiev, non corrisponde alla realtà biologica. Tut-

80 Cfr. *Supra* sub § 4.

tavia tali argomentazioni, pur se fondate su motivazioni radicate nella cultura giuridica occidentale, sono destinate ad arretrare rispetto al desiderio di genitorialità, di cui peraltro si è riconosciuto il valore costituzionale. Di talché, in materia di maternità surrogata praticata all'estero, si sta assistendo ad una dissociazione tra la concezione naturalistica della maternità e gli esiti derivanti dalla contrattualizzazione delle forme di procreazione (*from status to contract*)⁸¹. Ne consegue la riscrittura della stessa definizione di maternità, che assume connotazioni tali da potersi presentare anche slegata dall'evento del parto, ovvero in una dimensione neutrale, in grado di accogliere nella propria accezione anche i genitori tecnologici⁸². In questa direzione la maternità, privata dell'esclusiva dimensione naturalistica, si presenta come un contenitore polisemico, ed acquista la fisionomia di costruito sociale di cui il legislatore prende atto, qualificandolo in termini di «fatto istituzionale»⁸³. Non vi è chi non veda come il mutamento intervenuto nella coscienza collettiva, in virtù del quale è stata apprestata adeguata tutela a formazioni sociali distanti dal modello tradizionale, rappresenti lo scenario entro il quale viene salvaguardato il diritto del minore all'identità in un contesto che si connota per la presenza di un concetto di famiglia declinato in senso sostanziale, che prescinde in modo significativo dai legami genetici⁸⁴. Potrà

81 H. J. SUMNER MAINE, *Ancient law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*, London, 1861, 100, secondo cui la direzione del progresso giuridico e sociale è da ricercarsi nel *movement from status to contract*, ovvero nel passaggio graduale da una condizione personale di dipendenza dalla famiglia, vista come l'unica fonte di diritti e di doveri, alla nascita di obbligazioni reciproche frutto del libero accordo tra gli individui. Sul tema S. CATANOSI, *Libertà del volere e contrattualizzazione delle relazioni familiari*, Napoli, 2013, *passim*; M. R. MARELLA, S. CATANOSI, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teoria de-generi intorno al consenso contrattuale*, in G. Rojas Elgueta, N. Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, Roma, 2014, 161 ss.

82 Secondo C. SARACENO, *Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso*, in *Genlus*, 2014, 2, 124, «non occorre pensare che vi sia un'unica modalità di vivere la gravidanza, e tanto meno assumere una visione idealizzata della maternità occidentale, per ritenere che l'esperienza della gravidanza non sia neutra né per chi la porta a termine, né per chi da essa viene al mondo. Se si ignora questo, la «madre surrogata», o meglio la donna portatrice/gestante, rischia di essere considerata esclusivamente come contenitore, come ambiente fisiologico per il nascituro».

83 G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, Torino, 2016, *passim*.

84 La giurisprudenza, con specifico riguardo alle azioni di stato, si è allontanata dal *favor veritatis* nell'obiettivo di salvaguardare l'interesse del minore al mantenimento della propria identità, in qualunque modo questa venga acquisita. Si conforma a tale prospettiva, l'orientamento interpretativo che non ammette l'impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità posta in essere da chi ha

non piacere, ma il processo di revisione antropologica in atto è inarrestabile perché parte dal basso, è ampio e trasversale, ridefinisce continuamente se stesso e si riproduce dal proprio interno. Nuove formazioni familiari, nuove identità e genitorialità, rinnovati *status familiae*, si rincorrono in un sistema autopoietico nell'ambito del quale l'ordinamento non può che individuare gli elementi rilevanti agli effetti del diritto, indicando valori giuridici e criteri di attribuzione di tali valori ai fatti⁸⁵. In un ordito giuridico globale, la riconosciuta autodeterminazione procreativa e il suo esplicitarsi negli accordi di *surrogacy* risulta difficilmente comprimibile da divieti statali e dall'ordine pubblico. Emerge, dunque, in modo evidente l'irragionevole ipocrisia di un regime giuridico basato sulla proibizione – peraltro facilmente eludibile –, mentre diventa sempre più stringente la necessità di un approccio che si mostri consapevole dell'importanza di introdurre una regolamentazione degli *status* familiari che, non ignorando il percorso in atto, declini il rapporto di genitorialità come rapporto giuridico di responsabilità⁸⁶.

Alla stregua delle conclusioni appena formulate, l'interrogativo sembra d'obbligo: qual è il significato che assume il divieto di cui all'art. 12 della l. n. 40 del 2004 se nei fatti è prevalsa la soluzione giurisprudenziale che afferma la non contrarietà all'ordine pubblico internazionale della trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero conformemente alla *lex loci* del nato mediante maternità surrogata? In verità, l'unico leso dalla permanenza di tale divieto sembra essere il diritto alla genitorialità di quanti, non avendone la capacità economica, non possono recarsi in quei paesi ove tale tecnica è legittima⁸⁷.

effettuato il riconoscimento nella consapevolezza della sua non corrispondenza al vero (cd. riconoscimento di compiacenza).

85 Sul tema G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996, 40 ss., secondo cui dal conflitto sociale si origina l'evento comunicativo generale che successivamente si trasformerà in componente tipica del sistema giuridico, quale la sentenza che regola il conflitto sociale iniziale e il diritto stesso. Cfr. F. SCAMARDELLA, *La riflessività giuridica come categoria di mediazione tra individuo e diritto*, in *i-lex.it, Scienze giuridiche, scienze cognitive e intelligenza artificiale*, 2011, 13-14, 199 ss.

86 E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 2014, 5, 479 ss.; M. DI MASI, *Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno stato estero: aperture della Germania*, in *Genlus*, 2015, 2, 214 ss.

87 C. FLAMIGNI, *Parere dissenziente*, in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOTICA, *Maternità surrogata a titolo oneroso*, Roma, 18 marzo 2016, secondo cui «la logica suggerisce, dunque, che vietare la maternità surrogata in Italia non diminuirebbe il ricorso alla tecnica, ma determinerebbe solo l'aumento del turismo della riproduzione, sempre con la conseguenza di regolarne l'accesso in base al reddito».

7. Si è già evidenziato come, rispetto al proprio precedente orientamento, la prima sezione civile della Corte di Cassazione, con la sentenza del 21 giugno 2016, depositata il 30 settembre 2016, n. 19599⁸⁸, affronti la questione della contrarietà all'ordine pubblico⁸⁹ della trascrizione in Italia dell'atto di nascita formato in Spagna conformemente alla *lex loci*⁹⁰, di un bambino, figlio di due donne coniugate in quel Paese, una partoriente e l'altra donatrice dell'ovulo fecondato con il seme di un uomo anonimo (*lesbian mother families*)⁹¹, giungendo a soluzioni inedite ma soprattutto adducendo argomentazioni destinate a schiudere scenari inesplorati in termini di riconoscimento del diritto alla genitorialità. La Suprema Corte perviene alla conclusione della non contrarietà di tale fattispecie con l'ordine pubblico⁹², realizzando una lettura evolutiva di tale principio e ponendo al centro della propria riflessione la rilevanza dell'interesse del minore che si declina come diritto alla continuità dello *status filiationis* validamente acquisito all'estero⁹³. Come è stato affermato da una dottrina attenta, tra le diverse sollecitazioni poste all'attenzione dell'interprete, la decisione si connota per aver ricondotto ad unità le diverse prospettazioni in uno tra i

88 Cfr. *supra* sub § 1.

89 Art. 18, d.P.T.R. n. 396 del 2000 e art. 65, l. n. 218 del 1995.

90 A. BATUECAS CALETRÍO, *L'iscrizione della nascita nel registro civile spagnolo dei nati maternità surrogata all'estero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1153 ss.; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *Maternidad subrogada en España: estado de la cuestión*, in *Genlus*, 2016, I, 10 ss.

91 In cui *lesbian mother* è singolare ma si riferisce a famiglie con due madri che hanno avuto i figli tramite inseminazione artificiale. Cfr. C. CUCINELLA, *Il riconoscimento dello status filiationis di un minore che risulta figlio di due donne*, cit., *passim*; E. CONTU, *Non è contraria all'ordine pubblico il riconoscimento in Italia dell'atto di nascita di un bambino con due mamme*, cit., 2.

92 Cfr. Trib. Trieste, 6 giugno 2013 e Trib. Milano, 15 ottobre 2013, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, 154 ss., tali decisioni superano il presunto contrasto con l'ordine pubblico stante il divieto di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004, rispettivamente ritenendo prevalente l'interesse superiore del minore di vivere insieme ai genitori con cui ha di fatto instaurato rapporti affettivi e facendo perno sulla prevalenza della responsabilità procreativa rispetto al dato genetico/biologico.

93 Una prima applicazione delle conclusioni cui perviene la Suprema Corte con la sentenza in commento, è rinvenibile in App. Milano (decr.), 28 dicembre 2016, in *ilfamiliarista.it*, 27 gennaio 2017, con commento di G. CARDACI, *Sono trascrivibili integralmente nel registro di stato civile gli atti di nascita di due gemelli nati all'estero tramite "gestazione per altri"*, in *articolo29.it*, con commento di A. SCHILLACI, *Passo dopo passo, il diritto si avvicina alla vita: la Corte di Appello di Milano, che ordina la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelli nati grazie alla gestione per altri*. Si veda anche Trib. Napoli, 1 luglio 2011, in *Giur. merito*, 2011, 2695.

settori più delicati delle dinamiche familiari, prestando ascolto ai tentativi di ricostruzione che da tempo si rincorrevano⁹⁴.

Due donne, una spagnola e l'altra italiana, contraggono matrimonio in Spagna (*ley* n. 13/2005) e dalla loro unione nasce un minore che all'anagrafe iberica risulta cittadino spagnolo con le due donne come madri, di cui porta i cognomi. Il minore instaura un rapporto stabile con le due donne, gestante e genetica, che congiuntamente fanno richiesta di trascrizione dell'atto di nascita in Italia, cui l'ufficiale di stato civile del comune di Torino oppone rifiuto per ragioni di ordine pubblico. Il ricorso avverso detto diniego viene rigettato dal Tribunale di Torino, che ritiene infondata la domanda di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, perché contrastante con il principio, di ordine pubblico e di diritto naturale, espresso dall'art. 269, co. 3, c.c. ed elusivo del divieto di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004. Il decreto del Tribunale di Torino viene reclamato dalle due donne, operando un richiamo all'art. 33 della l. n. 218 del 1995⁹⁵. La Corte di Appello accoglie la tesi delle reclamanti e diversamente dal giudice di prime cure, ordina la trascrizione dell'atto di nascita⁹⁶. A questo punto la Procura generale ed il Ministero dell'Interno, ricorrono per Cassazione.

