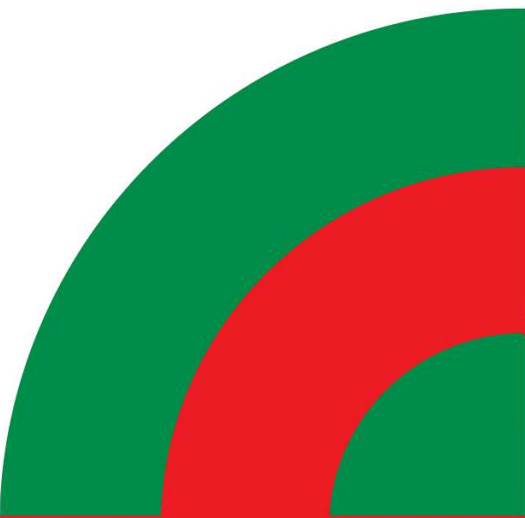




diritto & religioni

Semestrale
Anno XV - n. 1-2020
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

29



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Un pericoloso “passo indietro” della Suprema Corte a proposito della c.d. maternità surrogata

A dangerous “step back” by the Supreme Court regarding the so-called surrogate motherhood

(Commento a Corte di Cassazione, sez. I Civile, ordinanza interlocutoria 5 dicembre 2019 – 29 aprile 2020, n. 8325)

GIUSEPPE RECINTO

RIASSUNTO

Il lavoro mira ad analizzare la recente ordinanza interlocutoria n. 8325 del 2020 della Suprema Corte in tema di maternità surrogata, con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, tra l'altro, dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, che sancisce il divieto penale della c.d. gestazione per altri, in quanto risulterebbe “d'ostacolo all'inalienabile diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza nel nucleo familiare, inteso come formazione sociale tutelata dalla Carta Costituzionale”.

In particolare si sottopone a revisione critica il tentativo dei giudici di legittimità di prospettare una possibile conformità all'ordine pubblico della c.d. maternità surrogata “altruistica”, ovvero senza corrispettivo per la gestante, in considerazione dell'irrimediabile conflitto con il nostro quadro di valori costituzionali, ed, in primis, con il c.d. principio personalista di cui all'art. 2 cost., posto che anche siffatta tipologia di gestazione per altri, al pari di quella c.d. “commerciale”, si sostanzia in una “mercificazione” della donna e del minore coinvolti.

PAROLE CHIAVE

Filiazione, maternità surrogata

ABSTRACT

The work aims to analyze the recent interlocutory ordinance n. 8325 of

2020 of the Supreme Court on surrogacy, with which the question of constitutional legitimacy was raised, among other things, of art. 12, paragraph 6, l. n. 40/2004, which sanctions the criminal prohibition of the so-called gestation for others, as it would be “an obstacle to the inalienable right of the minor to insertion and permanent permanence in the family nucleus, understood as social formation protected by the Constitutional Charter”.

In particular, the attempt by the legitimacy judges to propose a possible compliance with the public order of the so-called “altruistic” surrogate motherhood, or without consideration for the pregnant woman, in consideration of the irremediable conflict with our framework of constitutional values, and, first of all, with the so-called personalist principle as per art. 2 of the Constitution, provided that this type of gestation for others, like that of the so-called “commercial”, consists of a “commodification” of the woman and child involved.

KEY WORDS

Filiation, surrogate motherhood

Con l’ordinanza interlocutoria n. 8325 del 2020³⁹ la Suprema Corte sembra “ritornare sui propri passi” in tema di maternità surrogata⁴⁰, rispetto a quanto, recentemente, espresso nella decisione a Sezioni Unite n. 12193 del 2019⁴¹. Invero, nella ordinanza in questione i giudici di legittimità hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, dell’art. 18 d.p.r. n. 396/2000 e dell’art. 64, comma 1 lett. g) l. n. 218/95, “nella parte in cui non consentono, secondo l’interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l’ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all’inserimento nell’atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del cd. genitore d’intenzione non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost., art.

³⁹ Cass., sez. I civ., ordinanza interlocutoria 5 dicembre 2019 – 29 aprile 2020, n. 8325, in *Famiglia e diritto*, 2020, con commento di GIUSEPPE RECINTO, *Un inatteso “revirement” della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*.

⁴⁰ In argomento, diffusamente, *ex multis*, GEREMIA CASABURI, *Maternità surrogata*, su www.treccani.it.

