

**Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori:
riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162**

di Maria Carmela Venuti

professoressa ordinaria di diritto civile nell'Università di Palermo

La superficialità dello scontro ideologico vs la profondità della riflessione del giurista

SOMMARIO: 1. Le regole e i principî che danno consistenza al parametro dell'ordine pubblico (internazionale), spartiacque per decidere del riconoscimento degli effetti di sentenze o provvedimenti stranieri concernenti la genitorialità intenzionale omoaffettiva maschile ottenuta ricorrendo alla gestazione per altri. – 2. La non incidenza del divieto di surrogazione di maternità nella ricostruzione dei principî supremi inerenti alla condizione giuridica del nato da gpa all'estero. – 3. Il percorso ermeneutico volto a rinvenire i principî indefettibili in tema di *status filiationis* in caso di ricorso alla gestazione per altri. – 4. La rilevanza dell'interesse del minore nella linea ermeneutica disegnata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. Certezza della tutela approntata nei riguardi dei bambini nati da gpa, modi e tempi per dare ad essa attuazione nella giurisprudenza della Corte Edu. – 6. Segue. – 7. Le ricadute sul diritto vivente italiano.

1. – *Le regole e i principî che danno consistenza al parametro dell'ordine pubblico (internazionale), spartiacque per decidere del riconoscimento degli effetti di sentenze o provvedimenti stranieri concernenti la genitorialità intenzionale omoaffettiva maschile ottenuta ricorrendo alla gestazione per altri.*

La pronuncia delle sezioni unite civili n. 38162 del 30 dicembre 2022¹ trae origine dalla richiesta, ex art. 67, l. n. 218/1995, di riconoscimento dell'esecutorietà in Italia della sentenza resa dalla Corte Suprema della British Columbia nel 2017, al fine di ottenere la rettifica della trascrizione dell'atto di nascita del minore, generato in Canada grazie alla maternità di sostituzione. La modifica concerne l'indicazione della genitorialità in capo non solo al padre biologico (come nella versione originaria), ma anche a quello intenzionale, coniugato in Canada con il primo, con matrimonio trascritto in Italia nel registro delle unioni civili².

¹ La pronuncia, che ha negato la riconoscibilità della sentenza canadese e la rettifica dell'atto di nascita del bambino con l'indicazione anche del padre intenzionale per contrarietà all'ordine pubblico, si può leggere, tra l'altro, in *Foro it.*, 1/2023, I, c. 83 ss., con commento di G. DE MARZO, *Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata*; in *Fam. e dir.*, 5/2023, p. 408 ss., con *Nota introduttiva* di M. SESTA, p. 427 ss., e commenti di G. RECINTO, *Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, p. 430 ss.; M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte Costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230*, p. 437 ss.; A. SPADAFORA, *Irriducibilità del totalitarismo "minoricentrico"?*, p. 456 ss.. V. anche le differenti considerazioni di G. FERRANDO, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2023, II, p. 377 ss.; e di M. SESTA, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2023, p. 387 ss.

² Il travagliato iter giudiziario relativo allo stato giuridico del bambino, nato nell'ormai lontano 2015 in Canada tramite gestazione per altri, è ricostruito nella narrativa della decisione in commento. I passaggi precedenti sono scanditi, al momento, da: *Supreme Court of British Columbia* (Canada) del 2017; Corte d'appello di Venezia, ordinanza n. 6775 del 28-giugno-16 luglio 2018, in <http://www.articolo29.it/2018/due-padri-veneziana-unaltra-importante-conferma/>, con nota di A. SCHILLACI, *Due padri: da Venezia un'altra importante conferma* (accesso il 16 maggio 2023); Cass. civ., sez. I, ord. interl. 29 aprile 2020, n. 8325, in *Corr. giur.*, 7/2020, p. 902 ss., con nota di U. SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *G.U.*, 10 marzo

La vicenda, a distanza di otto anni dalla nascita del bambino, non è ancora pervenuta ad una definizione, lasciando il minore in una condizione giuridica ambigua. Mentre in Canada egli gode di una bigenitorialità piena, intestata ai due uomini, coniugati per la legge di quel paese, per l'ordinamento italiano risulta figlio "monogenitoriale", visto che il vincolo parentale è accertato soltanto nei riguardi del padre biologico. Il piccolo è giuridicamente estraneo al genitore intenzionale, benché costui sia stato partecipe sin dall'inizio della scelta procreativa, della sua realizzazione e della vita familiare seguente alla nascita del bimbo. Questa condizione claudicante stride con le affermazioni formulate dalla *Grande Chambre* della CtEDU nell'*Avis consultatif* del 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, a tenore delle quali la situazione di incertezza nella quale versa il bambino rispetto all'*intended parent*, indicato nel certificato di nascita straniero quale genitore legale, dovrebbe essere la più breve possibile³. Sul punto ci si soffermerà in seguito.

Tornando allo scrutinio richiesto, esso si appunta, come precisato dalla giurisprudenza di legittimità anche in altre occasioni, sugli *effetti*⁴ che discendono dalla sentenza della Corte canadese di cui si chiede il riconoscimento in Italia; operazione che chiama in causa il complesso tema dell'ordine pubblico cosiddetto internazionale⁵.

Al riguardo si proverà a svolgere qualche rilievo critico sulla decisione, riferito all'individuazione di ciò che compone detto parametro sia in linea generale, sia nella materia in esame.

2021, n. 10, 1^a s.s.; Cass. civ., sez. I, ord. interl. 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5/2022, I, p. 1047 ss., con commento di A. FEDERICO, *La «maternità surrogata» ritorna alle Sezioni Unite*.

Sul posizione dei bambini nati da coppie *same-sex* e della cosiddetta filiazione "atipica", nella letteratura più recente, con accenti e punti di vista differenti, v. tra i tanti V. SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2017, p. 1097 ss.; G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, nota a Cass., 30.9.2016, n. 19599, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2017, I, p. 362 ss.; G. FERRANDO, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, in *Questione giustizia* (www.questionegiustizia.it), 12 maggio 2020; EAD., *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, in *Fam. e dir.*, 7/2021, p. 704 ss.; E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2021, II, p. 919 ss.; M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inaffidabilità è l'unica percorribile?*, nota a Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e n. 33, in *Fam. e dir.*, 7/2021, p. 688 ss.; C. FAVILLI, *Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto*, in *Giur. it.*, 2/2022, p. 312 ss.; A.G. GRASSO, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 3/2021, p. 700 ss.; ID., *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, 2022; B. LIBERALI, *L'importanza delle parole e della tecnica decisoria in due recenti pronunce della Corte costituzionale in materia di omogenitorialità*, in *Studium Iuris*, 10/2021, p. 1190 ss.; S. TONOLO, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*, nota a Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33 e n. 32, in *Corr. giur.*, 8-9/2021, p. 1043 ss.; V. BARBA, *Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore*, in *Diritto civile minorile*, a cura di A. Cordiano, R. Senigaglia, Napoli, 2022, p. 125 ss.

³ «Il est dans l'intérêt de l'enfant qui est dans cette situation que la durée de l'incertitude dans laquelle il se trouve quant à sa filiation à l'égard de la mère d'intention soit aussi brève que possible»: punto 49, corsivo aggiunto. La decisione è reperibile all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int>.

⁴ Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Foro it.*, 2021, I, c. 2054 ss., con nota di G. CASABURI, *Le altalenanti sorti della genitorialità, non solo omoaffettiva, nella giurisprudenza dell'ultimo biennio*, secondo cui «il controllo giurisdizionale è concentrato sugli effetti dell'atto. (...) deve escludersi il sindacato sulla correttezza giuridica della soluzione adottata né in relazione all'ordinamento straniero né in relazione a quello italiano (Cass. 17170 del 2020), non essendo consentito un controllo di tipo contenutistico sul provvedimento di cui si chiede il riconoscimento» (punto 14 della motivazione).

⁵ Nella sterminata letteratura v. almeno L. PALADIN, voce «Ordine pubblico», nel *Nss.D.I.*, XII, Torino, 1965, p. 130 ss., p. 133; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 133 ss.; ID., voce «Ordine pubblico (dir. priv.)», in *Enc. dir.*, XXX, Milano, p. 1038 ss.; M. BARCELLONA, voce «Ordine pubblico», in *Enc. dir.*, I tematici, *Contratto*, Milano, 2021, p. 753 ss.; G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 15 ss., p. 55 ss.

Tralasciando, dati i limiti di queste brevi note, la pur rilevante questione dogmatica se il sintagma “ordine pubblico” costituisca una clausola generale o sia un enunciato indeterminato⁶, da un punto di vista metodologico operazione ermeneutica preliminare è precisare la funzione dell’ordine pubblico quale parametro sulla cui base saggiare la conformità al sistema interno di leggi e/o provvedimenti/atti stranieri i cui effetti si vuole dispiegati in Italia.

Volendo restare ancorati al dato positivo, dalle previsioni che ne invocano in questo contesto l’operatività⁷ risulta che il ruolo dell’ordine pubblico è quello di filtro, o se si vuole, di nesso di collegamento tra il sistema municipale e quello straniero in cui è stato formato l’atto giuridico. Sistemi destinati ad entrare in contatto in ragione del dipanarsi in dimensione trans-nazionale delle vicende giuridiche dei soggetti privati. L’idea del filtro (o del nesso di collegamento) appare preferibile perché coniuga, in maniera neutra, sia il concetto di “limite”, senza però cadere nelle inflessioni negative e irrigidentanti che vi possono essere implicate ove si accentuasse il senso di “barriera” o di difesa nei confronti degli altri ordinamenti; sia quello di “promozione” dei diritti umani riconosciuti a livello sovranazionale, che più modernamente si affaccia in materia⁸.

⁶ Nella letteratura recente per una articolata riflessione sul tema v. L. NIVARRA, “Dentro” e “fuori”. *Lo strano caso delle clausole e dei principi generali*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2022, p. 59 ss.

⁷ Com’è noto, l’ordine pubblico è richiamato dalla legge n. 218 del 1995 sul diritto internazionale privato al fine di decidere se ammettere o no nel sistema interno la legge, la sentenza, o i provvedimenti stranieri nelle ipotesi in cui sussistano elementi di estraneità che ne giustificherebbero l’applicazione. Dal canto suo il d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 sull’ordinamento dello stato civile vieta la trascrizione degli atti formati all’estero se contrari all’ordine pubblico (art. 18).

In assenza di elementi di estraneità, al paradigma dell’ordine pubblico (si parla, quindi, di ordine pubblico interno) è attribuito il compito di saggiare l’ammissibilità degli atti di autonomia privata, costituendo, insieme e alternativamente al buon costume e alle norme imperative, uno dei parametri cui è commisurata la loro liceità. In questo senso nel codice civile, com’è noto, l’ordine pubblico è richiamato dagli artt. 5 e 2031 (ove il riferimento alla *legge* – contenuto pure all’art. 23, 1° comma, in tema di annullamento delle delibere associative –, residuo della dizione adottata nel codice civile previgente, è concordemente inteso nel senso della più precisa locuzione *norme imperative*: cfr. il nostro *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, p. 56 s.), nonché dagli artt. 23, 634, 1229, 1343, 1354. Per i richiami di dottrina, oltre alle indicazioni riportate alla nota 5, cfr. A. BIGI, *L’ordine pubblico internazionale davanti alla Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 561 ss.

⁸ La recente giurisprudenza di legittimità propugna una «concezione aperta ed universalistica dell’ordine pubblico internazionale, già espressa in precedenti orientamenti (Cass. 19599 del 2016 e 14878 del 2017) riconoscendo ai principi di ordine pubblico internazionale non soltanto la funzione di limite all’applicazione della legge straniera (l. n. 218 del 1995, art. 16) ed al riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri (l. n. 218 del 1995, art. 64), ma anche quella di *promozione* (S.U. 16601 del 2017) e *garanzia di tutela dei diritti fondamentali della persona* (Cass. n. 19405 del 2013), attraverso i principi provenienti dal diritto dell’Unione Europea, delle Convenzioni sui diritti della persona cui l’Italia ha prestato adesione e con il contributo essenziale della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti umani»: così, ad es., Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit.. Analogamente Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2017, I, p. 372 ss., con commento di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all’estero a favore di una coppia same sex*; Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613 ss., con note di richiami di A. PALMIERI ed E. D’ALESSANDRO; e note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI; E. D’ALESSANDRO; R. SIMONE; P.G. MONATERI; Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2019, I, p. 741 ss., con commento di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*. Su quest’ultima pronuncia, che costituisce il diritto vivente in materia di trascrivibilità di un atto straniero di nascita da gpa realizzata all’estero da una coppia di uomini, confermato dalla decisione in esame, sia consentito richiamare il nostro *Le sezioni unite e l’omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in *GenIUS*, 2/2019, p. 6 ss.

