

ULTIMI APPRODI DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN TEMA DI GESTAZIONE PER ALTRI (OVVERO, COSA ACCADE SE IL DIRITTO TRADISCE IL FATTO)

*Alessandra Cordiano**

RECENT ISSUES OF THE CONSTITUTIONAL COURT ABOUT SURROGACY (I.E. WHAT HAPPENS IF THE LAW BETRAYS THE FACT)

ABSTRACT: *This paper aims to address the latest issues in the social parenting and surrogacy area, looking at the most recent developments of the case law of the Court of Cassazione and the Constitutional Court.*

KEY-WORDS: surrogacy; social parenting; best interest of the child; parental responsibility; adoption law.

SOMMARIO: 1. Introduzione e qualche premessa di senso – 2. Il faticoso bilanciamento fra interesse del minore e divieto interno: la falsa questione della derivazione biologica – 3. (*Segue*)... e il limite labile dell'ordine pubblico – 4. L'interesse del minore e i limiti strutturali e funzionali dell'art. 44 lett. d, l. ad. – 5. Uno sguardo al futuro.

1. Introduzione e qualche premessa di senso

Il così detto “diritto vivente” in tema di gestazione per altri (g.p.a.) è una storia che comincia, in realtà, da molto lontano: della fine degli anni '80, infatti, sono le prime pronunce che intervengono a dirimere conflitti concernenti una pratica frequentemente agita nel corso dei secoli, pur con modalità differenti¹. Si può dire però che le Sezioni unite del 2019, che hanno avallato la trascrizione dell'atto di nascita del nato da g.p.a. realizzata all'estero nei confronti del genitore biologico, rigettando però il legame con il genitore d'intenzione, segnano un momento fondamentale per tentare di tracciare un quadro di senso che conduca a comprendere

* Associata di Diritto privato, Università degli studi di Verona. Mail: alessandra.cordiano@univr.it. Il contributo è stato accettato per la pubblicazione sul n. 3/2021 di *BioLaw Journal* – Rivista di BioDiritto.

Il presente contributo rientra nell'attività di ricerca del Team “Mutamenti demografici e pluralità di modelli familiari e genitoriali” nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona “Diritto, Cambiamenti e Tecnologie”.

¹ Già, G. PONZANELLI, *Il caso Baby M., la surrogate mother e il diritto italiano*, in *Foro it.*, 2, 1988, c. 97. V. anche A. CORDIANO, *La tutela dell'interesse del nato da maternità surrogata fra (in)disponibilità del corpo e aspirazioni genitoriali*, in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, H. MOTA, R. GUIMARAES (a cura di), Almedina, Coimbra, 2016, 739.

l'approdo odierno della Corte costituzionale².

Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza n. 33 del 2021 della Corte delle leggi, sollecitata con ordinanza della Cassazione, che ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 Conv. New York, e all'art. 24 della Carta dei diritti Ue – alcune questioni di legittimità costituzionale: in particolare, rimettendo alla Corte costituzionale i dubbi di illegittimità riguardo all'art. 12, co. 6, l. p.m.a., dell'art. 64, co. 1, lettera g), della l. n. 218/1995 sul diritto internazionale privato, e dell'art. 18 del d.P.R. n. 396/2000, sull'ordinamento dello stato civile,

«nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d'intenzione non biologico»³.

Va detto in premessa che, tralasciando le numerose modalità di regolamentazione del fenomeno nel panorama globale, vi sono in effetti molti modi in cui la g.p.a. può atteggiarsi: può accadere infatti che la derivazione genetica coincida totalmente, se la coppia committente eterosessuale conferisce entrambi i gameti; ovvero solo in parte, quando la coppia etero o omosessuale conferisce solo una linea germinale di una/un partner della coppia e l'altra linea è conferita da un donatore o da una donatrice; ovvero, ancora, la derivazione genetica può essere del tutto assente, sia per la coppia eterosessuale sia per quella omosessuale, quando evidentemente il materiale genetico sia interamente fornito da terzi estranei alla coppia⁴. Ciò che caratterizza, in ogni modo, la g.p.a. è il contributo eventuale del patrimonio genetico di terzi, e quello imprescindibile del corpo e della capacità procreativa della surrogata, che sostanzia il divieto

² Fra i molti commenti a Cass., S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, v. G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2019, 677; M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, *ivi*, p. 667. Sulla pronuncia che ha rimesso la causa alle sezioni unite, Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, in *Famiglia e diritto*, 10, 2018, 837, commentata da ID., *I «due padri» e l'ordine pubblico...tra sezioni semplici e sezioni unite*.

³ M. ACIERNO, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità?*, in *Questione giustizia*, 7 aprile 2021.

⁴ A. CORDIANO, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale e le regole vigenti*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2017, 473 ss.

della l. 40⁵.

Questa premessa rende necessario svolgere due considerazioni.

La prima considerazione è che appare evidente una vera e propria scissione fra gli elementi costitutivi del processo procreativo, profilo invero già chiaro nelle tecniche di procreazione svincolate dal divieto di eterologa: l'elemento naturalistico della maternità (quello della gestazione e del parto) si dissocia da quello volontaristico, intenzionale, relativo alla costituzione del progetto familiare e alla costruzione di un legame coinvolgente, e da quello più strettamente identitario della trasmissione biologico-genetica, che manca in tutto o in parte⁶. Questo processo destrutturante vede il suo completamento con la *surrogacy*, che mette in discussione anche l'ultimo tratto distintivo del fatto generativo, la gestazione e il parto, facendo vacillare il modello tradizionale di genitorialità biologica o quanto meno evidenziando una forte frammentazione⁷.

