

Operatività *ex post* del
divieto di maternità

surrogata: torna al vaglio delle
Sezioni Unite il dibattuto tema del
riconoscimento del legame filiale tra il
nato all'estero da maternità surrogata
e il c.d. genitore d'intenzione*

[Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sent. 30 dicembre 2022, n. 38162
– Pres. Curzio – Rel. Giusti]

Sara Tattini**

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Natura giuridica ed effetti dell'accordo di maternità surrogata nell'ordinamento italiano. – 3. Le Sezioni Unite del 2019 sulla (non) riconoscibilità dello stato di figlio nato all'estero da madre surrogata. – 4. Il nuovo invito rivolto alle Sezioni Unite alla luce del denunciato «vuoto normativo» risultante dalla pronuncia costituzionale n. 33/2021. – 5. (Segue). Interpretazione avanzata dalla Sezione rimettente. – 6. L'intervento delle Sezioni Unite: sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162. – 7. Sull'adeguatezza della proposta ermeneutica avanzata dalle Sezioni Unite.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Dottoranda in Ecologia dei sistemi culturali e istituzionali (curriculum "Democrazia sostenibile e solidale: diritti, doveri e istituzioni") presso l'Università del Piemonte Orientale, sara.tattini@uniupo.it.

ABSTRACT:

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione intervengono nuovamente al fine di chiarire la possibilità di colmare, in via interpretativa, il denunciato vuoto normativo in tema di riconoscimento del legame filiale tra il nato all'estero da maternità surrogata e il genitore d'intenzione – non biologico – all'interno di una coppia omoaffettiva.

The Supreme Court's Civil Joint Divisions rule again on the possibility to address, through judicial interpretation, the problem of recognizing the status filiationis of the child, born abroad as a result of surrogacy, and the intended – not biological – parent within a same sex couple.

1. Il caso

Con l'ordinanza n. 1842 del 21 gennaio 2022, la Corte di Cassazione ha rimesso al Primo Presidente – per l'eventuale trasmissione alle Sezioni Unite – un articolato quesito, al fine di rispondere, nelle more dell'intervento del legislatore, alle sempre più frequenti istanze di riconoscimento del legame di filiazione tra il minore venuto al mondo in seguito al ricorso alla maternità surrogata di una coppia omoaffettiva e il genitore c.d. "intenzionale", *i.e.* colui che non vanta rapporti di carattere biologico con il nato.

Il problema sorge in virtù dell'espresso divieto di maternità surrogata, penalmente sanzionato nel nostro ordinamento ai sensi della legge 19 febbraio 2004, n. 40, che al comma 6 dell'articolo 12 sanziona penalmente "chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità".

Il caso concreto a cui l'ordinanza si riferisce trae origine dalla richiesta, da parte di due cittadini italiani coniugati in Canada, e uniti civilmente in Italia, di riconoscimento di una sentenza della *British Columbia Supreme Court*, con la quale è stata accertata la sussistenza di un rapporto di filiazione tra il minore, nato tramite la gestazione per altri, e il genitore d'intenzione.

A fronte del rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di Verona di procedere alla trascrizione della sentenza canadese per mancanza di dati normativi o precedenti giurisprudenziali sul punto, gli interessati hanno presentato domanda di riconoscimento giudiziale della sentenza in questione alla Corte d'Appello di Venezia, che ha deciso in senso favorevole alla trascrizione, ai sensi dell'art. 67 della legge n. 218/1995.

Contro la sentenza della Corte d'Appello veneta, ha proposto ricorso per Cassazione l'Avvocatura dello Stato, nell'interesse del Ministero dell'Interno e del Sindaco di Verona, evidenziando, tra i vari motivi di impugnazione, il contrasto del provvedimento oggetto del ricorso con i principi fondanti dell'ordine pubblico, tra cui la nozione di filiazione, intesa nell'ordinamento giuridico italiano come discendenza da persone di sesso diverso, disciplinata anche dalle norme in materia di fecondazione assistita, anche eterologa, nonché con il divieto di maternità surrogata, tecnica di procreazione vietata penalmente dalla legge nazionale.

Con l'ordinanza interlocutoria del 29 aprile 2020, la Prima Sezione civile della Corte di Cassazione, preso atto del principio di diritto affermato in precedenza dalle Sezioni Unite, con sentenza 8 maggio 2019, n. 12193, ha manifestato l'esigenza di rivedere tale impostazione, invocando l'intervento della Corte Costituzionale. In base al principio precedentemente affermato dal Supremo Consesso, era da escludersi, per contrasto all'ordine pubblico, la possibilità di riconoscere lo *status* di filiazione tra il nato da maternità surrogata e il genitore d'intenzione – e non biologico –, salva la possibilità di ricorrere all'adozione *ex art.* 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983. Tale istituto, definito adozione in casi particolari, è stato introdotto al fine di tutelare il diritto del minore alla famiglia in presenza di determinate situazioni, tassativamente indicate dal legislatore, nelle quali, pur non rinvenendosi un completo abbandono morale e materiale del minore – condizione che porterebbe a una pronuncia di adozione legittimante – si ritiene opportuno e auspicabile, nel preminente interesse del minore, procedere all'adozione.