Sull’incidenza del parametro dell’ordine pubblico nella materia che ci occupa, non potendo riportare per ovvi limiti di spazio l’ampia letteratura sul tema, si v. almeno C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole “concetto” di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2016, II, p. 481 ss.; G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. fam. succ.*, 2/2019, p. 337 ss.; V. BARBA, *L’ordine pubblico interazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss.; ID., *Note minime sull’ordine pubblico internazionale*, in www.articolo29.it; ID., *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenIUS*, 2/2019, p. 19 ss.; C. CAMPIGLIO, *Della tirannia del best interest of*

Concordando su questo specifico punto con la decisione in commento, un primo motivo di dissenso attiene, invece, al differente profilo – operativamente cruciale – dell’individuazione delle statuizioni che compongono l’ordine pubblico in via generale e di conseguenza nella materia che qui rileva.

Le Sezioni unite, nel solco di precedenti decisioni⁹, riconducono entro il perimetro dell’ordine pubblico (internazionale) anche *le leggi ordinarie nella configurazione che emerge dal cosiddetto diritto vivente*. Precisamente, le leggi che «inverano l’ordinamento costituzionale» e definiscono a livello di fonti primarie interne la disciplina ordinaria degli istituti, nell’interpretazione «fornite dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a[l] diritto vivente»¹⁰.

A nostro avviso stabilire che a comporre l’ordine pubblico internazionale siano anche le norme di legge ordinaria che esprimono principî costituzionali di rilievo fondamentale, nella configurazione che assumono nel cosiddetto “diritto vivente”, può portare a risultati ermeneutici fallaci, non coerenti con la funzione attribuita al predetto paradigma. Non tutte le norme ordinarie, infatti, sono l’univoca ed inalterabile espressione di principî indefettibili dell’ordinamento italiano. Molte di esse sono frutto della scelta discrezionale, legittimamente assunta dal *conditor iuris* in un dato momento storico, e che nel tempo ben può mutare, pur nel medesimo rispetto dei dettami apicali.

In altri termini, le fonti di rango primario certamente dovrebbero essere coerenti con i sovraordinati dettami costituzionali, ma questo non significa per ciò stesso che esprimano principî indefettibili dell’ordinamento italiano. Sia perché esistono norme costituzionali che non inverano valori essenziali, sia perché sussistono spazi di discrezionalità nella scelta della disciplina di settore¹¹. Insomma, l’evoluzione della sensibilità del legislatore ordinario su determinati profili degli interessi e dei beni della vita di volta in volta rilevanti può portare nel tempo a regolamentazioni di segno differente e tutte ugualmente coerenti con il dettato costituzionale¹².

the child. *Nuove forme di genitorialità e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6/2021, II, p. 1415 ss.; F. AZZARRI, *I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell’ordine pubblico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5/2021, p. 1153 ss.; V. CALDERAI, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell’infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2022, p. 478 ss. (che riprende anche riflessioni precedenti dell’A. sul tema dell’ordine pubblico internazionale riguardo alla costituzione del rapporto di filiazione).

⁹ Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., punto 6 della motivazione.

¹⁰ Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., punto 15 della motivazione; Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., punto 12.1 della motivazione; Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit., punto 16.1 della motivazione.

¹¹ Sicché una determinata regolamentazione e la relativa configurazione che assume nel diritto applicato, benché costituzionalmente conforme, potrebbe essere superata da una diversa regolamentazione, rispondente alla differente linea di politica del diritto affermatasi successivamente nel paese, anch’essa in ipotesi conforme ai precetti della Carta fondamentale. Se ne ha conferma nella giurisprudenza costituzionale richiamata alla nota successiva.

¹² Ad es., la previsione che contemplava la facoltà di commutazione a beneficio dei figli legittimi rispetto a quelli naturali (art. 537, 3° comma, cod. civ., nel testo risultante dalla riforma del diritto di famiglia del 1975) è stata reputata immune da vizi di costituzionalità da Corte cost., 18 dicembre 2009, n. 335, in *G.U.*, 23 dicembre 2009, n. 51, 1^a s.s., la quale ha osservato che «Se, dunque, la completa equiparazione nel quantum dei diritti successori dei figli legittimi e naturali, stabilita dai primi due commi dell’art. 537 cod. civ. attua (in modo certamente obbligato) il principio della necessaria uguaglianza delle posizioni dei figli nel rapporto con il genitore dante causa (deceduto ab intestato), la scelta del legislatore di conservare in capo ai figli legittimi la possibilità di richiedere la commutazione, condizionata dalla previsione della facoltà di opposizione da parte del figlio naturale e dalla valutazione delle specifiche circostanze posta a base della decisione del giudice, non contraddice la menzionata aspirazione alla tendenziale parificazione della posizione dei figli naturali, giacché non irragionevolmente si pone ancor oggi (quale opzione costituzionalmente non obbligata né vietata) come termine di bilanciamento (compatibilità) dei diritti del figlio naturale in rapporto con i figli membri della famiglia legittima» (punto 2.4. del *Considerato in diritto*). La regola, com’è noto, è stata successivamente abrogata dalla riforma della filiazione del 2012-2013 che, nel quadro dell’attuazione del principio dell’unicità dello stato di figlio, l’ha ritenuta non più armonizzabile con il precetto di uguaglianza e non discriminazione tra figli nati all’interno e al di fuori del matrimonio espresso dall’art. 30 Cost..

L'approccio ermeneutico adottato dalle Sezioni unite finisce inoltre per irrigidire il ruolo del parametro dell'ordine pubblico (internazionale), incrinando, se non addirittura tradendo, il postulato di partenza, giacché, piuttosto che con i principî indefettibili dell'ordinamento municipale, il confronto viene operato con la normativa di dettaglio. Si sconfessa così sul piano operativo l'asserzione formulata *in apicibus* circa la sua funzione promozionale e di apertura, riconducibile ai principî giuridici espressione dei valori di tutela dei diritti fondamentali affermati a livello internazionale e sovranazionale in linea con l'aspirazione alla loro diffusione e «all'armonizzazione tra gli ordinamenti»¹³. Con il rischio di tornare a una concezione difensiva dell'ordine pubblico, deputata a recepire unicamente quegli elementi di estraneità che coincidono «almeno nelle linee essenziali» con la disciplina municipale¹⁴. Né, d'altra parte, si può supporre che le norme e/o i provvedimenti stranieri/i siano in piena o comunque significativa consonanza con la trama legislativa interna di rango ordinario.

Al contrario, una rappresentazione dell'ordine pubblico coerente con le richiamate premesse funzionali lo vede composto unicamente dai principî indefettibili che disegnano la fisionomia essenziale – l'architrave fondante – del vigente diritto italiano. Cui possono semmai aggiungersi, tra le fonti primarie, le statuizioni *a contenuto costituzionalmente vincolato* o *costituzionalmente obbligate*, ossia quelle che, come afferma la Consulta, «non possono venir modificate o rese inefficaci, senza che ne risultino lese le corrispondenti disposizioni costituzionali»¹⁵.

In definitiva, per saggiare la compatibilità del provvedimento straniero di cui si chiede il riconoscimento è opportuno restare entro il perimetro formato dai principî apicali indefettibili, integrato dalle norme primarie a contenuto costituzionalmente vincolato.

¹³ Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., punto 12.1 della motivazione.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Corte cost., 13 gennaio 2005, n. 45, in *G.U.*, 2 febbraio 2005, n. 5, 1^a s.s., punto 5 del *Considerato in diritto*. La sentenza, avente ad oggetto l'ammissibilità dei quesiti referendari sulla legge n. 40/2004 in tema di procreazione medicalmente assistita, pone delle importanti precisazioni, che vale la pena qui riportare: «Tale categoria di leggi non si riferisce, come questa Corte ha chiarito fin dalla medesima sentenza, a "tutte le leggi ordinarie comunque costitutive od attuative di istituti, di organi, di procedure, di principi stabiliti o previsti dalla Costituzione", ma solo a quelle "che non possono venir modificate o rese inefficaci, senza che ne risultino lese le corrispondenti disposizioni costituzionali"».

La naturale difficoltà a distinguere in concreto le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato da quelle semplicemente riferibili a norme e principi costituzionali ha anzitutto condotto questa Corte ad affermare che «occorre che la legge ordinaria da abrogare incorpori determinati principi o disposti costituzionali, riproducendone i contenuti o concretandoli nel solo modo costituzionalmente consentito (anche nel senso di apprestare quel minimo di tutela che determinate situazioni esigano secondo la Costituzione)» (sentenza n. 26 del 1981).

Peraltro, con la sentenza n. 27 del 1987 sono state enucleate 'due distinte ipotesi' all'interno di questa categoria di norme legislative che non possono essere oggetto di richieste referendarie: «Innanzitutto le leggi ordinarie che contengono *l'unica necessaria disciplina attuativa conforme alla norma costituzionale, di modo che la loro abrogazione si tradurrebbe in lesione di quest'ultima* (cfr. sentenze n. 16 del 1978 e n. 26 del 1981); in secondo luogo, le leggi ordinarie, la cui eliminazione ad opera del *referendum* priverebbe totalmente di efficacia un principio od un organo costituzionale la cui esistenza è invece voluta e garantita dalla Costituzione (cfr. sentenza n. 25 del 1981)».

Successivamente la sentenza n. 35 del 1997 ha riferito quest'ultima ipotesi anche a quelle «*leggi ordinarie la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione*». Da ultimo le sentenze n. 42 e n. 49 del 2000 hanno dichiarato l'inammissibilità anche in ipotesi nelle quali la legislazione oggetto della richiesta referendaria garantisce solo il 'nucleo costituzionale irrinunciabile' di tutela di un principio costituzionale.

In particolare la sentenza n. 49 del 2000 ha affermato che le «leggi costituzionalmente necessarie», «in quanto dirette a *rendere effettivo un diritto fondamentale della persona*, una volta venute ad esistenza *possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa*, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento» (cor-sivi aggiunti). Sul tema si tornerà (v. note 19 e 20 e testo corrispondente, e § 3).

In argomento sia concesso richiamare il nostro *Provvedimento estero di adozione piena ad una coppia omogenitoriale maschile e ordine pubblico internazionale*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile* a cura di Carlo Granelli, Milano, 2022, p. 138 ss., spec. p. 146 ss.

2. – *La non incidenza del divieto di surrogazione di maternità nella ricostruzione dei principi supremi inerenti alla condizione giuridica del nato da gpa all'estero.*

Altro elemento di dissenso rispetto alla decisione delle Sezioni unite afferisce al passaggio successivo alla determinazione di ciò che in astratto compone l'ordine pubblico internazionale, e dunque la ricognizione del tessuto normativo rilevante nella materia oggetto del caso in esame.

A tal fine è cruciale la corretta delimitazione del campo d'indagine, ossia l'individuazione della fattispecie regolata dal provvedimento straniero, che *in thesi* sarebbe destinato a spiegare i propri effetti in ambito municipale.

Nel nostro caso, la sentenza della corte canadese del 2017 ha dichiarato che devono figurare come genitori del bambino il padre biologico e il suo coniuge, ed ha disposto la corrispondente modifica dell'atto di nascita in Canada. Il provvedimento, ove in ipotesi ammesso, comporterebbe la corrispondente rettifica dell'originario atto di nascita canadese, già trascritto in Italia.

Si tratta, quindi, di effetti che incidono sullo *stato giuridico* del bambino nato da gpa all'estero e, in particolare, sulla determinazione del vincolo di filiazione in capo ai due *partner* di sesso maschile, e non soltanto riguardo al genitore biologico.