Si tratta, invero, di un fenomeno ormai consolidato nel panorama giuridico contemporaneo, relativo all'attestarsi di una nuova forma di genitorialità sociale (o non genetica)⁸ accanto alla tradizionale genitorialità biologica; fenomeno connesso con l'evoluzione dei modelli familiari, ma intimamente collegato coi progressi della scienza e della tecnica rispetto alle possibilità di manipolare e di disporre del proprio corpo: la crescente acquisizione di tecniche scientifiche è in grado, infatti, di investire potentemente gli aspetti relativi alla maternità e alla genitorialità. Questa incessante progressione, iniziata da lontano, trova nelle tecniche di procreazione assistita e nella g.p.a. una fattispecie di altissima complessità, in grado di cambiare la relazione

⁵ Sul divieto, v. E. GIACOBBE, *Dell'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2016, 590; per una rilettura del divieto penale, v. C. RAGNI, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, in *Genus*, 1, 2016, 6

⁶ Sulla legge n. 40 del 2004, *ex multis*, U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, I, 2004, 514 ss.; L. D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno stato laico*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, II, 2004, 793 ss.; F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e diritto*, 6, 2004, 628 ss.; R. VILLANI, *La nuova legge sulla procreazione assistita*, in *Studium iuris*, 2004, 575 ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Il Corriere giuridico*, 2004, 810 ss.; G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2005, 329 ss.

⁷ Trib. Monza, 17 ottobre 1989, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1990, 173, con nota di M. VENTURA; in *Giurisprudenza italiana*, I, 1992, 2, c. 72, con nota di M. DOGLIOTTI; e App. Salerno, 25 febbraio 1992, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 1994, 177.

⁸ A. D'ANGELO, *La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 13; A. GORGONI, *La rilevanza della filiazione non genetica*, in *Persona e mercato*, 3, 2017, 1153. Sulle famiglie allargate e ricomposte e sul terzo genitore, A. CORDIANO, *Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive*, in *Comparazione e diritto civile*, novembre 2012, 1; M.G. STANZIONE, *Filiazione e «genitorialità». Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, 109 ss.

dell'individuo con la propria corporeità e soprattutto con la propria identità anche in una prospettiva più generale, su un piano antropologico di esseri di genere⁹, mettendo altresì in discussione il paradigma dominante e tradizionalmente ordinatore della genitorialità biologica, composta di eterosessualità, derivazione genetica, gestazione e parto¹⁰.

La seconda considerazione è che, se il fenomeno della genitorialità sociale è consistente ed eterogeneo, acquisendo una graduale rilevanza, la pratica della g.p.a. è altamente controversa a livello globale¹¹ e vietata in Italia, dove chiaramente l'attenzione si sposta sulle fattispecie realizzate all'estero, che reclamano un riconoscimento. Ma la considerazione non è relativa tanto e solo alla complessità connessa alla fatica dell'ordinamento di trovare un adeguato bilanciamento fra un comportamento lecitamente realizzato all'estero e vietato in Italia; quanto, piuttosto, alla constatazione che il divieto di g.p.a. è una regola sostanzialmente insufficiente: l'art. 12, l. n. 40 del 2004 (oggetto di censura) prevede un divieto di realizzazione, organizzazione, pubblicizzazione e di commercio della pratica, la cui violazione, anche per la coppia, è punita con la reclusione e con una pena pecuniaria. La disposizione, però, non presenta alcuna «clausola di salvaguardia»¹²: non è prevista alcuna regola di supporto nel caso in cui, a seguito di condotte materiali irreversibili, nasca un bambino, così come avveniva, già prima della caduta del divieto di eterologa, con la norma di cui art. 9, che prevede un sistema di protezione per il minore nato da eterologa, limitando, fra gli altri, l'accesso agli strumenti di contestazione del legame paterno e impedendo la dismissione del legame materno¹³; i limiti espressi, oltre a confinare l'accesso agli strumenti di contestazione dei legami, di fatto

⁹ J. HABERMAS, *Il futuro della genetica umana. I rischi di una eugenetica liberale*, Torino, 2001, 31 ss.

¹⁰ Cfr. I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, *passim*; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 377; P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2000, 193; A. CORDIANO, *Identità della persona e disposizioni del corpo*, Roma, 2011, 235 ss.

¹¹ V. la Risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2015, contenente la *Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo del 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia*, n. 2015/2229 (INI), che ha confermato la posizione di sostanziale rifiuto, condannando la pratica della surrogazione, «che compromette la dignità umana della donna, dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce». In punto, R. PICARO, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2017, 1262, part. 1267 ss.

¹² Ne parla anche G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., 685.

¹³ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit., con nota di G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2014.

cristallizzano un modello di genitorialità sociale, sigillato dal disposto dell'art. 8¹⁴.

Dunque, a prescindere da i divieti esistenti (o esistenti), sono le regole vigenti in materia di filiazione ad essere oggi insufficienti, perché costruite essenzialmente sul paradigma biologista, e quindi sui presupposti di eterosessualità, derivazione biologica, gestazione e parto, con il suggello dell'elemento volontaristico: utilizzando strumenti di sintesi, la dicotomica opposizione fra *favor legitimitatis e veritatis* e, di qui, il paradigma dominante non esauriscono più la complessa fenomenologia esistente, creando a tratti un forte smarrimento e la necessità di riflettere sui dispositivi normativi di riferimento¹⁵.

2. Il faticoso bilanciamento fra interesse del minore e divieto interno: la falsa questione della derivazione biologica

Date queste premesse, si intende proporre qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni unite del 2019, focalizzando l'attenzione sulle scelte argomentative della Corte costituzionale nella sentenza n. 33 del 2021, in una sorta di percorso circolare fra le due pronunce.

La sentenza n. 33 della Corte delle leggi, oltre a sollecitare la tempestività di un intervento legislativo su cui poi si dirà, segnala la necessità di bilanciare, secondo un criterio di proporzionalità, gli interessi del minore con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla g.p.a., penalmente sanzionata dal legislatore.

Di questo scopo, infatti, si sono fatte carico le Sezioni unite, negando la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte attributiva dello status anche al genitore sociale o d'intenzione. La fattispecie affrontata nel 2019, infatti, è caratterizzata dal fatto che la g.p.a. si è realizzata con il contributo genetico di uno solo dei partner della coppia committente. La Cassazione si è limitata così a consolidare un orientamento acclarato nella giurisprudenza di merito, pervenendo alla decisione di accogliere il legame con il genitore genetico, ma rifiutando quello del genitore sociale e rimandandolo all'art. 44 l. ad.; lo ha fatto utilizzando sostanzialmente tre temi: la derivazione genetica come modello e limite alla genitorialità

¹⁴ A. CORDIANO, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale e le regole vigenti*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2017, 473 ss.

