

LA MATERNITA' SURROGATA ALLA LUCE DELLA
RESPONSABILITA' GENITORIALE: ALLA RICERCA DI
UN DELICATO EQUILIBRIO TRA GENITORIALITA' DI
INTENZIONE E DIRITTO DEL MINORE AD UNA FAMIGLIA

*SURROGACY IN THE LIGHT OF PARENTAL RESPONSIBILITY:
SEEKING A DELICATE BALANCE BETWEEN INTENDED
PARENTING AND THE RIGHT OF THE CHILD TO A FAMILY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 492-525



Serena
CANCELLIERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Lo scritto parte dalle argomentazioni delle ultimissime pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione al fine di analizzare lo stato dell'arte della pratica di maternità surrogata, ormai diffusa nonostante il divieto sancito in Italia dalla L.40/2004 all'art.12. Si individuano le criticità relative al riconoscimento degli atti di parentela straniera e soprattutto come queste possano generare un'attuazione problematica della responsabilità genitoriale nonché del preminente interesse del minore. Vengono inoltre esaminate le conseguenze dovute alle nascite da maternità surrogata bloccate in Paesi esteri a causa della pandemia e della guerra in Ucraina.

In conclusione l'articolo si pone come obiettivo quello di far luce sulla necessità di un adeguamento delle norme nazionali in materia di adozione al fine di vagliare delle soluzioni che tutelino concretamente il diritto del minore ad una famiglia.

PALABRAS CLAVE: Maternità surrogata; adozione in casi particolari; Ucraina; pandemia; guerra; "Limbo" dei minori

ABSTRACT: *The written part from the arguments of the latest rulings of the Constitutional Court and the Court of Cassation in order to analyze the state of the art of surrogacy practice, now widespread despite the ban sanctioned in Italy by L.40/2004 to art.12. We identify the critical issues relating to the recognition of acts of foreign kinship and especially how these can generate problematic implementation of parental responsibility, as well as the overriding interest in the child. The consequences of surrogacy births blocked in foreign countries due to the pandemic and war in Ukraine are also examined.*

In conclusion, the aim of the article is to shed light on the need for an adaptation of national adoption rules in order to explore solutions that specifically protect the right of the child to a family.

KEY WORDS: *Surrogacy; adoption in special cases; Ukraine; pandemic; war; "Limbo" of minors.*

SUMARIO.- I. PREMESSA.- II. MATERNITA' SURROGATA E RICONOSCIMENTO DELLA FILIAZIONE: UN PERCORSO IMPERVIO.- III. ELEMENTI DI NOVITA' RISPETTO ALLE PRONUNCE PRECEDENTI: IL FOCUS SULL'ADOZIONE DELLA SENTENZA N.79/2022 DELLA CORTE COSTITUZIONALE E L'ILLEGITTIMITA' DELL'ART. 55 DELLA LEGGE 4 MAGGIO 1983, N.184.- IV. LA SENTENZA DELLA CASSAZIONE, SEZ. I, N. 10989/22 E LA STRADA "ILLUMINATA" DALLA N. 79/2022.- V. L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI COME NUOVA SOLUZIONE NELLO STATO ITALIANO A TUTELA DEI MINORI "IN SOSPESO" I. QUANTO LA CEDU E LA CONVENZIONE DELLE N.U. HANNO INFLUITO SU QUESTO PASSO AVANTI?- VI. CORONA VIRUS E SCOPPIO DELLA GUERRA IN UCRAINA: IL LIMBO DEI BAMBINI NATI DA MATERNITÀ SURROGATA.- VII. CONCLUSIONI.

I. PREMESSA.

Il mutamento delle esigenze della società, unitamente a quelle dei costumi sessuali, ai cambiamenti avvenuti sia al livello sociale, sia nelle relazioni familiari che nel lavoro, hanno generato un'apertura della società nei confronti della medicina riproduttiva.²

Anteriormente all'emanazione della legge sulla procreazione assistita (legge n.40/2004), era forte il dibattito che concerneva la disciplina sull'inseminazione artificiale. Si discuteva nel merito se fosse preferibile una tecnica legislativa per principi, rispetto a quella di tipo regolamentare.³

L'obiettivo perseguito dalla legge n. 40/2004, dunque, è quello di tutelare la salute procreativa, quale aspetto del più generale diritto alla salute che "coniuga al suo interno l'integrità psicofisica della persona, il suo benessere e la sua autonomia esistenziale"⁴.

