

## FAMIGLIE, GENITORIALITÀ E INTERESSE DEL MINORE: RECENTI ORIENTAMENTI IN MATERIA DI MATERNITÀ SURROGATA

Di Teresa Pasquino

| 793

**SOMMARIO:** 1. *Il pluralismo dei modelli di convivenza.* – 2. *Sulla sussistenza di un diritto alla genitorialità in ogni forma di vita familiare.* - 3. *La posizione delle Sezioni Unite della Suprema Corte.* - 4. *L’Avis Consultatif del 10 aprile 2019 della Corte EDU.* – segue 4.1 *Gli interventi della Consulta.* – 5. *Il rapporto tra le giurisdizioni nazionali ed europee ed i legislatori interni in materia di famiglie: crisi del sistema o sovrapposizione dei ruoli?*

**ABSTRACT.** *Resta sempre aperta la questione dell’ammissibilità della cc.dd. maternità surrogata a beneficio di coppie, anche omosex. Non sembra sia ritenuto sufficiente, a tal fine, il quadro dei principi presenti nelle Convenzioni europee e nei sistemi giuridici interni; mentre, nel sistema italiano si discute della introduzione del reato di maternità surrogata come reato universale.*

*The debate on the admissibility of so-called surrogacy, including for same-sex couples, is still open. The set of guiding principles established by the European Conventions and national legal systems seems to be considered insufficient to fully address the issue. Meanwhile, the hypothesis of introducing surrogacy as a universal crime is being discussed in Italy.*



## 1. Il pluralismo dei modelli di convivenza.

Com'è noto, il recente quadro normativo e giurisprudenziale in materia di convivenze civili<sup>1</sup>, istituite al di fuori del matrimonio, ha annoverato in questi ultimi anni importanti interventi, sollecitando grande attenzione da parte degli studiosi della materia.

La trattazione può avviarsi facendo riferimento alle due autorevoli sentenze<sup>2</sup>, l'una, emanata dalla Corte costituzionale nel 2010, l'altra, dalla Corte di Cassazione nel 2012, le quali hanno segnato un punto di svolta nella riflessione sulla materia dei nuovi modelli di convivenza per aver esse impostato i termini della questione alla luce di un quadro normativo di riferimento sovranazionale e non più circoscritto al diritto nazionale<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Si veda oggi la l. n. 76 del 20 maggio 2016. Il fenomeno delle convivenze civili è stato da sempre studiato ed approfondito anche dalla dottrina, tra cui si segnalano: P. ZATTI, *Famiglia, familiae – Declinazioni di un'idea I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, 9 ss.; S. PATTI, *Modelli di famiglia e di convivenza*, in S. PATTI - M. CUBEDDU, *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, Milano, 2008, 120 ss.; I. QUEIROLO, *Unione europea e diritto di famiglia*, in I. QUEIROLO, L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Torino, 2010, 276 ss.; R. TOMMASINI, *La famiglia di fatto*, in *Trattato dir. priv.* diretto da M. Bessone, IV, *Il diritto di famiglia, Famiglia e matrimonio* a cura di T. Auletta, I, Torino, 2010, 401 s.; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, Bologna, 2008, II, 1040 ss.; G. OBERTO, *La famiglia di fatto*, in A. Zaccaria, *Commentario breve al diritto di famiglia*, 2°ed., Padova, 2011, sub art. 74, 124 s.; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2011, 152 ss.; G. DE ROSA, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 755 ss.; AA.VV., *Convivenza e situazioni di fatto*, in *Trattato dir. fam.* diretto da P. Zatti, I, *Famiglia e matrimonio* a cura di G. Ferrando, 1, 2°ed., Milano, 2011, 1088 ss.; A. NICOLUSSI, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 182 ss.; V. SCALISI, *"Famiglia" e "famiglie" in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 21 ss.; F.D. BUSNELLI, *Frantumi europei di famiglia*, *ivi*, 767 ss.; G. CECCHERINI - L. GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata*, Padova, 2013, 2 ss.; I. QUEIROLO, A.M. BENEDETTI, L. CARPANETO, *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, Roma, 2014; A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, *Quaderni n. 18, Diritto delle successioni e della famiglia*, Napoli, 2017; A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di C. Castronovo*, II, Napoli, 2018, 725 ss.; M. TAMPONI, *Del convivere. La società post familiare*, La nave di Teseo, 2019; A. GORGONI, *Nuove genitorialità e filiazione*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2019, 162 ss.; A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 746 ss.; A. GORGONI, *Nuove genitorialità e filiazione*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2019, 162 ss.; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, Milano, 2021; S. PATTI, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 507 ss.

<sup>2</sup> C. Cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. Pers. succ.*, 2011, 179, con nota di F.R. FANTETTI, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso*; Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, in *Guida dir.*, 2012, n. 14, 17, con nota di S.A. GALLUZZO, *La Cassazione va in "pressing" sul legislatore per introdurre regole in favore delle unioni gay* e di M. FINOCCHIARO, *L'atto deve essere considerato inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*; S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, in *Forum quaderni costituzionali*, 27 aprile 2010.

<sup>3</sup> Per una visione del fenomeno allargata al quadro normativo europeo v. M. CONDINANZI - C. AMALFITANO, *La libera circolazione della "coppia" nel diritto comunitario*, in *Diritto*

In verità, il tema delle convivenze e della loro possibile disciplina non costituisce una novità nel dibattito tra gli studiosi della materia; il fenomeno dei rapporti paraconiugali ha, infatti, da sempre interessato il diritto, in ragione dei mutamenti sociali che hanno inciso sulla struttura della famiglia, e ha dato luogo ad una continua riflessione, culminata ormai in molte esperienze giuridiche in importanti riforme e nella conseguente elaborazione di una innovata disciplina normativa<sup>4</sup>.

In una diversa impostazione, soprattutto dopo l’emanazione delle sentenze sopra citate, la questione della rilevanza del tema delle convivenze si è posta in termini in parte nuovi rispetto a quanto era emerso dal dibattito precedente, in considerazione della molteplicità dei significati che ha assunto il termine “convivenza” nella realtà sociale e, di riflesso, in quella giuridica<sup>5</sup>.

Al fine di cogliere adeguatamente il senso di tali profonde trasformazioni, appare utile procedere partendo dall’esame del quadro normativo in materia così come delineato sul piano delle fonti europee e sovranazionali, per poi passare a verificare come esse abbiano finito per incidere sul sistema delle norme interne e, soprattutto, della interpretazione di esse ad opera dei giudici nazionali, determinando, in più di una occasione, una vera e propria “crisi” degli istituti giuridici preesistenti per

---

*di famiglia e Unione Europea* (a cura di S.M. Carbone-I. Queirolo), Torino 2008, 35 ss.; C. RAGNI, *La disciplina della convivenza in Europa alla prova del pluralismo dei modelli familiari*, in *Trattato dir. priv. Unione Europea* diretto da M. Ajani e G.A. Benacchio, *Persona e famiglia* a cura di De Cesari, Torino, 2008, p. 349 ss.; R. PESCARA, *Le convivenze non matrimoniali nelle legislazioni dei principali paesi europei*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, *Trattato* diretto da Ferrando, II, cit., p. 967 ss.; G. DI ROSA, *op. cit.*, p. 755 ss.; P. PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, in *Foro it.*, 2010, IV, c. 273 ss. ; C.S. PASTORE, *Le unioni registrate e i Pacs in Europa*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 202 ss.; V. SCALISI, *op. cit.*, 7 ss.; M. TAMPONI, *Del convivere. La società post familiare*, *op. cit.*; V. BARBA, *Trasformazioni della famiglia e successioni mortis causa*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 513 ss.; S. PATTI, *op. ult. cit.*, 507 ss.; F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLawJournal*, 2023, 1, 217 ss. .