¹⁵ Per un caso emblematico, Trib. Roma, 8 agosto 2014, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 319, con nota di A. MENDOLA, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*, e Trib. Roma, 22 aprile 2015, *ivi*, 2015, 1847, con nota di Id., *Sostituzione di embrioni e disconoscimento della paternità*; M.N. BUGETTI, *Scambio di embrioni e attribuzione di paternità*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2014, 934.

sociale; il divieto penalmente sanzionato e l'ordine pubblico; l'interesse del minore¹⁶.

La questione della derivazione biologica e della presenza di uno o entrambi i legami genetici è interessante per una serie connessa di profili¹⁷: nella prospettiva dell'argomentazione della Cassazione, in primo luogo, il divieto di g.p.a. è «l'anello necessario di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione», come a dire che la rilevanza della filiazione sociale, e quindi del principio di autoresponsabilità nella procreazione, si arresta entro il limite della procreazione assistita di tipo eterologo: oltre questa (*id est*, in tema di g.p.a.), prevale sempre il *favor veritatis*, come interesse a rilevanza pubblica, anche su quello del minore.

L'argomento è suggestivo, ma lascia spazio a qualche riflessione critica: in primo luogo, perché, in tema di procreazioni assistite, la verità è un criterio ambiguo, potendosi trattare di verità in termini identitari, quindi di verità genetica, ovvero in termini prettamente naturalistici, indicando pertanto la gestazione e il parto; in secondo luogo, bisogna ammettere che l'assolutezza del divieto, individuata dalla Cassazione in ragione del presidio penale, in effetti cede a fronte della presenza della derivazione biologica del genitore, che salva il legame genitoriale legittimamente acquisito all'estero e, pertanto, prevale sullo stesso ordine pubblico, in un rapporto che pone quest'ultimo in posizione evidentemente subordinata alla discendenza genetica.

L'argomentazione utilizzata, in secondo luogo, conduce a interrogarsi se, nel caso di una *surrogacy* realizzata interamente con materiale genetico della coppia committente, la derivazione biologica avrebbe prevalso sull'ordine pubblico, salvando interamente il rapporto genitoriale acquisito lecitamente all'estero con maternità per sostituzione. Di là dal fatto che questa ipotesi, ovvero quella della completa coincidenza genetica fra nato e coppia committente, risulti in concreto abbastanza remota e che il ragionamento si svolga su un piano meramente ipotetico, il tema è comunque interessante perché pone l'attenzione su un caso ancora diverso

¹⁶ Si consenta il rimando ad A. CORDIANO, «*C'era una volta e una volta non c'era...*»: *l'interesse del minore nella pronuncia delle sezioni unite in tema di maternità surrogata*, in corso di pubblicazione negli atti che raccolgono i contributi dell'incontro di studi dell'Associazione Dottorati di Diritto privato, tenutosi a San Benedetto del Tronto, nel settembre 2019.

¹⁷ V. per due casi di genitorialità lesbica, Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Il Corriere giuridico*, 2017, 181, con nota di G. FERRANDO; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 372, con nota di G. PALMIERI.; e Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *www.art.29.it*, con nota di S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*, 10 luglio 2017.

quello odierno, ma anche da quello deciso dalla Cassazione nel 2014¹⁸, quando, a fronte di una *surrogacy* realizzata da una coppia eterosessuale in assenza di legame biologico, si è affermata la prevalenza dell'ordine pubblico sull'interesse del minore, recidendo ogni legame affettivo. Si possono così rappresentare tre ipotesi (derivazione genetica assente, ovvero presente su una o su entrambe le linee germinali), potenzialmente risolte con soluzioni diverse¹⁹.

La questione non appare banale perché, come si è accennato, le tecniche procreative assistite, che realizzano ipotesi di filiazione non genetica, sono numerose ed eterogenee²⁰. Così come molte sono le tecniche che intervengono a destabilizzare il quadro di senso della procreazione, quanto meno evidenziando come la derivazione biologica appaia, in ultima analisi, un limite ormai fragile, se teso a sostanziare un ideale principio di verità nella procreazione.

3. (Segue)... e il limite labile dell'ordine pubblico

Passando ad analizzare il secondo argomento utilizzato dalla Cassazione, quello dell'ordine pubblico²¹, è singolare osservare come la Corte ne bilanci il rapporto con la derivazione genetica: l'ordine pubblico, quale mezzo per tutelare il sistema valoriale e ordinamentale, opererebbe non in ogni ipotesi di contrarietà a disposizioni interne, ma solo quando detta contrarietà intervenga sui principi fondamentali. Il divieto di g.p.a. sarebbe, in questa prospettiva, un divieto assoluto, data la sua penale rilevanza di ordine pubblico: pertanto, nel

¹⁸ Cass., 26 settembre 2014, n. 24001, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2015, 235, con nota di C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà dell'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*; in *Il Corriere giuridico*, XXXII, Aprile 2015, 417, con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*.

¹⁹ Per un'esemplificazione, divulgativa ancorché interessante, sul tema, v. C. BULLETTI, C. FLAMIGNI, *Fare figli. Storia della genitorialità dagli antichi miti all'utero artificiale*, Bologna, 2017, 97 ss.

²⁰ Guardando solo alla p.m.a. propriamente detta (fruibile solo per coppie etero o per coppie omosessuali lesbiche), accanto alle tradizionali forme omologa ed eterologa, si affiancano l'ipotesi di fecondazione *interamente* eterologa (ossia con donazione di gameti su entrambe le linee germinali, per la coppia etero e omosessuale) e quella che può realizzarsi nella coppia omosessuale lesbica, dove la madre genetica, donatrice dell'ovulo, è la convivente della madre partoriente e giuridica, per creare il legame simbolico dettato dalla discendenza biologica.