7.1 L'interessante *iter* argomentativo seguito dalla Suprema Corte, prende le mosse dalla considerazione che il decreto impugnato attribuisce al minore anche la cittadinanza italiana, poiché figlio di un'italiana in base ad un atto valido secondo il diritto spagnolo e quindi trascrivibile in Italia, a norma dell'art. 17, del d.P.TR. n. 396 del 2000⁹⁷. Tuttavia, una tale effetto è ammissibile a condizione che l'atto di nascita redatto all'estero non sia incompatibile con l'ordine pubblico e, perciò, sia configurabile in Italia come titolo valido per la costituzione del rapporto di filiazione nei confronti della madre genetica, rapporto che costituisce il presupposto dell'acqui-

94 M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, cit., 2 ss.

95 Secondo cui lo stato di figlio è regolato dalla legge nazionale vigente al momento della nascita dello stesso. Si tratta, naturalmente, del testo, applicabile *ratione temporis*, anteriore alla sostituzione operata dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, art. 101, co. 1, lett. a).

96 App. Torino (decr.), 4 dicembre 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 5, 441, con commento di L. FRANCO, *Il nome del bambino nato da due madri: tra diritto al nome e diritto sul nome*. Sul tema E. DI NAPOLI, *La Corte di Appello di Torino di fronte alla fecondazione assistita eterologa all'estero*, in *Genius*, 2015, 1, 258 ss.; J. LONG, M. NALDINI, *"Turismo" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche*, cit., 166 ss.

97 Che disciplina la trascrizione degli atti formati all'estero e relativi ai cittadini italiani.

sto della cittadinanza italiana in base al combinato disposto dell'art. 1, co. 1, lett. a) e art. 2, co. 1, l. n. 91 del 1992⁹⁸.

Da ciò la necessità avvertita dalla Suprema Corte di soffermarsi sulla nozione di ordine pubblico nella giurisprudenza di legittimità, dando conto del passaggio dall'originaria qualificazione di limite finalizzato alla tutela di talune particolari fattispecie di carattere morale e politico assunte dal legislatore ordinario, ad una concezione incline a conformare la posizione dell'ordinamento italiano a quella emergente in ambito internazionale, ancorché nel rispetto dei principi fondamentali della Carta Costituzionale ma anche – laddove compatibili con essi – dei Trattati fondativi e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. In questa cornice l'ordine pubblico internazionale diviene espressivo di «quel complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati a esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comune ai diversi ordinamenti»⁹⁹. Ed in effetti, dopo l'entrata in vigore della l. n. 218 del 1995, la Suprema Corte è intervenuta più volte sul tema, affermando che «l'ordine pubblico deve essere garantito con riguardo non già alla astratta formulazione della disposizione straniera, bensì ai suoi effetti, cioè alla concreta applicazione che ne abbia fatto il giudice di merito ed all'effettivo esercizio della sua discrezionalità, vale a dire all'adeguamento di essa all'ordine pubblico»¹⁰⁰. Tale accezione di ordine pubblico, dunque, non si conforma a quella interna, dovendo riferirsi, nelle fattispecie inerenti all'argomento in questione, alla nozione di ordine pubblico internazionale. Ne consegue che il solo fatto che la legislazione italiana oggi vieti la tecnica della maternità surrogata e che tendenzialmente faccia prevalere la maternità biologica su quella sociale, non è indice di contrarietà all'ordine pubblico internazionale di quelle legislazioni che prevedono deroghe a tale principio. Articolata in siffatti termini la verifica del limite posto dall'ordine pubblico, risulta necessario accertare non già se l'atto straniero sia conforme alle di-

98 Sul tema A. VIVIANI, *Coordinamento tra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 847 ss.; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005, *passim*.

99 Testualmente Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

100 App. Bari, 13 febbraio 2009, cit., che ha ritenuto, quindi, la non contrarietà all'ordine pubblico degli effetti dei provvedimenti di cui è stato chiesto il riconoscimento in Italia da parte della coppia con la conseguenza della sussistenza del requisito della riconoscibilità nello Stato italiano dei *Parental order* resi in Regno Unito dalla *Croydon Family Proceedings Court*. Cfr. G. ROSSOLILLO, *L'identità personale tra diritto internazionale privato e diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2007, 1028 e Id., *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009, *passim*.

sposizioni ordinarie interne, seppure imperative o inderogabili, ma se esso si riveli in contrasto con i principi supremi e/o fondamentali della Carta costituzionale, non sovvertibili dal legislatore ordinario, nonché – laddove con questi compatibili – con i principi racchiusi nei Trattati fondativi e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ed ancora nella CEDU. Da tale inquadramento, il contrasto con l'ordine pubblico non è desumibile dalla mera difformità della norma straniera con la generalità delle disposizioni del diritto interno, poiché il confronto va effettuato esclusivamente con i principi fondamentali cui il legislatore ordinario risulta vincolato e non già con le norme emanate in forza della discrezionalità di cui questi gode in una determinata materia. La Suprema Corte rimarca come la ricerca di siffatti principi soggiaccia ad una delicata operazione ermeneutica, non limitata alla lettera della disposizione, ancorché di livello costituzionale, nella considerazione che esistono norme costituzionali non espressive di principi inviolabili e che, in tale prospettiva, non concorrono ad integrare la nozione di ordine pubblico. Nella sostanza il contrasto con l'ordine pubblico si realizza soltanto laddove possa ritenersi, in via preventiva e virtuale, che al legislatore ordinario interno sia preclusa l'introduzione di una norma analoga a quella straniera, poiché inconciliabile con valori costituzionali primari. Nel caso di specie, dovendosi valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero, dei cui effetti si chiede il riconoscimento in Italia¹⁰¹, è necessario verificare se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo così come declinati dalle summenzionate Carte fondamentali, nazionali e sovranazionali, e non certo se consegue ad una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne, sebbene imperative o inderogabili¹⁰². In tale prospettiva, particolare valenza assumono il perseguimento dell'interesse superiore del minore con riguardo alla sua identità personale e sociale nonché il diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.), la cui tutela è stata viepiù rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale.

101 Artt. 16, 64, 65, l. n. 218 del 1995 ed art. 18 d.P.T.R. n. 396 del 2000.

102 M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 310 ss. Sul tema M.G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, cit., 15, afferma che «non ha senso, in questa prospettiva, invocare il contrasto della normativa ordinaria straniera con quella italiana di pari rango, sia pure costituita da norme inderogabili».

7.2 Dalle argomentazioni complessivamente addotte emerge che la tutela del superiore e preminente interesse del minore si articola in diverse situazioni giuridiche rilevanti tanto nell'ordinamento internazionale¹⁰³ che in quello interno¹⁰⁴, che nella fattispecie giustificano il diritto a conservare lo *status* di figlio, riconosciutogli da un atto validamente formato all'estero¹⁰⁵. Secondo il ragionamento sviluppato dalla Suprema Corte, il mancato riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione instaurato conformemente alla legislazione spagnola, con la madre e uno dei genitori (la seconda madre), determinerebbe un'incertezza giuridica che si ripercuoterebbe negativamente sull'identità personale del minore che, oltre a non acquistare la cittadinanza italiana ed i diritti ereditari, verrebbe privato del diritto di essere rappresentato dal genitore nei rapporti con le istituzioni. Tale situazione di instabilità, al pari del mancato riconoscimento di uno *status* definito, rappresenta un rischio da scongiurare in ogni modo, dal momento che pregiudica il diritto all'identità personale, quello ad acquisire una nazionalità nonché il diritto di conoscere le proprie origini, senza escludere il rilievo del diritto al nome, intesi quali parametri di tutela del minore, ampiamente riconosciuti dall'ordinamento e dalla giurisprudenza internazionale¹⁰⁶. Consapevole di ciò, il Supremo Collegio osserva che precludere al minore di vedersi ri-

103 Art. 1, Convenzione sui diritti del fanciullo proclamata a New York il 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia dalla l. 27 maggio 1991, n. 176; art. 6, Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, approvata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, resa esecutiva dalla l. 20 marzo 2003, n. 77; art. 24, par. 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e riproclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

104 È risalente l'indirizzo dell'ordinamento interno tendente ad attribuire assoluta centralità all'interesse morale e materiale del minore, rinvenibile a partire dalla Riforma del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975, n. 151), nella l. 10 dicembre 2012, n. 219, sullo stato unico della filiazione, agli artt. 53 e 55, d.lgs. n. 154 del 2013, nella l. 19 ottobre 2015, n. 173, sul diritto alla continuità dei rapporti affettivi dei minori in affidamento familiare.

105 Corte EDU, 13 giugno 1979, n. 31, *Marckx c. Belgio*, in *Riv. dir. int.*, 1980, 233 e Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 4, 415 ss.; *Corr. giur.*, 2012, 4, 566; *Giur. it.*, 2012, 8-9, 1873 ss. hanno affermato da tempo il diritto del minore all'integrazione nella famiglia di origine nonché alla continuità dei rapporti con i suoi familiari.

106 Il diritto alla continuità di tale *status* è conseguenza diretta del *favor filiationis*, scolpito negli artt. 13, co. 3, e art. 33, co. 1 e 2, l. n. 218 del 1995, ed è implicitamente riconosciuto nell'art. 8, par. 1, della Convenzione di New York. Sul tema A. VIVIANI, *L'identità personale nel sistema della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2013, *passim*; S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio DUDI*, 2015, 202-209.

conosciuto un secondo genitore, cui è legato geneticamente, oltre a quello che l'ha partorito, determinerebbe un contrasto con quanto statuito dall'art. 24.3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁰⁷.

7.3 Acclarato il rilievo costituzionale dell'interesse del minore, la Suprema Corte si pone l'obiettivo di verificare l'esistenza di ulteriori principi del medesimo rango, rispetto ai quali risulti necessario effettuare un eventuale contemperamento. Le conclusioni cui perviene il Supremo Collegio sono negative. Nello specifico, con argomentazioni inedite, destinate a schiudere nuovi scenari non soltanto nel contesto della maternità surrogata ma nella definizione stessa della genitorialità, la Suprema Corte opera un confronto tra scelte realizzate dalla legislazione ordinaria e principi espressi dalla *Grundnorm*. Segnatamente i giudici di legittimità si soffermano sulla tecnica procreativa utilizzata nel caso di specie, rispetto alla quale sussiste un preciso divieto posto dalla l. n. 40 del 2004. Non mancano tuttavia di rimarcare come tale disciplina legislativa rappresenti soltanto una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario in un contesto rispetto al quale le scelte legislative non sono vincolate costituzionalmente. Stante, dunque, l'ampiezza di spazi di cui gode il legislatore nella concreta disciplina della materia in uno con l'assenza di un vincolo costituzionale al riguardo, non risulta possibile opporre il contrasto con l'ordine pubblico per impedire l'ingresso nell'ordinamento interno dell'atto di nascita del minore solo perché formato all'estero secondo norme che attualmente non sono conformi a quelle previste in maniera imperativa dalle leggi ordinarie italiane, ma che ben potrebbero esserlo in futuro ad opera del legislatore domestico. Da ciò, la Suprema Corte deduce che il contrasto con la l. n. 40 del 2004 non sia ostativo alla trascrizione dell'atto di nascita, non esprimendo tale disciplina normativa un principio di ordine pubblico. In verità, forse nell'intento di attenuare la portata espansiva dell'operazione ermeneutica appena avanzata, dall'indubbio rilievo nomofilattico nelle questioni attinenti alla genitorialità intenzionale, il Collegio si affretta a precisare – con argomentazioni discutibili – che, comunque, nel caso in esame si è in presenza di una tecnica diversa dalla maternità surrogata e ad essa non assimilabile. Infatti, i giudici ritengono che l'ipotesi in cui la donna doni l'ovulo alla propria *partner* (con cui è coniugata in Spagna), la quale partorisce utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto, non si configuri in termini di maternità surroga-

107 Secondo il quale «il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo quando ciò sia contrario al suo interesse».

ta o di surrogazione di maternità, ma quale tecnica procreativa realizzata all'interno della coppia assimilabile alla fecondazione eterologa, da cui si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna (per averlo l'una partorito e per avergli l'altra trasmesso il patrimonio genetico). Ma questo assunto postula l'implicita ammissione di conformità al diritto interno del rapporto di coniugio instaurato dalle donne secondo il diritto spagnolo, con le necessarie implicazioni quanto a verifica del limite dell'ordine pubblico di tale fattispecie. In ogni caso, resta ferma la portata decisamente innovativa dell'operazione ermeneutica condotta dal Supremo Collegio, la cui applicazione consentirà l'emersione giuridica di ruoli genitoriali sino ad oggi inespressi.