<sup>4</sup> Valga per tutte, la legge n. 76 del 20 maggio 2016 in materia di unioni civili e convivenze; o, anche, la questione recentemente posta con Ordinanza n. 36 del 18 gennaio 2024 (in G.U. del 20 marzo 2024, n.12) dalle S.U. della Suprema Corte, in merito alla questione di costituzionalità dell’art. 230 *bis* c.c. là dove, disponendo, al primo comma che «il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell’impresa familiare ha diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia e partecipa agli utili dell’impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell’azienda, anche in ordine all’avviamento, in proporzione alla quantità e alla qualità del lavoro prestato» ed indicando, al terzo comma che «ai fini della disposizione di cui al primo comma si intende come familiare il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo; per impresa familiare quella cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo», non include nel novero familiari il convivente *more uxorio*.

<sup>5</sup> Sui vari tipi di convivenza, v. di recente, M. TAMPONI, *Del convivere. La società post familiare*, *op. cit.*, soprattutto p. 33 ss., ove è opportunamente rilevato come, con le norme speciali più recenti si è giunti a “..... sovvertire il radicato principio dell’irrelevanza del fenomeno “convivenza” all’interno della normativa familiare in senso stretto”.

effetto di un'attività ermeneutica tutta volta a recepire prioritariamente le fonti interposte e l'interpretazione di esse data dai giudici europei.<sup>6</sup>

In tema di famiglia, l'art. 12<sup>7</sup> della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali prevede il diritto per uomini e donne in età adulta di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali e, contemporaneamente, attribuisce rilevanza alle altre unioni attraverso disposizioni diverse, che tutelano la posizione del singolo ed i suoi diritti, riconoscendo ad ogni persona il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8).

Le Istituzioni comunitarie, pur non avendo una competenza diretta in tema di disciplina sostanziale del matrimonio e dei rapporti di convivenza, tuttavia, sono frequentemente intervenute sul tema<sup>8</sup>.

In tale contesto, la richiesta ha riguardato, alternativamente, l'eliminazione degli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali o l'introduzione di un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni<sup>9</sup>. D'altra parte, non è difficile rilevare che la maggioranza degli Stati membri si sia effettivamente dotata di una legislazione specifica in tema di convivenze per mezzo di discipline *ad hoc* in cui sono state introdotte forme di contratti o di convivenze registrati da un'autorità pubblica al fine di consolidare il fenomeno<sup>10</sup>.

Nel nostro sistema, l'assetto definitivo della disciplina in materia si è conseguito con la l. n. 76 del 20 maggio 2016, dopo che la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva ribadito che, avendo le coppie omosessuali la

<sup>6</sup> Un fenomeno diffusamente indagato da C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, con un approccio piuttosto critico per gli effetti sul sistema interno. Ma sulla sua ormai ineludibile incidenza, v. G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 115 ss.; ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009.

<sup>7</sup> Art. 12 - **Diritto al matrimonio.** *Uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto.* Ritiene, al riguardo, G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, op. cit., 140 che la norma riconosce il diritto di sposarsi e, disgiuntamente, il diritto di costituire una famiglia.

<sup>8</sup> È sufficiente rinviare, al riguardo, a V. SCALISI, "Famiglia" e "famiglie" in *Europa*, op. cit., 21 ss.; F.D. BUSNELLI, *Frantumi europei di famiglia*, op. cit., 182 ss.

<sup>9</sup> Cfr. Risoluzioni del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994 (A3 0028/94); 16 marzo 2000 (A5 0050/00); 4 settembre 2003 (A5 0281/03); 24 maggio 2012 (2012/2657/RSP). In Italia, oggi v. la disciplina contenuta nella l. n. 76 del 20 maggio 2017. Del quadro giuridico europeo in argomento rende compiutamente conto F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, op. cit., 217 ss.

<sup>10</sup> Il primo Stato che ha introdotto una specifica disciplina in materia è la Danimarca (1989), seguita dalla Svezia (1994), dai Paesi Bassi (1997), dal Belgio (1998), da alcune comunità autonome della Spagna, dalla Francia (1999), dalla Germania (2001), dalla Finlandia (2001), dal Portogallo (2001), dal Lussemburgo (2004) e dal Regno Unito (2005). Per la posizione della giurisprudenza europea cfr. da ultimo F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, op. cit., soprattutto 222 ss.. Ampia trattazione anche in V. BARBA, *Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale: c'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. intorno a tre recenti sentenze della cassazione*, in *Diritto delle succ. e della fam.*, 2021, 3, 819 ss.

stessa capacità di quelle eterosessuali, dovesse ad esse essere riconosciuto analogo trattamento giuridico in ordine alla tutela della loro relazione<sup>11</sup>.

Con riferimento alla convivenza tra persone dello stesso sesso, prima della L. n. 76 del 2016, già la Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 138 del 2010<sup>12</sup>, aveva riconosciuto la necessità di dare accoglienza nel nostro sistema ad istanze di tutela di diritti fondamentali – da ricondurre alla tutela delle formazioni sociali *ex art. 2 Cost.* - in cui far rientrare l'unione tra due persone dello stesso sesso, le quali hanno il diritto di vivere liberamente la loro condizione di coppia. E la Suprema Corte, con la richiamata sentenza n. 4184 del 2012<sup>13</sup>, avvalendosi dell'autorevole pronuncia della Consulta, pur ritenendo inammissibile il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha indirettamente riconosciuto il loro diritto di vivere liberamente la loro condizione di coppia e di adire il giudice ordinario perché, in specifiche situazioni, potesse riconoscere loro il medesimo trattamento riservato dalla legge alla coppia coniugata.

Pur avendo il legislatore nazionale provveduto con la disciplina contenuta nella citata legge n. 76 del 2016 ad equiparare il rapporto scaturente da una unione civile a quello che caratterizza l'unione fondata sul

<sup>11</sup> Trattasi della sentenza del 21 luglio 2015, Causa Oliari e altri *contro* Italia (Ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11).

<sup>12</sup> Si veda il Considerando n. 8 della sentenza citata, ove si legge: “L’art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri.

Si deve escludere, tuttavia, che l’aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l’esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate.

Ne deriva, dunque, che, nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d’intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza”.

<sup>13</sup> Citata in nt. n. 2, ove si legge in motivazione : “*a prescindere dall’intervento del legislatore in materia, quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell’esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, le coppie omosessuali possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di specifiche situazioni, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni di legge vigenti.....*”

matrimonio, è rimasta fuori dalla disciplina speciale la materia della filiazione. Nella nuova disciplina, infatti, nessuna esplicita equiparazione è avvenuta tra l'atto di costituzione dell'unione civile ed il matrimonio; nessuna pretesa di costituzione di qualche forma di filiazione è stata riconosciuta ai componenti la unione civile, con chiara negazione, dunque, dell'esistenza di un loro *diritto alla genitorialità*<sup>14</sup>; tanto, nonostante a quel momento nella prassi giurisprudenziale numerosi casi fossero giunti già all'attenzione dei giudici di merito, soprattutto sotto forma di domande volte ad ottenere la trascrizione dell'atto di nascita di un figlio, nato all'estero per mezzo di procreazione medicalmente assistita.

La questione più spinosa sul punto è, infatti, rappresentata dalle numerose istanze di genitorialità che, tuttora, provengono dalle coppie unite civilmente e che aprono questioni giuridiche delicatissime in quanto coinvolgono norme inderogabili e principi di ordine pubblico consolidati. Infatti, mentre nelle unioni civili formate da donne la questione è meno dirompente - potendo una di esse procreare un figlio ricorrendo alla fecondazione medicalmente assistita ed essere, dunque, sempre genitore biologico del nato - diversamente nell'unione civile di due uomini si deve necessariamente ricorrere alla c.d. maternità surrogata che nel nostro sistema è vietata e perseguita penalmente dall'art. 12, 6° comma, l. n. 40 del 19 febbraio 2004.

Al riguardo, è noto il *favor* da parte della giurisprudenza di merito<sup>15</sup>, orientata nel senso di ritenere come meritevole di tutela la pretesa di genitorialità da parte delle coppie omosessuali; orientamento, questo, supportato dal costante ricorso alla ricostruzione operata dalla giurisprudenza europea *in subiecta materia*, mediante il riferimento diretto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, all'art. 8, tutela espressamente la vita privata e familiare.