²¹ Sul tema, *ex multis*, G.B. FERRI, *Ordine pubblico (diritto privato)* in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1038 ss.; G. BARILE, *Ordine pubblico (Diritto internazionale)*, *ivi*, 1106 ss.; L. LONARDO, *Diritto civile italiano e ordinamenti stranieri. Il problema del confronto*, Napoli, 1984, 42 ss.; in punto specifico, G. PERLINGIERI-G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 94 ss. In chiave di diritto internazionale privato e sovranazionale, F. MOSCONI-C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, *Parte generale e obbligazioni*, Torino, 2013, 173 ss., 256 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, 2012, 28 ss., sposa una visione marcatamente interna del concetto; diversamente, L. NIVARRA, *Brevi considerazioni al margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in *Diritto civile contemporaneo*, 30 gennaio 2017, 2 ss.

bilanciamento fra quest'ultimo e l'interesse del minore, il primo prevale sul secondo²².

Come detto, però, la valutazione del giudice non sposa interamente l'ordine pubblico (altrimenti non dovrebbe consentire neppure la costituzione del legame con padre biologico), ma lo fa solo nei confronti del padre sociale, privo di legame genetico: l'ordine pubblico, quindi, appare prevalere solo se manca la derivazione biologica, la quale, da un lato, salva il legame con il padre genetico (come già avvenuto in caso di legami costituiti in coppie lesbiche) anche a fronte di un divieto reputato assoluto; dall'altro, ove assente, fa prevalere la clausola dell'ordine pubblico²³.

Cercando di individuare quale sia il bene giuridico tutelato dal divieto che sostanzia l'attivazione dell'ordine pubblico, deve ammettersi che la Cassazione del 2019 affronti la questione in soli due passaggi, entrambi abbastanza frettolosi: prima, rimandando alla celebre pronuncia del 2014²⁴, per la quale la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, con cui la g.p.a. si pone apparentemente in conflitto, giustificano la soccombenza dell'interesse del minore a fronte di regole fondate ora sulla rilevanza della verità (genitorialità) biologica, ora sull'adozione; di seguito, citando una successiva pronuncia della Corte costituzionale del 2017²⁵, per la quale, nel caso di divieto di g.p.a., l'interesse del minore è destinato a soccombere rispetto all'interesse alla verità, avente natura anche pubblica, in quanto connesso a una pratica che offende la dignità²⁶.

Di là dalla brevità e concisione con le quali la Corte risolve la questione del contenuto del divieto, neppure chiedendosi se vi possono essere casi nei quali la scelta della gestante appare invece inserita in un progetto solidaristico, rammarica l'assenza di qualsivoglia riflessione sulle molteplici disposizioni del corpo, in un tempo in cui dette disposizioni giungono a remoti confini. Tacendo dell'ambiguità di una distinzione che differenzi fra disposizione dell'intero

²² 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 *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2014, 1122.

²³ Si consenta di rinviare ad A. CORDIANO, «*C'era una volta e una volta non c'era...*»: *l'interesse del minore nella pronuncia delle sezioni unite in tema di maternità surrogata*, cit.

²⁴ Ancora Cass. 26 settembre 2014, n. 24001, cit.; concorda A. RENDA, *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2015, 415.

²⁵ Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, in *Il Corriere giuridico*, n. 4, 2018, 446, con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento, interesse del minore*; in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2018, 546, con commento di A. GORGONI, *Art. 263 c.c.: tra verità e conservazione dello status filiationis*, *ivi*, 540, e di U. SALANITRO, *Azioni di status e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, *ivi*, 552.

²⁶ Sulla complessità del bilanciamento tra gli interessi coinvolti, G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., 94 ss.

corpo o di parte ovvero della capacità procreativa, vi sarebbe da chiedersi, più in generale, ove si trovi il limite alle innumerevoli disposizioni del sé corporale, e se la rispondenza o meno al criterio di dignità della persona con cui si valutata la condotta umana debba avvenire esclusivamente nei suoi profili materiali o rispetto alla sola funzionalità oggettiva, oppure, piuttosto, rispetto ai valori che quella condotta esprime²⁷. Di questi profili complessi, che incidono potentemente sui paradigmi fondativi della genitorialità, in effetti, non v'è traccia nel percorso argomentativo, neppure in termini descrittivi o critici²⁸.

Diversamente la Corte, per corroborare la tesi sostenuta in ordine alla soccombenza dell'interesse del minore, utilizza un altro argomento relativo ad una minore o maggiore intensità dei divieti esistenti: se, infatti, il divieto di eterologa è ormai caduto, la violazione dell'art. 5, l. n. 40, sui requisiti soggettivi, è presidiato da sanzioni pecuniarie, a fronte di un divieto penalmente e pecuniariamente definito, comminato per la realizzazione, organizzazione, pubblicizzazione e commercializzazione della pratica, anche per la coppia. Il presidio penale giustificerebbe la soccombenza dell'interesse del minore²⁹.

Se questo è certamente vero, è altrettanto indiscutibile che vi siano altri divieti sanzionati con altrettanta intensità, come le sanzioni relative alla violazione dei divieti sulla clonazione riproduttiva (art. 12, 7 c.), alla realizzazione della tecnica di ectogenesi (l'utero artificiale), alla produzione di essere umani ibridi o chimerici, nonché sulle manipolazioni eugenetiche su embrioni (art. 13). Queste previsioni, almeno astrattamente, dovrebbero far ipotizzare che la realizzazione di una di queste non tanto immaginifiche condotte dovrebbe portare a reputare soccombente l'interesse del minore alla conservazione dello stato di figlio ovvero al mantenimento del legame con quei genitori che, ad esempio, lo avessero generato con tecniche manipolative eugenetiche o con l'ausilio dell'utero artificiale³⁰.

Se questa riflessione, non del tutto fantasiosa, si svolge su un terreno ipotetico, si possono però osservare altre fattispecie dove si è reso necessario operare un bilanciamento fra tutele di ordine pubblicistico e interesse del minore. La questione della composizione del conflitto fra divieto penale e interesse del minore non è infatti inedita e ha interessato le corti e il legislatore in

²⁷ Sulla valutazione di meritevolezza, per tutti, P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, Napoli, 2006, 346 ss. e II, 610 ss.