In maniera decisiva, gli ermellini sottolineano come le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla l. n. 40 del 2004, non possano ricadere sul nato, il quale ha diritto alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero nei confronti della madre genetica e alla continuità dei rapporti affettivi con quest'ultima. Di tanto, peraltro, è ben consapevole lo stesso legislatore che all'art. 9, co. 1, della l. n. 40 del 2004, anche successivamente all'intervento di Corte cost. n. 162 del 2014, ha continuato a prevedere che, in caso di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, il coniuge o convivente consenziente non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità¹⁰⁸. Dunque, alla stregua del ragionamento seguito dalla Suprema Corte, per i nati da maternità surrogata, all'estero come in Italia, sussisterebbero analoghe prerogative ed identici diritti, con l'unica «sfumata» differenza che i genitori che realizzano tale pratica in Italia incorrono nel reato di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004. *Alias*: continuità di affetti e riconoscimento di *status* ma in una condizione di possibile privazione della libertà personale....autentico paradosso del *caos* procreativo!

7.4 Altra argomentazione destinata ad aprire ulteriori varchi sino ad oggi serrati da posizioni connotate da una certa cecità a fronte dell'incedere dell'offerta di nuove tecniche procreative, alimentata da un'incessante quanto varia domanda di genitorialità, è da ricercarsi nella posizione che la Suprema Corte esprime con riguardo alla previsione di cui all'art. 269, co. 3, c.c., innovando rispetto al consolidato orientamento della giurisprudenza.

108 Per G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 332, la libertà che le persone hanno di procreare «si è esercitata e si è esaurita anche secondo la l. n. 40 con la fecondazione che ammette la libertà di ripensamento solo fino alla fecondazione medesima».

za di legittimità, secondo il quale da tale disposizione si ricaverebbe che madre è colei che partorisce¹⁰⁹. Per i giudici di legittimità, infatti, al superiore interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero nei confronti della madre genetica (donatrice dell'ovulo), e alla connessa tutela della sua identità personale e sociale, non può validamente opporsi il principio secondo cui, per l'ordinamento italiano, è madre solo colei che partorisce (art. 269, co. 3, c.c.), con conseguente esclusione di colei che abbia contribuito alla nascita del figlio con la donazione dell'ovulo. In revisione del proprio precedente orientamento, il Supremo Collegio osserva che la norma *de qua* non esprime un valore fondamentale di rango costituzionale e, pertanto, non sussiste un principio di ordine pubblico desumibile da tale previsione idoneo ad inibire la trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero. D'altro canto – e questa non può essere considerata una mera affermazione di stile – secondo i giudici di legittimità, i più recenti approdi scientifici destituiscono di fondamento il principio *mater semper certa est* e cioè la coincidenza tra la partorientente e colei che trasmette il patrimonio genetico. Anzi, accanto al rapporto che durante la gravidanza si instaura tra il feto e la madre, assume valenza anche il contributo offerto dalla donna che ha trasmesso il patrimonio genetico. Il ragionamento seguito dai giudici di piazza Cavour evidenzia come il principio espresso dall'art. 269, co. 3, c.c., che impedisce a colei che ha trasmesso il patrimonio genetico di rivendicare lo *status* di madre, non trovi un diretto fondamento nella Carta Costituzionale, sicché nulla vieta al legislatore ordinario di modificare tale previsione per adeguarla al mutato contesto sociale. Di qui l'affermazione secondo cui la citata dispo-

109 Sul tema N. LIPARI, *La maternità e la sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 567; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 403, secondo la quale «la complessità del tema induce a ritenere tuttora valido «l'invito ad attenersi alla legislazione vigente», la quale ci dice che madre è colei che ha partorito. Attenersi alla legislazione vigente e proclamare, quindi secondo il dettato dell'art. 269 c.c., che «la madre è colei che partorisce è in realtà una misura di dissuasione dalla surrogazione», misura che tuttavia non impedisce, posta la mancanza di un divieto, la possibilità del dono, né impedisce, quindi, il realizzarsi di una sostituzione caratterizzata dalla solidarietà, e che, pertanto, non deve considerarsi come una rinuncia alla discussione, ma si può considerare come una «presa di posizione, un invito a non correre dietro alle novità della scienza» e, principalmente, a non lasciarsi sopraffare dall'indotto economico che a questi progressi inevitabilmente si collega e che spesso, nell'offrirci l'illusione di un ampliarsi delle scelte autodeeterminate, finisce con l'indirizzare le nostre decisioni più intime; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Milano, 2013, 238-239.

sizione normativa non costituisce principio di ordine pubblico, idoneo ad impedire, nella fattispecie *de qua*, il riconoscimento in Italia di un atto di nascita spagnolo che attribuisca la qualità di madre anche alla donna che ha donato l'ovulo alla propria *partner*, in attuazione di un progetto genitoriale comune. A sostegno dell'impianto testé prospettato, la Suprema Corte non manca di sottolineare come secondo alcuna dottrina la previsione di cui all'art. 269, co. 3, c.c. sarebbe collocabile nel contesto delle prove della maternità, assumendo a conferma della propria tesi il tenore del co. 2, della medesima disposizione, secondo cui «la prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo»¹¹⁰.

Né rileverebbe invocare, *a contrario*, la tutela della maternità prevista dall'art. 31, co. 2, Cost., per affermare che l'ordinamento salvaguardi esclusivamente la maternità che si realizza mediante il parto, relegando nel contesto dell'irrelevanza giuridica la trasmissione del patrimonio genetico racchiuso nell'ovulo donato dalla donna, che in ogni caso costituisce un

110 Cfr. Cass. civ., 26 febbraio 1983, n.1465, in *Mass. Giur. it.*, 1983, secondo cui il parto «non costituisce l'unica prova ammissibile al predetto fine, potendo, in mancanza di quella dimostrazione, la prova della filiazione essere data con ogni altro mezzo, anche presuntivo, ed in particolare attraverso altra sentenza civile o penale da cui la maternità indirettamente risulti, salva restando la prova contraria da parte del controinteressato». Sul tema A. QUERCI, *La maternità per "sostituzione" tra diritto interno e Carte internazionali*, cit., 1150, secondo cui l'art. 269, co. 3, c.c., disciplina solo la prova della maternità, senza definirla; diversamente A. VESTO, *op. cit.*, 310, che al riguardo parla dell'art. 269, co. 3, c.c. in termini di principio inderogabile, in questo senso «gli accordi di surrogazione non possono che essere improduttivi di effetti costitutivi nei riguardi dei genitori committenti; anzi, a questi ultimi può essere contestato il reato di alterazione di stato civile (ex art. 567, comma II, c.p.) per aver chiesto la trascrizione degli atti di nascita presso il loro Comune di residenza, poiché attraverso la trascrizione del certificato di nascita si costituisce una previa attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto legittimamente in base ai criteri normativi vigenti nello Stato straniero, ma, ciononostante, la suddetta trascrizione è improduttiva di effetti nell'ordinamento italiano di appartenenza dei coniugi committenti, in quanto contraria all'ordine pubblico»; M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume*, cit., 207, evidenzia che «le norme richiamate fissano il principio per cui la maternità coincide con il parto, il che significa che, allo stato della legislazione, non sembra possibile che attribuire la maternità a persona diversa da quella che ha partorito». Ed infatti, sebbene «i riferimenti normativi sopra enunciati presuppongono il concepimento naturale, e quindi non dovrebbero interpretarsi rigidamente nelle ipotesi di maternità surrogata, non sembra che allo stato attuale della legislazione possa farsi leva, ai fini del conferimento dello *status*, sul momento volitivo, né giungere ad una sostanziale disapplicazione delle norme richiamate».

diverso criterio di imputazione della maternità nell'ambito di un progetto di vita comune e responsabile, finalizzato alla bigenitorialità materna¹¹¹.

Nell'intento di sottolineare il rilievo che il legame genetico assume nella declinazione dell'identità personale, il Supremo Collegio opera un riferimento a numerose previsioni codicistiche, espressione di altrettante tutele, quali il diritto di accertare la propria discendenza biologica¹¹², il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini¹¹³, il diritto del nato di vivere ed essere allevato nella famiglia di origine, così come l'imprescrittibilità delle azioni di stato riguardo al figlio¹¹⁴. In questa prospettiva appare chiaro che la tutela della discendenza biologica e della corrispondente identità personale costituisce un diritto fondamentale della persona riconosciuto dalla Carta Costituzionale¹¹⁵ nonché dalle fonti internazionali, senza trascurare l'indirizzo della giurisprudenza europea¹¹⁶. Alla stregua delle argomentazioni dianzi illustrate, la Suprema Corte, escludendo che la regola di cui all'art. 269, co. 3, c.c., abbia rilievo

111 Il profilo caratterizzante del rapporto di filiazione, ribadito da ultimo dal d.lgs. n. 154 del 2013, è da ricercarsi nella responsabilità genitoriale.

112 Corte EDU, 14 gennaio 2016, n. 30955/12, *Mandé c. Francia*.

113 Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Corr. giur.*, 2014, 4, 471 con nota di T. AULETTA; in *Fam. dir.*, 2014, 1, 11, con nota di V. CARBONE; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 4, 1, 279, con commento di V. MARCENÒ; in *Foro it.*, 2014, 1, 4. Sul tema A. M. PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte Costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, 242 ss.; M. VELLETTI, *Diritto alle origini: prospettive di riforma dopo la sentenza della Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278*, in *AIAP*, 2015, 2, 60 ss.