Nelle motivazioni dei giudici di merito, infatti, si precisa ormai di frequente come il giudice nazionale non possa esimersi dal richiamare i criteri interpretativi, individuati dalla Corte Costituzionale con le sentenze 348 e 349 del 2007 e 317 del 2009<sup>16</sup>; pronunce, queste, con le quali la Consulta ha rilevato come l'art. 117, 1 comma, Cost. abbia operato un "rinvio mobile" alle disposizioni della CEDU e all'interpretazione che ne dà la Corte europea dei diritti dell'uomo, acquistando così esse titolo di fonti

<sup>14</sup> Cfr. *amplius*, R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 953 ss.; A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, op. cit., soprattutto, 753 ss.. Più di recente, v. F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, op. cit., 217 ss.

<sup>15</sup> Cfr., ad esempio, da ultimo, Trib. Trento, 11.6. 2024, ove si richiamano Trib. Roma, 23.12. 2015; App. Torino, 29.10. 2014; App. Perugia, 7.8. 2018; Trib. Roma, 11.5. 2018; Trib. Bologna, 6. 7. 2018, tutte pubblicate in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it). Ampia ed approfondita trattazione della materia in A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, op. cit., 69 ss.

<sup>16</sup> Si tratta delle famose sentenze C. cost. 24.10. 2007, nn. 348 e 349, edite e commentate, *inter alia*, su *Forum dei Quaderni costituzionali*, 2007.

interposte ed integrando, in tal modo, il parametro costituzionale di riferimento.

Seguendo questa impostazione, è stato sistematicamente ritenuto che spetti al giudice ordinario il compito di operare una “interpretazione convenzionalmente orientata” delle norme nazionali; e che, qualora questa via non fosse percorribile, il giudice dovrebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte per contrasto con l’art. 117, 1° comma, Cost.

La Corte Costituzionale ha attribuito così ai giudici nazionali il dovere di “leggere” la norma nazionale orientandosi verso un’interpretazione che sia conforme alle disposizioni della CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, dovendosi ritenere che “un incremento di tutela indotto dal dispiegarsi degli effetti della normativa CEDU certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti; anzi, ne esplicita ed arricchisce il contenuto, alzando il livello di sviluppo complessivo dell’ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali (Punto 8 del Considerato in diritto, sentenza 317\2009) e nel rispetto del principio dell’ordine pubblico”<sup>17</sup>.

## 2. Sulla sussistenza di un diritto alla genitorialità in ogni forma di vita familiare.

Seguendo il criterio ermeneutico così individuato e per espressa statuizione della Consulta, pronunciatasi in diverse occasioni, l’orientamento unanimemente condiviso è nel senso di ritenere che l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, rientri tra le formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost.. Come tale, essa deve considerarsi destinataria di riconoscimento giuridico, con connessi diritti e doveri secondo una gradazione rimessa alla scelta del legislatore; il quale, tuttavia, come già rilevato, nel predisporre la disciplina di cui alla l. n. 76 del 2016, non ha voluto ammettere un *diritto alla genitorialità* in capo

<sup>17</sup> Come evidenziato in diverse occasioni dalla Suprema Corte (Cass. 22.8.2013, n. 19405; Cass. 26.4.2013, n. 10070 che richiama Cass. 6.12.2002, n. 17349 e Cass. 23.2.2006, n. 4040), il concetto di ordine pubblico ai fini internazional-privatistici si identifica con quello indicato con l’espressione “ordine pubblico internazionale” da intendersi come complesso di principi fondamentali caratterizzanti l’ordinamento interno in un determinato periodo storico e fondati su esigenze di garanzia comuni ai diversi ordinamenti, di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo, sulla base di valori sia interni che esterni all’ordinamento purché accettati come patrimonio condiviso in una determinata comunità giuridica sovranazionale. In dottrina, per una disamina completa, v. V. BARBA, *L’ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 403 ss.. A proposito del precedente nella materia *de qua* costituito da Cass. 30.9.2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, 185 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Riv. dir. int.*, 2017, 169 ss., con nota di O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all’estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016*

ai componenti della unione civile<sup>18</sup>, nonostante l'orientamento giurisprudenziale e di buona parte della dottrina fosse nel senso di riconoscere fondamento alle domande volte ad ottenere l'ammissibilità nel sistema di tale diritto, quanto meno sotto forma di potere di trascrivere l'atto di nascita del figlio così generato negli atti dello Stato civile del comune di appartenenza.

Tra le diverse pronunce di merito rese in materia<sup>19</sup>, particolarmente significativa per il procedimento argomentativo seguito è stata quella della Corte di Appello di Torino<sup>20</sup>. In essa i giudici di secondo grado hanno deciso sulla questione relativa alla domanda, avanzata da una coppia di due donne, di poter trascrivere l'atto di nascita di un minore, figlio biologico di una di esse ma risultante figlio di entrambe all'estero. Essendo stata tale richiesta respinta dall'Ufficiale dello Stato civile perché ritenuta contraria all'ordine pubblico, la coppia di donne aveva proposto reclamo dinanzi al Tribunale di Torino che, tuttavia, confermava il diniego.

In sede di appello, i giudici di secondo grado riformavano la sentenza del Tribunale e motivavano la decisione ricorrendo a riferimenti normativi e giurisprudenziali desunti dal sistema sovranazionale delle fonti.

In quella decisione, la Corte d'Appello di Torino ha ritenuto, infatti, di doversi richiamare anzitutto alla sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 9 aprile 2014, che aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 4, co. 3, della l. n. 40 del 19 febbraio 2004 nella parte in cui stabiliva per la coppia il divieto al ricorso alla fecondazione assistita di tipo eterologo. Ad avviso della Corte, sotto il profilo sostanziale dei valori e dei principi, la pronuncia della Consulta ha determinato l'estensione del confine della "vita familiare", che aveva riguardato la coppia eterosessuale, anche ai figli generati sia naturalmente sia con la procreazione assistita, anche eterologa.

Ulteriore elemento fondante per il ragionamento della Corte d'Appello di Torino è stata la previsione, rinvenibile nel d. lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013, laddove, essendosi posto come elemento caratterizzante il rapporto di filiazione il concetto di *responsabilità genitoriale*, si è determinato uno scostamento dell'essenza della genitorialità dall'appartenenza genetica

<sup>18</sup> Il disegno di legge S.14-17° Legislatura sulle Unioni civili prevedeva la possibilità per un *partner* di adottare il figlio minore dell'altro *partner*; disposizione poi esclusa dal corpo della legge n. 76 del 2016 proprio per consentirne l'approvazione.

<sup>19</sup> Per una rassegna particolarmente compiuta e ragionata anche della giurisprudenza di merito, si rinvia, ancora una volta, a A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, op. cit., 69 ss., a partire da Trib. Roma, 30.7. 2014 (in *Foro it.*, 2016, I, 2745 ss.), giunta poi alla Suprema Corte, che ha deciso con sentenza del 22.6. 2016, n. 12962 (in *Foro it.*, 2016, I, 2342 ss., con nota di G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*), ove ampi richiami alla giurisprudenza delle Corti europee; Trib. Roma, 23.12. 2015 in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, 7/8, 969 ss con nota di M. FARINA, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*). In senso contrario, tuttavia, v. Trib. Minori Piemonte e Valle d'Aosta 11.9. 2015 (in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, 205 ss.); Trib. Milano, 17 ottobre 2016, (ivi, 2017, 2, 177 ss. con nota di G. FERRANDO, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*); A. SCHUSTER, *Gestazione per altri e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2015, 834 ss

<sup>20</sup> App. Torino, 29.10.2014, cit.