²⁸ P. ZATTI, *La surrogazione nella maternità*, in *Questione giustizia*, 1999, 838.

²⁹ Già F.D. BUSNELLI, *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2010, 185.

³⁰ H. ALTAN, *L'utero artificiale*, Milano, 2006, 69 ss.

diverse occasioni: è accaduto con la *kafalah* e con la sua violazione, da un lato, delle norme del testo unico in materia di ricongiungimento familiare da parte dello straniero; dall'altro, delle prescrizioni penali in tema di adozione (artt. 71-72 l. ad.)³¹; analoghe considerazioni valgono con riguardo alle pronunce della Corte costituzionale che, in tema rispettivamente di alterazione³² e soppressione di stato³³, hanno dichiarato incostituzionale la norma di cui all'art. 539 c.p., con riferimento al co. 2 degli artt. 567 e 566 c.p., che prevedeva la decadenza automatica della responsabilità genitoriale, precludendo al giudice ogni valutazione circa l'interesse del minore.

Sono, questi, argomenti non dissimili dal percorso che ha condotto alla riscrittura della disposizione di cui all'art. 251 c.c.³⁴ e, analogamente, alle sottese valutazioni che hanno portato ad introdurre, nella riforma della filiazione, una clausola di consolidamento del legame,

³¹ M. ORLANDI, *La kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1, 2005, 635. Recentemente Trib. Mantova, 10 maggio 2018, in *Famiglia e diritto*, 1, 2019, 42, con nota di R. GELLI, *Rappresentanza e cura del minore sottoposto a kafalah tra funzioni del kafil ed esclusione della tutela*. Sul ricongiungimento del minore con cittadino straniero: Trib. Biella, 26 aprile 2007, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 1810, con nota di J. LONG, *Il ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*, e di M. ORLANDI, *La kafalah di diritto islamico e il diritto al ricongiungimento familiare: una interessante pronuncia del Tribunale di Biella*; App. Torino, 30 maggio 2007, in *Dir. immigr. citt.*, 1, 2008, 191, con nota di J. LONG, *Kafalah e ricongiungimento familiare*; l'orientamento è avallato da Cass., 3 marzo 2008, n. 7472, in *Famiglia e diritto*, 2008, 675. *Contra*, Trib. Reggio Emilia, 9 febbraio 2005, in *Dir. immigr. citt.*, 2005, 182. Sul ricongiungimento con cittadino italiano, Cass., S.U., 4 settembre 2013, n. 21108, in *Il Corriere giuridico*, 12, 2013, 1497, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo*; Cass., 2 febbraio 2015, n. 1843, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2015, 707, con nota di M. DI MASI, *La Cassazione apre alla kafalah negoziale per garantire in concreto il best interest of the child*. In senso contrario, Cass., 1° marzo 2010, n. 4868, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2010, 1629, con nota di A. VENCHIARUTTI, *No al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah: i richiedenti sono cittadini italiani!*

³² Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 1873, con nota di M.A. FEDERICI, *Alterazione di stato e decadenza dalla potestà genitoriale*; in *Famiglia e diritto*, 9, 2012, 443, di D. CHICCO, *Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2012. La questione era stata in precedenza respinta da Corte cost., 23 marzo 2007, 106, in *Famiglia e diritto*, 2007, con nota di P. PITTARO, *Non arbitraria la pena prevista per il delitto di alterazione di stato civile di neonato*.

³³ Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, in *Famiglia e diritto*, 2013, 309.

³⁴ Sulla critica all'originaria formulazione dopo la riforma del 1975, A.C. JEMOLO, *I figli incestuosi*, *Rivista di diritto civile*, II, 1976, 564; U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1982, 52. Poi, a fronte di autorevole dottrina che individuava nella male fede un criterio idoneo a cui ancorare l'inidoneità genitoriale della coppia incestuosa (P. VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, in *Trattato di diritto civile*, Vassalli, Torino, 1987, 88), vi erano quanti sottolineavano l'inadeguatezza della norma (G. FERRANDO, *Filiazione naturale*, in *Rivista di diritto civile*, II, 1983, 774; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, Milano, 2006, 288). Dopo le recenti riforme, G. LISELLA, *Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in *Comparazione e diritto civile*, giugno 2013, 1; L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2013, 206.

precludendo la contestazione del legame dopo cinque anni dalla nascita del minore³⁵, senza neppure il “filtro” della prudente e casistica valutazione del giudice.

In queste ipotesi, si è reso necessario bilanciare l’interesse del minore al mantenimento dei legami affettivi costituiti con interessi pubblici rilevanti, fra i quali l’ordine pubblico. Queste stesse ipotesi, per molti profili diverse – alcune attinenti agli strumenti di costituzione del legame, altre inerenti ai profili del *favor affectionis* –, esprimono tutte un tendenziale favore verso il mantenimento dei legami, come pure una certa neutralità nei riguardi di comportamenti illeciti e dell’assenza di derivazione biologica; quindi, un significativo sostegno verso il *favor stabilitatis* e *affectionis* anche a fronte di un disvalore sociale e/o di un divieto penalmente sanzionato. Esse mostrano, soprattutto, la prevalenza dell’interesse del minore, non come criterio astratto³⁶, ma oggetto di un prudente e concreto bilanciamento³⁷, anche a fronte di comportamenti illeciti, o penalmente rilevanti, e dell’assenza di derivazione biologica³⁸.