⁴¹ Cass. Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193: per osservazioni, in proposito, si consentito il rinvio a GIUSEPPE RECINTO, *Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo “stop” al “diritto ad essere genitori”*, in questa *Rivista*, 2019, 560 ss.; ID., *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere “filiazione”*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, 347 ss.

117 Cost., comma 1, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali, artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori, ratificata in Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176 e dell'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea".

Nello specifico, la vicenda da cui muove l'ordinanza di rimessione attiene a due cittadini italiani dello stesso sesso, sposati in Canada, il cui vincolo è stato successivamente trascritto in Italia nel registro delle unioni civili, che lamentano la mancata trascrizione da parte dell'ufficiale di stato civile di un comune italiano dell'atto di nascita di un minore, concepito all'estero mediante una c.d. maternità surrogata, nel quale era indicato come figlio di entrambi⁴².

Come detto, l'ordinanza in oggetto sembra rappresentare un pericoloso "*passo indietro*" della *Suprema Corte in materia*, posto che i giudici rimettenti, richiamandosi al parere consultivo del 10 aprile 2019 della *Grand Chambre*⁴³ in tema di maternità surrogata, espressamente affermano che, oramai, con riferimento alla c.d. gestazione per altri si impongano "scelte ermeneutiche differenti" da quelle prospettate, invece, dalle Sezioni Unite. Quest'ultime, infatti, nella sentenza n. 12193 del 2019 avevano rilevato che non può essere riconosciuta efficacia nel nostro ordinamento al provvedimento giurisdizionale emesso all'estero, che accerti il rapporto di filiazione tra il c.d. genitore d'intenzione e un minore di età, concepito all'estero da maternità surrogata, tenuto conto che il divieto penale di siffatte pratiche vigente nel nostro sistema giuridico, essendo posto a presidio di valori fondamentali - quali la dignità umana della gestante e l'adozione -, racchiude un principio di ordine pubblico, posto che la l. n. 40/2004 rappresenta una legge "costituzionalmente necessaria".

⁴² Nello specifico la fecondazione è avvenuta tra un ovocita di una donatrice anonima e i gameti di uno dei ricorrenti, con successivo impianto dell'embrione nell'utero di una diversa donna, non anonima, che ha portato a termine la gravidanza. Inoltre, nella ordinanza si osserva, altresì, che "La stessa condizione di non riconoscibilità da parte del genitore intenzionale non biologico riguarda anche le coppie eterosessuali e una ipotetica differenziazione del regime di trascrizione degli atti di nascita sulla base della eterosessualità dei coniugi o della loro omosessualità incontrerebbe comunque la preclusione nei principi [...] di non discriminazione nei confronti del minore e dei suoi genitori e nel carattere inviolabile dei diritti fondamentali del minore alla identità e alla vita familiare". Nondimeno, al riguardo, deve rilevarsi che, come si evidenzierà meglio nel prosieguo del commento, le ragioni che sono alla base del divieto di realizzare pratiche di gestazione per altri nel nostro ordinamento, coinvolgendo innanzitutto il rischio di una "mercificazione" della gestante e del minore, sono destinate ad operare anche in caso di coppie di sesso diverso, le quali, tuttavia, al ricorrere dei presupposti di cui alla l. n. 40/2004, possono accedere alla PMA, oltre ovviamente ai procedimenti di adozione c.d. piena.

⁴³ Parere consultivo del 10 aprile 2019 della *Grand Chambre (request n. P16-2018-001)*, a seguito del rinvio della Corte di Cassazione francese: il provvedimento può essere consultato sul sito della C. Edu: www.echr.coe.int.

Viceversa, nel parere consultivo in oggetto la C. Edu ha osservato che il diritto al rispetto della vita privata, ai sensi dell'art. 8 CEDU, del minore nato all'estero da pratiche di maternità surrogata, vietate nel paese di origine dei genitori committenti, impone che la legislazione nazionale contempli la possibilità di riconoscere la relazione del minore con il c.d. genitore intenzionale, fermo restando che tale riconoscimento non deve inevitabilmente implicare la trascrizione del certificato di nascita nei registri dello stato civile, potendosi ricorrere anche ad altri strumenti, purchè le modalità previste dal diritto interno garantiscano una attuazione celere ed effettiva, che sia rispettosa del superiore interesse del minore coinvolto⁴⁴.

Sì che, secondo l'ordinanza di rimessione, la prospettiva indicata dalla C. Edu nel parere consultivo in questione mostrerebbe “due profili di conflitto non superabili”, neanche mediante il ricorso ad una interpretazione costituzionalmente orientata, “con la attuale situazione del diritto vivente in Italia come configurato dalla recente sentenza delle Sezioni Unite”.