Con l'ordinanza interlocutoria citata, i giudici di legittimità hanno dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6; del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18; della L. n. 218 del 1995, art. 64, comma 1, lett. g), «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 del c.d. genitore d'intenzione non biologico nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”)»¹.

Nelle parole dei giudici rimettenti, il parere consultivo 10 aprile 2019 della *Grand Chamber* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di maternità surrogata, affermando l'indiscussa prevalenza del diritto del minore ad avere entrambi i genitori sul divieto di maternità surrogata, avrebbe imposto «scelte ermeneutiche differenti»² rispetto a quelle recentemente proposte dalle Sezioni Unite nella citata decisione del 2019.

Con sentenza 9 marzo 2021, n. 33, la Corte Costituzionale, pur riconoscendo che corrisponde all'interesse del bambino, «accudito sin dalla nascita da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo»³, «ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia»⁴, ha dichiarato la questione inammissibile. Le ragioni di tale pronuncia vanno individuate anzitutto nel rispetto della discrezionalità del legislatore, chiamato per primo a pronunciarsi in materia, ma si rintracciano altresì nella delicatezza e nella complessità di una materia fortemente divisiva, nell'ambito della quale emergono molte perplessità, soprattutto nei

¹ Cass., 29 aprile 2020, n. 8325.

² *Ibidem*.

³ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33.

⁴ *Ibidem*

confronti della tecnica della gestazione per altri, espressamente stigmatizzata dal giudice costituzionale.

A parere della Consulta, al fine di evitare una *capitis deminutio* del tutto ingiustificata dei diritti del minore, occorre assicurare la tutela degli interessi del bambino al riconoscimento del suo rapporto giuridico anche con il genitore non biologico «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»⁵. In proposito, secondo la Corte, l'adozione in casi particolari, quale strumento alternativo al riconoscimento giuridico dello *status* di filiazione instauratosi *de facto*, costituisce «una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma non ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali»⁶. La Consulta evidenzia come tale istituto, infatti, non attribuisca la genitorialità all'adottante e richieda, per il suo perfezionamento, il necessario consenso del genitore biologico, che potrebbe non essere prestato in casi di sopravvenuta crisi della coppia. Inoltre, è questione controversa se l'adozione *ex art. 44 L. 184/193* consenta o meno di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e la famiglia dell'adottante. Secondo la Corte, dunque, per garantire al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali, l'adozione in casi particolari «dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983»⁷.

In questo complesso scenario si colloca l'ordinanza n. 1842 del 21 gennaio 2022, con la quale la Prima Sezione della Corte di Cassazione ha invocato un ripensamento di quanto statuito dalle Sezioni Unite con pronuncia n. 12193/2019, segnalando l'esigenza di individuare una linea interpretativa che risponda all'urgente esigenza di tutela del minore in attesa di un compiuto intervento da parte del legislatore.

2. Natura giuridica ed effetti dell'accordo di maternità surrogata nell'ordinamento italiano

Il caso in esame si colloca all'interno del delicato tema della c.d. maternità surrogata, pratica espressamente vietata all'interno dell'ordinamento italiano *ex lege* 19 febbraio 2004, n. 40.

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

Alla base della surrogazione di maternità⁸ vi è, di norma, un accordo in virtù del quale una donna si obbliga, a titolo oneroso ovvero gratuito, a mettere a disposizione il proprio utero al fine di condurre una gravidanza per conto di una coppia committente – o di un'altra donna – che, a sua volta, si impegna ad assumere la responsabilità genitoriale del nato. A seconda che il materiale genetico utilizzato provenga esclusivamente dai committenti oppure sia totalmente o parzialmente estraneo a questi, si distingue la surrogazione c.d. omologa da quella c.d. eterologa.

Appare chiaro, dunque, da quanto sopra descritto che «la maternità surrogata si pone all'interno del fenomeno della procreazione artificiale pur non costituendo di per sé alcuna tecnica procreativa; l'utilizzo di tali tecniche è “mezzo” per realizzare le diverse ipotesi di surrogazione»⁹.

L'accordo di surrogazione di maternità può essere stipulato gratuitamente ovvero dietro dazione di un corrispettivo: se con riguardo alla prima ipotesi si possono rinvenire motivazioni altruistiche, nell'ambito di un rapporto di solidarietà tra famiglie, nel secondo caso emerge, di fatto, una mercificazione del corpo femminile e delle funzioni biologiche connesse alla gestazione e al parto, che porta con sé il rischio di diffusione di più gravi fenomeni di sfruttamento ai danni di donne in condizioni di particolare vulnerabilità¹⁰.