4. *L’interesse del minore e i limiti strutturali e funzionali dell’art. 44 lett. d, l. ad.*

L’interesse del minore – più volte richiamato, per segnalare la soccombenza prima rispetto alla tutela della dignità della donna surrogata e dell’istituto dell’adozione, poi ad un interesse superiore alla verità – è affrontato nelle sole due ultime pagine della pronuncia del 2019, tese a giustificare il margine di apprezzamento accordato dalla Corte Edu agli Stati sulla pratica della g.p.a., ai fini della decisione di accoglierla o meno, e con riguardo alla determinazione di quali effetti ricollegarsi sul piano giuridico: sulla scorta di questo margine di apprezzamento, non potrebbe vedersi integrata alcuna violazione dell’art. 8 Cedu, sul diritto alla vita privata e familiare, giacché ad essere messo in discussione non è il legame con il genitore biologico, ma solo quello con il genitore d’intenzione, al quale non sarebbe comunque negato di partecipare alla vita familiare del minore, benché naturalmente senza diritti e senza doveri; così come

³⁵ In tema, M. MANTOVANI, *L’azione di disconoscimento della paternità*, in *Trattato di diritto di famiglia*, ZATTI, *Le riforme*, II, cit., 181 ss.; e G.M. UDA, *L’impugnazione del riconoscimento*, *ivi*, 265; criticamente sul termine, M. SESTA, *L’accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2014, 458 s.; e G. CHIAPPETTA, *L’azione di disconoscimento della paternità*, in *La riforma della filiazione*, C.M. BIANCA (a cura di), Padova, 2014, 390 ss.

³⁶ Sui pericoli connessi ad una aprioristica prevalenza dell’interesse del minore, V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Rivista di diritto civile*, n. 2, 2018, 405 ss.

³⁷ P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente*, in *Rassegna di diritto civile*, 1, 2005, 188.

³⁸ Complessità ben descritta da G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., 94 ss.

neppure è in discussione la possibilità di conferire rilievo a detta relazione, ricorrendo al giudice minorile, il quale ai sensi dell'art. 44, lett. d, l. ad., potrebbe discrezionalmente «parificare la posizione del figlio adottivo allo stato di figlio nato dal matrimonio».

Ora, la questione appare di vivo interesse, se connessa alle argomentazioni della sentenza n. 33, dove la Corte costituzionale esplicitamente afferma che, proprio riguardo la necessità di un adeguato bilanciamento fra interesse del minore e legittima disincentivazione della pratica di g.p.a., il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte Edu sarebbe corrispondente ai principi costituzionali: l'assetto valoriale desumibile in Costituzione, infatti, se non osta alla non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero di riconoscimento della doppia genitorialità (sia essa etero ovvero omosessuale), impone però che sia sempre comunque assicurata la tutela dell'interesse del minore al riconoscimento del legame con chi di svolge le funzioni parentali.

Proprio l'inciso della pronuncia del 2021 avvalorata l'insofferenza a suo tempo percepita nei riguardi del favore delle Sezioni unite verso la soluzione dell'adozione speciale: innanzitutto, per l'assenza di qualsivoglia riferimento ad una legislazione che appare carente, non prevedendo alcuna clausola di salvaguardia in seguito a condotte materiali illecite e irreversibili, ma legittimamente realizzate all'estero, in virtù delle quali il destino di un individuo è segnato sfavorevolmente a favore di più alti interessi pubblicistici; un individuo, ancor più precisamente, nato suo malgrado da comportamenti illeciti, imputabili ad altri e sul quale, di fatto, questi comportamenti ricadono, senza alcuna previsione normativa che contemperino la tutela del nato con la violazione del divieto, come previsto nella p.m.a. eterologa³⁹.

Deve poi ammettersi che la Cassazione non si interroga su quale sia, anche solo astrattamente, l'interesse del minore: su quanto rilevi, nella prospettiva di questo interesse, il mantenimento anche giuridico di un legame sociale *de facto* costituitosi; su quale possa essere, ipoteticamente, il peso del *favor stabilitatis* e *affectionis*; e sulla rilevanza del tempo del bambino, quale elemento valoriale imprescindibile nella costruzione reciproca del legame e, di qui, nella valutazione della fattispecie della *surrogacy*, come parte integrante dell'identità personale del

³⁹ Tengono distinti il piano del divieto di maternità surrogata da quello relativo al diritto del minore all'acquisizione e al mantenimento dello *status* di figlio, A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.*, in www.articolo29.it, 2 ss.

minore⁴⁰.

Non appaga, infine, il bilanciamento svolto dalla Cassazione fra tutela dell'ordine pubblico e interesse del minore, che lascia quest'ultimo tutelato nella sola prospettiva dell'esistenza e del mantenimento del legame con il genitore biologico, confinando quello con il genitore sociale alla previsione di una eventuale pronuncia del giudice minorile, facendo così dubitare che il diritto alla vita privata e familiare sia legittimamente compreso dal margine di apprezzamento statale⁴¹.

Deve dirsi, a questo proposito, che la scelta di ricorrere allo strumento (rimediale) dell'art. 44, lett. d, l. ad., non solamente addossa alle parti i costi, anche emotivi, di un giudizio, ma lascia anche nell'alveo della discrezionalità la scelta del giudice di accordare il rimedio adottivo: benché, invero, le Sezioni unite in altre occasioni abbiano convalidato il ricorso alla disciplina predetta⁴², consolidando così il legame del figlio del partner mediante la così detta *stepchild adoption*⁴³, il giudice dovrà sempre e comunque svolgere una prudente valutazione del caso concreto, bilanciando gli interessi sottesi⁴⁴ e comunque valutando sia la qualità del legame affettivo e la sua significatività, sia la competenza genitoriale del ricorrente⁴⁵.

Ancora, trattandosi di uno strumento nato per altre funzioni⁴⁶, il ricorso all'art. 44, lett. d), l. ad. sarà comunque soggetto alla procedura di cui all'art. 46, l. ad., che richiede l'assenso del genitore legale, superabile non del tutto agilmente dal giudice: cosa che potrebbe rappresentarsi con una certa complessità, ad esempio, nell'ipotesi in cui l'istanza sia fatta a seguito dello

⁴⁰ Con termini diversi, ma lo osserva anche G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., 683 s.; v. già C. IRTI, *Digressioni intorno al mutevole «concetto» di ordine pubblico*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 3, 2016, 481 ss.

⁴¹ V. M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, cit., 676; R. PICARO, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, cit., 1278 ss.

⁴² Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Il Corriere giuridico*, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA-L. ATTADEMO.

⁴³ Lo osserva G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., 686; v. Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2015, 109, con nota di J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*.

⁴⁴ G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2, 2019, 343 s., sulla necessaria attività di bilanciamento dell'interprete fra divieto di maternità surrogata e sull'adozione in casi particolari.