“dovendosi individuare, anche a seguito delle nuove tecniche riproduttive, diverse figure genitoriali: la madre genetica (cui risale l’ovocita fecondato); la madre biologica (colei che ha condotto la gestazione); la madre sociale, colei che esprime la volontà di assumere in proprio la responsabilità genitoriale; il padre genetico, il padre sociale figure che possono, di fatto, non coincidere fra di loro”. Secondo il ragionamento della Corte, “..... nel caso in questione non si tratta di introdurre *ex novo* una situazione giuridica inesistente ma di garantire la copertura giuridica ad una situazione di fatto in essere da anni, nell’esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri. Assume rilievo determinante la circostanza che la famiglia esista non tanto sul piano dei *partners* ma con riferimento alla posizione, allo *status* e alla tutela del figlio. Nel valutare il *best interest* per il minore non devono essere legati fra loro, il piano del legame fra i genitori e quello fra genitore-figli: l’interesse del minore pone, in primis, un vincolo al disconoscimento di un rapporto di fatto, nella specie validamente costituito fra la co-madre e un figlio”<sup>21</sup>.

Forte di un orientamento in tal senso seguito anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>22</sup>, la Corte d’Appello di Torino concludeva ritenendo che la mancata trascrizione dell’atto di nascita limitasse e comprimesse il diritto all’identità personale del minore e il suo *status* in quanto, negandone il riconoscimento, egli non avrebbe potuto avere un esercente la responsabilità genitoriale; nessuno avrebbe potuto esercitarne la rappresentanza; inoltre, il minore sarebbe stato anche privato dei rapporti successori nei confronti della famiglia, con grave menomazione dei suoi diritti ereditari.

### 3. La posizione delle Sezioni Unite della Suprema Corte

Negli ultimi anni, la questione del riconoscimento di un *diritto alla genitorialità* a favore della coppia omosessuale è giunta all’attenzione della Prima Sezione civile della Corte di Cassazione, alla quale è stato sottoposto il caso esaminato dalla Corte d’Appello di Trento, che, nel febbraio 2017,<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Su cui v. l’ampio saggio di V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, 405 ss. in posizione fortemente critica verso la funzione integrativa e/o correttiva esercitata dall’interprete in forza dello stesso fatto che consolida l’interesse ed a discapito del principio di legalità. Di recente, ha affrontato di nuovo il tema M. BIANCA, *Il best interest of the child nel dialogo tra le Corti*, in EAD (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, 669 ss.; A. GORGONI, *Il favor per lo stato di figlio tra verità biologica e interesse del minore*, in questa *Rivista.*, 2023, 540 ss.

<sup>22</sup> Si legga la lunga parte della motivazione della sentenza *de qua* tutta dedicata ai casi giurisprudenziali affrontati e risolti su istanza di altri cittadini europei. In dottrina, in posizione dialettica con tale tendenza, v. da ultimo, A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile, op. cit.*, 753 ss., ove completa disamina della giurisprudenza delle Corti europee e di quella interna con ampie notazioni critiche.

<sup>23</sup> App. Trento, 23.2. 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1035 ss., con nota di G. CASABURI; cfr., altresì, G. CARDACI, *La trascrizione dell’atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, I, 1034 ss.; V. CALDERAI, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, in *Nuova giur. civ. com.*, I, 2020, 1116.

aveva dato l'autorizzazione alla trascrizione in Italia dell'atto, firmato dalla Corte di Giustizia dell'Ontario, in cui veniva riconosciuta ad una coppia di uomini la genitorialità di due minori nati in Canada per effetto di procreazione assistita con gestazione surrogata.

Per la complessità e la particolare rilevanza delle questioni, i giudici della Prima Sezione civile, con un'ordinanza del febbraio 2018<sup>24</sup>, trasmettevano gli atti al primo Presidente della Suprema Corte, affinché valutasse la trattazione del caso davanti alle Sezioni Unite; le quali si sono espresse poi sul caso con la sentenza n. 12193 dell'8 maggio 2019<sup>25</sup>.

Dopo aver affrontato e risolto le numerose questioni di rito poste dal caso specifico, entrando *in medias res*, trattandosi del riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero con il quale era stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano, i giudici di legittimità hanno proceduto inquadrando il caso ad essi prospettato entro la cornice dei limiti dell'ordine pubblico, come richiesto dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995. A tal proposito, essi hanno precisato che la compatibilità di quelle decisioni con l'ordine pubblico "... dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra 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 fornite dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico".

A questo punto del ragionamento, nella motivazione resa dalle Sezioni Unite, di particolare interesse si è rivelato il passaggio in cui veniva precisato a quale limite il concetto dell'ordine pubblico dovesse essere asservito per l'ingresso di provvedimenti provenienti *ab externo* e, in controtendenza rispetto all'orientamento che sia le Corti europee che talune Corti italiane avevano espresso riguardo all'esistenza di *un diritto alla genitorialità tout court*, è stato opportunamente precisato che «il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti

<sup>24</sup> Non sono mancati i commenti anche a questa ordinanza: cfr. V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*; M. DOGLIOTTI, *Davanti alle sezioni unite della cassazione i "due padri" e l'ordine pubblico. Un'ordinanza di rimessione assai discutibile*, entrambi consultabili online sul sito [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>25</sup> Per un primo commento v. G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. e Dir.*, 2019, 7, 653 e ss.; G. CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente* (nota a sentenza Cass., S.U., 8.5.2019, n. 12193), in *Foro it.*, 2019, 1, 2003 e ss.; più di recente, v. A. GORGONI, *Il favor per lo stato di figlio tra verità biologica e interesse del minore*, *op. cit.*, 540 ss., in senso critico riguardo al principio della verità biologica come il solo fondante una forma di responsabilità genitoriale, sulla base dei riconosciuti diritti, di pari rango, alla vita familiare e alla formazione di modelli familiari alternativi. Affrontano il tema in correlazione con il principio dell'ordine pubblico A. SASSI - S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)

stranieri, a protezione della sua coerenza interna (...), non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili». E, poiché l'applicabilità del divieto della surrogazione di maternità di cui all'art. 12, 6° co., l. n. 40 del 19 febbraio 2004, è indubbiamente in linea con l'ordine pubblico, stante la previsione della sanzione penale, le Sezioni Unite hanno ulteriormente precisato che «vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto, perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»<sup>26</sup>.

Con un cambio di rotta sul piano motivazionale rispetto alle altre decisioni rese in materia, la Suprema Corte, a Sezioni Unite, assumeva, dunque, il passaggio decisivo per prendere le distanze dall'orientamento precedente ed escludeva senza mezzi termini che il divieto di maternità surrogata si ponesse in contrasto con l'interesse superiore del minore (cd. *best interest of the child principle*), tutelato, tra gli altri, dall'art. 3 della

<sup>26</sup> Sul concetto di ordine pubblico, accolto nella decisione in commento, v. M. TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in *BioLawJournal*, 2021, 41 ss.; G. 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 e ss.; U. SALANITRO, *Quale ordine pubblico secondo le Sezioni Unite? Tra omogenitorialità e surrogazione, all'insegna della continuità*, consultabile sul sito [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 29.5.2019; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, op. cit., 403 ss.. Sul tema si rinvia anche a G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019. Cfr., anche, due ordinanze del Tribunale di Pordenone, 2.7. 2018 e Tribunale di Bolzano, 3.1.2019 (consultabili su [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)), con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 e dell'art. 12, commi 2, 9, 10 della legge n. 40 del 2004 che vietano la PMA alle coppie dello stesso sesso; la questione di costituzionalità è stata rigettata. Com'è noto, nel corso dell'attuale legislatura, è stata approvata da parte della Commissione Giustizia del Senato la proposta di legge n. 824. Il testo, rubricato «*Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*», prevede che al comma 6 dell'art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, venga aggiunto, infine, il seguente periodo: «*Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana*», (v. in [www.senato.it](http://www.senato.it)).

Il reato di maternità surrogata come reato universale, dunque, perseguibile penalmente anche se commesso all'estero, è già sottoposto all'attenzione critica di molti penalisti: M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale. Osservazioni sui d.d.l. A.C. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 2, pag. 30 ss.; AA. VV., *La Gravidanza per Altri in Italia: dal divieto universale alle proposte di regolamentazione. Riflessioni a margine del progetto di legge "Meloni" e della proposta di legge dell'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica*, in *Giur. pen.*, 2022, 7, 1 ss.; per gentile concessione del dattiloscritto dell'Autore, v. P.M. SABELLA, *La surrogazione di maternità come reato universale. Le spinte punitive del legislatore contemporaneo ed esigenze di rifondazione della cultura della pena in materia di genitorialità e filiazione*, in corso di pubblicazione negli Atti del convegno "Just Parent. Legal protection for social parenthood", che si è svolto a Modena il 22-24 febbraio 2024.

Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176; al contrario, ritenendo, invece, “che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando [...] all’istituto dell’adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico”<sup>27</sup>.

In anni pregressi, già la Corte di Cassazione<sup>28</sup> aveva statuito che tra principi e valori fondamentali potesse essere annoverato il divieto di maternità surrogata, essendo esso assistito dalla sanzione penale a presidio della dignità della gestante. A giudizio della Corte, dunque, il bilanciamento era stato operato a monte dal legislatore, sicché al giudice non restava alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto. Così ragionando, in quella occasione, la Suprema Corte aveva operato una vera e propria preclusione verso ogni apertura nei confronti della pratica della maternità surrogata e del riconoscimento dei provvedimenti stranieri accertanti lo *status filiationis* del minore; tanto perfettamente in linea con quanto sarebbe emerso dalle successive pronunce della Corte Costituzionale<sup>29</sup> la quale avrebbe poi affidato al giudice ordinario il compito di bilanciare gli interessi da tutelare, sulla base della peculiarità del caso concreto.

È questo il monito accolto anche dalle Sezioni Unite del 2019 che, nel riportare la questione al sistema sotto il profilo dell’ordine pubblico interno e non solo sovranazionale, ne hanno ricomposto la “crisi”.

#### 4. L’Avis Consultatif del 10 aprile 2019 della Corte EDU.

Sul bilanciamento degli interessi tra il diritto alla genitorialità, anche per via di maternità surrogata, e la salvaguardia dell’ordine pubblico, è stata chiamata ad intervenire anche la Corte di Strasburgo, in occasione di due casi che hanno visto coinvolte due coppie francesi che, dopo aver fatto

<sup>27</sup> Dal che il principio di diritto con cui le Sezioni Unite chiudono questa parte della vicenda: “*Il riconoscimento dell’efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all’estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d’intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall’art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l’istituto dell’adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull’interesse del minore, nell’ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante 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 1983*”. Di recente in dottrina sull’adozione in casi particolari v. N. CIPRIANI, *Adozione in casi particolari*, in F. MACARIO (a cura di), *I tematici. Famiglia*, IV, Milano, 2022, 25 ss..

<sup>28</sup> Cass. 11.11. 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, 1, pp. 3408 e ss.

<sup>29</sup> Corte cost., 18.12.2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, 1, 7 e ss.; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2018, 4, pp. 546 e ss.

ricorso a pratiche di maternità surrogata negli Stati Uniti, rientrate in Francia, si sono viste negare la trascrizione nei registri dello stato civile degli atti di nascita esteri dei loro figli<sup>30</sup>.

Tale diniego si fondava sul divieto di surrogazione di maternità previsto dall'art. 16-7 *Code Civil* e su una nozione particolarmente rigida di ordine pubblico.

Entrambe le coppie proposero ricorso alla Corte europea di Strasburgo, lamentando che il mancato riconoscimento dello *status filiationis* fosse contrario all'interesse del minore e sproporzionato rispetto alla esigenza di salvaguardare il principio di indisponibilità dello *status* e della persona, posti alla base del divieto francese di surrogazione di maternità, integrando di conseguenza una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare *ex art. 8 CEDU*.

La Corte EDU esaminò la questione, concludendo che il comportamento delle autorità francesi fosse legittimo, in quanto perseguiva obiettivi come il rispetto dei diritti della madre surrogata e del nato, e che tale forma di intervento statale corrispondesse adeguatamente a quell'ampio margine di discrezionalità in capo al legislatore interno, soprattutto in materie come quella in questione in cui non c'è un consenso europeo diffuso<sup>31</sup>. Tuttavia, a parere della Corte, la necessità di tutelare il diritto all'identità personale dei minori, soprattutto in casi in cui si domanda il riconoscimento di un rapporto genitoriale fondato su un legame biologico, deve prendere il sopravvento su qualsiasi altra istanza ordinamentale, facendo tale diritto parte del nucleo essenziale della personalità di ciascun individuo.

A seguito di tale pronuncia, al fine di evitare future condanne da parte della Corte EDU e per garantire una tutela uniforme anche nelle cause ancora pendenti, il legislatore francese, con l. n. 1547/2016 del 18 novembre 2016, ha introdotto il c.d. "emendamento Mennesson", il quale ha riformato il Codice dell'organizzazione giudiziaria francese, prevedendo la possibilità di un riesame delle decisioni giudiziarie francesi, ancorché passate in giudicato, ogni qual volta fosse intervenuta una sentenza di condanna da parte della Corte EDU.

La coppia, destinataria della sentenza EDU, ha subito avviato tale procedura, chiedendo il riesame della precedente decisione della Corte di Cassazione che aveva annullato la trascrizione dell'atto di nascita estero e

<sup>30</sup> Per un resoconto della storia giudiziale inerente a questi casi, v. G. CASABURI, nota a sentenza Corte EDU, Labassee e Mennesson, in *Foro it.*, 2014, 4, 561 e ss.. Sulla posizione della Corte europea in tema di diritti fondamentali v. L. POLI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, 169 ss.

<sup>31</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 26.6.2014, Labassee c. Francia, ric. n. 65941/11, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 26.6. 2014, Mennesson c. Francia, ric. n. 65192/11, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Su cui v. S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2015, 202 ss. Si vedano, altresì, gli altri due casi, giunti all'attenzione della Corte EDU il 21.7.2016 (Foulon vs. Francia, ric. n. 9063/14 e Bouvet vs. Francia, ric. n. 10410/14, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)). Cfr. diffusamente, sul punto, A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, op. cit. soprattutto 152 ss.

disconosciuto il rapporto genitoriale dei due coniugi con il figlio ottenuto attraverso il ricorso a pratiche surrogative. La questione, rimessa all'Assemblea plenaria della Cassazione, è stata poi declinata nella formulazione di due quesiti, posti *ex art. 6 CEDU* alla Corte di Strasburgo, per un suo parere consultivo.

In primo luogo, si è domandato se il mancato riconoscimento del rapporto tra figlio e madre intenzionale superasse il margine di apprezzamento statale e se l'impiego o meno dei gameti della stessa fosse rilevante ai fini della risoluzione della questione.

In secondo luogo, per il caso in cui lo Stato fosse obbligato a riconoscere il rapporto genitoriale d'intenzione, si è chiesto se l'istituto dell'adozione del figlio biologico del marito potesse essere considerato un mezzo alternativo alla trascrizione del provvedimento straniero.

La Corte EDU, si è pronunciata con con *l'avis consultatif* del 10 aprile 2019<sup>32</sup>.

Ai fini della risoluzione del primo quesito posto dai giudici francesi, la Corte di Strasburgo, in linea con l'orientamento precedentemente espresso in questa materia, ha inquadrato la questione del riconoscimento del rapporto genitoriale con la madre d'intenzione nell'ambito della tutela della vita privata dei minori *ex art. 8 CEDU*.

A giustificazione di tale risoluzione, la Corte EDU ha spiegato che, nonostante il legislatore nazionale abbia un'ampia discrezionalità in materie eticamente sensibili come la surrogazione di maternità - tema divisivo non solo a livello dottrinale e giurisprudenziale ma anche alla luce del variegato panorama legislativo europeo - questo margine di apprezzamento si restringe sensibilmente ed assume maggiore rilevanza la possibilità di riconoscere un rapporto di filiazione, essendo quest'ultimo un aspetto fondamentale dell'identità personale del minore.

Così, in risposta al primo quesito posto dalla Corte di Cassazione francese, la Corte EDU ha stabilito che gli Stati, al fine di garantire pienamente il diritto del minore al rispetto della propria vita privata *ex art. 8 CEDU*, hanno l'obbligo di garantire pieno riconoscimento alle relazioni tra il minore e la madre intenzionale, anche qualora mancasse un legame genetico.