Circa la natura giuridica dell'accordo di maternità surrogata, occorre evidenziare come, a seconda della pattuizione o meno di un corrispettivo, si tenda ad attribuire all'atto qualificazione diversa, segnatamente di *contratto* o di *negozio giuridico non patrimoniale*.

In particolare, si ritiene che nel caso di gratuità della prestazione non sia possibile ritenere sussistente il requisito della patrimonialità *ex art.* 1321 c.c. – anche in considerazione dello spirito di liberalità per il quale il consenso è stato prestato – e che, dunque, ciò impedisca di qualificare tecnicamente come un contratto l'accordo di maternità surrogata¹¹.

⁸ Per approfondimenti in materia di maternità surrogata, si veda *ex multis*, I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1489 ss.; A. LORENZETTI, *Maternità surrogata* (voce), in R. SACCO (diretto da), *Digesto delle Discipline privatistiche – Sezione Civile*, Aggiornamento, 2011, p. 617 ss.

⁹ Così F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 75.

¹⁰ In questo senso B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Riv. BioDiritto*, 2, 2014, p. 162 il quale auspica, in relazione a tali più gravi fenomeni, un pronto intervento da parte dell'ordinamento attraverso l'introduzione di opportuni sistemi di prevenzione e contrasto, anche nell'ambito di una disciplina della realtà del c.d. “turismo procreativo”, *i.e.* la condotta di chi si rivolga a Stati esteri, dotati di una legislazione permissiva in tema di maternità surrogata, al fine di intraprendere un percorso di procreazione assistita che, invece, è vietato nel proprio Paese.

¹¹ È di questo avviso M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 4, 2000, p. 483 ss. Opinione conforme si rinviene anche in Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *For. it.*, 2000, p. 971, dove si legge che, in relazione a un accordo gratuito di maternità surrogata, è preferibile parlare di *negozio* laddove «difetta il requisito della corrispettività essendo escluso qualsiasi pagamento ed essendo stato concesso il consenso per spirito di liberalità».

Altra dottrina¹², tuttavia, critica la predetta impostazione in quanto trascurerebbe che il *discrimen* tra negozi patrimoniali e negozi non patrimoniali va rintracciato sotto il profilo causale, guardando alla natura dell'interesse soddisfatto e non tanto alla previsione o meno di un corrispettivo – se così fosse, peraltro, si arriverebbe paradossalmente a negare la qualificazione di contratto a quegli atti di disposizione patrimoniale posti in essere per spirito di liberalità, come la donazione.

In quest'ottica, dunque, dovrebbe più correttamente parlarsi di negozi *patrimoniali* aventi ad oggetto, appunto, interessi patrimoniali e negozi *familiari*, volti a soddisfare interessi di natura personale o, comunque, non patrimoniale.

Sulla base di tale distinzione, allora, l'accordo di maternità surrogata ben potrebbe collocarsi all'interno della seconda categoria, presentandosi come *negozio familiare atipico*: a prescindere dall'onerosità o meno della prestazione, infatti, con tale accordo le parti intendono concretizzare un progetto di vita familiare alla presenza di uno o più figli¹³.

Le riflessioni prettamente teoriche sulla qualificazione giuridica dell'accordo di maternità per surrogazione, tuttavia, non debbono distogliere l'attenzione sulle altre e più urgenti problematiche che ruotano attorno a tale fattispecie.

Ancorché espressamente vietati in Italia, gli accordi di maternità surrogata sono regolamentati e del tutto leciti in altri Paesi e ciò porta molti cittadini italiani a realizzare all'estero le proprie aspirazioni genitoriali, nel rispetto della *lex loci*, per poi chiedere in Italia il riconoscimento del legame filiale con il nato tramite maternità per surrogazione. Gli effetti di tale c.d. "turismo procreativo" sono il vero nodo cruciale della surroga di maternità, in quanto all'esito della gestazione, pur vietata in Italia, viene al mondo un nuovo soggetto che necessita di adeguate risposte da parte dell'ordinamento, a partire proprio dal riconoscimento dello *status filiationis* con i genitori committenti – vale a dire, oltre al genitore biologico, anche quello d'intenzione – attesa la netta dissociazione tra maternità genetica e maternità, per così dire, "sociale".

3. Le Sezioni Unite del 2019 sulla (non) riconoscibilità dello stato di figlio nato all'estero da madre surrogata

A fronte del vuoto normativo sul tema, è la giurisprudenza che nel corso di questi ultimi anni ha cercato di fornire risposta ai sempre più frequenti interrogativi circa la legittimità o meno del riconoscimento del genitore diverso da quello biologico in relazione al nato all'estero da madre surrogata.

¹² B. SALONE, *op. cit.*

¹³ B. SALONE, *op. cit.*

Lo specifico problema, posto già all'attenzione delle Sezioni Unite nel 2019¹⁴, riguarda l'ammissibilità della dichiarazione di efficacia, all'interno nell'ordinamento giuridico italiano, del provvedimento straniero che attribuisca la genitorialità a chi non sia biologicamente legato al nato¹⁵.