Il primo profilo di conflitto riguarderebbe l'attribuzione al divieto di maternità surrogata dello statuto di principio di ordine pubblico internazionale prevalente a priori sull'interesse del minore per effetto di una scelta compiuta dal legislatore italiano in via generale e astratta dalla valutazione del singolo caso concreto⁴⁵.

I giudici di legittimità ritengono, infatti, che il divieto penale di siffatte pratiche *ex art. 12, comma 6, l. n. 40/2004*, in virtù della interpretazione offertane dalle Sezioni Unite, può determinare “un affievolimento *ex lege* del diritto al riconoscimento dello status filiationis legalmente acquisito all'estero” dal minore, con conseguente lesione del suo superiore interesse alla conservazione del rapporto di filiazione.

L'altro profilo di conflitto investirebbe la possibilità, delineata sempre dalle Sezioni Unite⁴⁶, che il rapporto tra il minore e il c.d. genitore d'intenzione, nelle ipotesi in cui non ricorra un legame biologico tra gli stessi, sia preservato attraverso “il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del

⁴⁴ In una più ampia dimensione, in merito alla necessità di spogliare “il c.d. superiore interesse del minore di quella eccessiva enfasi che sovente lo accompagna [...], e che tende a farne una sorta di “generica panacea contro ogni male” non sempre funzionale a salvaguardare proprio le istanze dei minori”: GIUSEPPE RECINTO, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *Dir. succ. e fam.*, 895 ss.

⁴⁵ Aveva già posto in risalto questo profilo, GIOVANNI PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Luci e ombre nella recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, 337 ss.

⁴⁶ Ancora, Cass. Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

1983”⁴⁷, realizzandosi in questo modo un bilanciamento tra il c.d. *favor veritatis* e le esigenze di protezione della dignità della gestante.

Per l’ordinanza in oggetto, invece, la c.d. adozione in casi particolari, da un lato, non garantirebbe quelle esigenze di effettività di tutela del minore indicate dalla C. Edu nel parere consultivo, tenuto conto che “l’adozione in casi particolari di cui all’art. 44, lett. d), non crea legami parentali con i congiunti dell’adottante ed esclude il diritto a succedere nei loro confronti”, e, dall’altro lato, non assicurerebbe neanche quella necessaria celerità della procedura, ancora invocata dai giudici di Strasburgo, considerato che si tratta di “un procedimento finalizzato ad un provvedimento che richiede un lungo e complesso iter processuale e decisionale”.

Pertanto, come già rilevato, in base alla ordinanza in commento, il quadro normativo di riferimento in materia - tra cui, in particolare, l’art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 - risulterebbero, in primo luogo, in contrasto con gli artt. 2, 30 e 31 cost., posto che “l’interpretazione delle Sezioni Unite è d’ostacolo all’inalienabile diritto del minore all’inserimento e alla stabile permanenza nel nucleo familiare, inteso come formazione sociale tutelata dalla Carta Costituzionale, attesa l’impossibilità di sancire la paternità legale del genitore d’intenzione”⁴⁸, nonché, per quanto riguarda l’adombrato “deficit di istituti alternativi” al riconoscimento dello *status filiationis*, con l’art. 117 Cost., comma 1, quest’ultimo in relazione all’art. 8 della Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali, artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori”.

Ciò rilevato, fermo restando che sono diversi i profili della ordinanza di

⁴⁷ In argomento, per tutti, MICHELA SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2019, 444 ss. Circa il diffuso orientamento giurisprudenziale volto a ricomprendere nella “constatata impossibilità di un affidamento preadottivo” richiamata dall’art. 44, comma 1, lett. d, l. n. 184/1983, non soltanto le ipotesi di impossibilità materiale, ma anche i casi di impossibilità giuridica dovuta alla mancanza di uno stato di abbandono, con conseguente possibilità di accedere a siffatta tipologia di adozioni anche da parte del *partner*, pure dello stesso sesso del genitore, cfr. GIUSEPPE RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, 104 ss., ove anche specifici riferimenti a Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, 2368 ss., con nota di GEREMIA CASABURI, *L’adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*, nella quale i giudici di legittimità hanno confermato l’indirizzo in esame, già espresso in precedenza da taluni giudici di merito.