Diversamente, rispondendo al secondo quesito posto dai giudici francesi in ordine alla modalità del riconoscimento della genitorialità d'intenzione, la Corte EDU, rilevando come non vi sia uniformità e consenso in ambito europeo, ha riconosciuto che il legislatore riacquista sul punto ampio margine di discrezionalità: infatti, ad avviso della Corte EDU, l'obbligo statale di riconoscere il rapporto tra figlio e genitore intenzionale non

<sup>32</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Chambre, Avis Consultatif, 10.4. 2019, ric. P16-2018-001, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, 4, 757 e ss., con nota di A.G. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, 757 e ss.; A. SCHUSTER, *GPA: la tutela del minore limite invalicabile*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); A.M. LECIS COCCO-ORTU, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, in [www.geniusreview.eu](http://www.geniusreview.eu): il collegio della Grande Camera della Corte EDU accolse la richiesta di parere consultivo e di conseguenza rese quest'ultimo, *ex art. 2*, Protocollo n. 16, all'unanimità.



impone necessariamente la trascrizione del provvedimento estero attestante tale rapporto, esistendo altri istituti - come ad esempio l'adozione - che permettono la costituzione di un siffatto *status* e che sarebbero conformi alla Convenzione.

Devono, peraltro, ricorrere alcune condizioni per poter applicare strumenti nazionali alternativi alla trascrizione del provvedimento estero ai fini dell'attribuzione dello *status filiationis*. Qualora, infatti, quest'ultimo non venga costituito *ab initio*, il periodo di incertezza che si viene a creare nell'attesa del riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione deve essere “quanto più breve possibile”; il riconoscimento del rapporto tra il minore e il genitore intenzionale può avvenire “al più tardi” quando questa relazione sia diventata una “realtà effettiva”; lo strumento nazionale, volto al riconoscimento del rapporto di filiazione, deve risultare non solo adeguato alla tutela dell'interesse del minore, da considerare nella sua concretezza e per ogni singolo caso, ma anche *effettivo*, ovvero idoneo a instaurare propriamente una relazione giuridica tra il genitore intenzionale e il figlio.

E' stato ritenuto che il parere, reso dalla Corte EDU nell'ambito della procedura consultiva delineata dal Protocollo n.16, non solo sia in grado di svolgere una funzione pregiudiziale, di deflazione del contenzioso, ma anche una funzione di tipo nomofilattico: tale parere infatti, ancorché privo di efficacia vincolante, sarà in grado di influenzare i futuri orientamenti legislativi e giurisprudenziali di tutti gli Stati aderenti alla CEDU<sup>33</sup>.

Nella sentenza delle Sezioni Unite del'8 maggio 2019 non vi è traccia di riferimenti al Parere consultivo reso dalla Corte EDU, pur essendo esso anteriore di un mese. In effetti, l'orientamento della giurisprudenza interna in materia si era già formato nel senso di una chiara inclinazione a riconoscere come compatibile l'istituto dell'adozione per la risoluzione di casi simili. Ciò non ha risparmiato, tuttavia, all'interprete il compito di verificare se, in base alle indicazioni fornite dalla Corte EDU in quest'ultimo parere, effettivamente tale istituto sia uno strumento adeguato per la costituzione di un rapporto di genitorialità tra genitore sociale e neonato. Si è posta, quindi, la necessità di valutare la compatibilità dell'orientamento, segnato dall'ultima pronuncia delle Sezioni Unite, con le esigenze di “celerità” ed “effettività” ribadite nel parere della Corte di Strasburgo; tanto, in particolare, riguardo all'attesa ai fini del passaggio in giudicato della sentenza di adozione<sup>34</sup>.

#### 4.1.(segue) Gli interventi della Consulta

<sup>33</sup> A.M. LECIS COCCO-ORTU, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, in [www.geniusreview.eu](http://www.geniusreview.eu)

<sup>34</sup> Cfr., al riguardo, le considerazioni di G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, op. cit., 815 e ss.

Con ordinanza del 9 dicembre 2019, il Tribunale ordinario di Padova sollevava questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 e 250 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, e agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848.

Sotto il profilo che più ci riguarda in questa sede, in quella occasione la Consulta ha dovuto esaminare la questione della eventuale disparità di trattamento che si era posta in ordine alla negata possibilità di ricorrere alla genitorialità artificiale tra coppie omosessuali femminili e quelle maschili. Sarebbe stato lasciato, infatti, privo di tutela l'interesse del minore, nato a seguito di fecondazione assistita praticata da due donne, al riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale, non essendovi neppure le condizioni per procedere all'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, co. 1, lett. d), della legge 4 maggio 1983, n. 184. E, tuttavia, non si è potuto non rilevare che, muovendo da un'interpretazione sistematica e logica, «allo stato della legislazione, il requisito soggettivo della diversità di sesso per accedere alla procreazione medicalmente assistita», prescritto dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, ma anche «letto [...] in relazione alle norme del codice civile sulla filiazione, esclude l'opzione ermeneutica proposta dalla ricorrente»<sup>35</sup>.

Pur avendo negato la Consulta il fondamento costituzionale di un preteso diritto alla genitorialità, in quella decisione è stato, tuttavia, rilevato che l'interesse del minore sarebbe, in effetti, quello di vedersi riconoscere un legame con entrambi i genitori; peraltro, sempre bilanciandolo con l'esigenza di disincentivare il ricorso alle tecniche di maternità surrogata, dovendosi, altresì, ritenere che l'interesse del minore potrebbe essere tutelato anche attraverso strumenti diversi dalla trascrizione dell'atto di nascita, purché celeri ed effettivi, strumenti che solo il legislatore può concepire per garantire adeguata tutela.

Sollecitata ancora una volta dalla Prima Sezione civile della Suprema Corte<sup>36</sup> ad intervenire sulla possibilità di trascrivere un provvedimento

<sup>35</sup> Rileva, altresì, la Corte che “L'interpretazione accolta dal Collegio rimettente, peraltro, è stata successivamente confermata dalla giurisprudenza di legittimità (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22.4. 2020, n. 8029, e sentenza 3.4.2020, n. 7668). Alcune pronunce di merito l'hanno, invece, disattesa, proprio in considerazione della preminente esigenza, costituzionalmente garantita, «di tutelare la condizione giuridica del nato, conferendogli, da principio, certezza e stabilità», tenendo distinta la questione relativa allo stato del figlio da quella inerente alla liceità della tecnica prescelta per farlo nascere (fra gli altri, Trib. Brescia, 11.11.2020, Trib. Cagliari, n. 1146 del 28.4. 2020. In termini analoghi, App. Roma, 27.4. 2020)” (Punto n. 2.3.1). In dottrina, v. R. BIN, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi*, in *Fam. e dir.*, 519 ss.; M. BIANCA, *Il travagliato percorso della tutela del bambino nato da maternità surrogata. Brevi note a margine dell'ordinanza di rinvio alle Sezioni unite n. 1842 del 2022*, in *Giustizia insieme*, 27.10. 2022; M. GIANDORIGGIO, *Ancora sulla trascrizione dell'atto di nascita estero: il diniego delle Sezioni Unite alla maternità surrogata*, in *Studium juris*, 2023, 4, 363 ss.

<sup>36</sup> Cfr. Cass., ord. n. 8325 del 29.4. 2020, in [www.rivistafamilia.it](http://www.rivistafamilia.it), 9/2020.

straniero che riconoscesse il legame di filiazione tra genitore intenzionale e minore nato in seguito a maternità surrogata, la Corte costituzionale con le sentenze nn. 32 e 33 del 2021<sup>37</sup>, ha ribadito la necessità di contemperare, per il tramite dell'intervento del legislatore, l'esigenza di disincentivare il ricorso alle tecniche di surrogazione di maternità con l'interesse dei minori al riconoscimento della loro *affectio familiae*, interesse che potrebbe, tuttavia, essere tutelato anche attraverso strumenti diversi dalla trascrizione dell'atto di nascita, purché celeri ed effettivi.