Con la pronuncia n. 12193, i giudici del Supremo Consesso, pronunciandosi in senso negativo, hanno fondato il proprio *decisum* sulla nozione di ordine pubblico internazionale¹⁶, offrendone una diversa e più ampia interpretazione rispetto a precedenti pronunce di legittimità¹⁷.

In materia di ordine pubblico occorre evidenziare che, laddove il concetto venga inteso in senso normativo, come insieme razionale e omogeneo «di valori e di principi che informano e fondano un ordinamento positivo determinato»¹⁸, tale concetto può declinarsi in ordine pubblico *interno* e ordine pubblico *internazionale*. Mentre il primo, nell'ambito di operatività del diritto privato, tende ad arginare l'autonomia dei privati all'interno di un determinato ordinamento giuridico, il secondo rappresenta una sorta di concetto valvola e può essere metaforicamente inteso come una recinzione volta, a seconda dei casi, a limitare o consentire l'ingresso nell'ordinamento giuridico nazionale di norme, sentenze e provvedimenti stranieri. Di conseguenza, si nota come al variare dei contesti in cui l'ordine pubblico, in senso normativo, può essere fatto valere, i suoi contenuti rimangano immutati e possano individuarsi, in ogni caso, in un sistema unitario di principi che, in un dato momento storico, costituiscono il fulcro della struttura etico, sociale ed economica di una specifica collettività¹⁹.

¹⁴ Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193.

¹⁵ Il caso di specie originava dalla domanda di riconoscimento di una pronuncia della *Superior Court of Justice* dell'Ontario che aveva ordinato l'integrazione dell'atto di nascita con l'indicazione, come secondo genitore, del coniuge dell'altro genitore (coppia c.d. *same sex*) non legato biologicamente al nato.

¹⁶ Sulla nozione e sulla portata del concetto di ordine pubblico internazionale si veda C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 119 ss, secondo la quale «se l'ordinamento giuridico è il complesso degli elementi normativi che caratterizzano una determinata collettività, in un determinato ambito territoriale, in un determinato momento storico, l'ordine pubblico internazionale è il recinto deputato a evitarne la contaminazione con elementi di ordinamenti giuridici altri, qualora ciò possa inquinare i profili qualificanti». Sul tema anche F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, Cedam, 2007.

¹⁷ Il riferimento è a Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, che aveva identificato la nozione di ordine pubblico con il «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria». Sul punto si veda, inoltre, F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità. Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Riv. AIC*, 2, 2020.

¹⁸ F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., p. 27 ss.

¹⁹ C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., p. 120-121.

Si legge nella decisione dei giudici di legittimità come la concezione di ordine pubblico non possa ridursi *sic et simpliciter* a quei diritti e principi fondamentali contenuti nella Costituzione, nei Trattati fondativi, nella Carta dei Diritti Fondamentali e nella CEDU, ma debba contemplare, altresì, il modo in cui i predetti valori «si sono concretamente incarnati nella disciplina dei singoli istituti», nonché «l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»²⁰.

Nell'ottica di tale impostazione, viene riconosciuta al limite dell'ordine pubblico internazionale la funzione di garantire la coerenza interna dell'ordinamento, così da impedire l'ingresso nel sistema di norme, pronunce e atti stranieri in contrasto con i principi fondamentali alla base del nostro ordinamento.

La rilevanza attribuita dalle Sezioni Unite, non solo ai principi fondamentali della Costituzione e delle fonti sovranazionali, ma anche alla normativa ordinaria che esprime detti valori ha portato la Corte a individuare nel divieto di maternità per surrogazione *ex art. 12, c. 6, l. n. 40/2004* il limite di ordine pubblico al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione. Secondo la Corte il divieto *ex lege n. 40/2004* integra un principio di ordine pubblico in quanto posto a presidio di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, rispetto ai quali la maternità per surrogazione si pone apertamente in conflitto. Non arrestandosi ad affermare la contrarietà della fattispecie della maternità per surrogazione all'ordine pubblico, i giudici di legittimità hanno evidenziato la necessità di predisporre una tutela nei confronti del frutto di tale pratica, vale a dire il nato, privo di responsabilità per violazione del divieto, il cui interesse alla conservazione dello *status* sembra destinato ad affievolirsi di fronte al bilanciamento dei valori operato dal legislatore con la l. 40/2004. Per fronteggiare le esigenze di tutela del bambino, le Sezioni Unite hanno proposto di conferire rilievo al rapporto genitoriale attraverso il ricorso all'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, c. 1, lett. d), l. n. 184/1983, istituto con il quale verrebbe così preservata la continuità della relazione affettiva ed educativa eventualmente instauratasi tra il minore e tale soggetto²¹.