114 Da ultimo, Cass. civ., 14 aprile 2016, n. 7391, in *Fam. dir.*, 2016, 7, 704.

115 Corte cost. (ord.), 12 gennaio 2012, n. 7, in *ilcaso.it*, ha ritenuto che il *favor veritatis* non si pone in contrasto con il *favor minoris*, in quanto la verità biologica della procreazione si configura quale componente essenziale dell'interesse del minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità. Sul tema è intervenuta da ultimo Cass., 29 novembre 2016, n. 24292, in *Famiglia*, 20 dicembre 2016, con commento di E. CONTU, *Il diritto del figlio all'accertamento dello status filiale prevale su quello del genitore alla stabilità delle relazioni familiari*, in cui viene ritenuto prevalente il diritto alla verità biologica e si sottolinea che l'accertamento dello stato filiale costituisce una componente fondamentale del diritto all'identità personale, rilevante non solo durante l'infanzia, ma anche in età adulta; lo stesso deve essere contemplato tra i diritti inviolabili della persona tutelati dall'art. 2 Cost. e dall'art. 8 CEDU, tanto nella dimensione individuale che relazionale. Si veda anche M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto a conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, *passim*, in cui viene proposta una nozione rivista ed ampliata del diritto dell'individuo a conoscere le proprie origini che si presenta senza le aggettivazioni biologiche o genetiche, per ricercare l'identità narrativa della persona.

116 Emerge un *favor* per il riconoscimento degli atti stranieri di nascita formati all'estero, in conformità alla *lex loci*, quantomeno quando vi sia un legame genetico tra l'aspirante genitore e il nato, a prescindere dalla tecnica procreativa utilizzata.

costituzionale, afferma il seguente principio di diritto: «è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia, è figlio di due madri (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), non essendo opponibile un principio di ordine pubblico desumibile dalla suddetta regola».

7.5 I giudici di legittimità non si sottraggono dall'affrontare un'altra importante questione posta dai ricorrenti, che si articola nel ragionamento secondo cui le unioni tra persone dello stesso sesso sarebbero costituzionalmente tutelabili con riferimento all'art. 2 Cost. unicamente come relazione orizzontale tra persone maggiorenni, non come contesto in cui sia possibile realizzare un progetto genitoriale, dal momento che l'art. 29 Cost. individua nella famiglia fondata sul matrimonio l'unica comunità riconosciuta in cui è possibile crescere figli.

In via preliminare, la Suprema Corte sottolinea come nel giudizio in questione non si tratta di verificare la conformità all'ordinamento interno della legge spagnola che consente di formare l'atto di nascita di un bambino nato da due madri, dal momento che la legge italiana non ammette la redazione di un atto siffatto. Il quesito riguarda la possibilità che questo specifico atto giuridico sia compatibile con l'ordine pubblico e, per ciò stesso, possa trovare ingresso in Italia. Operata siffatta precisazione, il Supremo Collegio, richiamando i principi espressi innanzi, evidenzia che una tale incompatibilità si potrebbe palesare laddove la norma straniera fosse contrastante con principi fondamentali della Carta Costituzionale declinati in armonia con quelli desumibili dalle principali fonti internazionali. Soltanto il verificarsi di questa evenienza consentirebbe di delineare un principio di ordine pubblico idoneo ad impedire all'atto straniero di produrre effetti nell'ordinamento interno secondo quanto previsto dagli artt. 16 e 65 della l. n. 218 del 1995 e dall'art. 18 del d.P.T.R. n. 396 del 2000. Ma al riguardo la Suprema Corte, in ragione delle argomentazioni esposte, conclude nel senso che non si controverte di un principio fondamentale di rango costituzionale idoneo a fondare una preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso unite da uno stabile legame affettivo, di accogliere, allevare e di generare figli¹¹⁷. La scelta di segno

117 R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, Torino, 2010, *passim*; M. PEDRAZZA GORLERO, L. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio: note costituzionali*, in *Dir. pubb.*, 2010, 47 ss.; R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in B. Pezzini, A.

opposto operata con l'art. 5 della l. n. 40 del 2004 – che sottende il principio in base al quale l'unica comunità in cui sarebbe possibile generare figli è quella costituita da persone di sesso diverso, dal momento che le altre unioni beneficerebbero della più limitata e generica tutela prevista dall'art. 2 Cost.-non esprime un'opzione costituzionalmente obbligata. L'itinerario ermeneutico tracciato dai giudici di legittimità è il seguente: se l'unione tra persone dello stesso sesso è una formazione sociale ove l'individuo «svolge la sua personalità» e se diventare genitori e formare una famiglia costituisce «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost. e non all'art. 29 Cost.¹¹⁸, allora deve escludersi la presenza di un divieto costituzionale per le coppie dello stesso sesso di accogliere e generare figli¹¹⁹.

Lorenzetti, *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, 2011, 3 ss.

- 118 Corte cost., n. 162 del 2014, cit., e Id., 21 aprile 2010, n. 138, in *Giur. it.*, 2011, 3, 537 con nota di P. BIANCHI e in *Fam. pers. succ.*, 2011, 3, 179, con nota di F. R. FANTETTI. Cfr. F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2 luglio 2010; Id., *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1367; M. DI BARI, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte Costituzionale: una breve riflessione*, in *forumcostituzionale.it*, 13 settembre 2011; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2 luglio 2010; R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 11, 527 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n.138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in AA. VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2001, III, 2697 ss.; R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Riv. AIC*, 2 luglio 2010; Id., *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in *Riv. AIC*, 2 luglio 2011; Id., *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, 1369 ss.; A. RUGGERI, *Famiglie di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in *Riv. AIC*, 18 ottobre 2011; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010, 10, 997.
- 119 Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1759; in *Dir. fam. pers.*, 1998, 1349; in *Giur. it.*, 1998, 1783, con nota di C. COSSU; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 679 con nota di G. FERRANDO; in *Giur. cost.*, 1998, 1419, secondo cui «il matrimonio non costituisce più elemento di discriminare nei rapporti tra i coniugi e figli (...) identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri».

A conferma di quanto appena sostenuto, gli ermellini, richiamando il proprio precedente orientamento¹²⁰, sul presupposto che l'asserita dannosità debba essere dimostrata in concreto, sottolineano che non sussistono certezze scientifiche, dati di esperienza o indicazioni di specifiche ripercussioni negative sul piano educativo e della crescita del minore, derivanti dall'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale¹²¹.

In maniera centrale nelle *rationes* addotte, la Suprema Corte pone in evidenza come nell'attuale configurazione della famiglia prevalga il suo essere comunità di affetti, fondata sui rapporti che in concreto si realizzano tra i componenti, di cui il diritto deve assicurare tutela ricercando il temperamento degli interessi eventualmente in conflitto e attribuendo un doveroso rilievo al prevalente interesse dei minori. La nozione di «vita familiare», che ricomprende anche l'unione tra persone dello stesso sesso¹²², non presuppone la discendenza biologica dei figli che, sebbene non costituisca requisito imprescindibile della filiazione¹²³, è comunque presente nel caso di specie avendo una donna partorito e l'altra donato il proprio patrimonio genetico. Di talché – conclude il Supremo Collegio – al riconoscimento dell'atto di nascita formato validamente all'estero da cui risulti che il nato è figlio di due donne nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato da una coppia coniugata in quel paese, non è opponibile un principio di ordine pubblico, consistente nella pretesa esistenza di un vincolo o divieto costituzionale che precluderebbe alle coppie dello stesso sesso di accogliere e generare figli, venendo in rilievo la libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite alle coppie eterosessuali¹²⁴.

120 Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Fam. dir.*, 2013, 6, 570, con nota di F. RUSCELLO; in *Foro it.*, 2013, 4, 1, c. 1193; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 5, 432 con nota di C. MURGO.

121 D'altro canto secondo l'insegnamento di Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12962, cit., le coppie dello stesso possono adottare figli a norma della l. 4 maggio 1983, n. 184, art. 44, co. 1, lett. d). Sul tema F. FERRARI, *Omogenitorialità, eterosessismo e ricerca scientifica*, in *Genlus*, 2014, 2, 109 ss.; G. RECINTO, *Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata, omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli?*, in *dirittifondamentali.it*, 9 giugno 2015, 5 ss.; Id., *Le genitorialità*, Napoli, 2016, 104 ss.

122 Corte EDU, 24 giugno 2010, n. 30141/04, *Schalk e Kopf*/Austria, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 11, 1, 1137, con nota di L. WINKLER.

123 Corte cost., n. 162 del 2014, cit.

124 Sul tema cfr. l. 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze.

7.6 Si è appena evidenziato il valore centrale ed espansivo dell'affermazione della Suprema Corte secondo cui la nozione di «vita familiare», che ricomprende l'unione tra persone dello stesso sesso, non presuppone la discendenza biologica dei figli, che in ogni caso non si appalesa quale requisito imprescindibile della filiazione. Nondimeno, i giudici di legittimità non mancano di precisare come il richiamo operato dai ricorrenti a Cass. civ. n. 24001 del 2014¹²⁵ riguardi una fattispecie non assimilabile alla vicenda in esame, poiché in quel caso, non esistendo alcun legame biologico con gli aspiranti genitori, l'atto di nascita era da considerarsi invalido per la stessa legge del paese nel quale era stato formato, attestando falsamente che il nato era figlio di quei coniugi.

8. La Suprema Corte, nella sentenza appena illustrata, risolve dunque positivamente il problema dell'ammissibilità della trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero secondo la *lex loci*, attraverso un articolato ragionamento teso a verificare se la difformità tra la disciplina italiana e quella spagnola sia tale da configurare un contrasto con l'ordine pubblico italiano nel riconoscimento di un simile atto giuridico, anche se non mancano ampie riflessioni che si spingono oltre questo obiettivo minimo, tese alla ridefinizione del contenuto del principio di ordine pubblico, così come del sistema valoriale insito nella l. n. 40 del 2004 e ancora dell'attuale portata dell'art. 269, co. 3, c.c. Ciò posto, ad opinione dei giudici di legittimità non è possibile sostenere l'esistenza di un principio costituzionale fondamentale – in tal senso, di ordine pubblico – idoneo ad impedire la trascrizione in Italia dell'atto di nascita redatto all'estero secondo la *lex loci*, relativo ad un bimbo nato da un progetto genitoriale di coppia e figlio di due madri, una che lo ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo fecondato dal seme di uomo anonimo.

