

Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*

[Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, 8 novembre – 30 dicembre 2022, n. 38162, pres. Curzio, rel. Giusti]

Andrea Renda**

SOMMARIO: 1. I precedenti, la questione e il *decisum*. – 2. I perché della proibizione della surrogazione di maternità. – 3. La tutela del nato fra trascrizione dell'atto di nascita straniero (o richiesta di efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero) e adozione in casi particolari.

ABSTRACT:

Con la sentenza n. 38162/2022 la Cassazione a Sezioni Unite si è pronunciata sullo strumento giuridico attraverso il quale è possibile tutelare il nato da maternità surrogata effettuata all'estero, dopo aver approfondito le ragioni del divieto di surrogazione sancito dall'ordinamento italiano (oltre che dalla maggior parte degli ordinamenti europei), che essa individua nella tutela della dignità della donna. In effetti, la maternità surrogata tratta la madre come semplice «portatrice gestazionale» e quindi la degrada a mero mezzo per la soddisfazione degli scopi procreativi altrui. Pertanto, il divieto ha fondamento costituzionale ed esprime un principio di ordine pubblico internazionale. Di conseguenza, l'atto di nascita straniero o la sentenza straniera non possono essere riconosciuti in Italia per la parte in cui attribuiscono la genitorialità al soggetto che non ha un legame biologico con il figlio. Secondo la Suprema Corte, il modo più appropriato per tutelare il minore è fare ricorso all'adozione in casi particolari. Il saggio, dopo aver condiviso l'idea secondo la quale la maternità surrogata in tutte le sue forme lede la dignità della donna e aver sottolineato che essa

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professore ordinario di Diritto privato nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, andrea.renda@unicatt.it.

lede contemporaneamente la salute della donna e la dignità del nascituro e del neonato (poiché tratta il figlio come prodotto del lavoro del corpo della donna e come oggetto di consegna), si sofferma sull'alternativa tra trascrizione integrale dell'atto di nascita e adozione in casi particolari e discute quale delle due sia quella meno contrastante con i principi generali del sistema. Anche se l'applicazione dell'adozione in casi particolari al convivente (eterosessuale o omosessuale) del genitore biologico richiederebbe un esplicito intervento legislativo, questa opzione appare meno dirimpente dell'altra, che vanifica l'adozione piena ed è contraddittoria rispetto alla scelta dell'ordinamento di consentire la contestazione della maternità in caso di supposizione di parto.

In the judgement no. 38162/2022 the Supreme Court of Cassation, in its maximum composition (“Sezioni Unite”), ruled the matter of the legal instrument through which it is possible to protect the child born from surrogacy carried out abroad, after having deepened the reasons for the prohibition of surrogacy established by the Italian legal system (as well as by most European legal systems), identified in the protection of the dignity of the woman. Indeed, surrogacy treats the mother as a simple «gestational carrier» and thus degrades her to a mere means for the satisfaction of other people’s procreative purposes. Therefore, the prohibition has a constitutional foundation and expresses a principle of international public order. Consequently, the foreign birth certificate or the foreign judgement cannot be recognized in Italy limited to the part in which they attribute parenthood to the subject who has not a biological link with the child. According to the Supreme Court, the most appropriate way to protect the child is to apply simple adoption (“adozione in casi particolari”). The essay, after having agreed with the idea according to which surrogacy in all its forms harms the dignity of the woman and having stressed that it harms at the same time the woman’s health and the dignity of the unborn and newborn child (since surrogacy treats the child as a product of the work of the woman’s body and as an object of delivery), focuses on the alternative between full transcription of the birth certificate and simple adoption and discusses which of the two is the one less conflicting with the general principles of the system. Even though the application of simple adoption to the (heterosexual or homosexual) cohabitant of the biological parent would require an explicit legislative provision, this way seems less disruptive than the other one, which frustrates full adoption and is contradictory to the choice of the legal system to allow the contestation of maternity in case of supposition of childbirth.

1. I precedenti, la questione e il *decisum*

È noto che già nel 2019 le Sezioni Unite avevano affrontato la questione se sia riconoscibile automaticamente in Italia il provvedimento giurisdizionale straniero dichiarativo della genitorialità del partner del genitore biologico del bambino nato da surrogazione di maternità compiuta all'estero secondo la *lex loci*¹, pronunciandosi in senso negativo². Partendo

¹ Il caso riguardava una coppia omosessuale composta da due uomini di cittadinanza italiana, coniugati secondo la legge dell'Ontario (Canada), che aveva fatto accesso secondo la legge di quel paese a tecniche di procreazione assistita eterologa con surrogazione di maternità: una donna aveva donato ovociti e un'altra donna aveva portato a compimento la gravidanza; uno dei due uomini aveva dato il proprio contributo genetico. Con un primo provvedimento canadese, trascritto in Italia, si era accertato che genitore è l'uomo che ha dato il seme. Un secondo provvedimento canadese aveva accertato la genitorialità anche del partner del genitore biologico. Di questo secondo provvedimento si è chiesto il riconoscimento in Italia.

² Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193 (in *Familia*, 2019, p. 345, con nota di M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite: ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*; in *Fam. e dir.*, 2019, p. 653, con note di M. Do-

dal presupposto teorico che la nozione di ordine pubblico internazionale comprende non solo i principi fondamentali della Costituzione e delle fonti internazionali, ma pure «il modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti», le Sezioni Unite avevano condiviso il giudizio, espresso dalle sezioni semplici in altra occasione, che la norma che vieta la surrogazione di maternità sia di ordine pubblico, perché posta a tutela sia della dignità umana della gestante che dell'adozione³. Del pari, avevano ribadito la valutazione, compiuta dalla Corte Costituzionale, secondo cui con tale divieto il legislatore ha sottratto al giudice ogni possibilità di bilanciamento tra interesse del minore e principio di verità, dando prevalenza in ogni caso a quest'ultimo, che riveste natura pubblica perché volto ad impedire una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna⁴. In sostanza, il «bilanciamento [è] effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione». Pertanto, le Sezioni Unite avevano affermato il principio per cui il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, per la parte in cui dichiara la genitorialità del partner del genitore biologico, trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali. Restava ferma la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, qual è in specie l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44 co. 1° lett. d) L. n. 184/1983. Insomma, altra era la strada per allacciare un rapporto genitoriale tra il partner del genitore biologico e il bambino.

La questione teorica, lungi dall'essere stata chiusa, è anzi approdata alla Corte costituzionale, la quale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 12 co. 6° L. n. 40/2004, dell'art. 18 D.P.R. n. 396/2000 e dell'art. 65 co. 1° lett. g) L. n. 218/1995, nella parte in cui non consentono, per contrasto con l'ordine pubblico italiano, che possa

GIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri* e di G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, p. 737, con nota di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*; in *Giur. it.*, 2020, p. 543, con nota di A. VALONGO, *La c.d. «filiazione omogenitoriale» al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione*. Cfr. anche V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione*, in *GenIUS*, 2019-2, p. 1 ss. e G. LUCCIOLI, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *GenIUS*, 2020-1, p. 1 ss.).

³ Il riferimento va a Cass., 11 novembre 2014, n. 24001 (in *Corr. giur.*, 2015, p. 471, con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*; in *Foro it.*, 2014, I, c. 3414, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 1235, con nota di C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*), che ha ravvisato la *ratio* del divieto di surrogazione nella tutela della dignità costituzionalmente tutelata della gestante e nella salvaguardia dell'istituto dell'adozione («al quale soltanto l'ordinamento affida - attraverso una disciplina governata da regole poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori - la realizzazione di progetti di genitorialità privi di legami biologici con il nato»).

⁴ Cfr. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272 (in *Corr. giur.*, 2018, p. 446, con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 547, con note di A. GORGONI, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis* e di U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*; in *Giur. it.*, 2018, p. 1830, con nota di E. FALLETTI, *Il riconoscimento in Italia dello status di figlio nato da surrogacy straniera*).

essere riconosciuto e dichiarato esecutivo il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento, nell'atto di stato civile di un minore procreato tramite maternità surrogata, del c.d. genitore d'intenzione non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31, 117 co. 1° Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori e dell'art. 24 della Carta di Nizza⁵. La Consulta, giudicando della questione, l'ha dichiarata inammissibile, salvo ravvisare un'insufficiente protezione degli interessi del minore nato da surrogazione di maternità, che richiede un "indifferibile" intervento del legislatore⁶. La Corte, pur volendo dare continuità alla propria giurisprudenza secondo la quale il divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità è posto a tutela della dignità della donna (nel § 5.1 della motivazione in diritto si legge infatti che «gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»), ha affermato che ciò non può andare a scapito del minore, ritenendo indiscutibile che «l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio a quo, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata», perché tale legame è parte integrante della stessa identità del bambino, anche «laddove il nucleo in questione sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento che l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale» (§ 5.4).

La Corte – pur essendo dell'idea che l'interesse del minore «non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco» e che, quindi, esso debba essere bilanciato, alla luce del criterio di proporzionalità, «con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore; scopo di cui si fanno carico le sezioni unite civili della Corte di cassazione, allorché negano la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo *status* di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti» (§ 5.5) – ha quindi concluso che il bilanciamento corretto sia quello che giunga ad assicurare comunque «tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rap-

⁵ Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, ord. rimessione, in *www.dejure.it*.

⁶ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33 (in *Fam. dir.*, 2021, p. 684, con note di M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?* e di G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*; in *Famiglia*, 2021, p. 391, con note di A. MORACE PINELLI, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore*, e di N. CHIRICHALLO, *Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio "non liquet" della Consulta*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 609, con nota di B. CECCHINI, *L'omogenitorialità ancora al vaglio della Corte costituzionale*).

porto con entrambi i componenti della coppia che non solo ne abbiano voluto la nascita in un Paese estero in conformità alla *lex loci*, ma che lo abbiano poi accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale». Tale tutela «dovrà, in questo caso, essere 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», poiché «ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna *chance* di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata» (§ 5.7). Pertanto, reputata legittima – nel solco della giurisprudenza della Corte EDU⁷ – la scelta del legislatore di non consentire in ogni caso la trascrizione di atti di stato civile o di provvedimenti giudiziari stranieri che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo *status* di padre o di madre al «genitore di intenzione» (§ 5.7), ma considerata in pari tempo insufficiente la via dell'adozione in casi particolari *ex art. 44, lett. d L. adoz.*, poiché questa «non attribuisce la genitorialità all'adottante» (*sic*) e rende incerta la sussistenza del rapporto di parentela adottato e parenti dell'adottante, la Corte ha additato al legislatore la strada di un'adozione da congegnare «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)» L. adoz. (§ 5.8). Ciò non senza concludere nel senso che al legislatore stesso «deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco» (§ 5.9).

La pronuncia della Consulta non ha mancato di mostrare limiti argomentativi. Basti richiamare, fuggevolmente, due. Da un punto di vista tecnico, palese è che non sia vero che l'adozione in casi particolari non instauri un rapporto genitoriale tra adottante e adottato, fondato su un vero e proprio *status filiationis*. La peculiarità è, piuttosto, che tale stato è aggiuntivo a (e non privativo di) quello di figlio dei genitori biologici, il quale non viene meno (art. 55 L. adoz. e art. 300 co. 1° c.c.), salvo dire che la responsabilità genitoriale viene ad essere esercitata dall'adottante o dagli adottanti (art. 48 co. 1° L. adoz.), i quali hanno l'obbligo di «mantenere l'adottato, di istruirlo ed educarlo conformemente a quanto prescritto dall'articolo 147 del codice civile» (co. 2°). Dal punto di vista sistematico, poi, la strada che essa pare additare al legislatore – quella di una nuova adozione piena del

⁷ Cfr. in particolare Corte EDU, *Grande Chambre*, parere consultivo 10 aprile 2019, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 764, con nota di A.G. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, nella giurisprudenza di questa Corte vale infatti il principio per cui il riconoscimento del legame di filiazione – imposto dal diritto del minore al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 CEDU – tra il nato all'estero a seguito di surrogazione di maternità e la «madre d'intenzione», designata come madre legale nell'atto di nascita legittimamente formato nel paese straniero in cui la surrogazione è avvenuta, non richiede necessariamente la trascrizione dell'atto di nascita straniero nei registri di stato civile, potendo avvenire tramite (tra l'altro) adozione, purché il diritto interno ne garantisca effettività e celerità, nell'interesse superiore del minore.

minore nato (soltanto all'estero?) da surrogazione da parte della coppia dello stesso sesso – sarebbe foriera di un'incongruenza non meno grave del problema che così si intenderebbe risolvere. A questa stregua, infatti, si determinerebbe una disparità di trattamento rispetto alla medesima coppia, alla quale ad oggi si nega l'adozione piena di un minore abbandonato quand'anche sia unita civilmente, al pari di come, con scelta dichiarata non costituzionalmente illegittima proprio di recente dalla stessa Corte, si nega di accedere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in ragione dell'insussistenza di un diritto costituzionale incondizionato alla genitorialità⁸.