²⁰ Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, *cit.*

²¹ Sul punto A. MORACE PINELLI, *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni unite*, in *Giustizia Insieme*, 2022.

4. Il nuovo invito rivolto alle Sezioni Unite alla luce del denunciato «vuoto normativo» risultante dalla pronuncia costituzionale n. 33/2021

Con la pronuncia n. 33/2021, la Corte Costituzionale, pur condividendo la valutazione delle Sezioni Unite del 2019 in tema di contrarietà all'ordine pubblico della maternità per surrogazione, ha ritenuto il rimedio della adozione c.d. in casi particolari insufficiente a tutelare il nato, adottando una prospettiva primariamente rivolta all'interesse al sano e armonico sviluppo del minore e richiamandosi ai parametri di certezza, celerità ed effettività individuati dalla Corte EDU nel parere consultivo del 2019.

Nelle parole della Consulta, oggetto di discussione non sarebbe «un preteso “diritto alla genitorialità” in capo a coloro che si prendono cura del bambino», quanto piuttosto «l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano *ad libitum* sottrarsi»²².

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, i giudici costituzionali hanno sollecitato il legislatore a intervenire sul tema attraverso l'introduzione di previsioni specifiche, idonee a soddisfare il superiore interesse del minore²³, nato all'estero da maternità surrogata, a instaurare un legame di filiazione anche con il genitore d'intenzione.

È in questo quadro che si colloca l'ordinanza interlocutoria del 2022 – la seconda all'interno del medesimo procedimento – con la quale la I Sezione della Corte di Cassazione, preso atto del vuoto normativo denunciato dalla Corte Costituzionale, invoca un nuovo intervento delle Sezioni Unite, al fine di chiarire la possibilità di colmare in via interpretativa tale lacuna attraverso il ripensamento del contrasto della maternità surrogata con l'ordine pubblico.

Attesa l'inidoneità del diritto vivente, così come tratteggiato nella pronuncia a Sezioni Unite del 2019, a impedire la lesione di diritti fondamentali del minore e la contemporanea inadeguatezza, così come emerso dalla pronuncia n. 33/2021 della Corte Costituzionale, della soluzione offerta dall'istituto dell'adozione in casi particolari, la Corte di Cassazione ritiene sussistenti i presupposti per investire nuovamente della questione il Supremo Con-

²² Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33.

²³ Per approfondimenti in materia di *best interest of the child* si vedano, *inter alia*, F. ANGELO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giustizia Civile*, 2020, p. 647 ss.; I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di “abuso” e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 55 ss.; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2016.

sesto, al fine di stabilire *se e come* sia possibile superare in via interpretativa la situazione di stasi creatasi *de facto*.

A parere della Sezione rimettente, «che si sia di fronte a una situazione di vuoto normativo è convinzione che deriva dal venir meno dei due assunti su cui si basava il precedente delle Sezioni Unite» vale a dire, in primo luogo, «il bilanciamento a priori in via generale e astratta, compiuto implicitamente dal legislatore e basato sull'attribuzione al divieto penale della surrogazione di maternità di un valore prevalente rispetto al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore intenzionale»; in seconda battuta, la possibilità per il genitore intenzionale di ricorrere all'adozione in casi particolari come «via, alternativa alla delibazione della sentenza straniera o alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero»²⁴.

5. (Segue). Interpretazione avanzata dalla Sezione rimettente

La soluzione ermeneutica avanzata della Sezione rimettente, nelle more di un intervento innovativo da parte del legislatore, si muove nell'ottica del bilanciamento suggerita dalla Corte costituzionale e dalla Corte EDU, ed è quella di ammettere il riconoscimento del rapporto di filiazione costituito all'estero, a seguito di un accordo di maternità surrogata, nei confronti del genitore d'intenzione all'interno di una coppia *same sex*, previa valutazione specifica da parte del giudice, nel caso concreto, dell'interesse del minore, della tutela della dignità della donna che ha condotto la gestazione e della non elusione delle norme sull'adozione.

La Prima Sezione, dunque, prendendo le distanze da quell'idea di imposizione al singolo dei valori della persona, anche oltre quanto da questo voluto in maniera assolutamente libera, consapevole e non condizionata, ritiene che si dovrebbe escludere il contrasto con l'ordine pubblico, con conseguente ammissione di delibazione, laddove la pratica della maternità surrogata sia considerata lecita nell'ordinamento di origine, in quanto frutto di una scelta libera e consapevole, revocabile sino alla nascita del bambino e indipendente da contropartite economiche.