Le *rationes decidendi* della sentenza appena illustrata, come si è potuto riscontrare nel corso dell'itinerario tracciato, hanno condotto ad esiti meno infausti di quelli cui era pervenuto il medesimo collegio solo qualche anno addietro, ancorché in relazione ad una fattispecie che si presentava dissimile da quella in discorso, per l'assenza di legame genetico con entrambi i genitori committenti¹²⁶. Sebbene siano presenti talune ambiguità, non può dubitarsi come la posizione assunta dalla Suprema Corte realizzi un'oggettiva analisi del contesto reale, mostrandosi al contempo consapevole del peso crescente che hanno assunto i profili della volontarietà e della respon-

125 Cfr. *supra* sub § 2.

126 Cass. civ., n. 24001 del 2014, cit.

sabilità genitoriale, ma soprattutto scevra da quelle preclusioni per lo più di carattere ontologico che nella decisione precedente l'avevano indotta a dichiarare lo stato di abbandono di un minore nato all'estero da maternità surrogata. Emerge il chiaro intendimento di evitare che il ricorso alla gestazione per altri possa pregiudicare il diritto del minore all'identità personale e sociale, che nel caso di specie viene salvaguardato mediante il riconoscimento giuridico del legame parentale tra il minore ed il genitore genetico indipendentemente dalla qualificazione che il diritto interno attribuisce alle modalità connesse al concepimento e alla nascita¹²⁷. Una ricostruzione, dunque, particolarmente originale, che si rivela in grado di recepire anche le istanze delle coppie *same-sex* formate da uomini, per i quali la maternità per sostituzione rappresenta l'unica possibilità per avere un figlio che abbia un legame genetico con uno dei membri della coppia¹²⁸. Proprio da tale

127 A. VESTO, *op. cit.*, 209, secondo cui «si tratta piuttosto di sapere se la madre genetica abbia un titolo per far valere la sua maternità, che possa ritenersi poizore rispetto a quello della madre uterina. L'ultimo quesito deve risolversi negativamente, in quanto è la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno in cui si realizza l'accoglimento dell'essere umano. La forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare quindi inammissibile in ragione del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto»; M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, cit., 5, per la quale «nel tempo attuale, le identità genitoriali, come quelle coniugali o di altre relazioni familiari, non sono attribuite o imposte una volta per tutte, ma negoziate e costruite nel lungo periodo».

128 Sul riconoscimento di un provvedimento giudiziario statunitense riguardante il rapporto genitoriale di una coppia di gemelli nati di maternità surrogata nei confronti di due uomini, il padre biologico e il suo compagno, cfr. App. Trento, 23 febbraio 2017, in *articolo29.it*, 28 febbraio 2017, con commento di A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte di Appello riconosce per la prima volta il legame tra figli e il padre non genetico*, e in *Quotidiano giuridico*, 3 marzo 2017 con commento di M. WINKLER, *Maternità surrogata: due gemelli a due padri, la storica senza della Corte di Appello di Trento*, in cui si evidenzia come «l'insussistenza di un legame genetico tra i minori e il padre non è di ostacolo al riconoscimento di efficacia giuridica al provvedimento straniero: si deve infatti escludere che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato; all'opposto deve essere considerata l'importanza assunta a livello normativo dal concetto di responsabilità genitoriale che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato; la favorevole considerazione da parte dell'ordinamento al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli anche indipendentemente dal dato genetico, con la regolamentazione dell'istituto dell'adozione; la possibile assenza di relazione biologica con uno dei genitori (nella specie il padre) per i figli nati da tecniche di fecondazione eterologa consensite».

prospettiva, la decisione offre lo spunto per affermare *obiter* come la vera sfida da affrontare sia rappresentata dalla omonegatività e dall'eterosessismo¹²⁹, o meglio dal superamento di quell'approccio, fortemente incisivo nel dibattito sui diritti degli omosessuali e delle loro famiglie, che associa in via esclusiva la funzione procreativa al matrimonio o alle coppie eterosessuali stabili, relegando in una sorta di limbo, in cui a prevalere è il ragionamento basato sul principio di non discriminazione piuttosto che il perseguimento del *best interest of the child*¹³⁰, il riconoscimento legale della genitorialità delle coppie dello stesso sesso¹³¹. Basandosi sul rilievo del diritto alla vita familiare, i giudici di legittimità non mancano di sottolineare, infatti, il diffuso convincimento della inesistenza di indici oggettivi su cui possa fondarsi una presunzione assoluta di inidoneità per una coppia dello stesso sesso a crescere dei figli, cui si accompagna anche l'indiscutibile valore del diritto dei figli di genitori omosessuali a vedere riconosciuto il proprio legame di genitorialità sociale¹³², in ciò conformandosi al principio di derivazione costituzionale che «non giustifica una concezione della

129 F. FERRARI, *Omogenitorialità, eterosessismo e ricerca scientifica*, cit., 110, secondo cui l'eterosessismo rappresenta i sessi come due monoliti, non comunicanti, con caratteri rigidamente complementari, attratti l'uno all'altro per fondare una genitorialità basata sulla procreazione, sulla genealogia del sangue e l'appartenenza della stirpe.

130 Nel riconoscimento della coppia omosessuale rileva il diritto alla propria vita familiare nel rispetto del proprio orientamento sessuale, mentre nell'affrontare la questione della omogenitorialità, l'ordinamento, alla luce della dimensione costituzionale ed europea della tutela dei diritti come integrata dalle convenzioni internazionali, deve tutelare in via prevalente l'interesse del minore. È ormai diffuso il convincimento della inesistenza di indici oggettivi su cui possa basarsi la presunzione assoluta di inidoneità per una coppia dello stesso sesso a crescere dei figli. Sul tema D. AMRAM, *Diritto del bambino alla bigenitorialità e genitore omosessuale*, in D. Amram, A. D'Angelo (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali e iniziative dell'Unione europea*, Padova, 2011, 100 ss.

131 A. SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in Id. (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano-Udine, 2011, 35; F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in A. Schuster (a cura di) *Omogenitorialità*, cit., 163 ss.

132 Diversa è stata la posizione assunta da chi scrive in R. PICARO, *Verso un'adozione per singoli e conviventi*, in M. Sesta, V. Cuffaro (a cura di), *Persone, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, in AA. Vv., *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, 12, Napoli, 2006, 721-758, nondimeno l'inquadramento prospettato andava collocato in un contesto normativo e giurisprudenziale, italiano ed internazionale, che pur riconoscendo la rilevanza delle relazioni omosessuali guardava ancora con sospetto il diffondersi di modelli omogenitoriali.

famiglia nemica delle persone e dei loro diritti»¹³³. In altri termini, una volta riconosciuta la vita familiare anche nell'unione tra persone dello stesso sesso che non presuppone la discendenza biologica in uno con le declinazioni in cui si è visto articolarsi il superiore interesse del minore per effetto della revisione del principio di ordine pubblico¹³⁴ – in cui assume un peso fondamentale la stabilità dei legami affettivi e di cura, senza trascurare l'incidenza della serietà del progetto genitoriale – non vi è chi non veda come, nella catena del susseguirsi degli orientamenti giurisprudenziali, la ricostruzione dell'orizzonte di attesa preconizza, quale prossimo prosieguo, il riconoscimento del valore della mera genitorialità intenzionale che, in quanto tale, realizza un sovvertimento della consolidata configurazione dei criteri di imputazione della genitorialità, slegandola definitivamente dal dato genetico. Nella sostanza, se la discendenza biologica non rappresenta più la fonte esclusiva del rapporto di filiazione, potendo detta relazione instaurarsi in presenza di altre fattispecie giuridicamente rilevanti, senza che da ciò derivi la compromissione dell'ordine pubblico ed una volta accolto, quale principio guida in materia di filiazione, quello della responsabilità connessa ad un progetto procreativo e di cura collegato alla nascita del bambino in uno con una stabile relazione instaurata, dovrebbe allora ammettersi che il vincolo di filiazione possa legittimamente instaurarsi anche rispetto a genitori dello stesso sesso ed in assenza di alcun legame genetico con il minore e, dunque, acconsentire alla trascrizione di un atto di nascita, redatto all'estero conformemente alla *lex loci*, di un minore la cui relazione genitoriale presenti tali connotazioni. L'originalità del possibile approdo è intuibile, laddove solo si consideri che costante è stato il diniego di trascrizione dell'atto di nascita del minore concepito all'estero mediante gestazione per altri in assenza di un rapporto genetico di filiazione con i membri della coppia committente. E, difatti, anche nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*¹³⁵, in cui gli aspiranti genitori non avevano vincoli genetici con il minore, la Corte di Strasburgo non dubitava circa la legittimità del rifiuto delle autorità italiane di trascrivere nei registri dello stato civile l'atto di nascita di un bambino nato all'estero mediante gestazione

133 Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Giur. cost.*, 2002, 4065; in *Foro it.*, 2004, I, 1053.

134 Così J. LONG, M. NALDINI, “Turismo” matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche, cit., 167, secondo cui, «nel momento in cui l'argomento dell'ordine pubblico “evapora”, si ammette la trascrizione e, *de plano*, quasi come una conseguenza necessitata della stessa, il riconoscimento dello *status* familiare costituito all'estero».

135 Cfr. *supra* sub § 3.

per altri. Nondimeno, evidenziava una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella parte in cui le autorità minorili italiane decidevano di allontanare il minore dalla coppia committente, sulla base di una presunta inidoneità della stessa derivante dall'illiceità della condotta realizzata nel ricorso alla pratica di gestazione per altri, nonostante il minore vivesse già con i coniugi, i quali peraltro erano stati dichiarati idonei all'adozione internazionale. Come si è già avuto modo di precisare in commento alla decisione in questione¹³⁶, a parere della Corte, la misura dell'allontanamento costituisce un'*extrema ratio* a cui ricorrere esclusivamente quando la prosecuzione della relazione risulti pregiudizievole per lo sviluppo armonico della personalità del minore o rappresenti un pericolo per la sua salute psico-fisica, mentre la considerazione del superiore interesse di questi costituisce un obbligo che incombe sullo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo. Nonostante gli esiti che connotano il giudicato, ad una più approfondita lettura, non sembra intaccare il possibile carattere espansivo del ragionamento sin qui posto in essere il recente *decisum Paradiso e Campanelli c. Italia* emesso in secondo grado dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ribaltato il precedente giudizio di condanna espresso due anni prima¹³⁷. In realtà entrambi i giudicanti non dubitano della legittimità dei provvedimenti adottati dalle Autorità italiane, ma la Grande Camera, diversamente dalla prima sezione, ha ritenuto tali misure «necessarie in una società democratica» allo scopo di prevenire il disordine generato dalla condotta antiggiuridica dei committenti¹³⁸. Secondo la Corte di Strasburgo, gli Stati contraenti della CEDU godono di un ampio margine di apprezzamento riguardo la misura dell'allontanamento di un bambino nato da

136 Cfr. *supra* sub § 3.

137 Corte CEDU – Grande Camera, 24 gennaio 2017, n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli/Italia*, in *ilfamiliarista.it*, 25 gennaio 2017, con commento di A. FASANO, G. PIZZOLANTE, *La Corte di Strasburgo ritorna sull'allontanamento del minore e la maternità surrogata*. Sul tema E. CONTU, *A fronte di prevalenti interessi pubblici, l'allontanamento del minore non viola l'art. 8 CEDU*, in *Famiglia*, 7 febbraio 2017; V. LORUBBIO, *L'interesse superiore del minore come overruling "occulto"? A proposito della Sentenza della Grande Camera (Corte E.D.U.) Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Diritti comparati*, 2017, 1, 1 ss.; I. ANRÒ, *La Grande Chambre si pronuncia sul caso Paradiso e Campanelli: niente condanna per l'Italia, ma ancora dubbi in tema di maternità surrogata*, in *Eurojus.it.*, 26 gennaio 2017, 1 ss.; C. MASCIOTTA, *Dalla Grande Camera un freno al judicial activism in tema di "vita familiare"*, in *forumcostituzionale.it*, 5 febbraio 2017.