⁴⁸ Con riferimento ai più recenti sviluppi del diritto di famiglia rispetto all’assetto delle relazioni familiari rinvenibile nel dettato costituzionale, LUIGI BALESTRA, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant’anni di confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, 245 ss., ad avviso del quale “gli anni più recenti si sono invero contraddistinti per un’evoluzione del diritto delle relazioni familiari che – nell’ottica della preservazione di una pluralità di interessi affermatasi col tempo – ha sancito il superamento, quanto meno parziale, dell’impianto costituzionale il quale, per quel che concerne, i contenuti di cui agli artt. 29 e 30 denuncia una certa vetustà”.

rimessione in esame, che suscitano non pochi interrogativi⁴⁹, c'è, però, un aspetto che più di ogni altro lascia decisamente “perplexi”, in quanto rischia, in una più ampia prospettiva, di “prestare il fianco” ad un possibile ingresso, seppure a determinate condizioni, delle pratiche di maternità surrogata nel nostro ordinamento. Ci si riferisce, nello specifico, all'affermazione dei giudici rimettenti, secondo cui, in vista di un eventuale riconoscimento del rapporto di filiazione tra il minore ed i committenti, non può ritenersi “irrilevante che la gestazione in questione sia avvenuta nel pieno rispetto delle leggi di un Paese, quale il Canada, che condivide i fondamentali valori della nostra Costituzione e legittima solo la “maternità surrogata” altruistica, cioè senza corrispettivo e diretta a fornire sostegno a favore di una nascita, che altrimenti non potrebbe avvenire, con il consenso, accertato dalle autorità giurisdizionali, della madre gestazionale e/o genetica a non assumere lo status di genitore per favorire l'avvento di una nuova vita. Tale fattispecie ispirata da intenti solidaristici va distinta da quelle ipotesi in cui, invece, questa stessa pratica è realizzata con finalità di tipo commerciale”.

Invero, la Suprema Corte sembra del tutto trascurare che anche la c.d. maternità surrogata “altruistica” può realizzare una lesione della dignità della gestante, la cui tutela, ad avviso delle Sezioni Unite⁵⁰, è posta alla base del divieto di cui all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004.

Basti soltanto considerare, ad esempio, la preventiva e drammatica “rinuncia” della gestante ad ogni relazione, fin dai primi attimi di vita, con il minore, oppure al “controllo” riconosciuto ai committenti, sempre sulla gestante, che può giungere, durante la gravidanza, ad “imporre” stili di vita, di alimentazione, abitudini sessuali, fino a contemplare clausole di “aborto/risoluzione”, attivabili dagli aspiranti genitori.

Sì che la Corte sembra discorrere con una certa “disinvoltura” di un “consenso, accertato dalle autorità giurisdizionali, della madre gestazionale e/o genetica a non assumere lo status di genitore per favorire l'avvento di una nuova vita”, come se l'ipotetica gratuità della manifestazione di volontà della gestante potesse privare una simile pratica di quel tipico carattere di “mercificazione” del corpo della donna, che, di fatto, viene ridotta ad una funzione di mera “incubatrice”.

Senza considerare, poi, la “mercificazione” del minore coinvolto, che, di regola, non ha la possibilità di conoscere le proprie origini, e che, subito dopo il parto, viene separato dalla donna che lo ha portato in grembo e con la quale,

⁴⁹ Per i quali si rinvia a GIUSEPPE RECINTO, *Un inatteso “revirement” della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, cit.

⁵⁰ Cass. Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

durante, la gravidanza ha “costruito” un rapporto di c.d. *cross-talk*, ovvero di comunicazione e conoscenza molecolare e mediante segnali biochimici⁵¹.

Inoltre, come è noto, molto spesso dietro la presunta gratuità della c.d. maternità surrogata “altruistica” si annidano clausole di rimborso o di indennizzo a favore della gestante, come, ad esempio, quelle relative ai cdd. mancati guadagni, che “nascondono” dei veri e propri compensi.

Ebbene, davvero, non si comprende come la Suprema Corte abbia potuto “intravedere” in siffatte pratiche una “fattispecie ispirata da intenti solidaristici”, assimilabili, addirittura, ai “fondamentali valori della nostra Costituzione”.

Invero, nelle vicende in esame non emerge alcunchè di solidaristico, quanto piuttosto soltanto una egoistica aspirazione dei committenti a divenire genitori “ad ogni costo” attraverso una “mercificazione” della gestante e del minore, che appare irrimediabilmente in conflitto con il nostro quadro di valori costituzionali, ed, *in primis*, proprio con il c.d. principio personalista di cui all’art. 2 cost.

D'altronde per la Corte queste ipotetiche istanze solidaristiche risiederebbero nell'impegno della gestante a “fornire sostegno a favore di una nascita”, mentre, alla luce delle considerazioni svolte, sembrerebbe più corretto discorrere di un impegno della gestante “a rendere genitori i committenti”.