La Corte di Cassazione, recependo i contenuti delle decisioni della Consulta, stante il perdurante silenzio del legislatore, con ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 1842 del 21 gennaio 2022, non ha potuto fare a meno di rilevare che sono rimasti sostanzialmente insuperati i limiti preesistenti alla effettiva tutela dell'interesse del minore, non essendo sufficiente quanto desumibile in materia dal diritto vivente; il costante riferimento all'art. 44 della legge in materia di adozione nei casi particolari non potrebbe, infatti, considerarsi da solo adeguato a tal fine, posto che esso “non attribuisce vera e propria genitorialità all'adottante, richiede l'assenso del genitore biologico e non stabilisce vincoli di parentela con la famiglia dell'adottante”.

Ulteriori ed opportune specificazioni sono arrivate dalla Consulta con la successiva sentenza n. 79 del 28 marzo 2022<sup>38</sup>, questa volta sollecitata in

<sup>37</sup> Entrambe in G. U. 10.3. 2021, n. 10. Cfr. V. CALDERAI, *Surrogazione di maternità all'estero. Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021*, in *Giur. it.*, 2022, 301 ss.; A. MORACE PINELLI, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata*; in <https://www.giustiziasieme.it/it/news/129-main/minori-e-famiglia/1667-il-diritto-dei-figli-di-due-mamme-o-di-due-papa-ad-avere-due-genitori-un-primo-commento-alle-sentenze-della-corte-costituzionale-n.32-e-33-del-2021>, aprile 2021, con nota di G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*; in *Nuove leg. civ. com.*, 2021, 466, con nota di A.G. GRASSO, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione?* Sotto il profilo dell'esigenza di disincentivare il ricorso alla maternità surrogata la Corte costituzionale già con la sentenza del 22 novembre 2017, n. 272, in *Giur. Cost.*, 2018, 385 ss., con nota di A. SCHILLACI, *Oltre la “rigida alternativa” tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/17 della corte costituzionale*, aveva rilevato e sempre ribadito che tale pratica «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Per posizioni e valutazioni di contenuto diverso in ordine alla pratica della gestazione per altri, cfr. quanto riferito da F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata*, *op. cit.*, 217 ss. testo e note al § 1.

<sup>38</sup> In G.U. del 30.4. 2022, n. 13. Con ordinanza del 26 luglio 2021, il Tribunale ordinario per i minorenni di Bologna, aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 31 e 117, 1° co., Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), questioni di legittimità costituzionale dell'art. 55 della l. 4 maggio 1983, n. 184.

In questa decisione la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, “...per violazione degli artt. 3 e 31 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, l'art. 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ., prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. La disposizione censurata dal Tribunale ordinario per i minorenni dell'Emilia Romagna, sede di Bologna, mostra come l'adozione in casi particolari, se offre una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, non appare ancora del tutto

relazione a variegata istanze di tutela, pure presenti nella fattispecie concreta che si era posta dinanzi al giudice remittente, per la tutela delle quali era stata sollevata questione di costituzionalità dell'art. 55, l. 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, 2° co., c.c., stabilisce che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, ossia su uno degli aspetti più controversi dell'adozione in casi particolari.

Nella decisione sopra citata, la questione di legittimità costituzionale è stata ritenuta fondata in quanto, ad avviso della Consulta, "Il diniego di relazioni familiari tra l'adottato e i parenti dell'adottante determina infatti un trattamento discriminatorio del minore adottato rispetto all'unicità dello *status* di figlio e alla condizione giuridica del minore, avendo riguardo alla *ratio* della normativa che associa a tale *status* il sorgere dei rapporti parentali".

Ritiene, a tal riguardo, la Consulta che, qualora al solo minore adottato in casi particolari venissero immotivatamente negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, privandolo della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, garantiti a tutti i figli a parità di condizioni, si creerebbe un'inaccettabile disparità di trattamento. Al contempo, prosegue la Corte, "la disciplina censurata - in contrasto anche con l'art. 8 CEDU e gli obblighi internazionali di cui all'art. 117, primo comma, Cost. - lede il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità, a partire da quelle più vicine, con i fratelli e con i nonni". Si amplia, dunque, il compito del legislatore che, oltre a dover operare un bilanciamento tra l'intento di evitare il ricorso alla pratica della gestazione per altri ed il desiderio di genitorialità, dovrà anche farsi carico di tutelare il miglior interesse per il minore, salvaguardando tutti i diritti fondamentali che a lui sono riconosciuti; un compito che, nella prospettiva della Corte EDU, dovrebbe essere svolto *celermente* per non menomare l'effettività della tutela.

Intervenuta successivamente la Suprema Corte e, ancora una volta, a Sezioni Unite con la sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022<sup>39</sup>, in ragione

---

adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali". Cfr., a commento della decisione della Consulta, la nota di: R. SENIGAGLIA, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2022, 1333 ss.; in *Foro it.*, 2022, I, c. 2936 ss., con nota di A. PALMIERI, *Adozione mite: l'adottato non è più un «estraneo» per i parenti dell'adottante*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 1013 ss., con nota di M. CINQUE, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*

<sup>39</sup> Tra i primi commenti alla sentenza v. A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione degli status*, Torino, 2022; M. ACIERNO, *Gestazione per altri. Una concreta possibilità di dialogo tra Corti*, in *Quest. giust. online*, 22 febbraio 2022 ([questionegiustizia.it/articolo/gestazione-per-altri-una-concreta-possibilita-di-dialogo-tra-corti](http://questionegiustizia.it/articolo/gestazione-per-altri-una-concreta-possibilita-di-dialogo-tra-corti)); A. FEDERICO, *La maternità surrogata ritorna alle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2022, 1047 ss.. V. anche G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Quest. Giust.*, 7 giugno 2022, e F. PISTELLI, *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la*

della perdurante assenza di intervento legislativo più volte sollecitato, essa non ha potuto fare altro che proporre una interpretazione del diritto esistente in materia di delibazione e trascrizione dell'atto di nascita onde verificarne, ancora una volta, la compatibilità con l'ordine pubblico.

A tal riguardo, i giudici di legittimità hanno riconosciuto che “l'accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a “reclamare diritti” sul bambino che nascerà, non ha cittadinanza nel nostro ordinamento”, e non solo in considerazione della tutela della dignità della donna – che non può essere considerata mero corpo, incubatrice di gestazione di una vita destinata ad altri - ma anche a presidio della dignità del nascituro, che finirebbe per essere considerato vera e propria merce di scambio.

Sulla base di tale fondamento, le Sezioni Unite, dopo aver rilevato che manca nella disciplina vigente in materia una previsione in ordine allo *status* del nato nonostante il divieto, hanno ritenuto che l'unico istituto che si presta a garantire tutela alla sorte del bambino, venuto al mondo violando un divieto, è quello dell'adozione in casi particolari, essendo esso il solo a consentire di valorizzare il legame tra figlio e genitore d'intenzione, ed a permettere, altresì, al giudice di valutare l'idoneità genitoriale e l'interesse superiore del minore, ricusando ogni forma di automatismo. Peraltro, proprio a seguito della citata sentenza n. 79 della Corte costituzionale - che ha proclamato la parziale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 55, l. 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, 2° co., c.c., stabilisce che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante - una parte della questione sollevata dovrebbe ritenersi ormai risolta; alla luce di tale pronuncia, infatti, è possibile ritenere che l'adozione in casi particolari è idonea a creare sia un rapporto di filiazione con l'adottante sia un rapporto civile con il suo nucleo familiare.