L'attenta disamina di queste condizioni, a parere della Corte, non avrebbe l'effetto indiretto di legittimare una pratica vietata, ma consentirebbe semplicemente di recepire l'atto di assunzione della responsabilità genitoriale, irrevocabile a partire dall'inizio del processo procreativo. In particolare, dovrebbero essere debitamente considerati l'«adesione libera e consapevole e non determinata da esigenze di ordine economico della donna alla gestazione, [la] revocabilità del consenso alla rinuncia all'instaurazione del rapporto di filiazio-

²⁴ Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842.

ne fino alla nascita del bambino, [la] necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due genitori intenzionali [e la] valutazione in concreto degli effetti dell'eventuale diniego del riconoscimento sugli interessi in conflitto». Solo una puntuale verifica circa la presenza di tali elementi consentirebbe di affermare che nel caso concreto vi è stata una corretta valutazione delle istanze di tutela della c.d. madre surrogata, riequilibrando il rapporto tra diritti della donna e diritti del bambino²⁵.

Come osservato da alcuni Autori, l'interpretazione avanzata dalla Sezione rimettente appare «un tentativo per così dire “alto”, di contemperare interessi ritenuti in conflitto tra loro»²⁶, il cui esito consisterebbe nell'individuare un punto di equilibrio, nel quale entrambi gli interessi in conflitto ricevono adeguata tutela.

Il problema, tuttavia, è quello di stabilire se effettivamente un conflitto sussista tra i predetti beni giuridici: è possibile ritenere meglio tutelata la dignità della donna laddove il diritto del bambino ad avere entrambi i genitori giuridicamente riconosciuti venga sacrificato²⁷. In effetti, una volta che il processo di procreazione venga avviato e il bambino sia nato, non si comprende come il rifiuto di riconoscere lo *status filiationis* possa in qualche modo risanare quel *vulnus* e ripristinare la dignità lesa²⁸. Tale bene giuridico, forse, verrebbe davvero tutelato attraverso un intervento del legislatore a monte, che influisse direttamente, per quanto possibile, sulle cause che portano molte coppie a intraprendere un percorso di maternità surrogata²⁹.

6. L'intervento delle Sezioni Unite: sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162

Con la pronuncia a Sezioni Unite 30 dicembre 2022, n. 38162, la Corte di Cassazione conferma il proprio precedente orientamento³⁰, volto a negare cittadinanza all'interno dell'ordinamento nazionale al provvedimento straniero di riconoscimento dello *status filiationis* del nato da maternità surrogata nei confronti del c.d. genitore d'intenzione, respingendo, dunque, l'interpretazione avanzata dalla Sezione rimettente.

Giova evidenziare, in ogni caso, come la decisione della Corte non si limiti semplicemente ad avvallare una delle interpretazioni prospettate, ma sviluppi, altresì, precise valutazioni

²⁵ In questo senso G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione Giustizia*, 2022.

²⁶ G. FERRANDO, *op. cit.*

²⁷ Per uno specifico approfondimento si veda G. FERRANDO, *op. cit.*

²⁸ G. FERRANDO, *op. cit.*

²⁹ Sul tema G. FERRANDO, *op. cit.*, propone quale possibile soluzione, fra l'altro, «una disciplina dell'adozione più aperta nei requisiti (anche persone singole, coppie dello stesso sesso), più celere e snella nelle procedure (anche per l'adozione internazionale), più flessibile negli effetti».

³⁰ Espresso a Sezioni Unite con sentenza 8 maggio 2019, n. 12193.

con riguardo al senso delle scelte in atto nell'ordinamento nazionale in materia di maternità surrogata, evidenziando le ragioni per le quali anche l'istituto *ex art. 44 L. 84/1983* possa utilmente essere impiegato in relazione alla tutela del *best interest of the child*.

Secondo i giudici del Supremo Consesso, il legislatore italiano, nel vietare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità di ogni essere umano nella sua dimensione oggettiva, precludendo, così, qualsiasi possibilità di rinuncia da parte del soggetto interessato: «indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale»³¹.

Nella consapevolezza che l'approdo interpretativo suggerito dall'ordinanza di rimessione è avallato da una significativa parte del pensiero giuridico e culturale italiano, nonché dalla giurisprudenza di legittimità di molti Paesi occidentali, la Corte di Cassazione evidenzia tuttavia come, di fronte a una precisa scelta legislativa a tutela di valori fondamentali, non sia consentito all'interprete «ritagliare dalla fattispecie normativa, per escluderle dal raggio di operatività dell'ordine pubblico internazionale, forme di surrogazione che, sebbene in Italia vietate, non sarebbero in grado di vulnerare, per le modalità della condotta o per gli scopi perseguiti, il nucleo essenziale del bene giuridico protetto»³².

La finalità perseguita dal legislatore nel punire la surrogazione di maternità in via assoluta consiste nel tutelare in via immediata la dignità della gestante su commissione e nel prevenire, al contempo, secondo la logica della c.d. *slippery slope*, potenziali estreme derive di manifestazione del fenomeno.

Di conseguenza, attesa l'assolutezza del divieto di maternità surrogata, che si traduce nel punire tale pratica a prescindere dalle modalità della condotta e dagli scopi perseguiti, qualora la gestazione per altri risulti il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, revocabile fino alla nascita del bambino e indipendente da contropartite economiche, il giudice non potrà ravvisare l'assenza di una lesione della dignità della donna e, con essa, l'insussistenza del contrasto con l'ordine pubblico internazionale.