Pertanto, sembra potersi affermare che, nella ordinanza in esame, riaffiora nuovamente il tentativo⁵², che si credeva oramai sopito, di prospettare l'operatività nel nostro ordinamento di un generico “diritto ad essere genitori”, evocandosi ancora una volta la formula “favor affectionis” + “superiore interesse del minore” = “rapporto di filiazione”⁵³.

Dunque, nella ordinanza interlocutoria in commento, i giudici di legittimità, muovendo dall’inalienabile diritto del minore all’inserimento e alla stabile permanenza nel nucleo familiare”, finiscono per “guardare”, come è avvenuto in parte anche nell’ultima riforma della filiazione⁵⁴, principalmente

⁵¹ Sottolinea che “il divieto di maternità surrogata non tutela soltanto il diritto alla dignità della persona gestante, ma anche l’interesse dei minori a non essere oggetto di traffici giuridici”, GIOVANNI PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Luci e ombre nella recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, cit., 337 ss.

⁵² Per indicazioni, GIUSEPPE RECINTO, *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne «adultocentriche» e scelte apparentemente «minorecentriche» della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., I, 3669 ss.

⁵³ GIUSEPPE RECINTO, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, cit., p. 895 e ss.

⁵⁴ V., al riguardo, diffusamente GIUSEPPE RECINTO, *L. n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. e famiglia*, 2013, 1475 ss.; Id., *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., 11 ss. Più in generale sulla l. n. 219 del 10 dicembre 2012, rubricata «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali», e il dlgs. n. 154 del 28 dicembre 2013, per la «Revisione

agli interessi degli adulti.

Ad avviso della Corte, infatti, la conservazione o meno dello *status filiationis* da parte del minore di età dovrebbe dipendere da un “accadimento”, ovvero il “pagamento” o meno da parte degli aspiranti genitori di un corrispettivo, che si colloca temporalmente prima della sua nascita, ed è, quindi, esclusivamente riconducibile ad una “valutazione” dei committenti in funzione del loro “personale” desiderio di genitorialità.

Sì che l’aver indicato il “progetto genitoriale” dei committenti, ed, in particolare, il carattere “altruistico” o “commerciale” della maternità surrogata⁵⁵, quale aspetto da considerare ai fini della attribuzione dello *status filiationis* nei riguardi del genitore intenzionale non biologico sembra rispondere ad una logica prettamente adultocentrica⁵⁶, diretta a valorizzare soprattutto il punto di vista dei committenti e la loro intenzione di divenire genitori.

Del resto, i giudici di legittimità, sulla base della riferita prospettiva, giun-

delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219»: cfr., *ex multis*, CESARE MASSIMO BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1 ss.; GIUSEPPE RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit. p. 11 ss.; ID., *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, cit., p. 1475 ss.; GILDA FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 525 ss.; MICHELE SESTA, *L’unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 231 ss.; ID., *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 251 ss.; ENRICO AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 466; MASSIMO DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al governo*, *ivi*, 2013, p. 279 ss.; ROSANNA PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli, 2014, *passim*; ID., *Il nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 2015; AA.VV., *La riforma del diritto della filiazione*, in *Nuove legg. civ. comm.*, 2013, p. 437 ss.; FERNANDO BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, p. 267 ss.; GIOVANNA CHIAPPETTA, *Lo stato unico di figlio*, Napoli, 2014; L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2013, p. 202 ss.; ANTONIO PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 245 ss.; VINCENZO CARBONE, *Riforma della famiglia: considerazioni introduttive*, in *Fam. dir.*, 2013, spec. p. 225 ss.; ID., *Il d.lgs. n. 154/2013 sulla revisione delle disposizioni vigenti in tema di filiazione*, in *Fam. dir.*, p. 447 ss.; BRUNO DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, *ivi*, 2013, p. 291 ss.; ALBERTO FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014; RAFFAELE PICARO, *Stato unico della filiazione. Un problema ancora aperto*, Torino, 2013, *passim*; AA.VV., *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, a cura di MIRZIA BIANCA, Milano, 2014, *passim*; UGO SALANITRO, *La riforma della filiazione dopo l’esercizio della delega (I parte)*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 540 e ss.; ID., *La riforma della filiazione dopo l’esercizio della delega (II parte)*, *ivi*, p. 675 ss.; PIERO SCHLESINGER, *Il d.lg. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 443 ss.