⁴⁵ Segnala la precarietà nell'an della procedura, M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, in www.articolo29.it, 16.

⁴⁶ A. CORDIANO, *Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive*, cit., 13 ss.

scioglimento conflittuale del rapporto di coppia⁴⁷.

Non ultimo, trattandosi di uno strumento giurisdizionale, l'istanza del genitore sociale al giudice minorile potrebbe in effetti non concretizzarsi, consentendogli di fatto di disinteressarsi di quel minore nei confronti del quale ha svolto per un tempo significativo le funzioni parentali di cura e accudimento, magari proprio a causa della crisi del rapporto, senza che il genitore legale possa in qualche modo coartare il genitore sociale inerte. Sebbene la giurisprudenza abbia attribuito rilevanza alla genitorialità sociale, applicando estensivamente la norma di cui all'art. 337 *ter* c.c.⁴⁸ e il termine «genitori» e dando rilevanza alla continuità del rapporto di fatto, deve segnalarsi che si tratta pur sempre di un rapporto che è sprovvisto della titolarità della situazione soggettiva corrispondente⁴⁹ – cosa che emerge nella sua lampante criticità nella pronuncia n. 32 del 2021 della Corte costituzionale –, ma che pure, anche quando costituito con l'adozione speciale, conferisce rilievo giuridico alla relazione in un tempo significativamente successivo alla nascita e lascia il minore potenzialmente privo di un ramo parentale⁵⁰, a fronte di una questione ancora dibattuta in punto, oltre alla teorica revocabilità *sine die* dell'adozione stessa, secondo una disposizione ormai anacronistica.

5. Uno sguardo al futuro

L'esortazione mossa dalla Corte costituzionale al legislatore (ma, evidentemente, anche alla stessa Cassazione, ai tribunali di merito e, di qui, agli ufficiali dello stato civile) spinge «a farsi carico di una disciplina che assicuri una piena tutela degli interessi del minore», facendolo però in modo aderente alle peculiarità della situazioni: proprio dette peculiarità rendono il fatto odierno assai distante dalla norma dell'adozione particolare dell'art. 44, lett. d, diversa per struttura e per funzione. In tal senso, la Corte costituzionale propone una tutela che venga assicurata attraverso un procedimento di adozione «effettivo e celere», che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino. Di qui, ogni soluzione che non dovesse

⁴⁷ G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., 686.

⁴⁸ A. GORGONI, *La rilevanza della filiazione non genetica*, cit., 165 s. commentando Trib. Palermo, 6 aprile 2015, cit.

⁴⁹ Già, criticamente, D. MESSINETTI, *Diritti della persona e identità della persona*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2005, 148 ss.

⁵⁰ G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., 686.

offrire una tutela siffatta, «finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata»⁵¹.

Un sistema così prospettato, quello di una nuova forma adottiva – piena rispetto allo *status*, all'identità personale e all'attribuzione del cognome, ai legami, anche parentali – evidentemente dovrebbe sottendere a una particolare esperienza genitoriale, a un modello di genitorialità sociale, ad una precisa qualità dei legami esistenti: con altri termini, dovrebbe trattarsi di una vera e propria *second-parent adoption*, ovvero di contesti familiari costituiti mediante il ricorso alla g.p.a. (talvolta coincidenti, ma non necessariamente, con una famiglia omosessuale) con un progetto genitoriale condiviso *ab origine* dalla coppia, quindi di un percorso di introiezione genitoriale che si realizza con una peculiare partecipazione emotiva, ma, soprattutto, di specifici legami parentali e di una tipica qualità dell'attaccamento fra minore e *caregivers*.

Per tradurla in meccanismi giuridici, nei paesi ove queste tecniche procreative sono riconosciute o almeno non osteggiate, l'interesse del minore è presunto dalla duplicità della figura genitoriale, alla quale è riconosciuta dalla legge ogni funzione parentale e il correlato ruolo giuridicamente sancito: questo in ragione del fatto che la qualità dei legami si riferisce a relazioni affettive costituite sin dall'origine in seno alla coppia, quindi di un legame bigenitoriale e di un vissuto genitoriale intenzionale specifico.

È evidente, però, che si tratterebbe in ogni caso di una soluzione artificiosa, considerando, *in primis*, che la formula adottiva, ancorché piena, continuerebbe ad allocare alle parti i costi della procedura, ma soprattutto lascerebbe la fattispecie alla discrezionalità del giudice, secondo un trattamento ingiustificatamente differenziato rispetto allo statuto della genitorialità biologica, che vede il giudice entrare nella dimensione privata unicamente attraverso i meccanismi legittimi del controllo pubblico, di cui agli artt. 330, 333 e 403 c.c.

Va considerato poi che la g.p.a. potrebbe presentare una perfetta corrispondenza genetica, dimostrando una certa artificiosità del percorso adottivo.

La soluzione adottiva proposta, ancora, se potrebbe adattarsi come strumento per riconoscere un provvedimento giudiziario costituito all'estero, sarebbe meno consona per quei percorsi di g.p.a. che non si realizzano con procedimenti simil-adottivi (modalità che è tipica solo di una parte dell'esperienza giuridica mondiale), bensì con la formazione di un atto di nascita tradizionale: in

⁵¹ Il primo virgolettato è tratto dal comunicato stampa della Corte costituzionale del 9 marzo 2021, inerente alle motivazioni di C. cost. n. 33 del 2021 (www.cortecostituzionale.it); i due successivi direttamente dalla sentenza.

ultima analisi, pure la formula piena sembrerebbe un *escamotage* volto a dare giuridica esistenza ad un rapporto sussistente, ma creato ai margini/in violazione delle norme giuridiche interne

Viceversa, proponendo la soluzione (fatta propria per il legame genitoriale lesbico nella pronuncia n. 32) della trascrizione diretta del provvedimento giudiziario ovvero dell'atto di nascita esteri derivanti da g.p.a., si avrebbe certamente il pregio di consolidare il legame mediante un principio di autoresponsabilità nelle tecniche di procreazione⁵² e di privilegiare l'interesse del minore al mantenimento di legami affettivi costituiti nei fatti, quindi alla luce della continuità degli *status* di filiazione e alla certezza di questi legami, ponendosi al contempo in armonia con lo statuto giuridico della genitorialità sociale dettato dal citato art. 9 della legge sulla p.m.a., nonché dal principio sancito dall'art. 8 della medesima disciplina.