È questo il punto nodale della vicenda in esame: la condizione di figlio del bambino generato attraverso il ricorso alla pratica della maternità di sostituzione, pienamente legittima in Canada. Bisogna valutare se contrasti con i principi indefettibili del nostro ordinamento che tale condizione possa essere stabilita non soltanto – ed unicamente – nei confronti del padre biologico, ma anche di quello intenzionale, come indicato nel provvedimento della Corte canadese.

È in relazione a siffatto raggio di analisi che va effettuata la selezione delle regole e dei principi indefettibili che nel momento attuale compongono l'ordine pubblico (internazionale) in materia.

Diversamente da quanto reputato dalle sezioni unite della S.C., si può sostenere che il nucleo dei precetti imprescindibili in materia non vada rinvenuto – non comunque in primo luogo – nel disposto dell'art. 12, comma 6°, l. 19 febbraio 2004, n. 40, che punisce con pena detentiva e con multa chiunque, in qualsiasi forma, realizzi, organizzi o pubblicizzi la surrogazione di maternità. Ma va ricercato, piuttosto, nelle statuizioni che nel nostro ordinamento presiedono alla determinazione della condizione giuridica dei figli e, più specificamente, ove rinvenibili, di quelli nati attraverso il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, anche vietate¹⁶. Resta, invece, in secondo piano la posizione dell'adulto nella determinazione del suo *status* parentale. Una volta attivato il meccanismo procreativo egli non può sottrarsi all'assunzione della qualità di genitore ed alla connessa responsabilità, salvo si tratti della donna gestante, cui è riconosciuto il diritto all'interruzione volontaria di gravidanza, e della puerpera, alla quale è consentito di non essere nominata nell'atto di nascita. Regola, quest'ultima, che soffre una significativa eccezione, di cui si parlerà *infra*, nel caso in cui la donna che ha dato alla luce il bambino abbia fatto ricorso alla fecondazione eterologa (art. 9, l. n. 40/2004).

Al di là dei dubbi che si possono nutrire sulla portata e sull'efficacia, in termini di tutela della dignità della donna gestante, di una previsione che commina la privazione della libertà personale e una multa da 600 mila a 1 milione di euro *proprio e pure nei suoi confronti*¹⁷ – dubbi che non possono essere oggetto di discussione in questa sede¹⁸ –, va sottolineato come il divieto non si

¹⁶ L'art. 9 della legge n. 40/2004 si occupa, ad esempio, della condizione giuridica dei bambini nati mediante la fecondazione eterologa; tecnica originariamente bandita e che solo nel 2014, con la pronuncia di incostituzionalità (Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *G.U.*, 18 giugno 2014, n. 26, 1^a s.s.), è stata (ri)ammessa nel nostro ordinamento. Nel precedente periodo di anomia la metodica era ampiamente diffusa in Italia.

¹⁷ È certo una singolare tecnica di tutela della postulata vulnerabilità della donna gestante quella di sanzionarla come rea, anziché proteggerla.

¹⁸ Ci scrive ha provato a tematizzarli in due relazioni, l'una, dal titolo «Gestazione per altri e *status* del nato», svolta nell'ambito del Seminario di studi sul tema *Dove va il diritto di famiglia? Spunti di politica del diritto* che si è tenuto all'Università di Padova l'8 aprile 2022, l'altra, dal titolo «Gestazione per altri, genitorialità

appunti affatto sul nato. Essendo estraneo all'ampio spettro punitivo contemplato dal legislatore, egli non dovrebbe subire conseguenze negative per una condotta che non ha posto in essere e di cui non è responsabile. Siffatta conclusione è espressione di un generale principio di civiltà giuridica, che può considerarsi (ancora) un pilastro del nostro sistema. Principio che, com'è noto, proprio con riguardo alla posizione dei figli minori rispetto alle condotte dei genitori, è stato sancito in relazione al reato di incesto dalla Corte costituzionale prima e dal legislatore in sede di riforma della filiazione dopo¹⁹. Ed infatti il riconoscimento del figlio (o, simmetricamente, l'accertamento giudiziale della paternità/maternità) non è ostacolato dalla commissione del reato da parte degli adulti, ma unicamente sottoposto al preventivo vaglio giudiziale di rispondenza in concreto all'interesse del figlio e di assenza di qualsivoglia pregiudizio per lui (artt. 251 e 278 cod. civ.). Il principio è altresì alla base delle pronunce della Consulta che hanno affermato la non conformità alla Carta fondamentale dell'automatismo di talune previsioni che impongono la pena accessoria della decadenza o della sospensione dalla responsabilità genitoriale, in quanto impediscono al giudice di valutare nel caso concreto la rispondenza di tale conseguenza all'interesse del minore²⁰.

Pare, quindi, di dover respingere l'impostazione della decisione delle Sezioni unite, che avvia il proprio percorso argomentativo con la testuale affermazione secondo cui «L'ordinamento italiano non consente il ricorso ad operazioni di maternità surrogata», soffermandosi poi diffusamente sul *telos* del divieto di surrogazione di maternità di cui all'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004, sulla sua portata, sullo spettro degli interessi tutelati.

Non è questo il punto su cui i giudici erano chiamati a decidere.

Al fine di stabilire se corrisponda ai principi indefettibili del nostro ordinamento che un bambino nato all'estero da gpa (nel rispetto della *lex loci*) debba essere considerato destinatario di un trattamento giuridico deteriore rispetto ai suoi consimili, siano essi procreati con o senza tecniche di fecondazione assistita (lecite o no), ovvero siano frutto di condotte penalmente rilevanti dei genitori, lo spettro delle regole da compulsare non è immediatamente e unicamente compendiabile nell'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004, che tace del tutto sulla condizione giuridica del nato.

Va ancora considerato che il rigore del divieto – pur rivolto unicamente ai soggetti che compiono la condotta contemplata dalla norma – non si estende alle vicende ad essa susseguenti. La circostanza emerge con nettezza esaminando la posizione del padre biologico. Egli, pure *in thesi* sanzionabile, avendo posto in essere le azioni rientranti in astratto sotto il divieto legislativo (ove mai realizzate in Italia), non subisce alcuna conseguenza negativa nell'assunzione della condizione di genitore. Il nostro ordinamento non pone difficoltà o limitazione di sorta in presenza del legame genetico con il nato.

La constatazione evidenzia come tale vicenda connessa alla maternità di sostituzione – ma successiva e diversa dalla realizzazione della condotta sanzionata – non sia affatto coperta dall'interdetto legale. E ciò, verosimilmente a tutela del figlio incolpevole, altrimenti privo di salvaguardie.

Ne risulta corroborata la linea ermeneutica qui proposta, secondo cui la ricerca di ciò che costituisce l'ordine pubblico in relazione alla determinazione della condizione di figlio del nato da gestazione per altri non debba e non possa imperniarsi sull'enunciato dell'art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004, che individua il reato di surrogazione di maternità. Detta regola, infatti, seppure ritenuta di ordine pubblico, e dunque insuperabile, in ragione degli interessi fondamentali che presidia, non è riferita al nato, né può determinarne la condizione giuridica.

intenzionale, diritti del nato», nel contesto del Convegno internazionale su *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, che ha avuto luogo all'Università LUMSA di Palermo il 3-4 maggio 2022.

¹⁹ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *G.U.*, n. 37/2002, 1^a s.s.; art. 251 cod. civ., come modificato dall'art. 1 della legge 10 dicembre 2012, n. 219 e art. 278 cod. civ., nel testo risultante dall'art. 35 del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

²⁰ Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *G.U.*, 29 febbraio 2012, n. 9, 1^a s.s., in relazione al delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567, 2° comma, cod. pen.; Corte cost., 29 maggio 2020, n. 102, in *G.U.*, 3 giugno 2020, n. 23, 1^a s.s., in relazione al delitto di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore di cui all'art. 574-bis, 3° comma, cod. pen.

Ma c'è di più. La forza della previsione penale va misurata all'interno del perimetro stabilito dal legislatore. Sia l'effetto punitivo, sia l'effetto deterrente sono determinati e circoscritti entro l'ambito di operatività della regola positiva. Il precetto fondamentale di legalità della pena impone all'interprete di non debordare dalle conseguenze esplicitamente stabilite dal dettato legislativo. In altri termini, andando alla questione che ci occupa, pare da respingere sia dal punto di vista metodologico sia da quello dogmatico una linea ermeneutica (come quella sposata dalle Sezioni unite del 2022) che riconduce *eo ipso* al divieto di surrogazione di maternità di cui all'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004 – senza cioè una apposita previsione di legge – una *vis* sanzionatrice e deterrente aggiuntiva e diversa rispetto alla pena edittale. Lo fa in senso oggettivo, postulando conseguenze sanzionatorie (e deterrenti) differenti rispetto alla reclusione tra tre mesi a due anni ed alla multa da seicentomila a un milione di euro, e consistenti segnatamente nel divieto di attribuire al nato lo *status* di figlio degli *intended parents*. Lo fa pure in direzione soggettiva, allargando il novero dei destinatari della pena ad un soggetto estraneo alla commissione del reato, qual è il bambino generato con la gpa. Né può pensarsi ad una pena accessoria *implicita*, perché pure per questa figura si impone il precetto di legalità, come indica il disposto dell'art. 19 cod. pen., nel cui quadro, oltretutto, è assente l'evenienza in discorso. Per inciso lo stesso art. 34 cod. pen., che contempla la pena accessoria della sospensione o della decadenza dalla responsabilità genitoriale, impone la determinazione per legge de «i casi nei quali la condanna importa la decadenza dalla responsabilità genitoriale».

In definitiva non sembra condivisibile l'idea, che si affaccia nella decisione delle Sezioni unite, che la previsione del reato di surrogazione di maternità – la cui commissione è sanzionata con una pena articolata ma definita (reclusione e multa) – si proietti ulteriormente e surrettiziamente, sul versante materiale, sulla relazione genitore-figlio, in modo da impedirne o comunque renderne incerta la formalizzazione; e, sul versante soggettivo, sulla persona del bambino, estranea alla commissione del reato. Insomma, nella prospettiva qui criticata, la pena (e la sua forza deterrente) viene fatta travalicare a profili diversi da quello della privazione della libertà personale e della incisione patrimoniale sull'autore del reato. Profili, si ribatte, non coperti dal dettato legislativo, sicché tali conseguenze repressive appaiono *praeter legem* e pertanto di dubbia legittimità, configurando una pena accessoria occulta, e dunque *contra legem*.

3. – *Il percorso ermeneutico volto a rinvenire i principî indefettibili in tema di status filiationis in caso di ricorso alla gestazione per altri.*

Come detto, la ricerca dei principî indefettibili in materia non dovrebbe rivolgersi – e non comunque unicamente e/o in prima battuta – alle norme ordinarie, con l'eccezione di quelle a contenuto costituzionalmente vincolato, sicché bisognerà scrutinare le previsioni di rango costituzionale e convenzionale rilevanti in materia.

Per inciso pare opportuno sottolineare che le statuizioni della legge n. 40/2004 non sono – o comunque non tutte – a contenuto costituzionalmente necessario. Lo è la legge in sé: è la Consulta ad averlo sancito dopo aver puntualizzato che «il vincolo costituzionale può anche riferirsi solo (...) al fatto che una disciplina legislativa comunque sussista»²¹. Nel valutare l'ammissibilità del *referendum* abrogativo dell'intera legge n. 40/2004, la Corte ha testualmente affermato che essa rappresenta la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore, che negli anni più recenti ha conosciuto uno sviluppo correlato a quello della ricerca e delle tecniche mediche, e che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa. Esigenza questa già sottolineata da questa Corte nella sentenza n. 347 del 1998»²².

D'altra parte e in via incidentale, restando sul terreno del diritto interno e tralasciando la questione della ricognizione dell'ordine pubblico internazionale nella materia che ci occupa, non può non rammentarsi come la legge in tema di procreazione medicalmente assistita *taccia* sulla condizione

²¹ Corte cost., 13 gennaio 2005, n. 45, cit., punto 5 del *Considerato in diritto*.