⁵⁵ Circa le “presunte” differenze tra maternità surrogata “altruistica”, in quanto priva di un corrispettivo per la gestante, e maternità surrogata “commerciale”, ovvero caratterizzata da un compenso per la gestante: cfr., *ex multis*, DANIELA DANNA, “Fare un figlio per altri è giusto”. Falso!, Bari, 2017, *passim*.

⁵⁶ V. GIUSEPPE RECINTO, *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne «adultocentriche» e scelte apparentemente «minorecentriche» della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Foro it.*, 2017, I, 3669 ss.

gono ad affermare che il diniego del riconoscimento del rapporto di filiazione dovrebbe aversi soltanto all'esito di una valutazione che "in via eccezionale" porti a ritenere "corrispondente all'interesse specifico del minore il mancato riconoscimento dello stato di filiazione".

Sì che, mentre per le Sezioni Unite⁵⁷, in virtù di una impostazione attenta a tutte le circostanze del caso concreto, anche l'adozione in casi particolari da parte del c.d. genitore intenzionale può assicurare, in talune ipotesi, una adeguata tutela per gli interessi del minore⁵⁸, non essendo questo modello di adozione destinato a "creare un nuovo rapporto genitore-figlio", quanto piuttosto a "prendere atto di una relazione già sussistente e consolidata» nella vita del minore, valutandone l'utilità⁵⁹; diversamente, per l'ordinanza in parola l'adozione in casi particolari, alla luce della adombrata ed astrattizzante "presunzione" di prevalenza del c.d. superiore interesse del minore di età alla conservazione del rapporto di filiazione, rappresenta una soluzione del tutto marginale, in considerazione, tra l'altro, di un asserito "deficit di istituti alternativi" al riconoscimento dello *status filiationis*.

Tuttavia, queste conclusioni lasciano ancora più disorientati se si considerano i più recenti approdi in materia, sia della giurisprudenza interna che della C. Edu.

Con riferimento alla prima, volendo tralasciare le già richiamate indicazioni delle Sezioni Unite⁶⁰, basti considerare la sentenza n. 272 del 2017⁶¹ della Consulta, che, prendendo, per l'appunto, le mosse dalla "considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità", in quanto "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane", ha, tra l'altro, escluso l'illegittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., osservando che - quantunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione prevalga in modo automatico sull'interesse del minore alla conservazione di determinati rapporti affettivi - ai fini di siffatto bilanciamento devono neces-

⁵⁷ Sempre, Cass. Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

⁵⁸ Come rilevato da Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, cit., questa "particolare ipotesi normativa di adozione" mira "a dare riconoscimento giuridico, previo rigoroso accertamento della corrispondenza della scelta all'interesse del minore, a relazioni affettive continuative e di natura stabile instaurate con il minore e caratterizzate dall'adempimento di doveri di accudimento, di assistenza, di cura e di educazione analoghi a quelli genitoriali".

⁵⁹ App. Roma, sez. minori, 23 dicembre 2015, su www.dirittocivilecontemporaneo.it, con nota di JOELLE LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*.

⁶⁰ Cass. Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

⁶¹ In *Foro it.*, 2018, I, 21 ss., con nota di GEREMIA CASABURI, *Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata*.

sariamente valorizzarsi tutte le circostanze del caso concreto, considerando anche il possibile ricorso a differenti forme di tutela per il minore rispetto alla configurazione di un rapporto di filiazione “pieno” con il c.d. genitore intenzionale.

Oppure si pensi, sempre con riferimento alla giurisprudenza costituzionale, alla recente decisione n. 221 del 2019 della Consulta⁶², che, nell’escludere l’illegittimità costituzionale degli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10, l. n. 40/2004, nella parte in cui, rispettivamente, limitano l’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole “coppie ... di sesso diverso” e sanzionano, di riflesso, chiunque applichi tali tecniche “a coppie ... composte da soggetti dello stesso sesso”, ha nitidamente delineato la distinzione tra il desiderio di essere genitore ed il diritto a divenirlo, evidenziando che all’ordinamento non può essere richiesto di assicurare la “soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale”, così da “rendere incompatibile [...] ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione”⁶³.

Tant’è che per il giudice delle leggi l’aspirazione ad essere genitore deve essere necessariamente “bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti”⁶⁴.