Ad ogni modo la pronuncia, apparendo più come di inammissibilità per inesistenza di una rima obbligata⁹ (§ 5.9) che di incostituzionalità accertata ma non dichiarata¹⁰, non sembrava prestarsi a far ritenere superato il diritto vivente risultante dalle Sezioni Unite del 2019, fermo restando l'invito a rimeditare il problema, rivolto però al legislatore. Non sembrava, in particolare, poter essere richiamata per giustificare il passaggio proprio al riconoscimento automatico, la cui esclusione essa ha espressamente ritenuto compatibile con i valori costituzionali (§ 5.7). Eppure, essa è stata addotta dalla prima sezione della Suprema Corte – la stessa che aveva sollevato l'incidente di costituzionalità – a sostegno della necessità di una nuova rimessione alle Sezioni Unite. Ciò al fine di provocare l'accoglimento del principio del riconoscimento automatico del provvedimento straniero nella sua interezza, sem-

⁸ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221 (in *Corr. giur.*, 2019, p. 1460, con nota di G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement"*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 548 ss., con nota di I. BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la Consulta il divieto è legittimo*; in senso critico verso la pronuncia, M.C. VENUTI, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 664 ss. e U. SALANITRO, *A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 206 ss.), la quale all'interrogativo «se sia configurabile – e in quali limiti – un "diritto a procreare" (o "alla genitorialità", che dir si voglia), comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale» ha risposto che debba escludersi che «la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del "desiderio di genitorialità" alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati» (§ 10). La Corte, restringendo quindi la portata dell'affermazione del diritto all'autodeterminazione della coppia, sul quale Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 (in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1105, con nota di C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1068, con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»*; in *Fam. dir.*, 2014, p. 753, con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Diritto pers. famiglia*, 2014, p. 1005, con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*; in *Foro it.*, 2014, I, c. 2324, con nota di G. CASABURI, «Requiem» (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04) ha fondato la declaratoria di illegittimità costituzionale del divieto di eterologa, ha chiarito che le tecniche di PMA sono legittimamente intese come rimedio alla sterilità o infertilità umana di una coppia che «riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre» (§ 10). Insomma, non v'è né un diritto costituzionalmente garantito della coppia dello stesso sesso alla genitorialità, né un diritto incondizionato della coppia di sesso diverso a generare tramite biotecnologie.

⁹ È la celebra formula di V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 1694.

¹⁰ Con questa tipologia di sentenze «il giudice delle leggi riconosce chiaramente – nella motivazione – l'incostituzionalità della normativa; tuttavia, fa un salto logico e invece – nel dispositivo – non annulla la legge, sia pure «per il momento», in ragione di un bilanciamento fra valori costituzionali» (A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, p. 212).

plicemente temperato da una verifica – rimessa peraltro all'ufficiale di stato civile – che la surrogazione si sia svolta con adesione libera, consapevole e non determinata da necessità economiche da parte della donna, sulla base della revocabilità del consenso alla rinuncia all'instaurazione del rapporto di filiazione sino alla nascita del bambino, e con necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due «genitori intenzionali»¹¹. È in questo contesto che si inserisce la pronuncia che si annota, la quale ha confermato l'orientamento delle Sezioni Unite del 2019, affermando il principio per cui, poiché la maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, al pari dell'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il «genitore d'intenzione», che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della *lex loci*. Nondimeno – anche qui in continuità con il precedente del 2019 – è ribadito che l'adozione in casi particolari (*ex art. 44, co. 1, lett. d), L. adoz.*) rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico, che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita. Tale strumento, infatti, è ritenuto idoneo ad assicurargli gli stessi diritti propri dei bambini nati in condizioni diverse, grazie a una più precisa ricostruzione della sua efficacia giuridica e alla sopravvenuta idoneità dello stesso a procurare l'instaurazione del rapporto di parentela tra adottato e parenti dell'adottante, in virtù di altra pronuncia della Corte costituzionale frattanto intervenuta¹². Ciò «allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento» e salvo interventi legislativi auspicati ma non indispensabili ad assicurare la tutela del diritto del minore al riconoscimento del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. A questo principio la Corte arriva dopo un'ampia e argomentata motivazione, con la quale essa mostra di ritenere integrati e non scindibili i due aspetti che il tema della surrogazione di maternità implica, ossia i perché del vigente divieto e il modo in cui, nonostante il suo aggiramento all'estero, si può costituire in Italia lo *status* di figlio in capo al nato. A dispetto della sempre più diffusa abitudine – che il dibattito pubblico manifesta, non soltanto tra i non giuristi – a considerare il secondo aspetto come irrelato al primo, nel segno del «La surrogazione sarà anche vietata, ma i nati vanno riconosciuti come figli», questa pronuncia ha il pregio metodologico – che le consente di pervenire a una soluzione equilibrata nel

¹¹ Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842, ord. rimessione, in *www.dejure.it*.

¹² Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79 (in *Famiglia*, 2022, p. 349, con nota di M. BIANCA, *La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione*) ha statuito che «l'art. 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui esclude, attraverso il rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ., l'instaurarsi di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante, viola gli artt. 3, 31, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU».

merito – di trattare il profilo della tutela dei figli *a partire dalla premessa* di un'approfondita e non evasiva messa a fuoco di cosa la surrogazione di maternità è e del perché essa è vietata, non già *nonostante questa premessa o indipendentemente da essa*. Ma i pregi di una pronuncia che, per nitore del dettato e sobrietà espositiva si staglia nel panorama attuale della giurisprudenza civile di legittimità, non finiscono qui. Tra gli ulteriori ne vanno annoverati due, anch'essi metodologici: anzitutto, il rispetto per la divisione dei poteri, preannunciato in apertura come petizione di principio¹³ e osservato nel merito della soluzione data¹⁴; in secondo luogo, il rispetto per la dottrina stessa, che si manifesta nella sicura conoscenza dei principali orientamenti in materia e si traduce nel recepimento, non acritico, di argomenti elaborati o valorizzati in sede scientifica.

Come tale, questa pronuncia meriterebbe di essere letta e discussa anche al di fuori della cittadella dei giuristi, in modo da poter contribuire – con la forza degli argomenti che adduce – alla formazione del convincimento dei cittadini su di un tema che interroga e divide. Sorprende, per contro, come il dibattito pubblico sul tema abbia potuto accendersi a seguito della circolare ministeriale che ha richiamato i prefetti a comunicare ai Sindaci, quali ufficiali di stato civile, a non dare corso – proprio a seguito del pronunciamento delle Sezioni Unite – alla trascrizione degli atti e dei provvedimenti stranieri ricognitivi della genitorialità del partner del genitore biologico del nato da surrogazione all'estero¹⁵: tale circolare è stata infatti percepita come il frutto di una scelta politica del Governo, anziché come la doverosa attuazione del principio di diritto appena statuito dall'organo nomofilattico nella sua suprema composizione. Eppure, la sentenza delle Sezioni Unite non solo risolve (peraltro, direttamente nel merito *ex art. 384 c.p.c.*, con il rigetto della domanda di riconoscimento del provvedimento straniero) il caso concreto deferito alla cognizione del giudice, ma anche – essendo stata appena emessa, risultando incontrastata anche in passato e anzi conforme ad altra delle stesse Sezioni Unite – sortisce un effetto altamente persuasivo, che rasenta la vincolatività, nell'interpretare le disposizioni applicabili dagli ufficiali di stato civile nel senso di escludere la trascrivibilità. Cionondimeno, la pronuncia è stata ignorata, sia come fonte del divieto di trascrizione (*rectius*: di intendimento del corretto significato dell'ordine pubblico, ostativo alla trascrizione), che come fonte di

¹³ Cfr. Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 6: «Si tratta di materia di particolare rilevanza etico-sociale: è dunque il legislatore rappresentativo a doversi porre quale interprete della coscienza sociale, ad avere le antenne per intercettarla e tradurla in atti normativi. È il legislatore in prima battuta a dover effettuare il bilanciamento dei valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati nel momento dato nella coscienza sociale». V. anche il § 7: «La valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore. La giurisprudenza non è fonte del diritto. [...] Il rispetto del pluralismo e dell'equilibrio tra i poteri, profilo centrale della democrazia, perché la ricerca dell'effettività deve seguire precise strade compatibili con il principio di leale collaborazione e con il dialogo istituzionale che la Corte costituzionale ha avviato con il legislatore».

¹⁴ Salvo quanto si dirà in appresso circa il problema della forzatura in merito all'art. 44 lett. d) L. adoz., che essa ha il demerito non già di aver introdotto, recependola da un orientamento consolidato, bensì di non aver superato, alla volta di altre soluzioni sistematicamente più sobrie: *infra*, § 3.

¹⁵ Circolare Min. Interno, 3/2023 del 19 gennaio 2023.

orientamento del dibattito culturale sulla surrogazione di maternità, all'insegna di un'italica tendenza a inneggiare alla legalità – e alla magistratura che se ne fa garante – quando la legge converge con i propri *desiderata*, prescindendone quando non li soddisfa. L'opinione pubblica è stata così indotta a credere che si fosse compiuto un *revirement* in via politico-amministrativa, con regressione della tutela dei nati da coppie omosessuali (peraltro, di tutte le coppie omosessuali) rispetto a quella già conquistata. A chi ha cercato di contrastare questa narrazione si è opposto che il sistema, nel prevedere l'adozione in casi particolari come unico strumento di tutela dei nati, presenta una lacuna, con buona pace della distinzione – essenziale a uno Stato di diritto – tra lacuna in senso tecnico, cioè mancanza di una norma applicabile, e lacuna in senso assiologico o ideologico, cioè mancanza della norma postulata come giusta¹⁶.

A fronte di questo inquinamento del dibattito, pare opportuno in via preliminare ristabilire la chiarezza su alcuni profili salienti. Anzitutto, mai nessuna pronuncia della Cassazione a sezioni semplici aveva affermato la trascrivibilità di atti e provvedimenti relativi a nati da surrogazione all'estero, per la parte relativa al committente privo di legame biologico con il nato¹⁷, sicché anteriormente alla pronuncia che si annota valeva il precedente delle Sezioni Unite del 2019 e quindi la trascrizione integrale, se praticata in tali casi, era già *contra legem*. In secondo luogo, le Sezioni Unite n. 30401/2022 non fanno alcuna distinzione a seconda che a ricorrere alla surrogazione sia una coppia di sesso diverso oppure una coppia dello stesso sesso, con la conseguenza che la negata trascrizione integrale non si fonda su di una pretesa contrarietà alla c.d. omogenitorialità, ma su ragioni intrinseche al divieto di surrogazione e, quindi, «taglia» trasversalmente il problema del sesso e del genere del committente privo di legame biologico. Infine, la circolare in questione non vieta la trascrizione degli atti di nascita e dei provvedimenti giurisdizionali stranieri relativi a nati da coppie dello stesso sesso, qualora non si sia fatto ricorso alla surrogazione di maternità, cioè ai nati da coppie di donne che secondo la *lex loci* abbiano avuto accesso alla procreazione assistita eterologa con seme di un terzo. Tali atti restano quindi trascrivibili, perché secondo la stessa Suprema Corte non sono produttivi di effetti contrari all'ordine

¹⁶ Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2010, p. 333 ss. e già N. BOBBIO, *Lacune del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 419 ss.