138 Uno dei due giudici dissidenti nella sentenza del 2015 era Guido Raimondi, che successivamente è stato nominato Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo.

GPA all'estero e privo di legami genetici con i genitori d'intenzione in relazione al tempo trascorso dal bambino con quest'ultimi che, se particolarmente breve (nel caso di specie otto mesi, di cui sei in Italia), non consente il consolidamento di un sufficiente vincolo familiare e, dunque, la costituzione di una famiglia nel senso di cui all'art. 8 CEDU¹³⁹. I giudici di Strasburgo non svalutano la rilevanza del progetto genitoriale e relazionale dei committenti, così come la qualità dei vincoli emotivi ma, a parere della *Grande Chambre*, elementi che qualificano la nozione di vita familiare sono i legami biologici, una relazione duratura con il minore e la chiara configurazione del rapporto del rapporto genitoriale¹⁴⁰. In assenza di un legame consolidato tra minore ed i genitori intenzionali, la doglianza doveva essere inquadrata nell'ambito della nozione di «vita privata» dei ricorrenti in riferimento al loro diritto allo sviluppo personale mediante la relazione col minore (§ 198) e non di «vita familiare» di cui all'art. 8 CEDU¹⁴¹. Decisivo nel *revirement* della Grande Camera è stato il comportamento dei genitori intenzionali che, nel violare la legge italiana sull'adozione, hanno contribuito a creare incertezza giuridica nei legami con il minore¹⁴². Tale situazione giustifica l'interferenza delle Autorità italiane, i cui provvedimenti hanno inteso perseguire l'obiettivo di «prevenire l'illegalità» e proteggere «diritti e libertà» di terzi. Per ciò che attiene alla proporzionalità, la Corte di Strasburgo è consapevole del *vulnus* inferto con l'allontanamento del minore, ma ritiene assorbente l'interesse pubblico connesso all'interferenza statale, espressione di un bisogno sociale imperativo e, pertanto, consono allo scopo legittimo perseguito. È indubbio che la vicenda in sé pone

139 Corte CEDU – Grande Camera, 24 gennaio 2017, cit., §§ 153-158.

140 Cfr. G. MILIZIA, *Nessuna famiglia senza legami di sangue né lunga convivenza: si all'allontanamento del bimbo*, in *Diritto e giustizia*, 25 gennaio 2017.

141 Sul tema si vedano gli approfondimenti di B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 7 ss., secondo cui l'art. 8 distingue le posizioni soggettive che riguardano la *vita privata* da quelle che invece afferiscono alla *vita familiare*, mettendo in rilievo, da un lato, la prospettiva più schiettamente *individualistica* del minore (il diritto alla sua identità genetica, biologica e giuridica) e dell'aspirante genitore (naturale, biologico o giuridico) e, dall'altra, la salvaguarda della dimensione *relazionale* tra minore e genitore (o aspirante tale) e *sociale*, con profonde implicazioni ai fini della individuazione dei principi e degli elementi di fatto reputati decisivi ai fini della valutazione della singola fattispecie, ma anche in termini di bilanciamento tra interessi privati e interesse generale.

142 Anche se il signor Campanelli aveva dichiarato la propria estraneità alla condotta anti-giuridica, dal momento che aveva fornito il proprio seme alla clinica russa.

l'interprete in uno stato di profonda inquietudine, dal momento che smarrisce quella certezza insita nei consolidati criteri di imputazione della genitorialità e tenta di ricercare nuove strutture sulle quali poggiare inedite relazioni genitoriali, che siano salde al punto da contenere le situazioni giuridiche soggettive che qualificano gli attuali *status familiae* in uno con la necessità di respingere ogni forma di dolore che inevitabilmente nasce laddove ad essere lesi sono, come in tale circostanza, gli aspetti più intimi dell'animo. Da tale angolatura meritano una profonda riflessione le vicissitudini sofferte dal bambino. Ciò che emerge dalla narrazione è che il minore, nato il 27 febbraio 2011 vive con i genitori intenzionali sino al 20 ottobre 2011, quando viene collocato in un istituto per l'assistenza all'infanzia per quindici mesi, per poi essere dato in adozione nel gennaio 2013: in questo lungo periodo il bambino è rimasto senza genitori naturali, senza genitori intenzionali, privo di nazionalità e di cittadinanza¹⁴³. Eppure, nel procedimento pendente innanzi al Tribunale dei minorenni, la consulenza tecnica aveva stabilito che l'eventuale allontanamento dai genitori avrebbe determinato conseguenze devastanti per il bambino, che avrebbe potuto subire un fase depressiva dovuta all'abbandono e alla perdita di persone chiave nella propria vita, con ricadute sul suo sviluppo psico-fisico anche in termini di disturbo psicotico¹⁴⁴. Vi è poi il riferimento operato dalla *Grande Chambre* alla durata ragionevole del legame genitoriale assunto a presupposto dalla nozione di vita familiare come disegnata dall'art. 8 CEDU: ma viene da chiedersi, quale può essere una durata utile al fine del riconoscimento della relazione genitoriale? E chi può stabilirlo? Ma soprattutto ha un senso il richiamo al precedente orientamento che la Corte di Strasburgo ha espresso in argomento, quando è la stessa Corte EDU ad affermare che la questione dell'esistenza o dell'assenza di una vita familiare è anzitutto una questione di fatto, che dipende dalla qualità dei legami personali instaurati?¹⁴⁵ La verità è che nel disordine procreativo, nella incertezza sovrana, l'unica chiave ispiratrice della sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo sembra essere una discutibile ragion di Stato: accettare di lasciare il bambino con i ricorrenti, forse con l'obiettivo di diventare genitori adottivi, avrebbe legalizzato una situazione da questi determinata in vio-

143 V. LORUBBIO, *op. cit.*, 7.

144 Trib. Min. Campobasso, 16 maggio 2011.

145 Cfr. Corte EDU, 15 luglio 2015, n. 39438/13, *Nazarenko*/Russia, dove è stata riconosciuta l'esistenza di un vita familiare nella relazione tra un uomo e una bambina che avevano sviluppato legami affettivi ed avevano creduto di essere padre e figlia, fino a quando non era stato scoperto che tra i due non vi era legame biologico.

lazione di norme imperative dello Stato italiano. Oltre alle *dissentig opinions*, sono la debolezza e la precarietà delle argomentazioni addotte ad evidenziare tutta la fragilità di una decisione di cui gli stessi autori non sembrano completamente convinti ma che si rende necessaria allo scopo di prevenire destabilizzazioni sociali. Tale aspetto emerge in particolare laddove gli stessi giudici concordanti dichiarano di omettere di considerare alcuni significative circostanze, che avrebbero potuto condurre ad un diverso esito, sul presupposto che esse dovevano essere eccepite nell'ambito del procedimento svolto innanzi alle corti italiane: così è per la mancata contestazione nel ricorso per cassazione del rifiuto di registrare il certificato di nascita, confermato dalla Corte di Appello, per contrarietà al diritto russo, quando, invece, l'esistenza di un legame biologico tra il nascituro all'epoca di fatti non era espressamente richiesto dalla legge russa (§144); ed ancora per la questione della conformità del certificato di nascita al diritto russo, che non era stata esaminata dal tribunale dei minori nell'ambito delle misure urgenti adottate nei riguardi del bambino (§ 145). In aggiunta, la *Grande Chambre* rileva come i giudici italiani non abbiano attribuito la dovuta importanza all'interesse dei ricorrenti di continuare a sviluppare le relazioni affettive con il minore, non affrontando l'impatto che la separazione immediata ed irreversibile del bambino avrebbe determinato sullo sviluppo psicofisico di questi e ciò nonostante il parere reso dalla consulenza tecnica (§§ 211 e 212), nonché sulla vita privata dei ricorrenti (§ 215). Appare chiaro, in ogni caso, come l'intento riscontrabile nell'ordito giudiziale di limitare l'indagine alle misure adottate dalle autorità italiane, rappresenti un espediente per evitare di declinare principi in grado di indirizzare l'orientamento futuro della Corte EDU in materia di maternità surrogata¹⁴⁶. Difatti, la sentenza evita di approfondire i profili di incidenza dell'assenza del legame genetico tra il nato ed i genitori intenzionali sul mancato riconoscimento di un rapporto di filiazione validamente costituito all'estero e, segnatamente, se la mancata trascrizione sia contraria all'art. 8 CEDU¹⁴⁷. Resta l'ulteriore interrogativo: mancando un *consensus* europeo ed in assenza di un diritto uniforme, sarà tale decisione in grado di arrestare quel desiderio di genitorialità costantemente alimentato dal diffondersi delle biotecnologie riproduttive con buona pace per i diritti (violati) per i minori nati da tali pratiche?

146 Così anche I. ANRÒ, *op. cit.*, 6.

147 L. POLI, *La Grande Camera e l'ultimo parola sul caso Paradiso e Campanelli*, in *SIDIBlog.it*, 21 febbraio 2017, 1 ss.

9. Un primo sviluppo della *ratio decidendi* della sentenza n. 19599 del 2016, è rinvenibile in un recente provvedimento emesso dal Tribunale di Napoli, in una vicenda che nei fatti ricalca quella esaminata da ultimo dalla Suprema Corte, da cui tuttavia si diversifica per l'assenza del legame biologico tra il nato ed una delle due madri, dal momento che la gestante aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa¹⁴⁸. Difatti nel caso sottoposto al Supremo Collegio, il concepimento era avvenuto a seguito di una fecondazione dell'ovulo di una delle due madri con il seme di un donatore rimasto anonimo e con successivo impianto dell'embrione nell'utero dell'altra, mentre nella vicenda *de qua* si era fatto ricorso unicamente alla fecondazione eterologa. Diversamente dalla fattispecie dedotta nel giudizio sottoposto agli ermellini, l'accertamento della genitorialità fondato su una maternità non biologica viene ricondotto dai giudici partenopei al vincolo intercorrente tra le due donne, unite da un istituto assimilabile alle unioni civili dell'ordinamento italiano, la cui portata espansiva è tale da consentire alla compagna della madre biologica di svolgere, nell'interesse del bambino, il compito di madre, pur se priva della condizione di partoriente. Oltre al rapporto stabile con la madre biologica, particolare rilievo assume il progetto di genitorialità condiviso tra le due donne e, nello specifico, la prestazione del consenso da parte della madre non biologica, al ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Pur nella diversità della vicenda processuale in argomento, anche in questo caso viene accordata prevalenza al diritto del minore a veder riconosciuta dall'ordinamento giuridico la propria relazione con entrambi i genitori e a «non essere sradicato dal nucleo sociale» creato in forza del progetto di vita familiare e di genitorialità della coppia, indipendentemente dal proprio orientamento sessuale¹⁴⁹. Sulla base di tali premesse, la corte partenopea si conforma a quello che, in ambito sovranazionale, si configura come un indirizzo a tutela della personalità del bambino e dell'esigenza di assicurare pienezza alla comunità familiare legalmente creata.