Ma, come detto, anche la giurisprudenza della C. Edu sembra delineare in alcuni casi delle soluzioni diverse rispetto a quelle prospettate nella ordinanza di rimessione in esame, se soltanto si tiene presente la decisione della *Grande Chambre*⁶⁵, che “ribaltato” la pronuncia⁶⁶ nella quale il nostro paese era stato originariamente sanzionato per avere dichiarato adottabile un minore nato all’estero da una pratica di maternità surrogata⁶⁷ -, che ha giudicato, come si

⁶² In *Corriere giuridico*, 2019, 1460, con commento di GIUSEPPE RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”*; v., inoltre, ID., *La Corte costituzionale e la legittimità del divieto per coppie dello stesso sesso di ricorrere alla PMA: non può configurarsi nel nostro ordinamento un “diritto assoluto alla genitorialità”*, in *www.giustiziacivile.com* (06/11/2019), 1 ss.

⁶³ Ancora C. Cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit.

⁶⁴ Nuovamente C. Cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit.

⁶⁵ CEDU, *Grande Chambre*, sent. 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia, in *Foro it.*, 2017, IV, 105 ss., con nota di GEREMIA CASABURI, *La Corte europea cambia opinione: l’allontanamento di un bambino nato da maternità surrogata e in violazione delle disposizioni italiane sull’adozione internazionale non viola l’art. 8 Cedu*.

⁶⁶ Cedu, sent. 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia.

⁶⁷ Cass. 26 settembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, 3414 ss., con nota di GEREMIA CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione ed il divieto di maternità surrogata*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 235 ss., con nota di CLAUDIA BENATTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all’ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*.

era già auspicato in precedenza⁶⁸, non sufficiente ai fini dell'accertamento di una "vita familiare" da salvaguardare la mera "esistenza di un progetto genitoriale e la qualità dei legami affettivi" in presenza di una serie di ulteriori e contrari indici, quali "l'assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori, la breve durata della relazione con il minore e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico".

D'altronde, l'ordinanza in commento sembra trascurare anche un "passaggio" particolarmente significativo proprio del parere consultivo della C. Edu⁶⁹ in materia, ovvero quello in cui si osserva che, rispetto alla pratiche di gestazione per altri, la protezione del superiore interesse del minore non depone, sempre e comunque, per la conservazione del rapporto del minore con il c.d. genitore intenzionale, dovendosi, per i giudici di Strasburgo, analizzare la reale e specifica relazione che intercorre tra quel singolo minore e quell'adulto, anche al fine di superare i rischi di abuso, che si annidano dietro il ricorso a siffatte pratiche, siano esse "altruistiche" o meno.

Pertanto, l'ordinanza di rimessione della Suprema Corte, nonostante sottolinei, più volte, la necessità di non fare "ricadere gli effetti negativi sul soggetto che non ha alcuna responsabilità per le modalità in cui è stato concepito", e cioè la persona di minore età⁷⁰, sembra, invece, "muoversi", come detto, in una dimensione tipicamente "adultocentrica"⁷¹, rispetto alla quale i "bisogni" del minore di età quale persona unitariamente intesa in tutte le sue componenti - affettive, psicologiche, fisiche, relazionali e culturali⁷² - sembrano "dissolversi" al cospetto dei "bisogni" degli aspiranti genitori.

Viceversa, recentemente, nel commentare favorevolmente la decisione su maternità surrogata ed ordine pubblico delle Sezioni unite⁷³, si è osservato che

⁶⁸ GIUSEPPE RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., 95 ss.

⁶⁹ Specificamente il par. 41 del parere consultivo del 10 aprile 2019 della *Grand Chambre*, cit.

⁷⁰ In tal senso, precedentemente, GIUSEPPE RECINTO, *Fecondazione eterologa, scambio di embrioni, maternità surrogata, omogenitorialità: nel rapporto genitori/figli c'è ancora un po' di spazio per i figli?*, su www.dirittifondamentali.it (09/06/2015), 6, in cui si rileva che "le istanze del minore vengono prima di tutto, si può sanzionare la condotta illegittima del maggiore di età, ma questo, in una prospettiva assiologicamente orientata, non può tradursi in una "punizione" anche per il minore di età, ed un simile risultato, come detto, si può conseguire soltanto guardando, insieme, "minore ed adulto", in un'ottica inevitabilmente e fisiologicamente relazionale".

⁷¹ In questa direzione sia consentito ancora il rinvio a GIUSEPPE RECINTO, *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne «adultocentriche» e scelte apparentemente «minorecentriche» della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 3669 ss.

⁷² Su questa linea, GIUSEPPE RECINTO, *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, 1295 ss.; ID., *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, 1475 ss.