¹⁷ In questa sede si preferisce il termine «committente» al sintagma «genitore d'intenzione», che presuppone già deciso che il partner del genitore biologico sia genitore proprio in virtù dell'intenzione. In realtà, ciò è esattamente quanto è da dimostrare dal punto di vista giuridico, peraltro adducendo una fattispecie costitutiva legalmente contemplata, giacché in materia di *status* vige una riserva di legge in ordine al modo in cui questi sorgono e si estinguono.

pubblico¹⁸, a conferma che la discriminante non è l'omosessualità dell'aspirante genitore, ma la tecnica tramite la quale si mira a far nascere un bambino per diventarne genitori¹⁹. Ciò posto, nel prosieguo si approfondiranno gli aspetti più importanti della motivazione della pronuncia annotata, in punto di fondamento del divieto e di tecniche di tutela del nato.

2. I perché della proibizione della surrogazione di maternità

Una parte importante della motivazione è dedicata alla ricerca dei beni protetti dal divieto di surrogazione della maternità enunciato all'art. 12, co. 6 L. n. 40/2004. L'esito di questa ricerca conduce la Corte a individuarlo principalmente nella dignità della donna. Il fondamento dignitario del divieto sembra in effetti assorbente, cioè da solo sufficiente a giustificare costituzionalmente la scelta proibitiva compiuta dal legislatore, ma non esime dal vagliare preliminarmente la correlazione tra questa e la tutela della salute, percorrendo un itinerario che le Sezioni Unite non esplorano, come risulta dalla circostanza stessa che la parola «salute» mai compaia nella sentenza.

In questa prospettiva, si sbaglierebbe a pensare che una gravidanza surrogata non ponga questioni correlate alla salute diverse da quelle normalmente implicate da una comune gravidanza e non si carichi quindi di problemi supplementari. L'esatto rilievo per cui la gravidanza condotta dalla donna surrogata, a volerla considerare come un atto di disposizione del proprio corpo *ex art. 5 c.c.*, non comporti generalmente – al pari di una qualsiasi gravidanza – una «diminuzione permanente» dell'integrità fisica della gestante vale solo a escludere che essa sia vietata a questo titolo, ma, come non dimostra che non vi siano altre ragioni a ispirarne il divieto, così nulla dice sulle altre implicazioni tra surrogazione e salute. Anche il confronto con la donazione di ovociti, che si arrestasse alla constatazione

¹⁸ Cfr. almeno Cass., 30 settembre 2016, n. 19599 (in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, p. 362, con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in *Giur. it.*, 2017, p. 2075, con nota di C. FOSSÀ, *Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno*) e Cass., 23 agosto 2021, n. 23319, in *www.dejure.it*.

¹⁹ È appena il caso di osservare che la differenziazione di trattamento tra i nati da P.M.A. che all'estero sono iscritti come figli di coppie di donne e i nati da surrogazione che all'estero sono iscritti come figli di coppie di uomini (al pari che di coppie di sesso diverso), *sub specie* della trascrivibilità dell'atto di nascita dei primi e dell'intrascrivibilità dell'atto di nascita dei secondi, con possibilità di adozione in casi particolari, non costituisce una ingiustificata disparità di trattamento, violativa del principio di uguaglianza. Essa è, al contrario, costituzionalmente giustificata, avuto riguardo sia al fatto che situazioni oggettivamente diverse nella considerazione legislativa e in relazione ai principi costituzionali coinvolti – quali sono il nascere da P.M.A. eterologa e il nascere da surrogazione di maternità – per costante giurisprudenza costituzionale meritano di essere trattate in modo ragionevolmente diverso, sia al fatto che la differenza di trattamento è proporzionata (sicché non eccede la ragionevolezza) poiché entrambe le categorie di nati conseguono lo stato di filiazione, sia pur tramite fattispecie diverse, e vanno così soggette agli stessi diritti e agli stessi obblighi nei confronti dei propri genitori.

che quest'ultima comporta rischi per la salute della donatrice in conseguenza della necessità di sottoporsi a uno o più cicli di stimolazione ovarica (al punto da risultare pressoché inesistente nella prassi)²⁰, che l'altra tecnica non comporta, si limiterebbe a considerare un profilo della questione, ignorandone altri.

In realtà, uno sguardo alla contrattualistica straniera che disciplina la surrogazione, là dove essa è ammessa o tollerata, non tarda a svelare che la salute stessa della donna surrogata è massicciamente implicata dai molti e penetranti condizionamenti che questa tecnica determina in ordine al modo in cui si resta incinte e alle modalità con le quali si è chiamate a condurre la gravidanza e a partorire il nato²¹. Nell'ipotesi, ormai largamente prevalente nella prassi mondiale, in cui la surrogazione avvenga con conferimento di ovociti di una donna terza rispetto sia alla "gestatrice" che alla committente²², la madre surrogata è infatti tenuta a prestarsi al trasferimento di tanti embrioni per volta, nonché a tanti trasferimenti successivi nel tempo, quanti sono quelli ritenuti idonei ad assicurare le maggiori *chances* di successo della gravidanza. Nel primo caso, ella corre esattamente quel rischio di problematiche connesse a gravidanze gemellari, che la disciplina italiana della P.M.A. comportava nel prevedere la necessità di un «unico e contemporaneo impianto [di embrioni], comunque non superiore a tre» (art. 14, co. 2 L. n. 40/2004), al punto da essere dichiarata incostituzionale per violazione del diritto alla salute della donna²³. Nel secondo caso, ella corre il rischio di compromissione della propria salute per effetto del susseguirsi nel tempo di plurimi tentativi di impianto, in obbedienza al solo criterio dell'efficienza a determinare la gravidanza, sulla base di un consenso espresso anticipatamente perché la gravidanza è

²⁰ Non a caso, la Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita, anno 2022 (ma relativa al 2020), in <https://www.salute.gov.it>, p. 9 del pdf, attesta che dei 6738 cicli di P.M.A. eterologa con donazione di ovociti il 98% è stato effettuato con ovociti importati dall'estero, mentre solo il 2% con ovociti donati in Italia (ove, peraltro, non è previsto neanche rimborso spese per la donatrice).

²¹ Il tema è stato lambito, sia pur entro una motivazione anch'essa incentrata sulla dignità, dal *Tribunal Supremo* spagnolo, 31 marzo 2022, n. 277 (reperibile in <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0e6219d460d65731/20220405>), § 7 dei *Fundamentos de derecho*, Tercero.

²² Ciò è quanto accade in virtù dell'intreccio tra biotecnologie e mercato. Difatti, gli ovociti non provengono dalla «gestatrice», anzitutto perché tramite gli ovociti di una terza donna si rende realizzabile l'obiettivo di una somiglianza fisica del nato con i committenti, eventualmente impedito ove si ricorresse agli ovociti della «gestatrice» stessa, e poi perché il mercato ha interesse ad accentuare la parcellizzazione di una già *split motherhood*, al fine di scongiurare il rischio che la «gestatrice» si immedesima nel ruolo di madre, a tal punto da rifiutarsi di consegnare il neonato alla nascita, con conseguente contenzioso: lo rilevano anche le Sezioni Unite, osservando che la surrogata «potrebbe sempre cambiare idea, e proprio per disincentivare ciò è prassi comune che l'embrione sia formato con l'ovocita di un'altra donna» (§ 2). Ma gli ovociti non provengono neanche dalla committente, sia per soddisfare l'esigenza delle coppie straniere di fare affidamento su ovociti già disponibili, così da non doversi sottoporre all'estero alle tecniche tramite le quali vengono estratti, sia per massimizzare le *chances* di successo della pratica, che potrebbero ridursi o azzerarsi ove la patologia della donna committente abbini a problemi all'utero problemi di fertilità in senso stretto.

²³ Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Giur. cost.*, 2009, 1656, con note di M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata* e di C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere?»*.

programmata per altri e quindi costituisce un risultato dovuto anziché un obiettivo personale, rispetto al quale la donna conservi la propria autodeterminazione.

V'è, poi, la rinuncia al segreto medico che la donna effettua, per la necessaria condivisione con i committenti delle informazioni sul suo stato di salute. Soprattutto, la soggezione alle prescrizioni farmacologiche e di condotta che i medici i quali l'hanno in carico nell'interesse dei committenti possono somministrarle, in funzione esclusiva del buon risultato della gravidanza (dai test causali sull'uso di alcol e droga, all'indicazione del tipo di parto), comporta la sottoposizione a trattamenti sostanzialmente imposti, perché accettati in via preventiva e generica, senza consenso attuale, informato e specifico. Spicca, ancora, il profilo per cui determinate clausole dell'accordo ora le vietano, ora la obbligano – sotto minaccia di risoluzione dell'accordo stesso, in mancanza – a interrompere la gravidanza in dipendenza di circostanze contrattualmente contemplate o a procedere a una riduzione embrionaria o fetale selettiva della gravidanza gemellare su domanda dei committenti²⁴. È lecito chiedersi come sia possibile che, se – almeno secondo il diritto italiano – già il padre del concepito non può esercitare alcun veto sulla scelta della madre di interrompere la gravidanza²⁵, possano essere terzi a condizionare sia in positivo che in negativo l'esercizio del diritto al quale tale scelta mette capo. Sullo sfondo resta infine, inevaso ma incombenente, l'interrogativo circa le ricadute che la cessione del neonato ai committenti subito dopo il parto possa avere sulla salute psichica della donna. È evidente, allora, come questa tecnica si fondi su di una sistematica limitazione del diritto della gestante di decidere in merito alla propria salute e comporti il rischio di una potenziale, ma reiterata e anche grave lesione della salute stessa. In un contesto ordinamentale – anche internazionale – in cui la salute ha subito nel corso degli ultimi decenni quello «slittamento semantico» che porta a intenderla da semplice mancanza di malattia a completo benessere psicofisico, al punto da darsi rilievo addirittura – per esempio – al *Body integrity identity disorder* (BIID), che fa sentire malati per la sensazione di vivere in un corpo non corrispondente alla sua

²⁴ Simili clausole sono presenti nel *Sample Gestational Surrogacy Agreement* disponibile in <https://www.allaboutsurgacy.com/sample-gestational-surrogacy-contract/>.

Da C. SHALEV, A. MORENO, H. EYAL, M. LEIBEL, R. SCHUZ, T. EL-DAR-GEVA, *Ethics and regulation of inter-country medically assisted reproduction: a call for action*, in *Israel Journal of Health Policy Research*, 2016, 5, p. 59 ss. si apprende, poi, che «A business model that guarantees an end product and caters to the preferences of customers has also led to what is known as 'twin' or 'twibling' surrogacy, where two surrogate mothers are hired at the same time in order to maximize the chance of a live birth. At a 'surrogacy fair' in Israel, in February 2013, attended by 15 surrogacy agencies from Israel and the USA, one agency offered potential customers a track of 'parallel pregnancies' in which several women would carry pregnancies for a single prospective family, so as to increase the chance of producing a child within a certain time frame. It was implied that if the achieved pregnancies exceeded the planned number of children, the 'excess' pregnancies would be terminated. The women carrying the aborted pregnancies have no say in the decision» (p. 6 dell'estratto pdf).

²⁵ Peraltro, «la riconduzione della disciplina abortiva al modello della tutela della salute della donna – almeno negli enunciati principi – anziché al paradigma dell'autonomia esistenziale rende non irragionevole l'immedesimazione tra colei la cui salute è in gioco e colei cui spetta decidere»: A. RENDA, *Gravidanza (interruzione della)*, in *Diritto civile*, a cura di Martuccelli e Pescatore, Milano, 2011, p. 866.

immagine idealizzata, sì da far desiderare di subire delle amputazioni²⁶, risulterebbe singolare che non si potesse denunciare la contrarietà della surrogazione di maternità al diritto della donna alla salute, intesa quest'ultima nel suo nocciolo duro di integrità psico-fisica. A ciò s'aggiunga che la surrogazione limita, oltre che il diritto alla salute, anche taluni diritti di libertà della gestante, impedendole anzitutto di esercitare la funzione generativa per se stessa per tutto il tempo in cui è incinta per altri, e poi condizionando le sue scelte di vita, di alimentazione, di circolazione e di sessualità durante la gravidanza.