²² Corte cost., 13 gennaio 2005, n. 45, cit., punto 6 del *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto.

giuridica del nato da surrogazione di maternità, sicché da essa non può ricavarsi in via diretta alcun elemento utile alla ricostruzione della specifica trama regolamentare di rango ordinario²³.

Nessuno dei due articoli che compongono il capo III della legge n. 40/2004, dedicato alla condizione giuridica del nato, si attaglia alla fattispecie in esame. Non l'art. 8, il quale attribuisce ai bambini venuti alla luce con applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita lo stato, rispettivamente, di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche, ai sensi dell'art. 6, dal momento che si riferisce, tramite il richiamo all'art. 6, ai soggetti legittimati a fruire delle metodiche (ammesse), tra i quali non rientrano le coppie *same-sex*. Com'è noto la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, l. n. 40/2004, che limita l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole «coppie [...] di sesso diverso»²⁴. Benché uno dei giudici *a quo* avesse incentrato le proprie perplessità interpretative sul discrimine inflitto alle coppie femminili, la Consulta ha ben chiaro che un'eventuale pronuncia di accoglimento, scardinando l'impianto eterosessuale (e – si aggiunge qui – biologicista) della legge n. 40/2004, avrebbe inevitabili ricadute anche nei confronti delle coppie omoaffettive maschili, imponendo un ripensamento del divieto di surrogazione di maternità: «L'ammissione alla PMA delle coppie omosessuali, conseguente al loro accoglimento, esigerebbe, infatti, la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le idee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004, con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive (oltre che con interrogativi particolarmente delicati quanto alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologazione alle femminili – in punto di diritto alla genitorialità – richiederebbe, come già accennato, che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata)»²⁵. Del resto, non sembra che ci siano margini realmente percorribili per un'interpretazione estensiva della norma, che ne ampli l'operatività fino a ricomprendervi i figli procreati da coppie duplicemente non legittimate alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ammesse dalla legge: vuoi perché *same-sex* e vuoi perché abbiano fatto ricorso alla gpa.

Nemmeno l'art. 9 trova diretta applicazione al caso dei bambini nati con la maternità di sostituzione. Invero il suo ambito di operatività è esplicitamente disegnato – almeno nel 1° e nel 3° comma – sulla fecondazione eterologa; ipotesi alla quale non fa letterale rinvio, invece, il 2° alinea, che però a questa evenienza si attaglia perfettamente, dal momento che vieta alla «madre del nato a seguito di tecniche di procreazione medicalmente assistita» la scelta dell'anonimato nella formazione dell'atto di nascita.

Volendo restare al piano del diritto nazionale, si può constatare come il silenzio del legislatore interno sulla condizione giuridica dei nati da gpa lasci l'interprete di fronte a un vuoto normativo, che va colmato facendo uso dello strumentario ermeneutico di cui dispone, e dunque ricorrendo all'*analogia legis* o, in caso di dubbio, decidendo «secondo i principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» (art. 12, cpv., preleggi).

Partendo innanzitutto dagli articoli 8 e 9 richiamati, la loro lettura coordinata fa emergere l'intento del legislatore italiano di tutelare il nato da procreazione medicalmente assistita – anche se non ammessa, come avveniva per la fecondazione eterologa prima della declaratoria di illegittimità costituzionale del divieto originariamente sancito²⁶. E ciò in un duplice senso. Da una parte, proiettando la forza del consenso espresso dai componenti della coppia al momento della richiesta di accesso alle tecniche²⁷ alla fase successiva alla nascita, si determina automaticamente il legame

²³ Da qui la conferma che nella legislazione ordinaria non vi sia una disposizione che imponga, quale pena accessoria al reato di surrogazione di maternità, il divieto di costituzione del legame di filiazione nei confronti del nato da parte dei genitori intenzionali.

²⁴ Sentenza 23 ottobre 2019, n. 221, in *G.U.*, 30 ottobre 2019, n. 44, 1^a s.s.

²⁵ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit., punto 12 del *Considerato in diritto*. Per talune notazioni critiche sia consentito rinviare al nostro *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2020, II, p. 664 ss., punto 12 del *Considerato in diritto*.

²⁶ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit.

²⁷ E non revocato prima della fecondazione dell'ovulo: art. 6.

di filiazione con il nato sia nell'ipotesi della coppia coniugata, sia di quella non unita in matrimonio, attribuendogli l'efficacia di riconoscimento della genitorialità (art. 8). Dall'altra, con l'effetto di rafforzare ulteriormente l'impatto del disposto precedente, si impedisce ad entrambi i componenti della coppia di sottrarsi alle conseguenze della scelta procreativa (eterologa) formulata consapevolmente e liberamente, blindandone la responsabilità rispetto al nato con l'assunzione della decisione di accedere alle tecniche di fecondazione assistita.

Se ne ricava che la posizione del figlio non deve subire conseguenze pregiudizievoli derivanti dalle condotte degli adulti e che gli spazi di autodeterminazione che la volontà generativa "naturale" consente all'uomo che non abbia un legame genetico con la prole ed alla donna partorienti qui vengono totalmente elisi in considerazione del preminente interesse del nato. Questo precetto – nessun effetto negativo di rimbalzo sul figlio – è in piena sintonia con quelli che stanno alla base delle richiamate decisioni dell'Alta Corte sulla intangibilità della posizione del figlio rispetto alla commissione del reato da parte del/i genitore/i e sull'esigenza di valutare in concreto la rispondenza all'interesse della prole dell'apparato sanzionatorio astrattamente contemplato dalla legge.

Quanto emerge può dirsi dunque espressione di un principio di rilievo apicale. Al riguardo deve sciogliersi affermativamente il dubbio se rappresenti un canone indefettibile, riconducibile alla quintessenza regolatoria in cui si condensa il parametro dell'ordine pubblico internazionale in materia. Esso si pone in continuità con i precetti costituzionali di protezione della prole di cui agli artt. 2, 3, 30, 31 Cost., e di quello di origine convenzionale del rispetto del superiore interesse del minore, richiamato nel nostro sistema per il tramite dell'art. 117 Cost. e dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

In questa direzione depone, come s'è detto, la constatazione che la portata della norma che sanziona la surrogazione di maternità non sporge oltre la condotta riprovata e non arriva comunque ad interdire la costituzione del vincolo di filiazione in capo al genitore biologico. Né, per le ragioni già dette, dovrebbe dirigersi soltanto contro il genitore intenzionale, ferma restando l'esigenza, già sottolineata, di non pregiudicare la posizione del minore. Dall'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004, in altre parole, non si desume una istanza punitiva diretta verso il bambino che non ha commesso il reato ivi contemplato, e contro il quale non può farsi derivare alcun pregiudizio per effetto della condotta altrui.

4. – *La rilevanza dell'interesse del minore nella linea ermeneutica disegnata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.*

L'indagine che si prospetta all'interprete attiene, allora, alla portata e tenuta del principio della preminente tutela del bambino nato da gpa²⁸, una volta individuata la trama dei suoi diritti fondamentali, nonché l'impatto della sua considerazione rispetto ad altri interessi concorrenti.

²⁸ Anche in tema di interesse del minore in generale la letteratura è sterminata. Tra gli scritti più recenti e con riguardo al tema qui in esponente e con accenti diversificati si v., ad es., V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore, ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405 ss.; G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2019, II, p. 815 ss.; EAD., *Diritti dei bambini e genitori dello stesso sesso. Il cambio di passo della Consulta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2021, II, p. 937 ss.; M. DE MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, p. 165 ss.; M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 7/2021, p. 763 ss.; F. RIMOLI, *Diritto all'omogenitorialità, best interests of the child e famiglia "naturale": un problema ancora irrisolto*, nota a Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *Giur. cost.*, 2/2021, p. 339B; E. LAMARQUE, *Pesare le parole. Il principio dei best interests of the child come principio del miglior interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, 4/2023, p. 365 ss.; M. DOGLIOTTI, *Protezione dei minori, diritto interno, giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2022, II, p. 420 ss.; M. FLAMINI, *La tutela del diritto fondamentale allo status di tutti i figli*, in *IEN*, 22 maggio 2023, <https://www.italianequalitynetwork.it/la-tutela-del-diritto-fondamentale-allo-status-di-tutti-i-figli/> (accesso giugno 2023).

In siffatta direzione utili indicazioni vengono dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a partire dalle notissime decisioni “gemelle” sui casi *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*²⁹, di quasi dieci anni fa, per arrivare, passando dall’altrettanto noto e cruciale *Avis consultatif* del 2019³⁰, alla sentenza del 22 novembre 2022 sul caso *D.B. et al. c. Svizzera*³¹, sulla quale, sia pur brevemente, ci si soffermerà, dati i significativi punti di contatto con il caso oggetto della pronuncia delle Sezioni unite della S.C.. Linea interpretativa confermata, nelle sue linee principali, da un arresto, di poco successivo, del 6 dicembre 2022, sul caso *K.K. et al. c. Danimarca*³².

Nella sentenza *Menesson* (e analogamente in quella *Labassee*) i giudici, constatata preliminarmente una diversità di soluzioni tra gli Stati parti in ordine alla gestazione per altri e al riconoscimento del vincolo di filiazione rispetto al genitore intenzionale, hanno formulato alcune importanti osservazioni di carattere generale, dalle quali conviene prendere le mosse, per poi mettere a fuoco le statuizioni relative alla precipua posizione del bambino nato attraverso la maternità di sostituzione in uno stato estero.

Un primo punto fermo è che la relazione genitore-figlio chiama in gioco un aspetto essenziale dell’identità dell’individuo – del bambino, in particolare – e, di conserva, che in questo ambito il margine di discrezionalità degli Stati parti subisce una contrazione³³. Il secondo è che, nel valutare se la soluzione adottata dal singolo Stato attui un corretto bilanciamento tra i diversi interessi contrapposti, il canone fondamentale da osservare, *quando è in gioco la situazione di un minore*,

²⁹ CtEDU, sez. V, 26 giugno 2014, n. 65192/11, *Menesson c. Francia*; CtEDU, sez. V, 26 giugno 2014, n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, entrambi reperibili in <https://hudoc.echr.coe.int>

³⁰ CtEDU, Camera Grande, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, reperibile su <https://hudoc.echr.coe.int>. Com’è noto, la sua emanazione ha dato la stura all’incidente di costituzionalità sollevato dalla I sezione della Corte di cassazione proprio nel quadro della fattispecie oggetto della pronuncia attuale (Cass. civ., sez. I, ord. interl. 29 aprile 2020, n. 8325, cit.) sul rilievo di un contrasto del diritto vivente, come cristallizzato dalla pronuncia delle sezioni unite n. 12193/2019 (secondo cui la previsione di ordine pubblico dell’art. 12, l. n. 40/2002 impedisce la trascrizione del provvedimento straniero che sancisce il legame di filiazione anche nei confronti del genitore non biologico) con i principî costituzionali e convenzionali di tutela della vita privata e familiare, espressione della personalità e dignità della persona e del diritto all’identità dell’individuo, di tutela del preminente interesse del minore. Segnatamente per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost., art. 117 Cost., comma 1, quest’ultimo in relazione all’art. 8 della Convenzione EDU, artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 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. La successiva pronuncia di inammissibilità «con monito rinforzato» (in questo senso G. D’AMICO, *La Corte e il “non detto”. Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 e n. 33 del 2021*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2021, II, p. 930 ss., p. 935) della Consulta (Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.), ha evidenziato l’esigenza «che (...) sia comunque assicurata tutela all’interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia che non solo ne abbiano voluto la nascita in un Paese estero in conformità alla *lex loci*, ma che lo abbiano poi accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale» (punto 5.7. del *Considerato in diritto*), sollecitando il legislatore ad «adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata» nel bilanciamento «tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l’imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati». Ad essa ha fatto poi seguito l’ordinanza interlocutoria sempre della prima sezione della S.C. (Cass. civ., sez. I, ord. interl. 21 gennaio 2022, n. 1842, cit.), cui è seguita la pronuncia delle sezioni unite, oggetto di queste note.