-
- 1 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32; Corte cost. 10 marzo 2021, n.33; CHIAPPETTA, G.: "La nuova categoria di figli non riconoscibili e l'applicabilità dell'art. 279 c.c", *Cittadinanza europea (Ia)*, 2021, fasc.1, pp.125-150.
 - 2 FARAONI, A.B.: *La maternità surrogata la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milano, 2002, p.20.
 - 3 PERLINGIERI, P.: "L'inseminazione artificiale e manipolazione genetica", in AA.VV.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo- comunitario delle fonti* (a cura di P.PERLINGIERI), ESI, Napoli, 2006, pp.773 ss; DOGLIOTTI, M., FIGONE, A.: *Procreazione assistita. fonti, orientamenti, linee di tendenza: commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, IPSOA, Milano, 2004, pp.2 ss; VILLANACCI, G.: *Il concepito nell'ordinamento giuridico, soggettività e statuto*, ESI, Napoli, 2006, p. 9 ss.; BERTI DE MARINIS, G.: "Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU", *Attualità Jurídica Iberoamericana*, 2015, num. 3, pp. 287-312.
 - 4 SANTUOSSO, A., TOMASI, M.: *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2011, p.192 ss., PISU, A.: "Salute procreativa e gestazione per altri. gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata", *BioLaw Journal-rivista di Biodiritto*, 2022, num. 2, pp. 299-316.

• Serena Cancellieri

PhD Student in Legal and Social Sciences, Università di Camerino. E-mail: serena.cancellieri@unicam.it

La materia in esame è pertanto strettamente connessa alla libertà dell'individuo. Proprio su questa libertà è stata concepita la legge sulla procreazione medicalmente assistita: per essere di ausilio a quelle coppie che sono impossibilitate a procreare naturalmente⁵.

Dall'osservazione di tecniche di procreazione alternativa, particolare riguardo, soprattutto nell'ultimo decennio, è stato conferito alla maternità surrogata.

Questa attenzione è da rilevarsi non solo per le conseguenze che la sua eventuale messa in atto apporti all'interno dello Stato in cui viene praticata, ma anche per le criticità riscontrabili sia con riguardo al riconoscimento di un legame di genitorialità, sia allo *status filiationis*.

La maternità surrogata è una realtà ormai inserita nel tessuto sociale a livello internazionale dato che numerosi sono gli Stati che la mettono in pratica.

Tant'è che nella letteratura giuridica, negli ultimi anni, il tema della maternità surrogata è al centro di un dibattito acceso che vede esprimere opinioni diametralmente opposte.

Nonostante il divieto ancora oggi in vigore sancito dalla legge 40/2004, all'art. 12 comma 6, la giurisprudenza non ha potuto fare a meno di esprimersi su fatti portati alla sua attenzione.

Si assiste, dunque, ad un fenomeno piuttosto variegato in cui Corte costituzionale e Corte di Cassazione continuano ad espletare un dialogo tra loro che, a volte, ha il sapore di argomentazioni, ormai stantie.

Ciò premesso si auspica innanzitutto un intervento del legislatore, innanzitutto per preservare il preminente interesse del minore, oltre che per rinnovare i confini ad una responsabilità genitoriale che sembra avere caratteristiche anacronistiche rispetto alle esigenze della società.

Infatti se da una parte si è riconosciuto alle coppie omosessuali il diritto di unirsi civilmente⁶, di cooperare al fine di realizzare un progetto familiare, dall'altra però quella c.d. formazione sociale, che vede nell'unione di due persone la sua primordiale espressione, è destinata tristemente a non effettuare un salto, così come se fosse un'opera d'arte destinata ad essere inconclusa.

5 RICCI, G., CANNOVO, N., SIRIGNANO, A.: "La legge 40/04: a sei anni dalla sua emanazione alcune riflessioni in ambito medico-legale, scientifico e bioetico", *Riv.it. Ostet. Ginecol.*, 2010, num. 25, pp. 182-90.

6 L. 20 maggio 2016 n.76

In effetti all'art. 29 della Costituzione riporta che "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare", nessuna menzione per le convivenze, né parimenti, per le unioni civili.