Si potrebbe obiettare che ciò non vale ove la surrogazione si svolga secondo modalità che lascino la donna libera di decidere sul come rimanere incinta, come condurre la gravidanza e partorire, finanche sul se cedere il neonato ai committenti. L'obiezione ipotizza un'alternativa che fondamentalmente è fuori dalla realtà, perché oggi la surrogazione, nel contesto globalizzato, si inserisce entro un vero e proprio mercato (prevalentemente extraeuropeo) dei servizi riproduttivi, nel quale mediante appositi intermediari si vende non tanto un bambino, quanto una discendenza legale, cioè un pacchetto completo composto dal bambino più l'atto di nascita o la sentenza attributiva della genitorialità ai committenti²⁷: un mercato nel quale nulla è lasciato alla libera determinazione della gestante, in funzione della minimizzazione del rischio di non conseguire il risultato atteso dai committenti. Nondimeno, da un punto di vista teorico l'obiezione ha il potere di mettere in luce che una surrogazione «dell'empireo», non contrattualizzata, non pone l'ordine di problemi sin qui esaminati, ma ne pone altri²⁸. Qui il discorso sulla dignità si fa assorbente e il contributo della pronuncia annotata è centrale.

Le Sezioni Unite, infatti, sviluppano l'argomento fondato sulla dignità con ben maggiore profondità di quanto sia le precedenti Sezioni Unite del 2019 che la Corte costituzionale nel 2017 avessero fatto, adducendo all'epoca motivazioni piuttosto stereotipe²⁹. Icasti-

²⁶ Un cenno in M. DELL'UTRI, *Diritto e corpo*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1499, cui si deve il virgolettato nel testo.

²⁷ Osserva V. CALDERAI, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 493 che «la discendenza legale è la merce venduta nel mercato transnazionale della riproduzione, nel quadro di una competizione tra ordinamenti all'insegna della deregolamentazione».

²⁸ Peraltro, anche una surrogazione come quella ipotizzata nel testo pone un problema di insufficiente tutela sia del diritto del nato all'identità personale, quantomeno *sub specie* di conoscenza delle origini biologiche e/o genetiche, tramite l'accesso alle informazioni identificative della «gestatrice» o di colei che ha conferito gli ovociti, sia del diritto del nato alla salute stessa, ove quest'ultima richieda il rilascio di informazioni che presuppongono l'identificazione della donna che ha partorito o di quella che ha prestato i gameti. Se la fattispecie si compie all'estero, normalmente né la contrattualistica in essere né la disciplina legislativa applicabile garantiscono come indefettibile l'uno e l'altro diritto. Se la fattispecie si compie in Italia, si ripropone la questione dell'inadeguatezza della tutela ad oggi riconosciuta al nato da P.M.A. eterologa rispetto al diritto di conoscere le proprie origini (sul quale A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Aic*, 2012, p. 1 ss.). La strada di applicare analogicamente al nato da eterologa l'art. 28 L. adoz. sembra infatti irragionevolmente ostacolata, anche se non impedita, dall'assoggettamento dell'eterologa alla disciplina di cui al D.Lgs. 25 gennaio 2010, n. 16, la quale si ispira al principio dell'anonimato del donatore di organi, cellule e tessuti. Difatti, la «donazione di cellule riproduttive da parte di persone diverse dal partner» è stata assoggettata all'Allegato III del D.lgs. n. 16/2010 (senza, però, che si faccia espressa parola del problema dell'accesso all'identità del donatore).

²⁹ Per contro, a ben vedere in Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit. non si trova alcuna affermazione propria del contrasto tra surrogazione e dignità umana, tutto riducendosi a citazioni (non particolarmente convincenti) delle S.U. del 2019 e della

camente, si osserva che questa pratica smarrisce «il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente», perché utilizza il corpo di un'altra persona «come mero supporto materiale per la realizzazione di un progetto altrimenti irrealizzabile»³⁰. Pur nella consapevolezza che per una parte dell'opinione pubblica vale una concezione soggettiva della dignità umana, per cui non può ritenersi indegno ciò che il singolo reputa per sé degno, e viceversa³¹, ossia una concezione che fa della dignità una variabile dipendente dell'autodeterminazione individuale, fino a ridurla a quest'ultima³², nondimeno testuale è la riconduzione a un'idea oggettiva di dignità, cioè quella di impossibilità di strumentalizzazione e autostrumentalizzazione dell'essere umano³³.

In quest'idea continua a vivere nell'era post-moderna il lascito della tradizione filosofica moderna, che si compendia nell'imperativo categorico kantiano «Agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona che in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo»³⁴. Vero essendo che l'uomo può essere trattato, da se stesso come da altri, come un mezzo, l'uomo stesso non può però essere trattato esclusivamente come un mezzo, perché l'uomo è un fine in sé. Che una gravidanza per altri, quand'anche consapevolmente assunta, tratti la donna esclusivamente come un mezzo risulta, anzitutto, tenuto conto dell'assorbimento delle facoltà corporee e psichiche che la gravidanza determina nella donna per tutta la sua durata, in ragione sia dell'immedesimazione tra il suo corpo e quello della vita nascente ospitata, che del condizionamento psichico che ne deriva. Considerata l'entità di tale assorbimento e del conseguente sacrificio, la degradazione della donna a mero mezzo si produce per effetto della scissione che la programmazione della gravidanza per altri comporta tra il significato biologico e sociale suo proprio (diventare madre) e il risultato avuto di mira (far diventare madre altra donna o genitore altri), con avulsione di quel risultato da colei che l'ha prodotto. Se si può certo avere di mira una destinazione ad altri del risultato della propria condotta, non lo si può fare quando per produrre questo risultato ci si espone al sacrificio di tutta la propria persona, che

pronuncia n. 272/2017 della Corte costituzionale stessa.

³⁰ Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 16. Qui le Sezioni Unite riprendono quasi testualmente l'argomentare di G. LUCCIOLI, *La maternità surrogata di nuovo all'esame delle Sezioni Unite. Le ragioni del dissenso*, in *www.giustiziainsieme.it* (28-10-2022).

³¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012, p. 210: «la vita degna di essere vissuta [...] è quella che la persona autonomamente costruisce come tale».

³² Cfr. ora per un esempio di questa impostazione G. CRICENTI, *Gli atti di disposizione del corpo come atti self regarding*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1503 ss.

³³ Sulla dignità A. NICOLUSSI, C. RUSCONI, *Volte e risvolti della dignità umana. A settant'anni dell'art. 1 della costituzione tedesca*, in *Jus*, 2019, p. 3 ss. in generale e p. 45 ss. a proposito della surrogazione, dove anche riferimenti alla giurisprudenza tedesca. Sulla dignità della donna, lesa dalla pratica in discorso, V. CALDERAI, *Scritto sul corpo. Genealogia della surrogazione di maternità*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1527 ss.

³⁴ Quella indicata nel testo è la seconda formulazione dell'imperativo categorico (I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it., in *Scritti morali* a cura di Chioldi, Torino, 1970, p. 88).

viene ridotta così a mero mezzo per un fine altrui. È pur vero che si può dare la vita per altri, ma non ci si può obbligare a farlo. E come non ci si può obbligare a farlo, così non ci si può obbligare a restare incinte per altri. Peraltro, mentre si può dare la propria vita per altri senza previa obbligazione, non si può dare il proprio figlio ad altri, anche se non ci si è obbligati a farlo, perché il risultato della gravidanza è la nascita di una persona nuova, che non può essere trasferita a terzi né con condotte negoziali volte ad attribuirne ad altri la genitorialità, né con condotte materiali dirette ad attribuire ad altri il controllo fisico del nato. Inoltre, la degradazione a mero mezzo risulta dalla circostanza che la gravidanza è esperienza che nel genere umano è caratteristica solo della donna, connotandone la più singolare specificità rispetto al maschile, e – finché l'ectogenesi non diventerà realtà – non è replicabile da macchine o cose, con la conseguenza che il risultato stesso di essa non è eguagliabile altrimenti. Pertanto, l'asservimento a fini altrui denega il *proprium* naturale della donna (riconosciuto, peraltro, anche dalla Costituzione agli artt. 31, co. 2 e 37, co. 1), agguagliandolo a mezzo di produzione.

Di qui il fondamento costituzionale del divieto, se è vero che la dignità (al di là delle sue testuali emersioni nel dettato costituzionale: artt. 3, co. 1 e 41, co. 2 Cost.) è un superprincipio, poiché è attribuito non comprimibile di ogni persona, e la persona è *Grundnorm* dell'ordinamento³⁵. Il divieto, quindi, non è il frutto di una scelta discrezionale del legislatore³⁶. Del resto, radicandosi nei principi qualificanti del sistema, esso preesisteva alla legge n. 40/2004, così da condurre già da prima a qualificare come nulli – a rigore, per illiceità dell'oggetto – e quindi inefficaci gli accordi di surrogazione, ora nulli per contrasto con la norma imperativa posta *ex professo*³⁷. Di qui la sua natura di ordine pubblico internazionale, che non trova la propria ragion d'essere nella sanzione criminale, la quale piuttosto esprime l'allarme sociale che il disvalore della condotta manifesta e mira così a dissuadere più efficacemente i consociati dal porla in essere³⁸. In altri termini, se è vero

³⁵ Per C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, p. 1 «se una *Grundnorm* si debba trovare, che alla stessa Costituzione sia in grado di dare fondazione, al rispetto della persona quale misura normativa elementare occorrerà fare capo». Della dignità come «valore supercostituzionale» parla A. RUGGERI, *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3617.

³⁶ Correttamente lo rileva anche la pronuncia annotata, § 27: «Ha, infatti, errato la Corte d'appello a ritenere che il divieto, posto dal legislatore italiano, di maternità surrogata sia frutto di una scelta discrezionale e ad escludere che esso esprima principi fondanti a livello costituzionale che impegnino l'ordine pubblico».

³⁷ Cfr. Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 298, con nota senza titolo di G. PONZANELLI; in *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 296, con nota di G. PALMERI, *Maternità «surrogata»: la prima pronuncia italiana*, secondo il quale «l'atto dispositivo del proprio corpo, implicato dal contratto di maternità surrogata [...] non può mai rilevare come oggetto di una preventiva obbligazione dell'avente diritto a compierlo o a permettere che altri lo compia su di lei ed è comunque contrario alla legge, all'ordine pubblico e, almeno in caso di onerosità, anche al buon costume». *Contra*, limitatamente a una surrogazione gratuita, Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000, in *Corriere giur.*, 2000, p. 483, con nota di M. SESTA, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*.

³⁸ Nella giurisprudenza più recente il tentativo di restringere la nozione di ordine pubblico internazionale, compiuto da Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, cit., secondo la quale «i principi di ordine pubblico devono essere ricercati esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra Carta costituzionale, vale a dire in quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario» (§ 7), è stato disatteso da Cass. Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601 (in *Foro it.*,

che non ogni sanzione penale tutela valori fondamentali, il divieto in parola è di ordine pubblico perché presidia un valore fondamentale, in quanto costituzionalmente inviolabile, che la legge coerentemente assiste con la tutela penale. Ma anche se quest'ultima mancasse la conclusione non cambierebbe. L'essere la dignità un valore condiviso della civiltà europea si rispecchia, peraltro, nell'orientamento maggioritario degli ordinamenti europei, volto a vietare la surrogazione di maternità³⁹.

Questo discorso conserva il suo fondamento anche in confronto con l'ipotesi di una surrogazione gratuita, rispetto alla quale relativamente di recente si sono diffuse tesi volte a difenderne il valore dal punto di vista etico e/o a suffragarne l'ammissibilità dal punto di vista giuridico. Esemplicativamente, ora si sostiene che la surrogazione gratuita debba considerarsi ammessa in via interpretativa⁴⁰ (nonostante il chiaro tenore generale dell'art. 12, co. 6 L. n. 40/2004), ora si afferma che essa dovrebbe quantomeno essere ammessa *de iure condendo*, perché dettata da interessi solidaristici⁴¹ (soccorrere una donna che non

2017, I, c. 2613, con note di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*; E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*; R. SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*; P. G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*) in materia di danni punitivi, la quale entro un'articolata motivazione esprime l'intendimento di non assecondare alcuna riduzione del controllo operato tramite l'ordine pubblico e chiarisce che, per quanto la semplice diversità tra un istituto straniero e la legge italiana non si traduca nel contrasto del primo con l'ordine pubblico, resta ferma la necessità che, specie nel diritto sostanziale, la legge straniera non produca effetti incompatibili con i principi costituzionali, quand'anche gli stessi non siano principi inviolabili. Di seguito, le Sezioni Unite hanno sciolto il contrasto affermando che la compatibilità con l'ordine pubblico deve essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche «del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico» (Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., § 12.2), sconfessando così il presupposto teorico fatto proprio da Cass. 30 settembre 2016, n. 19599. Le Sezioni Unite del 2022, qui annotate, hanno confermato quest'ultima posizione (§ 15). Ad ogni modo, anche a intendere l'ordine pubblico internazionale nel senso restrittivo sopra richiamato, la tutela della dignità umana, che costituisce un principio inviolabile della Costituzione, non potrebbe non far rientrare il divieto di surrogazione entro il perimetro di tale più restrittiva concezione.