³¹ CtEDU, sez. III, 22 novembre 2022, n. 58817/15 e 58252/15, *D.B. et al. c. Svizzera*, reperibile in <https://hudoc.echr.coe.int>. La questione attiene alla mancata tempestiva formalizzazione del legame di un bambino nato con la gpa all’estero con il genitore d’intenzione, nel quadro di una scelta procreativa portata avanti da due uomini uniti in partenariato registrato.

³² CtEDU, sez. II, 6 dicembre 2022, n. 25212/21, *K.K. et al. c. Danimarca*, reperibile in <https://hudoc.echr.coe.int>

³³ «However, regard should also be had to the fact that an essential aspect of the identity of individuals is at stake where the legal parent-child relationship is concerned. *The margin of appreciation afforded to the respondent State in the present case therefore needs to be reduced*»: CtEDU, sez. V, 26 giugno/settembre 2014, n. 65192/11, *Menesson c. Francia*, cit., punto 80 (enfasi aggiunta). Nella decisione *Labassee c. Francia* v. il corrispondente punto 59.

è la necessaria preminenza degli interessi di quel bambino: «the best interests of that child are paramount»³⁴ - «l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer»³⁵.

Tali interessi vanno riferiti al fascio di situazioni soggettive riconducibili, nel linguaggio della Convenzione sui diritti e le libertà fondamentali, al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 8). Al riguardo la Corte di Strasburgo ha avuto modo di enucleare tra i beni della vita rientranti in tale alveo il già citato diritto all'identità personale, alla cui determinazione concorre il diritto alla genitorialità e alla definizione delle proprie origini, il diritto alla cittadinanza, il diritto a vivere e a crescere in un ambiente familiare stabile, idoneo ad assicurare al bambino le cure, l'istruzione, l'assistenza morale e materiale, e gli affetti necessari alla sua crescita equilibrata e al pieno sviluppo della sua personalità.

Quindi la superiorità e la rilevanza degli interessi del bambino costituiscono la chiave di volta della vicenda ed il punto di osservazione da cui il giurista deve muovere nella sua opera interpretativa rispetto alla questione della tutela del bambino nato da gpa all'estero³⁶.

Si trae conferma, allora, della necessità, cui si faceva cenno in precedenza, di riconsiderare ciò che compone l'ordine pubblico in materia, giacché l'esigenza di dare piena attuazione agli interessi del minore porta a ridimensionare la rilevanza del divieto di surrogazione di maternità.

Proprio a partire dalla preminenza dell'interesse del minore la Corte EDU, nelle decisioni *Menesson* e *Labassee* e successivamente nell'*Avis consultatif*, ha formulato ulteriori statuizioni calibrate sulla specifica questione della posizione del bambino nato da gestazione per altri, che si proverà qui a riassumere per illustrare, poi, le più recenti affermazioni, consegnate alla rammentata sentenza *D.B. et al c. Svizzera* del novembre 2022.

L'interesse del minore riduce il margine di apprezzamento degli Stati parti e, in questo contesto, fa sì che il divieto di surrogazione di maternità, formulato in taluni ordinamenti anche con intensità di principio di ordine pubblico, con il suo apparato punitivo e la correlativa finalità deterrente, specificamente indirizzati ai soggetti che abbiano commesso la condotta interdotta, non possano spingersi fino a tangere la posizione del minore. In altre parole, rispetto al preminente obiettivo di tutelare i bambini nati da gpa la finalità pubblica di sanzionare la condotta violativa del precetto penale diviene *recessiva*³⁷.

Sancita la necessità di garantire pienezza di tutela al minore, in tutti i risvolti della relazione genitore-figlio, diventa imprescindibile procedere al riconoscimento del legame sia con il genitore biologico – in tal senso le decisioni gemelle del 2014 – sia con la madre sociale: affermazione, questa, contenuta nell'*Avis consultatif* del 2019.

³⁴ «Moreover, the solutions reached by the legislature – even within the limits of this margin – are not beyond the scrutiny of the Court. It falls to the Court to examine carefully the arguments taken into consideration and leading to the solution reached and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those directly affected by that solution (see, *mutatis mutandis*, *S.H. and Others*, cited above, § 97). In doing so, it must have regard to the essential principle according to which *whenever the situation of a child is in issue, the best interests of that child are paramount* (see, among many other authorities, *Wagner and J.M.W.L.*, cited above, §§ 133-34, and *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, §§ 76 and 95, 22 January 2008)»: CtEDU, sez. V, 26 giugno 2014, n. 65192/11, *Menesson c. Francia*, cit., punto 81 (corsivo aggiunto).

³⁵ CtEDU, sez. V, 26 giugno 2014, n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, cit., punto 60.

³⁶ Tali interessi, riconducibili entro la formula del diritto al rispetto della vita privata e familiare, vengono dalla Corte individuati *in primis* nel diritto all'identità personale.

La Corte precisa, quindi, che la primazia dell'*interesse dei minori* a godere pienamente del diritto al rispetto della vita privata e familiare è il parametro sul quale va saggiata la soluzione adottata dai singoli Stati che vietano la surrogazione di maternità, e segnatamente se essa abbia realizzato un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico che i cittadini si conformino alla scelta legislativa, adottata democraticamente all'interno dello Stato, e l'interesse dei singoli al godimento dei propri diritti e libertà fondamentali: CtEDU, sez. V, 26 giugno/settembre 2014, n. 65192/11, *Menesson c. Francia*, cit., punto 84; CtEDU, sez. V, 26 giugno 2014, n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, cit., punto 63.

³⁷ Cfr. CtEDU, sez. III, 22 novembre 2022, n. 58817/15 e 58252/15, *D.B. et al c. Svizzera*, reperibile su <https://hudoc.echr.coe.int>, punto 86.

S'è detto che tale pronuncia – che ha costituito, com'è noto, la ragione per sollecitare (invano), per il tramite prima della Corte costituzionale e successivamente delle Sezioni unite della S.C., un riaspetto del diritto vivente italiano, cristallizzato nella sentenza delle stesse Sezioni unite n. 12193 del 2019 – stigmatizza il mancato riconoscimento della condizione di figlio risultante dal provvedimento straniero, che deriva, secondo le autorità francesi, dalla previsione di ordine pubblico che vieta la gestazione per altri. Per contro i giudici di Strasburgo deplorano l'esito di compressione del diritto fondamentale del bambino alla vita privata e familiare. Segnatamente, come ricordato, il pregiudizio così inflitto al suo diritto all'identità personale³⁸, impedendogli l'acquisto della cittadinanza, delle prerogative successorie nei confronti del genitore intenzionale, senza dire del fascio di situazioni riferibili alla responsabilità parentale, la cui mancanza lascia significativamente sguarnito il minore in caso di scioglimento della coppia o di morte dell'unico genitore legale³⁹.

Nel saggiare se si debba riconoscere al bambino nato con gpa il legame con il genitore (la madre) d'intenzione, con cui non sussiste un vincolo genetico, la Corte sottolinea l'importanza di due *fattori*: l'interesse superiore del minore e l'ampiezza del margine di discrezionalità a disposizione degli Stati parti⁴⁰. Quanto all'interesse superiore del minore si ribadisce che è precetto di rango fondamentale quello per cui «ogniquale sia in questione la situazione di un minore, l'interesse superiore del minore deve prevalere» («la Cour se réfère au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer»)⁴¹. Si rimarca come il mancato riconoscimento nel diritto interno del rapporto di filiazione tra i figli concepiti con la gpa e i genitori intenzionali spieghi effetti non soltanto su questi ultimi, ma anche sui minori, determinando una significativa incisione del loro diritto al rispetto della vita privata⁴². L'interesse superiore del minore richiede che vi sia certezza giuridica in ordine alle persone che hanno *la responsabilità genitoriale, che siano tenute ad allevare, istruire, educare, curare, assistere il bambino, a soddisfarne i bisogni e ad assicurarne il benessere, garantendogli una vita e una crescita sana, armoniosa, in un ambiente stabile*⁴³.

³⁸ «The Court considers that a contradiction of that nature undermines the children's identity within French society. (...) That uncertainty is liable to have negative repercussions on the definition of their personal identity»: CtEDU, sez. V, 26 giugno/settembre 2014, n. 65192/11, *Menesson c. Francia*, cit., punti 96, 97, 98; CtEDU, sez. V, 26 giugno 2014, n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, cit., punti 75, 76, e per i profili successorii punto 77.

³⁹ CtEDU, sez. V, 26 giugno/settembre 2014, n. 65192/11, *Menesson c. Francia*, cit., punto 84; CtEDU, sez. V, 26 giugno 2014, n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, cit., punto 63.

Analogamente nel caso *Labassee* la Corte di Strasburgo sottolinea come la mancata portabilità in Francia dello *status* di figlio dei due genitori indicati nel certificato straniero, redatto in base alla legislazione dello Stato di origine del bambino, violi il suo diritto all'identità personale. «In altre parole, la Francia, senza ignorare che essa è stata identificata altrove come figlia dei primi ricorrenti, le nega tuttavia tale *status* nel suo ordinamento giuridico. La Corte ritiene che tale contraddizione pregiudichi l'identità del terzo ricorrente all'interno della società francese»: punto 75.

⁴⁰ CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif (...)*, cit., punto 37.

⁴¹ CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif (...)*, cit., punto 38, enfasi nostra. In questo senso, oltre alle decisioni *Menesson* e *Labassee* e alle precedenti dalle stesse richiamate (cfr. nota 29).

⁴² CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif (...)*, cit., punto 39. Al punto 40 si precisa che la posizione del bambino rispetto al genitore sociale risulta pregiudicata sotto il profilo dell'acquisto della cittadinanza e del diritto alla circolazione e al soggiorno nello Stato di destinazione, non potendo godere di quella del genitore *de facto*, del mancato acquisto di diritti successorii, dell'impossibilità di conservare il rapporto con il padre o la madre sociali in caso di separazione della coppia o di decesso del genitore legale, non avendo costui/ei la responsabilità genitoriale, dell'inesigibilità nei suoi riguardi delle condotte riferibili ai doveri di cura, allevamento, educazione, istruzione, mantenimento, connessi al rapporto di filiazione.

⁴³ CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif (...)*, cit., punto 45, secondo cui ulteriori elementi che depongono per un restringimento del margine di discrezionalità degli Stati parti in proposito attengono ad altri profili della posizione del minore, non riconducibili al diritto all'identità personale. Essi sono costituiti da «altri aspetti essenziali», quali l'ambiente in cui vivono e si sviluppano, e le persone che hanno la responsabilità di soddisfare i loro bisogni e garantire il loro benessere.

Sulla base di queste premesse, la Corte scioglie in senso positivo la questione, sancendo l'inconciabilità con il superiore interesse del minore dell'impossibilità generale e assoluta di ottenere il riconoscimento del legame tra un figlio nato da maternità surrogata praticata all'estero e la madre intenzionale. E – importante sottolineatura – dichiara che l'apprezzamento del superiore interesse del minore richiede *quanto meno* un esame della singola situazione in relazione alle circostanze peculiari che la caratterizzano⁴⁴.

In sintesi, l'interesse superiore del minore esige che lo Stato nazionale dia riconoscimento al legame tra il bambino e il genitore d'intenzione, anche se con quest'ultimo non v'è un nesso di derivazione genetica⁴⁵.

La giurisprudenza di Strasburgo ribadisce ancora una volta come laddove sia in gioco una questione fondamentale relativa all'identità personale, come quella della determinazione del vincolo di filiazione, *il margine di discrezionalità dei singoli Stati parti si riduce*⁴⁶.

Tralasciando per il momento la questione, di importanza decisiva, dell'armamentario giuridico con cui attuare l'obiettivo indicato (su cui ci si soffermerà nel § successivo), preme qui dar conto delle successive statuizioni della Corte EDU, che hanno allargato il campo della tutela riconosciuta al nato da gpa.

Nella decisione *D.B. et al c. Svizzera* del novembre 2022⁴⁷, la Corte, oltre a richiamare la propria precedente giurisprudenza, formula importanti affermazioni: alcune in funzione specificativa delle precedenti, altre di sapore in parte innovativo.