148 Trib. Napoli, 6 dicembre 2016, in *ilfamiliarista.it*, 23 dicembre 2016, con nota redazionale, *Valida la trascrizione dell'atto di nascita spagnolo del minore figlio di due mamme*, in cui viene ritenuta non contraria all'ordine pubblico italiano la trascrizione dell'atto di nascita di un minore, nato da due donne validamente unite in matrimonio in Spagna, tramite ricorso alla fecondazione eterologa da parte di una di esse.

149 Cfr. A. SCHILLACI, *Il Tribunale di Napoli ordina la trascrizione di un atto di nascita straniero con due madri*, in *articolo29.it*, 7 dicembre 2016.

*Fraus omnia corrumpit?*¹⁵⁰ In realtà, dalle decisioni richiamate appare chiaro come, mancando uno spazio giuridico europeo della famiglia, l'armonizzazione dei diversi modelli familiari presenti nei paesi membri non possa che essere realizzata dal basso, seguendo un approccio che, nelle vicende relative a minori, si conforma al principio della conservazione transnazionale degli status familiari validamente e stabilmente conseguiti all'estero¹⁵¹. Se in Cass. n. 19599 del 2016 la salvaguardia del diritto del minore al mantenimento dello status *filiationis* rappresenta il principio alla stregua del quale assume rilevanza giuridica il legame con il genitore genetico, nella vicenda sottoposta all'esame dei giudici partenopei, il perseguimento di tale obiettivo consente anche il riconoscimento del rapporto tra il minore ed il genitore intenzionale¹⁵², attraverso la valorizzazione del rapporto familiare di fatto e l'«importanza primordiale» del diritto alla cittadinanza e all'identità¹⁵³, ma soprattutto considerando il valore assunto dal progetto genitoriale e il rilievo della responsabilità procreativa in caso di ricorso a tecniche di PMA eterologa sancito dall'art. 9, l. n. 40 del 2004¹⁵⁴. Si delineano in questa prospettiva ed assumono pregio interpretativo inedite declinazioni della relazione genitoriale in cui a prevalere sono le specifiche narrazioni che complessivamente contribuiscono alla costruzione dell'identità della persona che, prescindendo dal profilo genetico come da quello gestazionale, danno risalto al rapporto con il genitore intenzionale e, dunque, al legame di affetti e di responsabilità che si instaura tra il minore ed i genitori sociali¹⁵⁵, letto anche alla luce del

150 Sul tema, in maniera risalente, L. CARRARO, *Valore attuale della massima fraus omnia corrumpit*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 786 ss. e in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, III, 431 ss.

151 C. IRTI, *op. cit.*, 485; F.D. BUSNELLI, M. C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 767 ss. Cfr. R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours*, 2010, 255 ss.; P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in P. Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, 485 ss.; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, 2007, *passim*.

152 A. FASANO, *Maternità per sostituzione e i diritti dei figli intenzionali*, in *personaedanno.it*, 10 febbraio 2015.

153 Cfr. V. SCALISI, *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, XV.

154 A. SCHILLACI, *op. ult. cit.*

155 Nella medesima prospettiva è Corte Suprema federale tedesca (*Bundesgerichtshof*), 10 dicembre 2014, trad. it. di R. DE FELICE, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale: Germania e Italia a confronto*, in *personaedanno.it*, 3 febbraio 2015. Sul tema cfr. M. DI MASI, *Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno stato estero: aperture della Germania*, *cit.*, 214 ss.

nuovo art. 315 *bis* c.c.¹⁵⁶. Non v'è dubbio che «rispondere alla domanda: chi? significa sempre raccontare una storia di vita»¹⁵⁷. Ne discende che il diritto del bambino a ricevere la cura genitoriale risulta pregiudicato laddove venga negata l'attribuzione dello *status* giuridico di figlio rispetto a un genitore intenzionale e che la relazione di una coppia omosessuale registrata può egualmente promuovere la crescita dei figli, alla stregua di quelle eterosessuali, non sussistendo alcuna ragione di differenziazione basata sul sesso tra aspiranti genitori. In tale contesto, appare chiara l'inadeguatezza dell'art. 269, co. 3, c.c. ad individuare e qualificare le nuove opportunità procreative derivanti dall'avanzare della ricerca medica. È necessario, dunque, un approccio che, nel reinterpretrare in chiave sovranazionale i processi normativi spesso ingabbiati nella loro dimensione storica, si mostri attento a cogliere le molteplici espressioni in cui si realizza il familiare, abbandonando la cultura della devianza per aprirsi a quella della differenza. Occorre valorizzare in chiave individuale la dinamica procreativa, esaltando le esperienze personali di ciascuno, in guisa da innescare quel rapporto virtuoso tra disciplina dei diritti individuali e garanzia che attraverso di essi possa realizzarsi quel processo personalistico voluto dalla Costituzione che contempla le stesse aspirazioni alla genitorialità.

10. Se l'intendimento posto a base del diniego del riconoscimento della filiazione registrata all'estero era quello di dissuadere i cittadini italiani dal

156 F. TURLON, *Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità "sociale", interesse del minore e favor veritatis*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 719 ss. Sull'identità narrativa, P. RICOEUR, *L'identità narrative*, in *Esprit*, 1988, 7-8, 295 ss.; ID., *La persona*, trad. it., Brescia, 1998, 22 ss.; C. AUGIERI, *Sono dunque narro. Racconto e semantica dell'identità in Paul Ricoeur*, Bari, 1990, 72 ss.; M. CHIODI, *Il cammino della libertà. Fenomenologia, ermeneutica, ontologia della libertà nella ricerca filosofica di P. Ricoeur*, Brescia, 1990, 269-270; G. FARINELLI, *L'educazione come metafora della vita. Paul Ricoeur: la filosofia e l'educazione*, Napoli, 2000, 83. Cfr. da ultimo M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto a conoscere le proprie origini*, cit., *passim*; ID., *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, cit., 8, in cui sottolinea che «il progresso scientifico, la scissione della sessualità dalla procreazione, il proliferare conseguente di tecniche di procreazione artificiale spostano il fulcro del sistema dal vincolo di sangue all'assunzione di responsabilità compiuta dal genitore ed alla relazione che ne deriva, indipendentemente dalla fonte di costituzione del rapporto di coppia e della qualificazione giuridica».

157 H. ARENDT, *Men in Dark Times*, New York, 1955, 104 ss. Cfr. M. MEZZANZANICA, *Ermeneutica e autobiografia: narrazione, interpretazione e identità*, in M.G. Lombardo, A. Romele (a cura di), *L'effettività dell'ermeneutica*, Milano, 2011, 165 ss.

varcare i confini per eludere il divieto nazionale in materia di GPA, appare evidente che l'attuale orientamento giurisprudenziale indebolisce il contenuto precettivo della correlata disposizione normativa, fino a farla apparire paradossalmente discriminatoria e, in questa prospettiva, prodromica alla formazione di un *consensus* favorevole alla surroga di maternità¹⁵⁸. E difatti, ancorché in una prospettiva *de iure condendo*, peraltro ben lungi dall'essere diffusamente metabolizzata, la questione di costituzionalità inizia ad essere posta all'attenzione delle corti di merito, come attesta un recente caso in cui viene sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, co. 6 della l. n. 40 del 2004, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 29, 31, 32 e 117, co. 1, Cost. e con l'art. 8 CEDU, nella parte in cui la norma non consente di procedere alla trascrizione in Italia di atti di nascita di minori nati all'estero a seguito di maternità surrogata conforme alla *lex loci*¹⁵⁹. In particolare il contrasto con l'art. 3 Cost. viene fatto discendere dalla constatazione che il divieto in parola risulta privo di sanzione per la coppia che realizzi la pratica in questione all'estero, in un paese in cui questa tecnica procreativa è ritenuta lecita, nonché dall'esclusione discriminatoria al ricorso alla GPA per quelle coppie la cui situazione clinica è tale che la maternità surrogata si configura come l'unica possibilità per realizzare una famiglia con figli. Viene, inoltre, evidenziato come il divieto di *surrogacy* contrasti con il diritto della coppia di autodeterminarsi nella sfera privata e familiare (artt. 2, 3, 13, 29, 31 Cost.). Impedendo ad una coppia affetta da patologia in termini di sterilità o fertilità di formare una famiglia con figli mediante GPA, si pregiudica la natura costituzionale del diritto alla genitorialità, come affermato da Corte cost. n. 162 del 2014, oltre che determinare un contrasto con l'art. 8 CEDU.

158 C. IRTI, *op. cit.*, 483, «non c'è chi non comprenda che una tale soluzione, genericamente accolta, finirebbe con l'indebolire il divieto legislativo di accedere alla procreazione mediante surrogazione, aprendo la strada ad un moltiplicarsi di casi analoghi che, nella ripetuta violazione del divieto, comportano una disapplicazione della regola» ed ancora a n. 23, «personalmente non ritengo che la pratica procreativa riconducibile alla locuzione "maternità surrogata" debba essere genericamente legittimata, ma – prescindendo da valutazioni soggettive – considero necessario che gli operatori giuridici, preso atto di una realtà sociale in continua evoluzione, mantengano vigile l'attenzione su tematiche che necessitano di un costante, continuo confronto anche al fine di elaborare possibili strumenti di regolamentazione e tutela di situazioni sempre nuove, spesso scomode».

159 Sul tema cfr. App. Milano, 25 luglio 2016, in *ilfamiliarista.it*, 15 dicembre 2016, con nota redazionale *Riconoscimento del figlio nato da maternità surrogata: dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c.*

Evidenziando un comune sentire, la richiesta di sollevare la questione di legittimità costituzionale proposta dai ricorrenti viene condivisa dal resistente curatore speciale nominato dal tribunale, il quale prospetta anche l'ulteriore profilo di incostituzionalità costituito dalla illecita discriminazione di genere, conseguente a Corte cost. n. 162 del 2014, laddove si consideri che l'uomo sterile ben può riconoscere un figlio come proprio per effetto della sola donazione di gameti, mentre la medesima possibilità non è data alla donna nel caso in cui, oltre a non poter produrre ovociti, non sia in grado di portare a termine una gravidanza.