³⁹ La surrogazione è vietata in tutti gli ordinamenti europei a eccezione di quelli di Albania, Cipro, Georgia, Grecia, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Russia e Ucraina.

⁴⁰ È la tesi di A.G. GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in *Teoria e critica della reg. soc.*, 2018, p. 151 ss. e *amplius* ID., *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status* (Torino 2022), p. 31 ss. Cfr. anche U. SALANITRO, *A strange loop*, cit., p. 219 secondo il quale il divieto non vale in caso di «surrogazione solidale, in cui la donna che si mette a disposizione è mossa da intenti nobili e solidali, ogni qualvolta almeno uno dei membri della coppia abbia fornito i propri gameti». Similmente V. SCALISI, *Maternità surrogata: come "fare cose con regole"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1100. Tali tesi sono state preparate dalle prese di posizione di P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da P. Zatti, I, 1, Milano 2011, p. 69 s. e S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p. 52, al quale ultimo si deve l'espressione «solidarietà tra donne» come sorta di scriminante della liceità della tecnica.

⁴¹ I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *GenIUS*, 2017-2, p. 20 ss. Più restrittiva la proposta di A. RUGGERI, *La maternità surrogata, overosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, *ivi*, p. 64, volta a circoscrivere il ricorso alla tecnica alla sola cerchia familiare «si da potersi presumere – ed è una presunzione, nondimeno, soggetta alla prova del contrario – la gratuità dell'offerta del corpo, testimonianza e conferma a un tempo della solidarietà spontaneamente offerta da una persona a un'altra».

può restare incinta)⁴². Tali tesi necessitano di essere considerate, anzitutto, in funzione al grado di «realtà» del presupposto empirico dal quale muovono e, in secondo luogo, in relazione al bene protetto, come sin qui messo a fuoco.

Dal primo punto di vista, l'esperienza insegna che una surrogazione gratuita allo stato puro è estranea alla realtà. Nella prassi, infatti, nei paesi che ammettono o tollerano la surrogazione, purché gratuita, sono convenuti rimborsi spese palesemente sproporzionati per eccesso rispetto alle spese, che dissimulano un vero e proprio corrispettivo. Nulla, poi, può impedire che sotto le mentite spoglie di una donazione isolata dai committenti alla «gestatrice» si nasconda un corrispettivo. Per esempio, in Canada, dove in astratto è gratuita, occorrono circa 30.000 dollari per rimborsare la *surrogate* e tra i 5.000 e 15.000 dollari per la *egg donor*, che quindi donatrice non è. La gratuità, allora, sembra solo un modo scaltro di posizionarsi nell'atlante del mercato mondiale dei servizi riproduttivi. Dilleguatasi la gratuità, a maggior ragione svanisce l'altruismo che dovrebbe sottenderla, sol che si pensi che quasi sempre i committenti e la gestante non si conoscono in anticipo, ma sono messi in contatto da intermediari professionali retribuiti che si incaricano di reperire sul mercato anche gli ovociti, con la conseguenza che la seconda non persegue alcuno scopo di soccorso verso i primi.

Dal secondo punto di vista, se il fondamento del divieto riposa sul divieto di strumentalizzazione e autostrumentalizzazione della persona umana, non è l'assenza di un corrispettivo in denaro a fare la differenza. Anche nella variante gratuita la donna degrada se stessa a esclusivo mezzo di soddisfacimento dei fini altrui, per ben nove mesi. Se ha fondamento l'ancoraggio del divieto alla dignità, cioè al valore originario di ogni persona, indipendente sia dall'altrui riconoscimento che dalla concezione di sé, risulta impossibile restringerne l'operatività alla sola surrogazione onerosa, perché anche in quella gratuita la donna rinuncia a ciò a cui non può rinunciare. In altri termini, l'altruismo attiene alla natura del fine perseguito, ma presuppone pur sempre l'auto-riduzione della donna a mezzo per perseguirlo. Anche la variante gratuita, insomma, manifesta quel triste riduzionismo, che fa della donna una portatrice gestazionale («gestational carrier», si legge nella contrattualistica

⁴² L'idea del soccorso solidale, peraltro, si fa problematica allorché sia riferita a committenti dello stesso sesso, i quali secondo la legislazione italiana non possono accedere alla P.M.A. eterologa, sulla base di una scelta – come rammento *supra*, § 1 – ritenuta costituzionalmente conforme da Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit. In tal caso, infatti, non ci si limita ad aiutare una coppia che contingentemente non può procreare figli per impossibilità di portare a compimento una gravidanza, come con la donazione di ovociti si aiuta una coppia in cui la donna non può concepire un embrione per problemi agli ovuli, ma può rimanere incinta. Forzando il limite dell'*imitatio naturae* che la legge ha istituito nel disciplinare l'accesso alle tecniche di procreazione artificiale, si consente invece l'accesso alla genitorialità a una coppia che ontologicamente non può concepire, contribuendo così – con quello che si chiama «aiuto» – a sovvertire il criterio legale della generazione tramite biotecnologie. Coerentemente, allora, chi propugna il modello della surrogazione altruistica ha cura di limitarne l'operatività all'ipotesi in cui vi facciano ricorso coloro che, secondo l'art. 5 L. n. 40/2004, potrebbero accedere alla fecondazione eterologa (A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, cit., p. 84).

anglosassone⁴³): ma la donna non può essere una sorta di *sberpa*, perché nella gravidanza e nel parto ella investe risorse psichiche ed emotive, oltre a dover fare molte rinunce, al pari di ogni madre e a differenza di qualsiasi incubatrice. Va da sé, poi, che se la surrogazione è onerosa a giustificare la proibizione concorre il divieto di commercializzazione del corpo umano enunciato dalla Convenzione di Oviedo (art. 21) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 3, co. 2 lett. c), che certo ne aggrava il disvalore. Questo orientamento è fatto proprio anche dalle Sezioni Unite, che osservano – di nuovo, icasticamente – che «nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito. 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 decisionale⁴⁴. La precisazione è tanto più importante, ove si pensi che nel caso concreto la surrogazione era avvenuta in Canada (al pari, d'altronde, che in quello deciso dalle Sezioni Unite nel 2019). La posizione assunta dal nostro ordinamento, per come ricostruito dalle Sezioni Unite, è, pertanto, quella per cui il divieto di surrogazione non si fonda sull'incomerciabilità del corpo umano, ma più radicalmente sull'indisponibilità dello stesso, la quale sussiste quando l'atto di disposizione coinvolga il corpo per intero e continuativamente nel tempo. Due considerazioni restano da fare. La prima impone di prendere posizione rispetto a una surrogazione nella quale, per ipotesi, sia riconosciuto il diritto di ripensamento della gestante⁴⁵. In verità, tale diritto non intacca l'obbligo principale (di prestazione, per arieggiare la nomenclatura del diritto delle obbligazioni) di portare a compimento la gravidanza e gli obblighi integrativi e strumentali posti in funzione del risultato della nascita. Inoltre, la realizzazione della pratica consiste pur sempre nella consegna di un neonato in funzione dell'acquisizione della qualità di genitore in capo al committente, preparata da quanto necessario affinché dal punto di vista dello stato civile non risulti la maternità di colei che partorito e risulti, al contrario, la maternità della committente o la genitorialità del committente di sesso maschile: consiste, quindi, nella cessione di un bambino appena partorito, consumata anteriormente alla formazione dell'atto di nascita dello stesso. Il contrasto con la dignità permane, quindi, sia per l'essersi assoggettate a una gravidanza che è programmata per altri salvo ripensamento, sia per l'aver trattato se stesse come portatrici e non

⁴³ L'espressione risale a *Johnson v. Calvert*, Cal. Super. Ct., Orange Co., Dept. 11, No. X633190 (22-10-1990), secondo cui la madre surrogata «is the gestational carrier of the child, a host in a sense» e la sua «relationship to the child is analogous to that of a foster parent providing care, protection and nurture».

⁴⁴ Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 18.

⁴⁵ È quanto è ora previsto in Portogallo, in cui la Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, ha modificato – a seguito della sentenza del Tribunal Constitucional de Portugal 24-4-2018, n. 25 – l'art. 10, comma 8 Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, stabilendo che il consenso della madre surrogata può essere revocato sino al momento della formazione dell'atto di nascita, che deve avvenire entro venti giorni dalla nascita.

come madri e il nato non come figlio ma come cosa oggetto di consegna. In altri termini, la facoltà di ripensamento alla nascita può preservare la libertà morale della gestante consentendole di pentirsi della scelta compiuta, ma non esclude affatto il disvalore del fare della gravidanza un mezzo per fini altrui. Ove tale facoltà non sia esercitata, non è escluso neanche il disvalore aggiuntivo, caratteristico di ogni cessione pur non programmata in anticipo rispetto al concepimento o alla nascita, di alterare lo stato civile del nato e di consegnarlo materialmente a coloro che beneficiano dell'alterazione di stato. Se esercitata, resta escluso il disvalore della cessione, ma permane quello della strumentalizzazione della gravidanza, insita nella potenzialità della cessione programmata e poi rinnegata. La gratuità dell'impegno, evidentemente, non tocca nessuno di questi due nuclei di disvalore⁴⁶. La seconda considerazione impone di non sottacere - benché le Sezioni Unite non ne facciano parola e il dibattito stesso in materia tenda a prescindere - che la surrogazione, onerosa o gratuita che sia, contrasta con la dignità non solo della donna, ma anche del nascituro, dedotto in oggetto del contratto e trattato come prodotto del lavoro della donna attraverso il corpo, e del nato, degradato a cosa oggetto di consegna, che si accetta purché non viziata o difettosa⁴⁷. La tecnica, ove contrattualizzata, implicherebbe logicamente la coercibilità dell'obbligo di consegna, che ripugna alla coscienza comune⁴⁸. Ma, al di là della coercibilità, a ben vedere è la consegna in quanto tale a sottendere una cessione e quindi la riduzione del bambino a cosa. La gratuità, ancora una volta, non toglie niente del disvalore, poiché un neonato, come non può essere venduto, così non può essere donato, non essendo una cosa. Per di più, alcuni casi verificatisi all'estero dimostrano che l'aspettativa di chi ricorre alla tecnica sia quella di ricevere un bambino «sano», il quale soltanto costituisce adempimento esatto in senso qualitativo dell'obbligazione contratta dalla «gestatrice»⁴⁹. Di qui il dibattito sulla possibilità di estendere alla fattispecie la disciplina

⁴⁶ Peraltro, è stato giustamente osservato che la gratuità non è garanzia sufficiente della stessa libertà del volere, quantomeno *in itinere*, perché «le stesse relazioni personali e familiari, con l'affermarsi e il consolidarsi di specifiche aspettative - condivise e diffuse nella comunità degli affetti - nei riguardi di un determinato comportamento o atteggiamento che la persona assumerà o non revocherà (ad esempio, la maternità per conto della sorella, dell'amica) possono incidere e compromettere la libertà di scelta e di ripensamento di un impegno eventualmente assunto»: così M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 847 nota 43.

⁴⁷ Anche secondo E. BILOTTI, *Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata*, in *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, poiché è in gioco la dignità del nascere dell'uomo e quindi «la dignità del generato nel rapporto con gli adulti che se ne prendono cura in qualità di genitori» (p. 407), anche la surrogazione gratuita pregiudica la dignità del generato (p. 414), permettendo agli adulti di «relazionarsi al generato secondo una logica utilitaristica».

⁴⁸ Anche S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 63 con riferimento alla legislazione della California nella quale «si è affermato l'obbligo della donna di consegnare il figlio, così assimilato a un qualsiasi oggetto da sottrarre con la forza al debitore inadempiente», osserva che «non si manifesta soltanto una insopportabile crudeltà giuridica, quanto piuttosto una riduzione del diritto a mero tramite di scambi mercantili, a strumento di espulsione di qualsiasi valore irriducibile al calcolo economico».