Nella prima direzione è la considerazione che la preminenza dell'interesse del minore fa sì che l'ordinamento di destinazione, pur avendo vietato la pratica della surrogazione di maternità, non possa ulteriormente incidere sul versante delle conseguenze sanzionatorie, impedendo la formalizzazione del legame di filiazione anche con il genitore non biologico. In sostanza, un esito siffatto si palesa sproporzionato rispetto al fine perseguito, fallendo l'obiettivo di un equo temperamento tra la realizzazione delle esigenze della collettività e il rispetto dei *particuliers* in ordine all'affermazione e al godimento dei loro diritti e libertà fondamentali, specie laddove si tratti di *minori*.

La Corte si spinge ulteriormente in questo ragionamento, precisando che di fronte all'esigenza di dare piena attuazione all'interesse del minore alla vita privata e, segnatamente, alla formalizzazione del legame anche con il genitore non biologico, viene a neutralizzarsi la rilevanza della condotta illegittima dei genitori, *anche se contraria a un precetto di ordine pubblico*. Il *principio indefettibile* da osservare, in questo contesto, è quello del perseguimento dell'interesse superiore del minore, e ciò deve condurre lo Stato ad *ignorare il comportamento astrattamente riprovevole dei genitori*, per concentrarsi, invece, sull'inveramento del superiore interesse del minore⁴⁸.

L'affermazione appare particolarmente rilevante, perché, contrariamente a quanto statuito dalle Sezioni unite, l'interesse pubblico a sanzionare il comportamento del genitore in spregio del divieto di surrogazione di maternità viene reputato *recessivo* rispetto al preminente obiettivo di tutelare i bambini nati da gpa. E ne viene altresì confortata l'interpretazione proposta sopra (§ 3) in

⁴⁴ Più o meno testualmente in questo senso CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif* (...), cit., punto 42.

⁴⁵ CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif* (...), cit., punto 46.

⁴⁶ CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif* (...), cit., punto 44: «Tuttavia, (...) quando è in gioco un aspetto particolarmente importante dell'identità di un individuo, come quando viene toccata la filiazione, il margine lasciato allo Stato è solitamente ristretto. Ne ha dedotto che il margine di discrezionalità di cui gode lo Stato convenuto dovrebbe essere ridotto»

⁴⁷ CtEDU, sez. III, 22 novembre 2022, n. 58817/15 e 58252/15, *D.B. et al c. Svizzera*, cit., nasce da una vicenda molto simile a quella posta all'attenzione delle sezioni unite della S.C.. Si chiedeva di accertare la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di un bambino, nato negli Stati Uniti nel 2011 attraverso la gpa cui aveva fatto ricorso una coppia di uomini legati in partenariato civile. Le autorità svizzere avevano rifiutato il riconoscimento del legame con il genitore intenzionale invocando la contrarietà dell'atto straniero all'ordine pubblico svizzero.

⁴⁸ CtEDU, sez. III, 22 novembre 2022, n. 58252/15 e 58817/15, *D.B. et al c. Svizzera*, cit., punto 86.

relazione alla non centralità della previsione dell'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004 nella ricostruzione della trama dei principî indefettibili in materia di condizione giuridica dei minori procreati con la maternità di sostituzione.

Vale la pena di ricordare che nel pur non coincidente contesto dell'Unione europea la Corte di giustizia ha espresso l'esigenza di un ridimensionamento della portata del precetto di ordine pubblico nei sistemi nazionali quando esso sia volto a limitare l'affermazione di un diritto o di una libertà fondamentali, quali il diritto al rispetto della vita privata e familiare e i diritti del minore, garantiti, rispettivamente, dall'art. 7 e dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Secondo i giudici del Lussemburgo, infatti, «la nozione di “ordine pubblico”, in quanto giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale, dev'essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione»⁴⁹. Essi soggiungono che il diritto al rispetto della vita familiare, di cui all'art. 7 della Carta di Nizza, va letto in combinato disposto con l'obbligo di «tener conto dell'interesse superiore del minore, riconosciuto dall'articolo 24, paragrafo 2, della Carta» e che, nell'interpretazione di detta previsione si debba tenere «debitamente conto delle disposizioni» della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, ratificata da tutti gli Stati membri⁵⁰.

Tornando alla giurisprudenza della Corte Edu, altra importante statuizione, di sapore innovativo, è quella della piena trasponibilità alle coppie *same-sex* (nel caso specifico, una coppia di uomini uniti in partenariato registrato) delle considerazioni svolte per la genitorialità intenzionale nelle coppie eterosessuali, che abbiano fatto ricorso alla gpa all'estero⁵¹. In sostanza, la caratura omoaffettiva dei *partner* non altera il profilo decisivo messo in evidenza dalla Corte, che è quello di apprestare piena salvaguardia al diritto del minore alla vita privata e familiare. Pertanto il suo *superiore interesse* ad essere allevato, educato, istruito da coloro che assumono la responsabilità genitoriale e in un ambiente affettivo stabile e soggettivamente definito risulta affermato nei riguardi del genitore d'intenzione *tout court*, prescindendo dall'orientamento sessuale suo e della coppia formata con il genitore biologico.

La precisazione non è di poco conto, specie se si riflette sulla scelta del legislatore italiano di chiusura nei riguardi della genitorialità omoaffettiva⁵². Sul punto si tornerà.

In limine un cenno alla sentenza resa nel dicembre 2022 sul caso *K.K. et al. c. Danimarca*⁵³. Qui la Corte, dopo aver ripercorso la propria giurisprudenza successiva all'*Avis consultativ* del 2019⁵⁴, ha sancito la primazia dell'interesse del minore e la decisività della tutela del suo diritto all'identità personale, alla certezza dello *status filiationis*, alla stabilità dell'ambiente familiare nel quale è inserito e svolge la sua personalità, alla sicurezza delle figure genitoriali e al pieno godimento delle cure compendiate nella responsabilità genitoriale. I giudici di Strasburgo tornano a sottolineare la necessità di una valutazione da parte delle autorità nazionali dell'interesse del minore in funzione delle circostanze del caso concreto. E che la sua rilevanza riduca il margine di apprezzamento degli stati parti nel rinvenire una soluzione normativa che attui il corretto bilanciamento tra esigenze generali e tutela dei diritti fondamentali degli individui: nella specie, del minore.

⁴⁹ Corte di Giustizia dell'UE (GS), 14 dicembre 2021, C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon “Pancharevo”*, punto 55. L'ordine pubblico, pertanto, può essere invocato solamente in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave che colpisce un interesse fondamentale della società.

⁵⁰ Corte di Giustizia dell'UE (GS), 14 dicembre 2021, C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon “Pancharevo”*, cit., punto 63.

⁵¹ CtEDU, sez. III, 22 novembre 2022, n. 58252/15 e 58817/15, *D.B. et al c. Svizzera*, cit., punto 85.

⁵² V. *supra*, note 24 e 25 e testo corrispondente.

⁵³ CtEDU, sez. II, 6 dicembre 2022, n. 25212/21, *K.K. et al. c. Danimarca*, reperibile su <https://hudoc.echr.coe.int>

⁵⁴ CtEDU, sez. III, 18 maggio 2021, n. 71552/17, *Valdís Fjölfnisdóttir et al. c. Islanda*; ID., sez. V, 24 marzo 2022, n. 30254/18, *A.M. c. Norvegia*; ID., sez. V, 24 marzo 2022, n. 29775/18 e 29693/19, *C.E. e altri c. Francia*; ID., sez. IV, 31 maggio 2022, n. 32185/20, *H c. Regno Unito*; ID., sez. V, 16 luglio 2020, n. 11288/18, *D c. Francia*; ID., sez. III, 22 novembre 2022, n. 58252/15 e 58817/15, *D.B. et al c. Svizzera*: tutte reperibili su <https://hudoc.echr.coe.int>

5. – *Certezza della tutela approntata nei riguardi dei bambini nati da gpa, modi e tempi per dare ad essa attuazione nella giurisprudenza della Corte Edu.*

Nell'*Avis consultatif* si è stagiata con nettezza l'imprescindibilità, nei diversi ordinamenti nazionali, di uno strumentario in grado di consentire *senza perplessità* la formalizzazione del legame di filiazione tra il bambino nato all'estero con la gestazione per altri ed il genitore intenzionale, con cui non sussista un vincolo genetico⁵⁵, in vista dell'affermazione del fondamentale e incompressibile diritto del minore al rispetto della sua vita privata e familiare, sancito all'art. 8 CEDU.

Sul punto vale la pena di segnalare talune precisazioni formulate dalla Corte dei diritti dell'uomo.

Anzitutto emerge l'esigenza che i singoli ordinamenti nazionali garantiscano la certezza dell'esito positivo dell'istanza di riconoscimento del vincolo di filiazione. E che nel far ciò individuino un precipuo meccanismo *ad hoc*.

Netta in questa direzione è la pronuncia sul caso *Foulon e Bouvet c. Francia*⁵⁶, di poco successiva alle decisioni gemelle del 2014 *Menesson e Labassee*. I giudici di Strasburgo hanno reputato sussistere il pregiudizio al diritto alla vita privata dei minori a causa dell'incertezza circa l'accoglimento della loro richiesta di formalizzazione del legame con il genitore d'intenzione. A loro avviso, infatti, non costituisce sufficiente argomento la mutata linea interpretativa invalsa in Francia dopo le predette pronunce della Corte di Strasburgo, e favorevole alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero a seguito di nascita con gestazione per altri⁵⁷. La sentenza ha sottolineato come l'affermazione del Governo francese, secondo cui i minori avrebbero potuto ottenere il riconoscimento del legame di filiazione attraverso il *possession de stato* ovvero attraverso il *riconoscimento della paternità*, non garantiva in maniera indubitabile la positiva attuazione del loro diritto fondamentale⁵⁸.

In sostanza, la sicurezza dell'esito favorevole vale se non a superare, a smorzare il grave *vulnus* arrecato al diritto fondamentale alla vita privata e familiare del bambino e, segnatamente alla sua identità personale, familiare, di cittadino, eliminando l'*incertezza* in cui versa circa il proprio *status* nelle differenti declinazioni (*filiationis, familiae, civitatis*) che tale concetto assume.

Da qui due importanti risvolti, la cui considerazione si intreccia con il tema, su cui ci si soffermerà *infra*, del *modo* in cui realizzare l'obiettivo perseguito della formalizzazione del legame con il genitore intenzionale.

Affinché la posizione del nato da gpa non abbia a soffrire incertezze circa il riconoscimento del legame di filiazione, è necessaria, in primo luogo, la predisposizione di uno strumento *ad hoc*, dedicato alla specifica fattispecie in esame. In secondo luogo, che il procedimento si avvii e si concluda in tempi rapidi e predeterminati. L'*Avis consultatif* ha sottolineato come «ciò che conta è che, al più tardi quando, secondo l'apprezzamento delle circostanze del singolo caso, si è concretizzato il legame tra il bambino e la madre intenzionale (...), esista un meccanismo efficace per riconoscere tale legame. Una procedura di adozione può soddisfare questa esigenza a condizione che i suoi presupposti siano modellati alla fattispecie da regolare e che le procedure previste consentano una decisione rapida, in modo da evitare che il minore rimanga a lungo nell'incertezza giuridica. Tra questi estremi va ricompresa una valutazione da parte del giudice dell'interesse superiore del minore alla luce delle circostanze del caso («Il va de soi que ces conditions doivent

⁵⁵ La necessità della formalizzazione del legame con il genitore genetico era stata sancita nelle sentenze gemelle *Menesson e Labassee* del 2014.

⁵⁶ CtEDU, V sez., 21 luglio 2016, nn. 9063/14 e 10410/14, *Foulon e Bouvet c. Francia*, reperibile in <https://hudoc.echr.coe.int>.

⁵⁷ Il governo francese aveva fatto rilevare come la corte di cassazione nel 2015 avesse modificato la propria giurisprudenza, consentendo, appunto, la trascrizione degli atti di nascita dei bambini nati all'estero per maternità surrogata e avesse ulteriormente segnalato che in una nota inviata nel luglio 2015 dal Guardasigilli alle Procure si indicava la necessità di procedere alla trascrizione dei predetti atti di nascita stranieri, purché conformi all'articolo 47 del codice civile.