In effetti, le regole espresse in particolare dall'art. 9, l. 40, ancorché dettate con il principale interesse delle procreazioni eterologhe, appaiono in forte in distonia con il sistema della genitorialità biologica⁵³: con esse si impedisce di agire in disconoscimento e di impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità, al coniuge e convivente che abbia acconsentito all'eterologa, alla madre, al figlio e, in virtù della legittimazione assoluta dell'art. 263 c.c., a chiunque possa vantare un interesse attuale⁵⁴. Al limite di contestazione del legame paterno, si associa il divieto, forse più astratto, applicabile, del 2 c. dell'art. 9, il quale, estendendosi a qualsiasi tipo di fecondazione, impedisce alla donna di avvalersi del diritto di non essere nominata nell'atto di nascita, ai sensi del 1° co., art. 30, d.P.R. 396 del 2000, quale espressione forte della maternità sociale, intenzionale, non genetica⁵⁵. Infine, il 3 c. dell'art. 9, prescrive che il donatore/la donatrice di gameti non acquisisca alcuna relazione giuridica parentale col nato, non possa far valere alcun diritto né assumere alcun obbligo, perché è implicito che, alla base

⁵² Così U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, cit., 507; V. CAREDDA, *Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità*, in banca dati www.giustiziacivile.com; A. THIENE, *Figli, finzioni e responsabilità civile*, in nota a Cass., 31 luglio 2015, n. 16222, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 3, 2016, 244; già G. FERRANDO, *Il caso Cremona: autonomia e responsabilità nella procreazione*, in nota a Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2, 1994, 996. In senso contrario, P. VIRGADAMO, *Falso e consapevole «riconoscimento» del figlio naturale o vero atto (illecito) comportante l'assunzione della responsabilità genitoriale? Per un'interpretazione non formalistica dell'atto privato*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2013, 943.

⁵³ A. CORDIANO, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale e le regole vigenti*, cit., 473 ss.

⁵⁴ F. BORRELLO, *Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa*, in *Famiglia e diritto*, 10, 2010, 947.

⁵⁵ In punto, è critica G. FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, cit., 816.

della donazione di parte del corpo, vi sia stato un (mero) atto di solidarietà, non accompagnato dall'elemento volontaristico dell'aspirazione genitoriale⁵⁶.

Le norme indicate mostrano, in una linea più generale, una sostanziale distanza dal *favor veritatis*, esprimendo l'accettazione verso una certa scissione fra elemento naturalistico della gestazione e del parto, elemento identitario ed elemento affettivo e intenzionale. In particolare, superando un'antica dialogica fra *favor legitimitatis* e *favor veritatis*, la disciplina pone in particolare rilievo un diverso *favor*, composto dall'interesse del figlio all'attestazione formale e al mantenimento del legame genitoriale, prescindendo dalla veridicità del rapporto (c.d. *favor stabilitatis*); e dalla preminenza che, nella costruzione del legame di genitorialità, assume il dato volitivo e affettivo della costruzione di un legame coinvolgente (*favor affectionis*).

Queste norme, il cui senso profondo sembra trovare un posto nello spazio normativo vuoto della g.p.a., sprovvista di una disciplina in grado di temperare la violazione del divieto, non solo cristallizzano un modello di genitorialità sociale, ma anche esplicitano un principio di autoreponsabilità nella procreazione, che impone ai soggetti di rispondere di contegni volontariamente e consapevolmente assunti e finalizzati alla condivisione e costituzione di un progetto genitoriale⁵⁷. Esse, infine, operano un bilanciamento fra interessi contrapposti, assumendo come prioritario l'interesse del minore: temi, ancora una volta, scarsamente approfonditi dalle pronunce in analisi⁵⁸.

Non terrebbe, in tal senso, l'obiezione che, così facendo, si avallerebbe senza limiti quella pratica vietata, che sarebbe altrettanto legittimo tentare di disincentivare: la prassi degli ufficiali di stato civile, e ancor prima dei consolati investiti della richiesta della documentazione necessaria per oltrepassare i confini stranieri, esplicita già una attenzione al tema, mediante le segnalazioni che investono pratiche con elementi critici.

Si potrebbe invece prevedere la riscrittura della disciplina sulla costituzione dei legami di

⁵⁶ In tema, R. VILLANI, *La «nuova» procreazione medicalmente assistita*, in *Tratt. dir. fam.* ZATTI, *Le riforme*, II, Milano, 2019, 328 ss.

⁵⁷ Così U. SALANITRO, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, cit., 507; V. CAREDDA, *Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità*, in banca dati www.giustiziacivile.com; A. THIENE, *Figli, finzioni e responsabilità civile*, cit., 244; già G. FERRANDO, *Il caso Cremona: autonomia e responsabilità nella procreazione*, cit., 996. In senso contrario, P. VIRGADAMO, *Falso e consapevole «riconoscimento» del figlio naturale o vero atto (illecito) comportante l'assunzione della responsabilità genitoriale? Per un'interpretazione non formalistica dell'atto privato*, cit., 943.

⁵⁸ G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., 683 s. Sulla prudente, ma reale, opera di bilanciamento, v. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 111

filiazione, l'aggiornamento delle procedure adottive e, insieme una riflessione sui profili più critici, su cui attenzionare gli autori delle segnalazioni, e così immaginare un sistema duplice, che segue un percorso principale, quello del riconoscimento pieno dei percorsi di genitorialità sociale (da g.p.a. o da p.m.a. da coppie lesbiche) e che devia nei casi più critici, mediante le segnalazioni, all'attenzione del giudice minorile, attraverso tutti gli strumenti, dalla limitazione della responsabilità genitoriale, agli allontanamenti fino alle forme adottive più consone, che si dimostrino nel caso concreto più rispondenti al fine precipuo, il concreto interesse del minore.