⁴⁹ C. SHALEV, A. MORENO, H. EYAL, M. LEIBEL, R. SCHUZ, T. EL-DAR-GEVA, *Ethics and regulation*, cit., p. 7 (dell'estratto pdf) riferiscono il caso di due gemelli partoriti nel 2014 da una donna thailandese, dei quali uno affetto da sindrome di Down e perciò rifiutato dai committenti australiani, che hanno invece «preso» la sorellina sana.

dei vizi propria dei contratti d'opera, a tutela del diritto dei committenti all'esatto adempimento, il quale implicitamente conferma la sostanza reificante del fenomeno nei confronti del nato stesso. Il relativo divieto, pertanto, tutela anche la dignità del nascituro.

3. La tutela del nato fra trascrizione dell'atto di nascita straniero (o richiesta di efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero) e adozione in casi particolari

Chiarito il fondamento del divieto di surrogazione, le Sezioni Unite hanno affrontato il problema successivo e conseguente, cioè quello di come trattare il bambino nato dalla surrogazione compiuta all'estero secondo la *lex loci*. È il problema più spinoso, perché qui occorre bilanciare l'esigenza di coerenza con il valore della dignità, protetto dal divieto, e la dignità del nato stesso, che non ha colpa del modo in cui è venuto al mondo e merita protezione al pari di ogni altro bambino, salvo però ricordare che la dignità del nascere è una delle stesse ragioni del divieto.

Sia la sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021, sia le Sezioni Unite in commento correttamente riconoscono che «non è qui in discussione un preteso «diritto alla genitorialità» in capo a coloro che si prendono cura del bambino. Ciò che è qui in discussione è unicamente 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»⁵⁰. Da qui il dilemma: riconoscimento automatico, tramite trascrizione dell'atto di nascita o richiesta di efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero nella loro interezza, oppure adozione in casi particolari? È un dilemma che si mantiene nell'alveo dell'alternativa tracciata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e ne riproduce l'equivoco. La Corte Edu, infatti, da una parte esclude che negare effetti alla surrogazione compiuta all'estero integri una violazione del diritto alla vita familiare del committente privo di legame biologico; dall'altra, sostiene che tale negazione integri una violazione del diritto del figlio alla vita privata⁵¹. Ma siccome la tutela del diritto del figlio alla vita privata richiederebbe il riconoscimento del rapporto di filiazione con il committente tramite la tecnica dello *status*, il committente stesso si vede riconoscere quel diritto alla genitorialità nei confronti del nato da surrogazione, che in astratto che si è detto non sussistere. Ne deriva un paradosso: la realizzazione del diritto alla vita privata del nato si traduce nella realizzazione di quello stesso diritto alla vita fa-

⁵⁰ È il § 5.4 della pronuncia di Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., ripreso e fatto proprio nella sostanza della motivazione delle Sezioni unite del 2022. Una chiara sconfessione della sussistenza di un diritto alla genitorialità è provenuta da Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit. (cfr. *supra*, § 1 nota 8) ed è condivisa dalle Sezioni Unite in commento, § 21.2.

⁵¹ Cfr. Corte EDU, 21 luglio 2016, Foulon e Bouvet c. Francia; da ultimo *Id.*, 2 novembre 2022, D.B. e altri c. Svizzera, nonché *Id.*, 6 dicembre 2022, K.K. e altri c. Danimarca.

miliare del committente privo di legame biologico, che si è escluso in linea di principio. In sostanza, il riconoscimento dello *status* di figlio implica il riconoscimento dello *status*, simmetrico, di genitore. Con il che, la soluzione al problema finisce per essere adesiva a quel diritto alla genitorialità, che si è affermato non esigere tutela.

In realtà, se lo scopo da perseguire è attribuire diritti al minore, impedendo che chi con la propria volontà ha dato causa alla nascita di un bambino possa successivamente disinteressarsene, si dovrebbe applicare una regola diversa: una regola che, lungi dall'ispirarsi alla perentorietà della tecnica dello *status*, spezzi la reciprocità di diritti e obblighi propria dello *status* e configuri esclusivamente obblighi a carico del responsabile sociale della procreazione, senza conferirgli una posizione compiutamente familiare, oltre a prevedere un titolo successorio del nato nei suoi confronti, ma non viceversa. In altra sede abbiamo cercato di dimostrare che la soluzione più coerente del problema consista nell'applicare al nato da surrogazione, nei confronti del partner del genitore biologico, l'art. 279 c.c. in materia di filiazione non riconoscibile⁵². A questa stregua si sancirebbero obblighi del committente che prescindono dall'accertamento di stato e che proprio perché scissi dallo *status* di figlio non si accompagnano né agli obblighi reciproci del figlio (art. 315 *bis*, co. 4 c.c.), né ai diritti successori del committente nei confronti del figlio nella successione necessaria (art. 536 c.c.) e in quella legittima (artt. 568, 571 e 582 c.c.). Tale disciplina unirebbe la tutela del nato alla deterrenza, realizzando quest'ultima sul piano sul quale è congruo che operi, cioè non quello dei diritti del figlio, ma quello dei diritti del committente, al quale soltanto è rimproverabile il disvalore della condotta posta in essere al fine di acquisire una genitorialità altrimenti preclusa.

Le Sezioni Unite, però, si mantengono nell'alveo dell'alternativa tra trascrizione integrale e adozione in casi particolari, che è la sola conosciuta dalla giurisprudenza. Questa alternativa corre tra soluzioni diverse ma comunque ispirate alla logica dello *status* e quindi asseverative della reciprocità, a riprova che limitarsi a questa gamma di opzioni sottende probabilmente il proposito di non frustrare l'aspirazione alla genitorialità del committente privo di legame biologico. È, allora, a questa stregua che il problema verrà affrontato in questa sede, per valutare comparativamente la fondatezza di ciascuno dei due poli dell'alternativa.

Al riguardo, non si può fare a meno di osservare in via preliminare che l'adozione in casi particolari, allorché i committenti non siano coniugati e quindi non si faccia questione della lett. b) dell'art. 44, ripropone il problema della forzatura in merito alla lett. d) di quella norma, in cui la constatata impossibilità di affidamento preadottivo, che per ragioni testua-

⁵² Rinviamo al nostro *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, in corso di pubblicazione in *Europa dir. priv.* Proposte affini sono quelle di A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 762 s. di applicare l'art. 128, co. 3, c.c. e quella di E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 923 ss. di applicare al nato, su sua istanza e dietro verifica dell'interesse del minore, la disciplina della responsabilità genitoriale di cui al Titolo IX del Libro Primo del codice civile.

li e sistematiche è evidentemente di fatto (del resto, solo un fatto può essere oggetto di constatazione), si allarga nella giurisprudenza a quella di diritto, sovvertendo il senso dei limiti posti dalla legge nelle altre lettere⁵³. In verità, posto che l'art. 44 consente l'adozione in deroga all'art. 7 L. adoz., relativo alla dichiarazione di adottabilità che scatta in caso di abbandono del minore, la lett. d) deroga alla deroga e quindi ripristina la regola, perché rende possibile l'adozione in casi particolari qualora sia intervenuta la dichiarazione di adottabilità e, tuttavia, l'affidamento preadottivo sia impossibile nel caso concreto. Poiché, infatti, l'affidamento preadottivo è la fase successiva alla dichiarazione di adottabilità, il riferimento a esso presuppone che il minore sia in stato di abbandono e perciò adottabile. Ciò trova conferma nella pronuncia della Corte Costituzionale che, rendendo possibile l'adozione sulla base della lett. d) allorché il minore rimasto privo di assistenza da parte di genitori ancora in vita sia accudito da un parente entro il quarto grado che chieda di adottarlo, ha presupposto che si possa prescindere dalla dichiarazione formale di adottabilità e dal fallimento di un affidamento preadottivo, ma non dall'abbandono del minore⁵⁴. Tale adozione, pertanto, è particolare in quanto l'adottante può essere una persona singola e non deve osservare l'*iter* procedimentale dell'adozione piena, oltre a non estinguere il rapporto coi genitori di sangue. L'unica adozione in casi particolari che prescinde, oltre che dalla formale dichiarazione dello stato di adottabilità, anche dalla condizione sostanziale di abbandono che ne è il presupposto, è quella di cui alla lett. b), relativa al figlio del coniuge. Le altre la richiedono necessariamente, come si ricava dal fatto che i rispettivi presupposti (orfananza [lett. a e lett. c] e impossibilità di affidamento preadottivo [lett. d]) sottendono l'abbandono del minore. Inoltre, l'art. 11 co. 1 L. adoz., nello stabilire che in caso di decesso dei genitori il tribunale per i minorenni provveda a dichiarare *sic et simpliciter* lo stato di adottabilità, «salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'art. 44», richiede che vi sia stato di abbandono e, quindi, presuppone che l'adozione in casi particolari possa essere alternativamente disposta a parità di abbandono del minore rispetto a quella piena, esclusa ovviamente l'adozione del figlio del coniuge⁵⁵.

⁵³ In questo senso, per prima nella giurisprudenza di legittimità Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, p. 91, con nota di E. BILOTTI, *L'adozione semplice del figlio del convivente (dello stesso sesso)*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 1203, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*; in *Giur. it.*, 2016, p. 2573, con note di A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa* e di I. RIVERA, *La sentenza della Corte di Cassazione n. 12962/2016 e il superiore interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1135, con nota di G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016* (p. 1213 ss.); in *Famiglia*, 2016, p. 295, con nota di C. IRTI, *L'adozione del figlio del convivente (omosessuale): la Cassazione accoglie l'interpretazione evolutiva dell'art. 44, lett. d)*, l. n. 184 del 1983; Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.; *contra* Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, 11 settembre 2015 e Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, in *www.dejure.it*. In dottrina, in senso critico E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, p. 882 ss. e A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 767.

⁵⁴ Corte Cost., 7 ottobre 1999, n. 383, in *Dir. famiglia*, 2000, p. 529.

⁵⁵ Per una più puntuale dimostrazione della tesi che la lett. d) si riferisca alla sola impossibilità di fatto rinviamo al nostro *Ancora sulla surrogazione di maternità. Ragioni del divieto e tecniche di tutela del nato*, cit.

Nonostante questi argomenti, la forzatura sembra ormai essersi cristallizzata nel diritto vivente e segnare un punto di non ritorno. Eppure, malgrado l'indubbia forzatura, è proprio la via dell'adozione in casi particolari ad opera del committente privo di legame biologico, imboccata dalle Sezioni Unite nel 2019 e oggi confermata con dovizia di argomenti dalle nuove Sezioni Unite, a lasciarsi preferire, perché dotata di un maggior grado di integrazione sistematica e più coerente in termini di politica del diritto rispetto a quella della trascrizione integrale. Tale soluzione, peraltro, si rivela omogenea a quanto vale in Francia per scelta del legislatore⁵⁶ e in Spagna per via giudiziaria⁵⁷.

Negare la trascrizione integrale dell'atto di nascita si giustifica per varie ragioni.

Anzitutto, postulare un qualunque automatismo nell'accertamento di stato significa contraddire frontalmente la scelta proibitiva compiuta dall'ordinamento entro l'ambito territoriale sottoposto alla propria sovranità. Significa, cioè, attribuire effetti costitutivi di *status* in capo al committente privo di legame biologico a quella stessa fattispecie che, se realizzata in Italia, non può produrla. Così si mina la coerenza del sistema con un'antinomia per opposizione contraria, qual è quella che intercorre tra il divieto della surrogazione e l'obbligo di riconoscerle effetti, se compiuta all'estero⁵⁸. Per di più, implicitamente, si incentiva il turismo procreativo⁵⁹. Non va dimenticato che, poiché non sussiste un diritto costituzionale incondizionato di diventare genitore, che il nostro ordinamento manchi di tutelare, e poiché la surrogazione contrasta con la dignità, farvi ricorso all'estero non è espressione di una libertà del cittadino di scegliere qualcosa che semplicemente in Italia non c'è. È, invece, un atto compiuto in frode alla legge⁶⁰ ed espressivo di disprezzo per i valori costituzionali, perché – attraverso una condotta che, se compiuta in Italia, integrerebbe il reato previsto dall'art. 12, co. 6 L. n. 40/2004 per il fatto di ricorrere alla surrogazione⁶¹, nonché

⁵⁶ La legge sulla bioetica del 2 agosto 2021 (loi n. 2021-1017 du 2 août 2021) ha modificato l'art. 47 *Code civil* – secondo cui qualsiasi atto straniero dello stato civile, redatto secondo la *lex loci*, fa fede, salvo che i fatti ivi dichiarati non corrispondano alla realtà – stabilendo che la corrispondenza a realtà sia valutata secondo il diritto francese. Di conseguenza, siccome il diritto francese stabilisce che madre è colei che partorisce, l'atto di nascita straniero che indichi come madre la committente non può far fede, perché stabilisce un dato falso, e come tale non è trascrivibile *in parte qua*. La trascrizione è doverosa per la sola parte relativa al genitore biologico. La committente non ha altra scelta che ricorrere all'adozione. Lo stesso vale per il coniuge di sesso maschile del padre, che sia geneticamente estraneo al nato.