Non si sono, tuttavia, tenuti celati i profili critici dell'istituto evocato, soprattutto quando si pensi agli elementi che potrebbero rivelarsi ostativi per assicurare l'effettività e la celerità, richieste dalle Corti sovranazionali, e costituiti dall'imprescindibile assenso del genitore biologico e dalla necessaria iniziativa del genitore d'intenzione per attivare il procedimento di adozione. Per ovviare al possibile *impasse* e nell'ottica di una interpretazione costituzionalmente orientata alla tutela della persona del minore, la Suprema Corte ha chiarito, al riguardo, che sarebbe possibile “superare la rilevanza ostativa del dissenso all'adozione, tenendo conto che il contrasto rischi[erebbe] [...] di sacrificare uno dei rapporti sorti all'interno della famiglia nella quale il nato è cresciuto”. In tal modo, si permetterebbe al genitore biologico di opporvisi solamente quando il genitore d'intenzione “non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di

---

*dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, op. cit., 230 ss; M. GIANDORIGGIO, *Ancora sulla trascrizione dell'atto di nascita estero: il diniego delle Sezioni Unite alla maternità surrogata*, op.cit., p. 363 ss. Per una conferma dell'orientamento della Suprema Corte, v., di recente, Cass. 3.1.2024, n. 85, in [www.rivistafamilia.it](http://www.rivistafamilia.it) dell' 11.1. 2024.

cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore”.

L’ulteriore criticità, rappresentata dal rischio di inerzia da parte del genitore d’intenzione di avviare il procedimento per l’adozione dopo la nascita da gestazione altrui, è rimasto un limite nella decisione, non avendo le Sezioni Unite ritenuto che esso possa costituire una valida ragione per consentire l’automatica trascrizione presso lo Stato civile; ad avviso della Corte, infatti, non è certo che il meccanismo automatico della trascrizione dell’atto straniero sia sempre espressione del *best interest of the child*. E tuttavia, tale circostanza continua a lasciare privo di tutela il minore che, non avendo alcun legame biologico con il genitore intenzionale, sarà anche privo di azioni per costringerlo a portare a termine anche il procedimento di adozione in casi particolari. Per tutte le altre menomazioni che i diritti della persona del non adottato dovessero subire, resta sempre una zona d’ombra circa il mezzo di tutela azionabile, con l’auspicio che il giudice che, di volta in volta, sia chiamato a vagliare il caso concreto, trovi il rimedio più adeguato a conseguire il vero *best interest* del minore.

Quanto alla valutazione del rifiuto della trascrizione dell’atto di nascita per contrarietà al principio dell’ordine pubblico, le Sezioni Unite hanno, altresì, ribadito che “nella maternità surrogata il bene tutelato è la dignità di ogni essere umano”, intesa in senso oggettivo, “con evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta”. Ed, in ogni caso, quand’anche ammessa la trascrivibilità dell’atto di nascita, la valutazione in concreto dei requisiti di validità della maternità surrogata sarebbe rimessa non già al giudice, ma all’ufficiale di stato civile, sulla base di un procedimento non idoneo a compiere una tale valutazione necessitando, invece, questa di una disamina approfondita<sup>40</sup>.

### 5. Il rapporto tra le giurisdizioni nazionali ed europee ed i legislatori interni in materia di famiglie: crisi del sistema o sovrapposizione dei ruoli?

Da diverso tempo ormai, una considerevole parte della dottrina<sup>41</sup> suggerisce di intraprendere la strada dell’armonizzazione dei principi anche

<sup>40</sup> A vent’anni di distanza, con lo scopo di fornire indicazioni chiare agli operatori delle strutture autorizzate a praticarle nell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e al fine di sia assicurare il pieno rispetto del dettato legislativo contenuto nella l. n. 40 del 19.2. 2004, in attuazione dell’art. 7 della predetta legge, è stato emanato un decreto del Ministero della Salute contenente le linee guida in materia Decreto del Ministro della Salute del 20.3. 2024, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*. (24A02320) (GU Serie Generale n.107 del 09-05-2024), dopo le prime, emanate nel 2015. Si tratta di un testo articolato e complesso su cui non è concesso intrattenersi in questa sede; è possibile, tuttavia, rilevare come nelle disposizioni ivi, formulate sia agevole rinvenire *inter alia* non solo un divieto di maternità surrogata ma anche il divieto di sperimentazione sugli embrioni.

<sup>41</sup> A. SASSI - R. SCAGLIONE – S. STEFANIELLI, *Le persone e la famiglia. Vol. 4: La filiazione e i minori, Tratt. Dir. Civ.* a cura di R. Sacco, Torino, 2018; A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive, op. cit.*, 157 ss.; S. TONOLO, *Le unioni*



in materia di diritto di famiglia europeo al fine di equiparare i rapporti giuridici familiari, instaurati fuori dai propri confini, a veri e propri vincoli riconoscibili ovunque; tanto anche al fine di evitare difformità tra le diverse decisioni in materia e, dunque, le conseguenti possibili discriminazioni in aperto contrasto con il principio dell'unicità dello *status* di figlio ormai introdotto nell'ordinamento<sup>42</sup>.

Secondo questa impostazione, peraltro ancora controversa, lo sforzo dell'interprete dovrebbe essere quello di riconoscere che una situazione giuridica soggettiva, quale lo *status*, una volta acquisita da una persona all'interno di uno Stato membro dell'Unione europea, possa essere integralmente riconosciuta in altro Stato quand'anche in esso non si contempra quella situazione; di modo che, insieme al diritto di circolare liberamente all'interno del territorio europeo, circoli anche lo *status* della persona<sup>43</sup>.

E, tuttavia, la stessa Unione europea ha mostrato un atteggiamento ostativo in ordine al riconoscimento di prerogative e tutele quando derivanti da situazioni in aperta violazione con il principio dell'ordine pubblico<sup>44</sup>.

Ciò nonostante, buona parte della giurisprudenza di merito e di legittimità, nell'operare il bilanciamento degli interessi in giuoco, ha comunque riconosciuto la necessità di fornire una idonea protezione al minore; in queste circostanze, si è, quanto meno, operato un bilanciamento degli interessi, misurandosi con un istituto, quale l'adozione, esistente nel sistema interno e sufficientemente regolato.

In verità, nella materia che ci occupa, il ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari *ex art. 44, lett.d*) della l. n. 184 del 1983 per risolvere il problema della genitorialità della coppia omosessuale non sembra si possa ritenere pacifico, soprattutto in considerazione della *ratio* che sta alla base della norma; la quale, infatti, sarebbe nel senso di privilegiare l'adozione piena e di configurare come ipotesi residuale l'adozione in casi particolari, intendendosi per tali solo quei casi di "impossibilità di fatto" di affidamento preadottivo, ossia ai minori previamente dichiarati adottabili, che non sono collocabili in affidamento preadottivo perché affetti da gravi problemi di salute o perché il distacco dalla famiglia provocherebbe traumi irreversibili<sup>45</sup>; e, peraltro, anche in questo le sollecitazioni della Corte europea non sono state lasciate cadere dai giudici nazionali, a conferma

---

*civili nel diritto internazionale privato, op. cit.*, 65 ss.; V. COLCELLI, *Status di minore e status individuali nell'Unione Europea*, in R. Cippitani – S. Stefanelli (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione* (Assisi, 24-25 maggio 2013), Atti del convegno, Perugia, 153 ss.; M. MELI, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, 447 ss.;

<sup>42</sup> Cfr., al riguardo, G. CHIAPPETTA, *I nuovi orizzonti del diritto allo stato unico di figlio*, in *Lo stato unico di figlio* a cura di G. Chiappetta, Napoli, 2014, 23 ss.

<sup>43</sup> Dettagliata ricostruzione delle motivazioni a sostegno della tesi in A. VALONGO, *op. ult. cit.*, p. 157 – 162, testo e note.

<sup>44</sup> Si veda, in ordine alla maternità surrogata la Risoluzione del Parlamento europeo del 17.12. 2015 e la decisione dell'11.10.2016, nonché la Risoluzione del 13.10.2016, reperibili in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), in cui l'Assemblea si è espressa apertamente contro ogni ipotesi di riconoscimento di maternità surrogata.

<sup>45</sup> V., al riguardo, A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile, op. cit.*, p. 725 ss.

della tendenza a riconoscere sempre più alle sue decisioni il carattere di precedente da osservare come fonte interposta, “onde si può dire che a una disciplina europea paralegislative si è associata una funzione ipergiusdizionale di vera e propria integrazione della prima”<sup>46</sup>.



---

<sup>46</sup> Testualmente C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 230.