⁵⁸ CtEDU, V sez., 21 luglio 2016, nn. 9063/14 e 10410/14, *Foulon e Bouvet c. Francia*, cit., punti 56 e 57.

inclure une appréciation par le juge de l'intérêt supérieur de l'enfant à la lumière des circonstances de la cause»⁵⁹.

Esaminando specificamente la normativa francese dell'epoca, i giudici di Strasburgo hanno appuntato criticamente l'attenzione sulla circostanza che l'adozione – sia piena sia semplice – è (era) aperta solo a *genitori (intenzionali) uniti in matrimonio*. Detto elemento, unitamente alla prescrizione del previo consenso della madre surrogata all'adozione, rende(va) precario e insicuro *il procedimento di adozione del figlio (del coniuge), e dunque lo scopo perseguito della piena tutela del nato*⁶⁰.

La rilevanza del fattore-tempo ai fini dell'obiettivo della *certezza* e della pienezza della salvaguardia da garantire al minore torna puntualmente nella giurisprudenza di Strasburgo. Già nell'*Avis consultatif* si pone l'accento sul fatto che l'interesse superiore del minore richiede che il vincolo, legittimamente stabilito all'estero, possa essere riconosciuto al più tardi quando si concretizza («ce lien, légalement établi à l'étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé»)⁶¹. La Corte osserva che è interesse del bambino che *l'incertezza circa il rapporto con la madre intenzionale duri il più breve tempo possibile*. Infatti, fino a quando il legame tra il bambino e la mamma sociale non è riconosciuto nel diritto interno, la posizione del primo risulta particolarmente fragile e il suo diritto al rispetto della vita privata e familiare compromesso sotto plurimi profili⁶².

Un analogo rilievo critico è stato mosso nel caso *Laborie c. Francia*, ove si è deplorato che si sia impedito per quasi quattro anni e otto mesi il riconoscimento del vincolo di filiazione di due bambini nati da gpa all'estero. Guardando alla fattispecie italiana, si è trattato di un periodo di incertezza più contenuto di quello trascorso dal bambino protagonista del caso all'esame della nostra S.C., come si rilevava in apertura di queste note⁶³.

L'importanza del fattore-tempo nella realizzazione del diritto del minore alla formalizzazione della genitorialità rispetto all'*intended parent* torna ad essere enfatizzata dalla Corte nella decisione *D.B. et al. c. Svizzera*, nella quale si sottolinea nuovamente come *l'incertezza* che deriva al minore dalla situazione giuridica claudicante *contrastata* con il suo superiore interesse, minando la sua identità nel contesto familiare e sociale e privandolo del diritto a vivere e a crescere in un ambiente familiare stabile e definito⁶⁴.

6. – *Segue.*

⁵⁹ CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif (...)*, cit., punto 54. V. anche *infra*.

⁶⁰ CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif (...)*, cit., punto 57.

⁶¹ CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif (...)*, cit., punto 52. La Corte precisa che in linea di principio non sia di propria competenza, ma delle autorità nazionali valutare, alla luce delle particolari specificità del caso, se e quando tale legame si sia concretizzato.

⁶² Così, quasi testualmente, cfr. CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif (...)*, cit., punto 49.

⁶³ CtEDU, sez. V, 19 gennaio 2017, n. 44024/13, *Laborie c. Francia*, reperibile in <https://hudoc.echr.coe.int>, punto 31. I bambini erano nati il 22 novembre 2010 e la situazione normativa francese si è “sbloccata” solo nel 2015 dopo le sentenze gemelle *Menesson* e *Labassee*. Peraltro la Corte sottolinea criticamente come la soluzione prospettata dal Governo francese non garantisca la necessaria *certezza* dell'esito, dal momento che si affida agli opinabili strumenti del possesso di stato o dell'accertamento della genitorialità: «Elle observe aussi que le Gouvernement entend déduire de ce nouvel état du droit positif français que le deuxième requérant et les troisième et quatrième requérants ont désormais la possibilité d'établir leur lien de filiation par la voie de la reconnaissance de paternité ou de la possession d'état, ou par la voie de l'action en établissement de filiation prévue par l'article 327 du code civil». Anche su questo aspetto si tornerà.

⁶⁴ CtEDU, sez. III, 22 novembre 2022, n. 58252/15 e 58817/15, *D.B. et al c. Svizzera*, cit., punto 88.

Andando, allora, al *modo* in cui i singoli Stati garantiscono la piena tutela dell'interesse del bambino nato da gpa, la Corte dei diritti dell'uomo nell'*Avis consultatif* ha formulato delle cruciali statuizioni che, seppur ampiamente note, vale la pena sinteticamente ripercorrere.

Affermata l'imprescindibilità del riconoscimento del legame di filiazione anche con il genitore sociale, con cui non v'è nesso di derivazione biologica, la Corte affronta il quesito, postole dalla Corte di cassazione francese, se in questo ambito la *machinery* si riduca unicamente alla trascrizione del certificato di nascita (o del provvedimento giurisdizionale) straniero ovvero se possa dirsi adeguato a dare effettività al diritto fondamentale del bambino al rispetto della propria vita privata e familiare il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione da parte della madre intenzionale⁶⁵. Ed opta, com'è noto, per la seconda alternativa.

In mancanza di un'omogeneità di soluzioni tra gli Stati parti, la Corte reputa che la scelta del mezzo per attuare quel fine rientri nel margine di discrezionalità di cui godono le singole nazioni⁶⁶. Dichiarata, così, che l'interesse superiore del minore possa essere realizzato, a seconda delle circostanze, anche mediante strumenti giuridici diversi dalla trascrizione dell'atto di nascita straniero. E sostiene che in questa direzione si può considerare pure l'adozione, la quale «quanto al riconoscimento di tale vincolo, *produce effetti della stessa natura della trascrizione dell'atto di nascita all'estero*»⁶⁷.

Inoltre, come s'è accennato, la Corte ha affermato che una procedura di adozione può essere positivamente apprezzata se in grado di *attuare con celerità e certezza* l'obiettivo primario di dare effettività al diritto del minore. A tal fine si richiede che i suoi *requisiti siano adattati* alla bisogna e che il procedimento consenta *una decisione rapida*, affinché sia scongiurato il nocumento che deriva al minore dal permanere in una condizione di incertezza giuridica in ordine al vincolo di filiazione con la madre o il padre intenzionali⁶⁸. Inoltre, prosegue l'*Avis consultatif*, il giudice nazionale nel valutare la bontà dello strumento di diritto interno a dare attuazione piena al diritto del minore, dovrà tener conto – *in rapporto alla situazione concreta e al singolo procedimento in atto* – della condizione di fragilità e di precarietà in cui versa il bambino a causa dell'incertezza sul suo *status*.

Sul punto è opportuno soffermarsi.

La Corte EDU indica l'adozione come mezzo alternativo – a determinate condizioni – alla trascrizione, e quindi implicitamente ma inequivocabilmente considera quest'ultima il *mezzo elettivo per realizzare il superiore interesse del minore*.

L'adozione da parte del genitore d'intenzione è un *second best*, lasciato alla discrezionalità degli Stati parti, purché le procedure previste in ambito municipale assicurino con certezza, rapidità e

⁶⁵ CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif (...)*, cit., punti 32 e 33. Nella premessa di rilevazione comparatistica della legislazione dei diversi Stati parti della Convenzione (punti 22 e 23), la Corte precisa che la *trascrizione* del certificato di nascita straniero è possibile in *sedici dei diciannove* Stati in cui la gpa è tollerata o ammessa, nonché in *sette dei ventiquattro Stati in cui è vietata*, almeno nella misura in cui il certificato si riferisce a un genitore d'intenzione che abbia un legame genetico con il minore. Nei diciannove Stati in cui la maternità surrogata è autorizzata o tollerata e in nove dei ventiquattro Stati in cui è vietata, il vincolo genitore-figlio può essere stabilito o riconosciuto *con una procedura diversa dall'adozione*. Infine, la strada dell'*adozione* è praticabile in *cinque* degli Stati che autorizzano o tollerano la maternità surrogata, e in *dodici* dei ventiquattro Stati che la vietano. E ciò, in particolare, nei confronti di genitori non geneticamente legati con il figlio.

⁶⁶ CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif (...)*, cit., punto 51: «La Corte ritiene pertanto che la scelta dei mezzi da attuare per consentire il riconoscimento del vincolo tra il minore e gli aspiranti genitori rientri nel margine di discrezionalità degli Stati».

⁶⁷ CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif (...)*, cit., punto 53.

⁶⁸ CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif (...)*, cit., punto 54: «Une procédure d'adoption peut répondre à cette nécessité dès lors que ses conditions sont *adaptées* et que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien» (corsivo aggiunto).

corrispondente efficacia il conseguimento dello scopo perseguito. In altri termini, purché *realizzino l'interesse superiore del minore apprezzato non solo quanto all'an, ma anche al tempo e alla pienezza del suo contenuto*⁶⁹.

Insomma, lo strumento dell'adozione – che non è nemmeno l'unica alternativa alla trascrizione – deve condurre al medesimo effetto di questa e deve farlo nel più breve tempo possibile: se non immediatamente, non appena il legame con il genitore d'intenzione si sia concretizzato, affinché il minore non si trovi sgarnito delle ineliminabili tutele di cui s'è detto.

7. – *Le ricadute sul diritto vivente italiano.*

Nonostante l'asserito ossequio al diritto convenzionale, come risultante dalla richiamata giurisprudenza della Corte Edu, pare che la soluzione adottata nel diritto interno dalle Sezioni unite della S.C. se ne discosti in maniera nient'affatto marginale.

In primis non va sottaciuto come sia stata omessa da parte del giudice di legittimità la considerazione puntuale dell'interesse del minore nel caso concreto. Ove fosse avvenuto, si sarebbe evidenziata l'esigenza, ampiamente rimarcata dalla Corte Edu, di eliminare *in tempi, se non immediati, quantomeno celeri* – al più tardi quando si è venuto a configurare il legame familiare *de facto*⁷⁰ – l'incertezza sullo *status filiationis* nei confronti del genitore intenzionale. Una soluzione “sartoriale”, ritagliata sulle specificità del singolo caso, avrebbe dovuto far propendere per l'accoglimento della richiesta di trascrizione della sentenza canadese. Infatti il piccolo è venuto alla luce nel 2015 e dalla nascita, senza soluzione di continuità, è stato allevato nel nucleo familiare costituito dai due *partner*: sicché può affermarsi che il vincolo con il genitore intenzionale si sia ampiamente consolidato in via di fatto e debba essere formalizzato al più presto. Un'analoga riflessione circa il lungo tempo già trascorso, unita a quella per cui l'avvio di un procedimento di adozione da parte del genitore d'intenzione avrebbe determinato un aggravamento dell'incertezza sul proprio *status* in violazione del diritto alla vita privata (*sub specie* del diritto all'identità) della prole coinvolta, ha portato la Corte di cassazione francese ad optare, nel caso *Menesson* (riaperto con l'istanza di riesame formulata dopo la pronuncia della CtEDU del 26 giugno 2014), per una soluzione senza indugi e dunque per la trascrizione dell'atto di nascita straniero (*rectius*, per la sua conferma)⁷¹.

In secondo luogo la decisione pare discostarsi dalle statuizioni convenzionali con riferimento alla scelta secca e univoca dello strumento dell'adozione in casi particolari *ex art. 44, lett. d), l. n. 184/1983*, quale mezzo per dare attuazione all'interesse del bambino nato da gpa all'esterno.

Al riguardo, nel riallacciarsi ad osservazioni svolte altrove⁷², preme sottolineare come l'adozione non sia individuata dal legislatore interno come strumento *ad hoc* per dare riconoscimento al legame con il genitore d'intenzione dei bambini generati all'esterno con la tecnica della gestazione per altri. La torsione dell'enunciato della lett. *d)* dell'art. 44, l. n. 184/1983 a questa evenienza è frutto di una interpretazione pretorile, i cui esiti appaiono, però, per molti profili insoddisfacenti. Invero, la Corte costituzionale, nella sentenza di inammissibilità n. 33/2021, da cui ha preso le mosse l'ordinanza interlocutoria della I sezione della S.C., che poi ha condotto all'arresto odierno, ha puntualmente sollecitato il legislatore a porre mano ad una rielaborazione dell'istituto dell'adozione idonea a plasmarlo per la precipua fattispecie che ci occupa e a dare un'appropriata risposta

⁶⁹ CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif* (...), cit., punto 55.