A parere dei giudici di legittimità, la sentenza n. 33 del 2021 della Corte Costituzionale non ha determinato alcun vuoto normativo, attesa la natura di pronuncia di inammissibilità – e non di illegittimità costituzionale³³ – della stessa, né ha comportato il superamento del diritto vivente, rappresentato dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2019.

³¹ Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162.

³² *Ibidem*.

³³ Nella pronuncia Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, si esclude, altresì, che dal testo della sentenza n. 33 del 2021 della Corte Costituzionale emergano caratteri propri delle sentenze di illegittimità accertata e non dichiarata: «la Corte non ha disposto alcun rinvio ad altra udienza, né ha indicato un termine al legislatore per intervenire; e non ha

Sotto il primo aspetto, invero, la Consulta, pur rilevando alcune criticità legate alla normativa censurata, ha escluso la sussistenza di profili di incostituzionalità, rivolgendo al Parlamento un auspicio di revisione legislativa, privo di ogni carattere di vincolatività, teso all'individuazione di una soluzione migliore rispetto a quelle oggi esistenti per la tutela dell'interesse del bambino.

Con riguardo alla soluzione proposta dalle Sezioni Unite del 2019, inoltre, la Corte Costituzionale, pur evidenziando l'insufficienza di una tutela del nato nelle forme dell'adozione in casi particolari, ha comunque negato la possibilità di un accertamento *ab initio* di una genitorialità assolutamente intenzionale in tutti o in taluni casi di nascita da una madre surrogata.

Preso atto dell'inerzia del legislatore nell'adeguare l'istituto *ex art.* 44, L. 184/1983 ai principi costituzionali e sovranazionali, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione evidenziano, tuttavia, come il nuovo intervento del Giudice delle leggi³⁴ nel 2022 abbia effettivamente comportato il venire meno di una delle criticità sottolineate, dalla stessa Consulta, nella precedente pronuncia n. 33. A seguito di tale pronunciamento, infatti, gli effetti dell'adozione in casi particolari in di punto relazioni di parentela con i familiari dell'adottante sono stati equiparati a quelli dell'adozione, per così dire, ordinaria, con eliminazione, dunque, di quegli impedimenti che prima ostavano alla costituzione di tali rapporti civili.

In considerazione del portato della sentenza della Corte Costituzionale, a parere dei giudici di legittimità, l'adozione in casi particolari, così come attualmente disciplinata, appare strumento «potenzialmente adeguato al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali, restando la valutazione in ogni caso sottoposta al vaglio del giudice nella concretezza della singola vicenda e ferma la possibilità per il legislatore di intervenire in ogni momento per dettare una disciplina ancora più aderente alle peculiarità della situazione»³⁵.

Muovendo da tali premesse, la Corte di Cassazione ribadisce, dunque, l'impossibilità di trascrizione del provvedimento giudiziario straniero e, *a fortiori*, dell'originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il committente privo di legame biologico con il nato, sulla base di un triplice ordine di ragioni.

Innanzitutto in quanto l'automatico riconoscimento, mediante trascrizione o delibazione del provvedimento straniero di accertamento della genitorialità, dello *status filiationis* del nato da maternità surrogata anche nei confronti del c.d. genitore d'intenzione non è

affermato l'incostituzionalità, esprimendo invece l'invito al legislatore ad "adeguare" la specifica normativa vigente in materia di adozione in casi particolari (...) al fine di assicurare una migliore garanzia dell'interesse del minore».

³⁴ Il riferimento è a Corte Cost., sent. 28 marzo 2022, n. 79. Per un'approfondita analisi della pronuncia si veda, in particolare, E. CRIVELLI, *La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parentela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022*, in *Riv. AIC*, 5, 2022.

³⁵ Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162.

diretto alla realizzazione del c.d. *best interest of the child* e comporterebbe, in realtà, la legittimazione indiretta di «una pratica degradante»³⁶.

In secondo luogo, perché non può ritenersi che il desiderio di genitorialità realizzatosi attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita possa legittimare «un presunto diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*»³⁷.

Infine, poiché il riconoscimento della genitorialità non può tradursi in un automatismo, nelle forme di una delibazione o della trascrizione di un provvedimento straniero, necessitando, al contrario, di una valutazione specifica e concreta, che tenga in considerazione anche la sussistenza di una relazione affettiva instauratasi *de facto*.