Nelle recenti pronunce sia della Corte costituzionale sia della Corte di Cassazione si può osservare un'inclinazione comune: la contrarietà verso la pratica della maternità surrogata seguendo la scia dettata già dai precedenti schieramenti giurisprudenziali.

Sono diverse le pronunce di cui ci si occuperà per riuscire a delimitare, quantomeno secondo le argomentazioni delle Corti, un'univocità di pensiero in merito alla gestazione altrui e al riconoscimento dell'atto di nascita e capire quale sia quel "vuoto normativo" lamentato dallo stesso diritto vivente.

Si tratterà un percorso logico-argomentativo per verificare come l'ordinamento possa tutelare ancora più efficacemente il preminente interesse del minore e rispettare solidaristicamente la parità della funzione genitoriale.

Prima di passare in rassegna alcune delle più recenti pronunce sia della Corte costituzionale sia della Corte di Cassazione e rilevare l'apporto che le stesse hanno dato all'evoluzione dell'approccio giuridico e sociale alla maternità surrogata, nonché al diritto del minore ad una famiglia, è necessario volgere lo sguardo al percorso giurisprudenziale che approda all'ultimo quinquennio⁷.

II. MATERNITA' SURROGATA E RICONOSCIMENTO DELLA FILIAZIONE: UN PERCORSO IMPERVIO.

Nella nota e ormai storica sentenza del 27 ottobre 1989⁸, il Tribunale di Monza aveva dichiarato "nullo per illiceità dell'oggetto, il contratto di affitto di utero" in quanto contrario all'art.5 c.c.⁹.

Nel 2000, il Tribunale di Roma aderiva ad un'altra prospettiva, completamente inversa, collocando la locazione d'utero come contratto atipico¹⁰, quindi meritevole

7 CASINI, M: "Nota dell'Istituto di Bioetica a proposito della registrazione anagrafica di minore nato da maternità surrogata come figlio di coppia omosessuale", *Medicina e Morale*, 2010, num. 5, pp. 735-741.

8 A partire da questa sentenza la maternità surrogata è stata vietata in Italia.

9 Trib. Monza 27 ottobre 1989, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 1990, pp.355 ss., GRASSO, G.A.: *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status-e-Book*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2022, p.12.

10 Tribunale di Roma, Ord. 17 febbraio 2000 in *Foro Italiano*, 2000, vol.123, n.3, pp.971-972 -981-982, CIARLARIELLO, G., CAMPOLONGO, A.A., DI SANZO, M., LA RUSSA, R., SANTURRO, A., LO VOI, V., FRATI, P.: "La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2016, vol.2, fasc.4, p.1117.

di tutela e lecito quando questo realizzi il diritto a procreare in capo ad un soggetto che non ne ha la possibilità e quando sia mosso da motivi solidaristici e concesso per spirito di liberalità¹¹.

La posizione assunta dal Tribunale capitolino nel merito della gestazione altrui è peculiare, soprattutto se si considera che sono passate più di due decadi dalla medesima.

Quello che i giudici, nel merito, volevano metter in risalto era la libertà in capo alla donna, svincolata dal potere patriarcale, di poter decidere le sorti del proprio corpo e potersi "prodigare" in una gestazione per realizzare il desiderio e il progetto d'amore, procreativo e di autodeterminazione familiare, appartenente ad un'altra coppia¹².

Dopo circa dieci anni, nel 2009, la Corte di Appello di Bari riteneva che "il solo fatto che la legislazione italiana vieti la tecnica della maternità surrogata, ed il fatto che detta legislazione sia tendenzialmente ispirata al principio della prevalenza della maternità biologica su quella sociale, non sono, di per sé, indici di contrarietà all'ordine pubblico internazionale dei provvedimenti giudiziari stranieri che contrastino con detti principi"¹³. Quest'ultima consiste in una dichiarazione di liceità della trascrizione nei registri di stato civile del figlio nato tramite la gestazione altrui in un paese estero rispetto all'Italia¹⁴.