⁷³ GIUSEPPE RECINTO, *Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo "stop" al "diritto ad essere genitori"*, cit., 560 ss.

quella pronuncia avrebbe dovuto (e potuto) rappresentare “un primo “stop” all’indiscriminato riconoscimento” nel nostro ordinamento, “di un generico “diritto ad essere genitori”.

Allo stesso modo si è evidenziato⁷⁴ che la decisione della Consulta, con cui è stata esclusa l’illegittimità costituzionale del divieto per le coppie *same sex* di accedere alla PMA, presenta “l’indubbio merito di avere cercato di mettere “ordine” in una materia, che, come è noto, “suscita delicati problemi di ordine etico e morale”, riuscendo a spogiarla di quella pericolosa deriva “adultocentrica”, che troppo frettolosamente ci stava conducendo verso l’affermazione di un ipotetico e dagli incerti confini “diritto assoluto alla genitorialità”, destinato sempre più spesso a farci “confondere” i “bisogni” degli adulti con quelli delle persone di età minore”.

Allora, come già rilevato, sembra potersi ribadire che, rispetto al più recente quadro giurisprudenziale in materia, l’ordinanza in esame rappresenta un pericoloso “passo indietro”, là dove “intravede” nel divieto di maternità surrogata di cui all’art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 “il sacrificio e la compressione dell’interesse superiore del minore in una ottica incompatibile con il dettato costituzionale [...] e comunque con modalità e in una misura irrazionale sproporzionata ed eccessiva con l’effetto di ribaltare la gerarchia di valori sottesa alla Carta costituzionale, incentrata sul principio personalistico di tutela dei diritti fondamentali della persona”. Il tutto avendo identificato *l’ordine pubblico con il* “criterio di ragionevolezza sulla base del quale s’istituisce la gerarchia assiologica tra norme, postulando che l’applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può spingersi sino al punto di creare, nel caso concreto, una frattura, rispetto all’ordinamento interno, derivante dall’applicazione della legge straniera o dal riconoscimento dell’atto straniero, ma non oltre il punto in cui il contrasto concerna i principi fondamentali e irrinunziabili del nostro sistema ordinamentale, ossia, in particolare, i principi ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana e della sua dignità”⁷⁵.

⁷⁴ GIUSEPPE RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”*, cit., 1466 ss., ove, tra l’altro, si sottolinea come neanche il richiamo alle unioni civili, “quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione» in base alla l. n. 76/2016, risulta dirimente per potere considerare, oramai, operante nel nostro ordinamento un “generale diritto ad essere genitori”, tenuto conto che, come ha precisato la Consulta in proposito, la stessa Costituzione “non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli”.

⁷⁵ Si era già espresso in questi termini, VINCENZO BARBA, *Note minime sull’ordine pubblico internazionale*, su www.articolo29.it. Invece, come è noto, nella decisione Cass. Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., si è configurato un concetto di ordine pubblico non più “circoscritto” “ai soli principi supremi o fondamentali e vincolanti della Carta costituzionale”, comuni anche ad altri

Tuttavia, a parere di chi scrive, sulla base delle considerazioni svolte e volendo “mutuare” le parole della ordinanza di rimessione in esame, la “frattura”, che discenderebbe dalla prospettata illegittimità costituzionale *del divieto di maternità surrogata, determinerebbe sicuramente un inaccettabile contrasto con “i principi fondamentali e irrinunziabili del nostro sistema ordinamentale”, in quanto significherebbe che il “desiderio” di qualcuno “vale più” della “mercificazione” di donne e minori*⁷⁶.

ordinamenti, ma “esteso” anche a quelle norme costituenti esercizio di discrezionalità legislativa, “che pur non trovando in essa [Costituzione] collocazione, rispondono all’esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell’uomo, o che informano l’intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondamentali dell’intero assetto ordinamentale”, con la conseguenza, quindi, di giungere a considerare la l. n. 40/2004, ed i divieti ivi contenuti, una legge “costituzionalmente necessaria”.

⁷⁶ Una prospettiva, questa, che, tra l’altro, sembra confliggere anche con l’introduzione nel nostro ordinamento, mediante l’ultima riforma della filiazione, della categoria giuridica della responsabilità genitoriale al posto della tradizionale potestà genitoriale, posto che, come si è già avuto modo di sottolineare, la responsabilità genitoriale, come affermata oramai nel contesto europeo ed internazionale, si fonda sul concetto e sulla funzione di cura del minore, ovvero su una ricostruzione del rapporto adulto-minore necessariamente relazionale: ampiamente, al riguardo, GIUSEPPE RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., 11 ss.; ID., *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, cit., 895 ss.