⁵⁷ Cfr. il *Tribunal Supremo* spagnolo, 31 marzo 2022, n. 277, cit., § 10 ss. dei *Fundamentos de derecho*, *Cuarto*.

⁵⁸ In generale N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 209 ss.

⁵⁹ Le Sezioni Unite sottolineano che «nella non trascrivibilità si esprime la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata» e che «Il riconoscimento *ab initio*, mediante trascrizione o delibazione del provvedimento straniero di accertamento della genitorialità, dello *status filiationis* del nato da surrogazione di maternità anche nei confronti del committente privo di legame biologico con il bambino, finirebbe in realtà per legittimare in maniera indiretta e surrettizia una pratica degradante. L'automatismo del riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione sulla base del contratto di maternità surrogata e degli atti di autorità straniere che riconoscono la filiazione risultante dal contratto, non è funzionale alla realizzazione del miglior interesse del minore, attuando semmai quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi» (§ 21.1).

⁶⁰ Così anche A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 756 nota 93 e 763.

⁶¹ La dottrina penalistica è infatti concorde nel ritenere soggetti attivi del reato (oltre a organizzatori, intermediari e personale medico) anche i committenti, come del resto si arguisce dall'art. 12, co. 8 L. n. 40/2004, che non comprende tra i casi di non punibilità dell'uomo e della donna ai quali sono applicate le tecniche la fattispecie di cui al co. 6: v. *amplius*

il reato di alterazione di stato mediante falsità in atto di nascita (art. 567, co. 2 c.p.) per il fatto di far risultare dall'atto di nascita la committente come madre⁶² – esso è volto a eludere un divieto posto a tutela di un bene giuridico primario.

In secondo luogo, dar corso a un automatismo rispetto al committente privo di legame biologico significa introdurre una genitorialità sociale fondata sulla sola scelta, ma senza la mediazione del controllo dell'interesse del minore, quindi esclusivamente negoziale nel suo fondamento. Ciò sarà forse coerente con la nomenclatura invalsa di «genitore d'intenzione», ma è contrario al sistema costituzionale, del quale l'interesse del minore è parte integrante, al punto che lo stesso ordine pubblico internazionale ne annovera la salvaguardia⁶³. Se si vuole essere coerenti con il proposito di tutelare esclusivamente l'interesse del minore e non quello dell'aspirante genitore, bisogna convenire che non basta aver voluto un figlio tramite surrogazione perché, alla nascita del bambino, scatti l'interesse del minore ad avere come genitore chi, senza legame biologico, ha fatto quella scelta. Negare l'automatismo significa, quindi, prediligere l'interesse del minore e impedire così una sorta di concorrenza sleale con l'adozione. Anche l'adozione piena, infatti, esprime un modello di genitorialità per scelta, ma si inserisce entro un procedimento giurisdizionale diretto a verificare che la scelta di essere genitori provenga da soggetti affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere l'adottando (art. 6, co. 2 L. adoz.) e che questa scelta corrisponda all'interesse del minore. Di qui, per es., i limiti di età, ispirati all'*imitatio naturae*. Per di più, sul modello dell'atto di scelta si innesta quello dell'accudimento, come dimostra la necessità dell'affidamento preadottivo e di una valutazione del suo andamento (artt. 22, co. 8 e 23 L. adoz.), a riprova del fatto che la pura volontà non basta a garantire l'interesse del minore, la cui soddisfazione necessita di una messa alla prova che richiede sia tempo che un controllo giurisdizionale. Ebbene, perché mai la genitorialità per surrogazione, a parità di modello di genitorialità sociale rispetto all'adozione e cioè di criterio fondativo (l'atto di volontà), dovrebbe andare immune da un controllo assimilabile? Che qui lo scopo perseguito sia prevalentemente acquisitivo di una genitorialità altrimenti preclusa dalla natura, anziché di accoglienza di un minore già in vita⁶⁴, non toglie che il minore abbia eguale diritto ad avere come genitori soggetti idonei a prendersi cura di lui.

M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, in *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, a cura di PESCE, Napoli, 2022, p. 144. Lo stesso argomento dovrebbe valere a includere la madre surrogata.

⁶² Per i presupposti civilistici del reato di alterazione di stato insito nello spostamento del rapporto naturale di procreazione mediante falso, cui ambiscono i committenti, v. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., pp. 486 ss. Per l'analisi della fattispecie di reato, a C. TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in www.penalecontemporaneo.it (17 novembre 2015).

⁶³ Cfr. il § 21.2 delle Sezioni Unite: «Non v'è nel sistema normativo un paradigma genitoriale fondato unicamente sulla volontà degli adulti di essere genitori e destinato a concorrere liberamente con quello naturalistico».

⁶⁴ Incentra proprio sul fatto che nella P.M.A. il minore «non esiste, ma è oggetto di progettazione» la differenziazione di trattamento tra adozione e P.M.A. in merito alla verifica di idoneità in concreto degli aspiranti genitori P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. famiglia*, 2005, p. 223.

Si potrebbe obiettare che, poiché un simile controllo non vale nella P.M.A. eterologa – in cui c'è solo la fissazione di criteri soggettivi di accesso, comunque ispirati all'*imitatio naturae* (art. 5 L. n. 40/2004) al fine di fondare la genitorialità sul modello strutturale dissimetrico proprio dei legami biologici, dal quale non può prescindere neanche in laboratorio⁶⁵ – esso non dovrebbe valere neanche nella surrogazione. È agevole replicare che la surrogazione non è assimilabile alla P.M.A. eterologa. Non lo è, anzitutto, perché la surrogazione è vietata in quanto lesiva della dignità, con la conseguenza che non è affatto irragionevole trattare diversamente due fattispecie diverse, delle quali l'una ammessa e l'altra riprovata. Esigere di valutare l'idoneità genitoriale della o del committente costituisce una risposta proporzionata alla condotta di chi ha scelto di perseguire una genitorialità per pura intenzione tramite una tecnica che tratta “gestatrice” e nato come cose. Soprattutto, non le è assimilabile sotto il profilo di una comune appartenenza al *genus* delle tecniche di concepimento tramite biotecnologie. Al di là del fatto che la surrogazione presuppone un concepimento «artificiale», *in vivo* o *in vitro*, essa è, in realtà, una tecnica di cessione del neonato ad altri, semplicemente innovata rispetto alla tradizionale cessione di neonato susseguente al concepimento naturale e accompagnata, o meno, dalla supposizione di parto della cessionaria. Essa, infatti, non è preordinata all'innescio del processo generativo ad opera di chi aspira alla genitorialità, come accade nell'eterologa con donazione di ovociti, ma mira all'ottenimento di una persona umana già nata, attribuendola a chi desidera acquistarne la genitorialità a processo generativo già concluso. Poiché, quindi, elude la necessità di ricorrere all'adozione per diventare genitori, è congruo postulare un controllo assimilabile a quello che vale nell'adozione, il ricorso alla quale è stato eluso⁶⁶.

⁶⁵ Al riguardo dei limiti soggettivi di accesso, com'è noto, Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit. ha affermato che «non può considerarsi irrazionale e ingiustificata, in termini generali, la preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato. In questa prospettiva, l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia *ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali. Nell'esigere, in particolare, per l'accesso alla PMA, la diversità di sesso dei componenti della coppia – condizione peraltro chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia – il legislatore ha tenuto conto, d'altronde, anche del grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità” nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che, all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto» (§ 13.1).

⁶⁶ Non sembra che per escludere che la surrogazione sia una cessione di neonato basti il collegamento genetico tra uno dei “genitori d'intenzione” e il nato, secondo quanto avrebbe deciso la Corte Suprema di Israele (citata da C. SHALEV, A. MORENO, H. EYAL, M. LEIBEL, R. SCHUZ, T. EL-DAR-GEVA, *Ethics and regulation*, cit., p. 6 dell'estratto pdf). In specie, non sembra che basti la connessione biologica tra committente di sesso maschile e nato per escludere che la pratica in discorso integri una nuova forma di cessione del neonato. Il contributo genetico materno sembra in verità indispensabile, perché uno dei due titoli astrattamente attributivi della maternità – quello biologico o gestazionale, quello genetico – deve sussistere perché la donna che il diritto qualifica come madre sia tale e non sia soltanto la cessionaria di un figlio altrui. Sennonché, tale contributo è diventato rarissimo nella prassi (*supra*, § 2 nota 22). Di conseguenza, nella sua manifestazione ordinaria, in cui il concepimento avviene tramite ovociti di una terza donna, la surrogazione è una cessione. Non vale obiettare che basti l'intenzione, come titolo potenzialmente concorrente con quello biologico-gestazionale e con quello genetico. L'obiezione, infatti, è una petizione di principio in difetto di una qualsiasi norma di legge che dia

In terzo luogo, l'automatismo destabilizza il sistema delle azioni di stato. È noto che in virtù del combinato disposto degli artt. 238-240 c.c. lo stato di figlio nato o concepito in matrimonio può essere contestato senza limiti di tempo in caso di sostituzione di neonato o supposizione di parto, addirittura in presenza di un possesso di stato conforme all'atto di nascita. In sostanza, l'azione consente di contestare la maternità, e di conseguenza la matrimonialità del nato, sulla base della prova del mancato parto della donna indicata come madre nell'atto di nascita, benché il nato abbia il possesso di stato di figlio nei confronti di tale donna e finanche quando il marito ne sia il padre biologico. Ora, se si desse corso alla trascrizione integrale dell'atto di nascita straniero del nato da surrogazione, si renderebbe incomprensibile il perché si possa contestare lo stato di figlio in caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato, mentre non lo si possa fare nel caso in cui colei che risulta madre dall'atto di nascita egualmente non abbia partorito, per avere fatto ricorso alla surrogazione all'estero. Com'è possibile che si disconosca la maternità della donna cessionaria di un neonato concepito naturalmente, mentre si debba riconoscere la maternità della committente? In altri termini, come si giustifica la coerenza di un sistema che tramite la trascrizione riconosce come madre la committente di un accordo di surrogazione, sol che vi abbia fatto ricorso all'estero, e non riconosce invece come madre colei che abbia fatto risultare la propria maternità inscenando un parto inesistente, rispetto a un neonato ritrovato o a vario titolo ricevuto da altri, ovvero abbia sostituito il proprio neonato con quello di altri o abbia subito la sostituzione del proprio neonato con quello altrui, pur avendolo eventualmente accudito al pari della committente?⁶⁷

all'intenzione rilevanza costitutiva della maternità: norma che, lungi dall'essere superflua, risulta al contrario necessaria entro un sistema in cui in materia di *status* vige una riserva di legge. Tale non può essere, evidentemente, né l'art. 8 L. n. 40/2004, che si riferisce alla P.M.A. omologa e (oggi) eterologa, né l'art. 9, co. 1 della stessa legge, che sostanzialmente stabiliva che il consenso maritale all'eterologa con inseminazione da parte di un terzo, allorché questa – prima dell'intervento della Corte costituzionale – era vietata, fosse costitutivo della paternità. Questa posizione, condivisa dalla dottrina maggioritaria (per A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 769 nota 109 «l'eterologa, come sostengono la Corte costituzionale e la Corte di cassazione, anche quando era vietata era concepita come meno grave della maternità surrogata e, comunque, il fatto che la legge 40/2004 riservi solo per l'eterologa la possibilità della costituzione dello *status* genitoriale esclude direttamente tale possibilità per la maternità surrogata»; del pari per U. SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, sub art. 9, in *Comm. al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Famiglia, III, Torino, 2018, p. 1752, «il silenzio del legislatore, in questo caso, non va considerato indicativo di lacune, ma piuttosto come una tecnica normativa volta a richiamare la disciplina generale della filiazione»; *contra*, con riguardo all'art. 9 L. n. 40/2004, M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, in *www.articolo29.it*, 2018, p. 10 s.), è ora fatta propria anche dalle Sezioni Unite, § 21.2, le quali osservano che «Dalla disciplina degli artt. 8 e 9 della legge 40 del 2004, tuttavia, non possono trarsi argomenti per sostenere l'idoneità del consenso a fondare lo stato di figlio nato a seguito di surrogazione di maternità. Lo spazio entro il quale il consenso risulta idoneo ad attribuire lo stato di figlio in difetto di legame genetico è circoscritto ad una specifica fattispecie – la fecondazione eterologa – ben diversa e ben distinta dalla surrogazione di maternità. In caso di maternità surrogata, la genitorialità giuridica non può fondarsi sulla volontà della coppia che ha voluto e organizzato la procreazione assistita, così come avviene per la fecondazione assistita».