⁷⁰ «L'article 8 de la Convention n'impose pas une obligation générale pour les États de reconnaître *ab initio* un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention. Ce que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant – qui s'apprécie avant tout *in concreto* plutôt qu'*in abstracto* – c'est que ce lien, légalement établi à l'étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé»: CtEDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif* (...), cit., punto 52.

⁷¹ *Cour de cassation, Assemblée plénière, arrêt* n. 648 del 4 ottobre 2019, 10-19.053, consultabile su www.legifrance.it, punti 17 e 19.

⁷² *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, p. 567 ss.

al bisogno di tutela dei bambini nati da gpa⁷³. In assenza di risposta da parte del Parlamento i giudici hanno imboccato la via della supplenza e, con un'opera più o meno cripticamente creativa, che contraddice le loro stesse affermazioni di principio⁷⁴, hanno piegato il dettato normativo, concepito per un differente ordine di problemi, per dare soluzione, ahimè in modo inevitabilmente asistemico e a macchia di leopardo, a questioni distanti dal suo originario e non dismesso orizzonte di senso. Giungendo ad esiti criticabili sia nel metodo, sia nel merito. Ed invero, la disciplina frutto di questi interventi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità risulta carente in termini di coerenza interna con l'istituto dell'adozione del minore in casi particolari e dell'adozione piena. Ma, aspetto non certo secondario, appare non centrato l'obiettivo di apprestare tutela piena al nato da gpa.

Ed infatti, la mancanza di una visione riformatrice generale fa sì che tuttora l'adozione non sia percorribile né per le coppie non coniugate⁷⁵, né, tantomeno, per quelle *same-sex*, siano o no costituite in unione civile. L'apertura all'adulto singolo è circoscritta alle ipotesi consentite dall'art. 44, l. n. 184/1983 e comunque senza una specifica previsione per il genitore intenzionale – etero o omoaffettivo – nella fattispecie, qui considerata, della nascita da gpa.

Insomma, la previsione di cui alla lett. d) dell'art. 44, l. adoz. è assai generica e residuale, idonea a ricomprendere *variæ causarum figuræ* e nient'affatto ritagliata sulla fattispecie del minore nato da gpa né, più in generale (si pensi alle coppie omoaffettive femminili che non fanno ricorso alla gestazione per altri ma alla assai meno controversa metodica della fecondazione eterologa), all'adozione del figlio del partner in una coppia *same-sex* unita civilmente o costituita di fatto⁷⁶.

Ed ancora, nonostante la modifica normativa intervenuta a seguito della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 55 della legge n. 184 del 1983 nella (sola) parte in cui impediva, tramite il rinvio all'art. 300 cod. civ., la produzione di rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante⁷⁷, gli effetti dell'adozione in casi particolari non corrispondono a quelli della trascrizione dell'atto di nascita.

Lo statuto del minore adottato in casi particolari risulta, dopo la pronuncia di incostituzionalità cui s'è fatto cenno, in parte ricondotto alla posizione dell'adottato *pleno jure* e del figlio procreativo

⁷³ Sulla necessità, sollecitata dalla Consulta anche nella coeva decisione n. 32/2021, di una revisione legislativa della disciplina dell'adozione per renderla conforme alle esigenze dei bambini procreati da coppie omoaffettive con il ricorso alla gpa o alla fecondazione eterologa, v., in dottrina, ad es., A. DI BLASE, *Genitorialità della coppia omosessuale e riconoscimento dello status filiationis nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 4/2021, p. 821 ss., p. 841 ss.. Sulla difficile situazione di *impasse* in cui si trovano in Italia i bambini venuti alla luce tramite tecniche procreative non consentite, stretti tra i silenzi del legislatore e la ritrosia della Corte costituzionale ad intervenire v., ad es., R. BIN, *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 5/2022, p. 514 ss., p. 519 ss.

⁷⁴ «La valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore. La giurisprudenza non è fonte del diritto.»: Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., punto 7 della motivazione.

⁷⁵ Sul superabile nesso tra adozione dei minori e matrimonio degli adottanti cfr. L. LENTI, *L'adozione e il paradigma matrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2021, II, p. 911 ss.

⁷⁶ Nemmeno una coppia etero non coniugata può accedere all'adozione piena, né un *partner* può adottare il figlio dell'altro/a.

⁷⁷ Per contrasto con gli artt. 3, 31, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU: Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *G.U.*, 30 marzo 2022, n. 13, 1^a s.s.. Tra i commenti alla decisione si v. G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *Questione Giustizia* (www.questionegiustizia.it), 7 giugno 2022 ([/www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)); M. BIANCA, *La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva. Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione*, in *Famiglia*, 2022, p. 364 ss.; A. PALMIERI, in *Foro it.*, 10/2022, I, c. 2936 ss.; R. SENIGAGLIA, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5/2022, p. 1333 ss.; e, con accenti critici, M. SESTA, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*, in *Fam. e dir.*, 10/2022, p.904 ss.; M. CINQUE, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5/2022, p. 1013 ss.. Per chi volesse, v. altresì il nostro commento *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante secondo la Corte costituzionale*, cit.

tout court; ed in altra parte ancorato alle previsioni *ad hoc* della legge n. 184/1983 e per loro tramite allo statuto dell'adottato maggiore di età. Un esito, quindi, ambiguo sia sul piano della limpidezza dogmatica, sia su quello della coerenza sistematica⁷⁸.

Per le ragioni che si sono dette e per quelle che verranno di seguito illustrate, l'adozione in casi particolari *ex art. 44, lett. d), l. n. 184/1983* non riesce a soddisfare gli estremi richiesti dalla Corte Edu per asseverare l'intercambiabilità tra adozione dei minori e trascrizione dell'atto straniero. Ossia, la sicurezza dell'esito positivo del procedimento, la rapidità del conseguimento del risultato atteso dal minore e la piena equiparabilità degli effetti tra i due istituti. Non sussiste nemmeno quello, indicato *in apicibus*, della previsione di un percorso *ad hoc* per la costituzione del vincolo di filiazione con il genitore intenzionale, calibrato sartorialmente sull'ipotesi della nascita da gestazione per altri.

Lo scarto tra realtà normativa italiana e condizioni richieste dalla Corte EDU permane nonostante la funambolica interpretazione pretorile proposta dalle Sezioni unite nella decisione in esame con riferimento all'effetto paralizzante del procedimento adottivo in assenza del necessario preventivo consenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale, di cui all'art. 46, l. n. 184/1983. La soluzione ermeneutica suggerita⁷⁹ lascia perplessi non soltanto perché è francamente contraria al chiaro dettato normativo, ma anche perché scardina un impianto legislativo originariamente dotato di una sua intima coerenza, essendo stato concepito per un differente ordine di interessi e calibrato su fattispecie diversificate, facendo intervenire, in via pretorile, un sindacato giudiziale in un contesto di relazioni familiari, che finora ne è stato – non irragionevolmente – *immune*.

Un ultimo motivo di insoddisfazione per la soluzione dell'adozione in casi particolari *ex lett. d)* dell'art. 44, l. n. 184/1983, propugnata dalle Sezioni unite come univoco mezzo per dare tutela al bambino nato da gpa, concerne l'assenza di legittimazione di quest'ultimo nell'attivare – nell'eventuale latitanza degli adulti che hanno assunto l'iniziativa della sua procreazione – la *machinery* idonea a dare riconoscimento formale al legame con gli *intended parents* e a garantirgli l'attuazione delle pretese connesse allo *status* di figlio.

Inoltre, come rilevato in altra sede, così com'è l'adozione in casi particolari non si ataglia alla fattispecie in esame «anche per una iniziale considerazione relativa alla distanza fenomenologica della fattispecie da regolare rispetto alla *ratio*, al fondamento assiologico e alla configurazione

⁷⁸ Come osservato altrove, infatti, «la moltiplicazione dei legami familiari in capo all'adottato in casi particolari, che adesso aggiunge a quelli preesistenti (e persistenti) vincoli genitoriali ed anche parentali nuovi, determini una distonia della sua posizione rispetto non soltanto ai figli procreativi – che possono avere una o al massimo due linee parentali –, ma anche a quelli adottivi in via ordinaria. Se consideriamo che il bambino in stato di abbandono versa in una situazione emergenziale, ben più grave di quella dell'adottando in casi particolari, è semmai la posizione dell'adottato in via ordinaria a risultare irragionevolmente diversa da quella dell'adottato in casi particolari, non potendo contare sulla plurima rete genitoriale e parentale di cui questi gode, con una corrispondente limitazione della sfera di affetti su cui costruire la propria identità e lo sviluppo della propria personalità: beni della vita da proteggere in massimo grado, come sottolinea la stessa sentenza n. 79/2022 nella sua trama argomentativa». In definitiva, «l'intervento "chirurgico" della Corte costituzionale ha lasciato intatte altre previsioni che contrastano con l'intento di ricondurre la condizione dell'adottato in casi particolari allo stato unico di figlio già solo sotto l'aspetto della pienezza dei legami di parentela con i familiari del/i adottante/i.

Si pensi alla previsione del capoverso dell'art. 567 cod. civ., che sancisce l'estraneità dei figli adottivi alla successione dei parenti dell'adottante. Per non dire delle difficoltà applicative che possono sorgere facendo reagire la pluralità di linee parentali (tre, quattro) che si prefigura a seguito della pronuncia n. 79 del 2022 con lo schema duale su cui sono invece strutturate talune norme ordinarie riferite alle relazioni familiari in senso ampio e non di tipo nucleare. Ad esempio, sempre in materia successoria, l'art. 569 cod. civ. prevede che in certe condizioni possano succedere gli ascendenti, statuendo che ciò avvenga in via binaria, ossia per metà gli ascendenti della linea paterna e per l'altra metà quelli della linea materna. *Quid iuris* se si dessero due linee di ascendenti paterni e una materna o viceversa?»: M.C. VENUTI, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante secondo la Corte costituzionale*, cit., p. 587.

⁷⁹ Di valutare come ragionevole il rifiuto all'adozione da parte del genitore esercente la relativa responsabilità solo se espresso nell'interesse del minore «ossia quando non si sia realizzato tra [il minore] ed il genitore d'intenzione quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione»: Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., punto 11 della motivazione, alle cui ulteriori osservazioni si rinvia.

della disciplina sull'adozione del minore nel diritto attuale. L'adozione, infatti, presuppone una distanza fisica, biologica, storica, procreativa tra adottante e adottato, il quale è un bambino generato (e cresciuto) da altre persone e che si "aggancia" all'adulto solo in un momento logico e cronologico successivo alla sua nascita, e, soprattutto, in ragione del manifestarsi della carenza o incapacità dei genitori di assolvere i propri doveri nei confronti della prole (art. 30 Cost.)

Nella coppia omoaffettiva che realizzi un progetto procreativo con il ricorso alle tecniche biomediche, invece, il *genitore* intenzionale è co-assuntore della scelta generativa, e compartecipa insieme al genitore biologico della cura, crescita, educazione del bambino sin dalla sua venuta ad esistenza. La sua posizione è quella del genitore non biologico nella fecondazione eterologa: pur non fornendo il proprio apporto genetico, assume pienamente e consapevolmente la responsabilità parentale, infondendo sul piano volitivo quanto manca in termini naturalistici. Così come chi faccia ricorso alla fecondazione eterologa non può sottrarsi successivamente, *re melius perpensa*, alla responsabilità genitoriale (art. 9, l. n. 40/2004,) allo stesso modo dovrebbe essere previsto che il genitore intenzionale nelle coppie *same-sex* non venga sottratto – tanto più se contro la sua aspirazione – alla responsabilità nei confronti del nato, equiparando giuridicamente la sua posizione a quella del genitore biologico»⁸⁰.

⁸⁰ M.C. VENUTI, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante secondo la Corte costituzionale*, cit., p. 591.