Esclusa, dunque, l'automatica trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, a fronte della perdurante necessità di fornire tutela al superiore interesse del minore, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione evidenziano come l'istituto a cui far riferimento sia, in tal caso, quello dell'adozione *ex art. 44, L. 184/1983*. Tale strumento, in effetti, soprattutto in seguito alla pronuncia n. 78 del 2022 del giudice delle leggi, si rivela adeguato in quanto, nelle parole della Suprema Corte, «non dà rilevanza al solo consenso e non asseconda attraverso automatismi il mero desiderio di genitorialità; dimostra, piuttosto, una precisa vocazione a tutelare l'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto anche con colui che, insieme al padre biologico, ha condiviso e attuato il progetto del suo concepimento e, assumendosi la responsabilità della cura e dell'educazione, ha altresì concorso in fatto a instaurare quella organizzazione di vita comune diretta alla crescita e allo sviluppo della personalità che è la famiglia»³⁸.

I giudici di legittimità rimangono fermi, dunque, nel ritenere che l'interesse del minore, nato a seguito di surrogazione di maternità, di ottenere il riconoscimento giuridico del proprio rapporto con il genitore di intenzione trova tutela, nell'ordinamento italiano, attraverso una verifica in concreto da effettuarsi da parte del giudice nell'ambito dell'istituto dell'adozione in casi particolari.

7. Sull'adeguatezza della proposta ermeneutica avanzata dalle Sezioni Unite

Non v'è dubbio come la questione relativa al riconoscimento dello *status filiationis* del nato tramite maternità surrogata si mostri particolarmente delicata, trovandosi al crocevia di inevitabili interferenze. Da un lato, l'introduzione di un'eventuale disciplina che regolarizzi

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibidem.*

gli effetti civili di un comportamento penalmente sanzionato dall'ordinamento – quale è il ricorso a pratiche di maternità per surrogazione – metterebbe a serio rischio la sistematicità dell'ordinamento, dando luogo a un'evidente antinomia. Dall'altro lato, è innegabile come in tali situazioni emerga, in parallelo, l'impellente esigenza di tutelare il miglior interesse del minore, il quale, per il fatto di essere venuto al mondo, diviene titolare di diritti propri, autonomi e indipendenti rispetto ai genitori.

Si tratta di riflettere, dunque, sull'adeguatezza della soluzione proposta in via pretoria, attraverso il richiamo all'istituto dell'adozione in casi particolari, avversata da quanti, al contrario, invocano un urgente intervento legislativo sul tema.

Se è vero che l'interesse del minore può e deve essere considerato in tutti quei casi concreti di bambini nati attraverso la pratica della gestazione per altri, nel momento in cui si ritenga necessaria una compiuta regolamentazione in materia, si dimentica, forse, che tale normativa riguarderebbe anche bambini non ancora concepiti né nati, il cui interesse non sarebbe altro che «una proiezione (solitaria) di un alquanto problematico “diritto alla genitorialità” dei committenti»³⁹.

Peraltro, a ben vedere, in tema di maternità surrogata il legislatore è già intervenuto, anche piuttosto chiaramente, dettando un divieto assoluto della pratica in questione, in quanto «carica di disvalore per la frattura della genitorialità che reca in sé, con potenziali ricadute pregiudizievoli sia sui minori che sulle donne coinvolte»⁴⁰.

Si può, dunque, ritenere adeguata la proposta delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di ricorrere all'istituto dell'adozione *ex art. 44 L. 184/1983*, in quanto tesa non tanto a subordinare il diritto del figlio allo *status* e alla relazione con il genitore c.d. d'intenzione all'esigenza dell'ordinamento di sanzionare e prevenire condotte antiggiuridiche dei genitori, quanto piuttosto a dare voce e soddisfare proprio il c.d. *best interest of the child*. L'interesse all'identità filiale del minore verrà, infatti, perseguito attraverso una verifica in concreto, operata dal giudice, che riguardi sia il rapporto instauratosi tra il nato e il genitore istante, sia l'idoneità e le capacità genitoriali di quest'ultimo.

Queste considerazioni devono essere, peraltro, collocate nel nuovo contesto in cui si muove l'istituto *ex art. 44 L. 184/1983*, così come mutuato all'esito della pronuncia 28 marzo 2022, n. 79 della Corte Costituzionale. Attesa l'unitarietà dello *status* di figlio, viene meno quel precedente divieto di relazioni familiari tra l'adottato *ex art. 44 L. 184/193* e i parenti dell'adottante, con la conseguente estensione e operatività, nei confronti dell'adottato, di quelle tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali.

L'adozione in casi particolari, pertanto, evitando di assecondare, per il tramite di meri automatismi, il desiderio di genitorialità, appare lo strumento migliore per rispondere a

³⁹ In questi termini E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2, 2018.

⁴⁰ C. TRIPODINA, *op. cit.*, p. 132.

quella precisa e concreta necessità di tutelare l'interesse del bambino al riconoscimento dello *status filiationis* anche nei confronti di quel soggetto che abbia condiviso e portato a termine il progetto di concepimento, contribuendo a predisporre quell'organizzazione di vita comune diretta alla crescita e allo sviluppo della personalità che è la famiglia.