In relazione ai segnalati parametri, in maniera del tutto peculiare, la Corte d'Appello di Milano ritiene che il divieto di surrogazione di maternità sia effettivamente in contrasto, per giunta sotto diversi profili, con le norme costituzionali richiamate dall'appellante. In particolare, riscontra una divergenza con l'art. 3 Cost., in ragione delle possibilità di cui le coppie dispongono quando le patologie di sterilità/infertilità non incidono sulla possibilità di gestazione della donna, rispetto alle coppie il cui quadro clinico non consenta la gestazione. Se la l. n. 40 del 2004 si pone l'obiettivo di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi legati all'infertilità e sterilità della coppia mediante il ricorso alle tecniche di riproduzione, appare chiaro che la presenza di una patologia preclusiva della gestazione può essere assimilata, in termini di parità di trattamento legislativo, a quella della coppia i cui problemi di sterilità/infertilità non incidono sulla gestazione. Né rappresenta un ostacolo alla valutazione testé operata dai giudici meneghini, il rilievo sollevato da alcuni circa la natura non terapeutica della surrogazione, dal momento che tale tecnica, poiché presuppone la fecondazione *in vivo* o *in vitro* di un embrione da impiantare nell'utero di una donna terza rispetto ai genitori di intenzione, rientra in ogni caso nella generalità delle tecniche di PMA così come riguardate dalla l. n. 40 del 2004. Nelle proprie considerazioni, la Corte di Appello di Milano non manca di esplicitare piena condivisione circa la lamentata discriminazione di genere conseguente al divieto di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004, letto alla luce di Corte cost. n. 162 del 2014. Né trascura di evidenziare come il ricorso alla surrogazione di maternità realizzata all'estero laddove risulta consentita, abbia dato luogo, come per la fecondazione eterologa, all'espansione di quel turismo procreativo, non ostacolato da sanzioni penali. Questo fenomeno, peraltro, viene alimentato dall'orientamento giurisprudenziale di favore, che si registra sia sul versante della non punibilità della coppia – affermata sul presupposto che la condizione per il perseguimento del reato commesso all'estero è rappresentato dalla punibilità in quel paese come illecito penale-, sia

avuto riguardo all'esclusione della ricorrenza dei reati di cui agli artt. 567 e 495 c.p. laddove l'atto venga formato dall'autorità amministrativa estera in ossequio alla normativa ivi vigente. Ancora più interessanti sono le considerazioni che i giudici di appello di Milano svolgono intorno alla fragilità, in un contesto globale, del divieto assoluto posto dall'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004, a fronte della diffusione all'estero della surrogazione di maternità, che altro non produce se non un diverso ingiustificato trattamento in base alla capacità economica delle coppie, vedendosi negato, quelle prive di risorse finanziarie, l'esercizio del diritto di formare una famiglia con figli propri, in quanto impossibilitate a ricorrere alla GPA in paesi in cui questa risulti lecita. La corte meneghina osserva come il divieto di surrogazione di maternità si ponga in formale contrasto con gli artt. 2, 3, 31 Cost., quali norme espressive – come affermato da Corte cost. n. 162 del 2014 – della fondamentale, generale e incoercibile libertà di autodeterminarsi nella sfera più intima della persona umana. Profilo, quest'ultimo, che fa emergere un ulteriore contrasto tra il divieto in questione e l'art. 32 Cost., contemplando la nozione di salute, diversi aspetti dell'esistenza personale. Sempre argomentando da Corte cost. n. 162 del 2014 – laddove si evidenzia che il divieto di fecondazione eterologa era il risultato di un irragionevole bilanciamento tra beni costituzionali incisi da tale divieto e l'interesse del nato con questa tecnica a non vedersi pregiudicato da una genitorialità non naturale nonché nel diritto a conoscere la propria identità genetica – la corte sottolinea come detti rilievi trovino applicazione anche per la surrogazione di maternità. Non rappresenterebbe infatti un ostacolo la circostanza che, nell'ipotesi *de qua*, la questione identitaria possa porsi sotto un profilo sia genetico (rispetto alla donna che ha fornito il gamete) che biologico (con riferimento alla donna che ha portato avanti la gravidanza), dal momento che ogni ragionamento al riguardo va collocato in un ipotetico contesto in cui la regolamentazione della surrogazione consentirebbe anche l'accesso a tale tipo di informazioni. Secondo i giudici d'appello, il divieto di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004, non troverebbe giustificazioni nemmeno nell'interesse del nato a non venire pregiudicato dalla rottura del legame instaurato durante la gravidanza con la donna gestante, diversa da quella che assumerà il ruolo di madre sociale, atteso che le ricerche effettuate nei paesi in cui la surrogazione è regolamentata non evidenziano differenze nello sviluppo emotivo, sociale e cognitivo per i nati da gestazione di sostegno. Tutte queste argomentazioni, esposte con convinzione dai giudici di Milano, lasciavano intravedere l'esito di un giudizio di non manifesta infondatezza della norma impugnata. Invece, come in un finale a sorpresa di un

romanzo *noir* scritto da un narratore inaffidabile¹⁶⁰, la corte meneghina conclude escludendo l'esistenza di profili di possibile incostituzionalità dell'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004, nella considerazione che il divieto posto da tale norma rappresenta uno strumento necessario per garantire altri valori di pari rango, a fronte dei quali risulterebbe giustificata la limitazione legislativa dei diritti primari richiamati, sebbene costituzionalmente garantiti. I giudici d'appello sottolineano che la surrogazione di maternità, nel contesto delle pratiche riproduttive, si connota per essere una tecnica relazionale plurisoggettiva particolarmente pervasiva, sia per la posizione del nato che per la donna gestante. Nel bilanciamento con altri valori costituzionali di pari grado, il contrasto tra maternità surrogata e la dignità personale della gestante appare irriducibile in quanto il valore delle dignità, prima ancora che come diritto fondamentale, costituisce un principio che permea l'intero arco costituzionale e che trova riscontro, in ambito europeo, nella Carta di Nizza. Ma le sorprese evidentemente non sono ancora finite! E in una riflessione conclusiva, in cui si cela il rammarico per l'occasione mancata, riprende corpo il profilo della presunta illegittimità costituzionale e, quasi in termini di esortazione rivolta al legislatore, la corte meneghina afferma che la lesione della dignità della donna non si riscontrerebbe nel caso in cui la stessa potesse accedere, in termini di scelta libera e responsabile, alla pratica della gestazione per altri in un contesto regolamentato, sottratto allo sfruttamento e alla commercializzazione, in cui viene previsto il cd. ripensamento, ovvero la possibilità di decidere di tenere per sé il nato da tale pratica¹⁶¹. In questa evenienza i diritti dei soggetti coinvolti sarebbero suscettibili di un diverso apprezzamento e potrebbe essere considerato come non manifestatamente infondato il dubbio di costituzionalità prospettato.

Una decisione, dunque, non certamente nitida, in cui a prevalere sono le contraddizioni e le aporie di un sistema che, pur professando la tutela dei diritti fondamentali della persona, continua ad irrigidirsi dinanzi al diffondersi di nuove tecniche procreative, delle quali, nonostante l'emersione di una rinnovata sensibilità, non riesce a cogliere adeguatamen-

160 W. C. BOOTH, *The Rethoric of fiction*, Chicago, (1961, 1983), trad. it. E. ZORATTI, A. POLI, *Retorica della narrativa*, Firenze, 1996, *passim*.

161 Aderendo, in tale prospettiva, alla lettura del Comitato del Consiglio d'Europa sulle scienze bioetiche che, chiamato a formulare un parere sulla maternità surrogata, ha raccomandato che, laddove cambiasse idea, alla madre in affitto sia consentito di tenere il bambino e non consegnarlo ai genitori biologici. Sul tema cfr. C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2016; Id., *Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso*, cit., 120 ss.

te, nella ponderazione degli interessi in conflitto, altri valori e principi, egualmente meritevoli di protezione, considerati in concreto essenziali per la convivenza civile. Non bisogna vestire i panni del giurista, per comprendere come tra le pieghe del ragionamento svolto nella sentenza appena illustrata, si nasconda, in maniera nemmeno troppo celata, una profonda quanto corale inquietudine per un divieto, la cui fragilità è direttamente proporzionale al peso crescente della sua impunita elusione. Sono le stesse argomentazioni offerte dalla Corte di Appello di Milano che rivelano, soprattutto laddove operano un bilanciamento tra diritti egualmente tutelati, una posizione di sfavore per la norma in questione: segnali, questi che, in assenza di un intervento riformatore, lasciano presagire, per un futuro nemmeno troppo lontano, un possibile vaglio di costituzionalità per una disposizione che ormai presenta molteplici profili di contrasto con principi fondamentali della nostra Carta dei diritti ma che, prima ancora, viene avvertita dai più come socialmente discriminatoria e controtenenziale. Una sentenza, dunque, che nelle conclusioni si rivela particolarmente deludente ma che, in termini di argomentazioni prospettate, mostra in tutta la sua evidenza l'irragionevolezza del precetto di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004, rispetto ad una tecnica procreativa che, nel frattempo, si è imposta in altri sistemi ordinamentali come risposta fondamentale alle problematiche di sterilità/infertilità che riguardano la donna e che si rivela in grado di recepire anche le istanze delle coppie *same-sex* formate da uomini¹⁶². Una previsione normativa che respinge le peculiarità di un contesto sociale che, nella sua accezione globalizzata ancorché non armonizzata, ormai ed in maniera inarrestabile, declina al plurale gli elementi fondativi del rapporto di filiazione e le corrispondenti forme familiari¹⁶³. All'orizzonte si profila l'ennesima sconfitta per una politica che si mostra sempre più povera di contenuti, che alle leggi – talvolta scritte anche male – preferisce i *tweet*, che invece di impegnarsi su temi sensibili, che generano preoccupazioni ed inquietudini nelle persone comuni, si mostra unicamente attenta a cavalcare onde emotive alla ricerca di un facile consenso, di cui è possibile apprezzare unicamente l'inadeguatezza – ma forse anche l'inettitudine – a cogliere la complessità delle dinamiche di un ordito sociale che altro non vuole che *risposte* ordinarie. In questa trama, sarebbe interessante

162 Sul tema gli interessanti spunti di A. PIOGGIA, *La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa: un altro passo avanti per una legge che resta indietro*, in *GenIus*, 2014, 2,85 ss.

163 G. PALMIERI, *op. cit.*, 207.

approfondire – come pure è stato accennato di recente¹⁶⁴ – l'esame della funzione permissiva o facoltizzante del diritto¹⁶⁵, invocata a salvaguardia di una società laica e pluralista, in alternativa alla imposizione di doveri ed obblighi ed, in quanto tale, in grado di comporre i potenziali conflitti assiologici, ma il timore di non incrociare interlocutori disponibili ad accogliere il messaggio che proviene dal mondo accademico, in verità, non incoraggia una simile scelta. In ogni caso, al riguardo, sarebbe davvero utile interrogarsi, come suggeriva Leopoldo Elia, sui diritti che si sottraggano a bilanciamenti e, laddove sottoposti, sui criteri in base ai quali si realizza il *balancing test*. Ma, soprattutto, sarebbe necessario chiedersi «che estensione ha la pretesa all'autodeterminazione umana per essere compatibile con la dignità della persona? In altre parole, in che limiti l'uomo ha potere su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria vita?»¹⁶⁶.

164 B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 13, la quale opera un riferimento alle cd. leggi facoltizzanti richiamate da L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI, Atti del Convegno Annuale AIC – Napoli, 26-27 ottobre 2007*, Padova 2008, 17, a salvaguardia della società plurale e multiculturale, ma anche capace di declinare *principi* a garanzia dell'umano che è comune. Sul tema V. ONIDA, B. RANDAZZO (a cura di), *Viva vox contestationis*, Milano, 2007, *passim*.

165 C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Padova, 1932, 44 ss. ora in Id., *Scritti giuridici scelti*, Napoli 1999, I, 92 ss.

166 L. ELIA, *Lo Stato e la Laicità: problemi pratici della libertà. Un'introduzione alle odierne questioni della laicità*, revisione dello scritto L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, cit., *passim*.