⁶⁷ Che questo costituisca un esito che il sistema non asseconda risulta peraltro, implicitamente ma chiaramente, dalla motivazione della già citata pronuncia della Corte costituzionale n. 272/2017. Essa, resa con riguardo al caso di un bambino nato all'estero da surrogazione di maternità alla quale avevano fatto ricorso un uomo e una donna non coniugati, che avevano effettuato il riconoscimento del nato sempre all'estero ottenendo poi la trascrizione dell'atto di nascita in Italia, ha considerato illimitatamente proponibile l'azione di impugnazione per difetto di veridicità – corrispondente,

La via dell'adozione in casi particolari da parte del partner del genitore biologico ha, comparativamente, minori difetti. Naturalmente, per le ragioni dette sarebbe quantomeno opportuno che venisse codificata dal legislatore attraverso l'enunciazione di una nuova lettera dell'art. 44 L. adoz., ove non si integri l'ipotesi del coniugio - di cui alla lett. b) - tra genitore biologico e adottante. Ciò in coerenza sia con la separazione costituzionale dei poteri, che con la riserva di legge in materia di *status*.

Anzitutto, questa soluzione attenua la distonia sistematica che obiettivamente si dà quando un ordinamento che vieta una certa pratica riconosce gli effetti prodotti da quella stessa pratica, ove compiuta all'estero. Lo *status* italiano viene infatti a prodursi per effetto di una fattispecie diversa da quella che fa sorgere lo *status* all'estero, annoverando elementi supplementari e una sentenza costitutiva resa a seguito di una valutazione discrezionale del giudice. All'antinomia per opposizione contraria subentra così una più blanda antinomia per opposizione contraddittoria⁶⁸ tra il divieto della surrogazione e il permesso dei suoi effetti, in dipendenza di certi requisiti, che non mina alla base la coerenza dell'ordinamento. La soluzione adottiva tratta poi la questione in modo più maturo e profondo, degno della serietà dei valori in gioco. Così si assicura una soluzione coerente con la dimensione istituzionale della filiazione, la quale non è un affare meramente privato, che possa liquidarsi con la recezione di un accordo, come dimostra il principio di indisponibilità dello *status*, che implica l'impossibilità dell'autonomia privata di incidere sulle fattispecie costitutive ed estintive dello stato di figlio, il cui monopolio è riservato alla legge.

Nel merito, l'adozione applicata alla surrogazione esprime un modello in cui le due polarità possibili della genitorialità sociale, potenzialmente alternative, cioè la scelta *pro futuro* e l'accudimento nel tempo, si ricongiungono, a tutto vantaggio del minore, che può diventare figlio in quanto voluto e accudito dal committente. Applicata alla surrogazione, l'adozione in casi particolari sembra così esprimere un modello di genitorialità sociale adeguato alla complessità della fattispecie. È un modello in cui l'intenzione è corroborata da un accudimento protratto, rivelatosi conforme all'interesse del minore e accompagnato dalla rinnovazione dell'intenzione originaria, frattanto comprovata dai fatti⁶⁹.

nella filiazione non matrimoniale, a quella di contestazione dello stato, di cui si parla nel testo - del riconoscimento compiuto dalla donna committente, senza che l'interesse del minore alla continuità affettiva con la madre legale che l'ha frattanto accudito possa condizionarne la proponibilità. Se, infatti, ordinariamente il giudice deve bilanciare tra l'interesse alla verità dello *status* e quello del minore a eventualmente conservare lo *status* di figlio del genitore il cui falso riconoscimento è impugnato, nel caso di nascita da surrogazione di maternità l'interesse alla verità assume natura pubblica e prevale in ogni caso. Di conseguenza, la contestabilità dello *status* di figlio nei confronti della committente depone contro la trascrizione dell'atto straniero di nascita per la parte relativa alla genitorialità di questa, se non si vuole imputare all'ordinamento l'antinomia tra il riconoscimento automatico dello stato straniero e la sua (anche immediata, ma peraltro imprescrittibile) contestazione, cioè tra la pretesamente doverosa produzione di una risultanza fittizia e la sua eliminazione, la quale, a tacer d'altro, comporta un inutile dispendio di risorse giuridiche.

⁶⁸ N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 209 ss.

⁶⁹ Le Sezioni Unite sono inequivoche al riguardo. Dapprima osservano che «alla base della domanda di adozione particolare da parte del genitore sociale, ai sensi dell'art. 44, primo comma, lettera d), c'è la condivisione, con il genitore biologico, della responsabilità conseguente alla scelta di aver dato vita al progetto procreativo in un Paese estero in

Il tribunale per i minorenni deve effettuare un vaglio di merito, valutando una serie di parametri (art. 57, co. 3 L. adoz.). L'interesse del minore deve essere preso sul serio dal giudicante, non solo affinché il ricorso all'adozione in casi particolari non risulti un mero espediente per raggiungere il medesimo risultato della trascrizione integrale dell'atto di nascita o del riconoscimento pieno del provvedimento giurisdizionale, che si sono negati in linea di principio, ma anche per rispetto del minore. Perché l'interesse del minore venga preso sul serio, infatti, esso deve essere suscettibile di verifica e quindi anche di falsificazione in dipendenza delle circostanze del caso concreto. È quindi possibile un esito negativo del controllo e di conseguenza un provvedimento di rigetto che, come tutela il nato di contro all'acquisizione di una genitorialità che si riveli sconveniente nel caso concreto, così sventa ogni effetto premiale verso il committente, altrimenti insito nell'automatismo⁷⁰. Non per ciò, peraltro, ogni rapporto con il committente resterebbe escluso, grazie ai principi elaborati dalla Consulta sulla continuità affettiva. Questi consentono di modulare su controllo del giudice una persistente frequentazione pur quando l'adozione non sia

conformità della *lex loci*; c'è, inoltre, il rapporto costante di affetto e di cura all'interno dell'unica famiglia nella quale il bambino è cresciuto. In altri termini, alla condivisione, da parte della coppia, della decisione di far venire al mondo il bambino, liberamente impegnandosi ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità, fanno seguito e si associano l'accudimento, l'allevamento e la cura del minore» (§ 11). Di seguito aggiungono che «L'automatico riconoscimento della genitorialità intenzionale già accertata all'estero non realizza la pienezza di tutela del minore, che richiede invece una particolare conformazione, con i caratteri della effettività e della stabilità, impressa dalla concomitante e acclarata situazione di fatto» (§ 12). E ancora: «il riconoscimento della genitorialità non può essere affidato ad uno strumento di carattere automatico. L'instaurazione della genitorialità e il giudizio sulla realizzazione del miglior interesse del minore non si coniugano con l'automatismo e con la presunzione, ma richiedono una valutazione di concretezza: quella valutazione di concretezza che postula il riscontro del preminente interesse del bambino a continuare, con la veste giuridica dello *status*, un rapporto di cura e di affettività che, già nei fatti, si atteggia a rapporto genitoriale. Una diversa soluzione porterebbe a fondare l'acquisto della genitorialità sulla sola scelta degli adulti, anziché su una relazione affettiva già di fatto instaurata e consolidata» (§ 21.3). «Il titolo che giustifica la costituzione dello stato è fondato, non sull'intenzione di essere genitore, ma sulla condivisione del progetto genitoriale seguita dalla cura e dal rapporto affettivo costanti; il provvedimento del giudice presuppone, inoltre, un giudizio sul miglior interesse del bambino e una verifica in concreto dell'idoneità del genitore istante» (§ 26). Insistita è l'enfasi sulla «verifica in concreto di conformità al superiore interesse del minore» (§ 12).

⁷⁰ A chi obietta che la via dell'adozione in casi particolari non dà tutela al nato qualora il genitore d'intenzione si dilegui dalla sua vita, astenendosi dal presentare la relativa domanda giudiziale (per tutti U. SALANITRO, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, in *Giur. it.*, 2022, 1831), può replicarsi che al minore non spetta un diritto allo stato di figlio della o del committente biologicamente estraneo, fondato sulla sola volontà espressa da questo (peraltro, all'estero) in un *punctum temporis*, ma spetta (anche secondo la giurisprudenza della Corte EDU) il diritto al riconoscimento di un legame familiare di fatto che, partendo dal progetto procreativo in cui quell'intenzione si è manifestata, si consolidi in una comunione di vita rivelatrice dell'affettività propria di ciò che è familiare. Il dileguarsi, quindi, dovrebbe palesare l'insussistenza di quello stesso legame che costituisce l'oggetto del diritto da tutelare. Peraltro, la via accennata prima, qual è quella di applicare l'art. 279 c.c., non dà luogo al problema dell'impossibilità di costituire un legame con un genitore renitente, perché prescinde dall'attivazione di quest'ultimo, il quale figura come legittimato passivo di un'azione proponibile innanzi al tribunale ordinario dal figlio tramite – se minore – un curatore speciale nominato dal giudice, su istanza del genitore esercente la responsabilità genitoriale (cioè il genitore biologico rispetto al quale l'atto di nascita straniero è stato trascritto o il provvedimento giudiziario straniero ha prodotto effetti) o del pubblico ministero. Quanto all'eventualità del diniego dell'assenso del genitore biologico (quand'anche esercente la responsabilità genitoriale) all'adozione da parte del partner o ex partner, la sua rilevanza impeditiva è superata dall'interpretazione che le Sezioni Unite danno dell'art. 46 2° co. L. adoz., alla stregua della quale tale rifiuto «appare ragionevole soltanto se espresso nell'interesse del minore, ossia quando non si sia realizzato tra quest'ultimo ed il genitore d'intenzione quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione» (§ 11).

stata pronunciata, sempreché l'interruzione del rapporto di fatto col committente – non abbastanza proficuo da giustificare la formalizzazione giuridica – sia controproducente per il minore⁷¹. Per converso, una volta pronunciata l'adozione il rapporto che ne deriva guadagna la pienezza di effetti propria di ogni rapporto di filiazione e vale a inserire l'adottato nella famiglia anche estesa dell'adottante⁷².

Infine, a questa stregua si realizza parità di trattamento tra il nato da surrogazione compiuta in Italia in violazione del divieto e il nato da surrogazione compiuta all'estero in elusione del divieto. Solo così, infatti, si impedisce che il secondo si avvantaggi di un accertamento automatico di stato che al primo è precluso nel rapporto con la committente o il committente, i quali possono diventare genitori solo tramite adozione in casi particolari, previo mancato riconoscimento del nato ad opera della madre surrogata (si suppone, nubile) e riconoscimento dello stesso da parte del committente uomo che ne sia il padre biologico.

⁷¹ Cfr. Corte cost., 20 giugno 2016, n. 225 (in *Corr. giur.*, 2017, p. 175, con nota di G. DE MARZO, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'ex compagna della genitrice biologica*; in *Fam. dir.*, 2017, p. 305, con nota di F. TOMMASEO, *La Corte costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo*; in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329, con nota di G. CASABURI, *Genitorialità omosessuale, un passo indietro della Consulta e molti altri (avanti ed in giro) della Cassazione*).

⁷² Cfr. *supra*, § 1 nota 12.