Nel 2014 si esprimeva sul punto la Corte di Cassazione, con la nota sentenza n. 24001/2014¹⁵ che ribadiva il carattere di contrarietà alla legge italiana del ricorso all'utero in affitto per motivi di ordine pubblico. Pertanto tale motivazione non è stata messa in discussione neanche dalla nota sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, con la quale però, contrariamente alle aspettative, dichiarava costituzionalmente illegittimo il divieto di fecondazione eterologa imposto dalla legge 40/2004 all'art.4, comma 3, ovvero la tecnica di PMA che comporta la

11 FINESCHI, V., FRATI P., TURILLAZZI, E.: "L'ordinanza capitolina sul contratto di maternità surrogata: problematiche etico-deontologiche", *Rivista italiana di medicina legale*, 2000, vol. 2, pp. 594-615.

12 BUSNELLI, F.: "Verso una madre intercambiabile? Riflessioni in margine alla sentenza del Tribunale di Roma del 14 febbraio 2000", *Bioetica*, 2000, n. 4, pp.674-680; D'AVACK, L.: "Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare", *Diritto di Famiglia*, 2000; num. 2, pp.706-722.

13 DELL'UTRI, M.: "La maternità surrogata nella pronuncia della Corte d'Appello di Bari: la nozione dell'ordine pubblico internazionale e il criterio dell'interesse del minore", *Giurisprudenza di merito*, 2010, num.2, pp. 349-385; VITALE, A.R.: "Escursioni biogiuridiche in tema di maternità surrogata", *Medicina e Morale*, num. 2, 2016, pp. 167-186.

14 Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 14 dicembre 2021 V.M.A. contro Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo", Causa C-490/20: la grande sezione della Corte di giustizia ha stabilito che il diritto dell'Unione Europea impone agli Stati membri di riconoscere il certificato di nascita emesso dalle autorità di uno Stato membro in favore di una minore nata in tale Stato, tramite fecondazione eterologa, da una coppia femminile dello stesso sesso, al fine di consentire alla bambina di esercitare, con ciascuna delle due madri, il diritto di circolazione e soggiorno nel territorio europeo connesso al suo status di cittadina dell'Unione.

15 Corte di Cassazione, sez. I civ., 26 settembre 2014, n. 24001.

fecondazione degli ovuli di una donatrice con gli spermatozoi del partner della donna della coppia committente¹⁶. Una volta fecondato, l'ovulo diventa preembrione e viene posto nell'utero, precedentemente predisposto, per continuare il suo naturale sviluppo. La Corte, in quest'ultima occasione, nel pronunciarsi ribadiva che questa tecnica "va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori diverse metodiche, quali la cosiddetta surrogazione di maternità"¹⁷. La sentenza n. 162/2014 pone altresì l'accento sul diritto alla salute in termini di autodeterminazione, offrendone una visione più ampia; esso non viene considerato soltanto come diritto del singolo, ma anche come diritto alla "salute della coppia" di autodeterminarsi, inteso come aspetto fondamentale del rispetto alla vita familiare¹⁸. La motivazione su cui faceva perno la Corte per portare avanti il divieto di maternità surrogata è legata perlopiù alla contrarietà con l'ordine pubblico, in quanto questa pratica "offenderebbe in modo intollerabile la dignità della donna".

Oltre a porre in rilievo l'importanza per la salute della coppia di autodeterminarsi come tale in una progettualità caratterizzata dalla presenza di figli, indipendentemente dal dato genetico, la Corte si era soffermata su un altro fattore, ovvero quello secondo il quale "il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia e quindi del rapporto di filiazione".

Caratteristica essenziale della nozione di ordine pubblico, *file rouge* di tutta la giurisprudenza sulla maternità surrogata, però, è la relatività e mutevolezza nel tempo del suo contenuto. Questo è soggetto a modifiche per effetto dell'evoluzione dei rapporti politici, economici e sociali¹⁹ al quale il divieto è obbligato a tenere il passo.

Un altro riferimento alla contrarietà all'ordine pubblico e alla trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato da surrogazione di maternità, proviene dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016²⁰ e dalla sentenza della Cassazione n.12193 del 2019²¹, dalla precedente sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2017²², nonché dall'ordinanza interlocutoria della Cassazione Civile, sez.

16 D'AVACK, L: "Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2014, n.3, p. 1005.

17 Corte cost., 10 giugno 2014, n.162.

18 Così come ribadito dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, la quale in numerose occasioni pone l'accento sulla tutela del rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU).

19 FEMIA, P.: "Ordine pubblico: la politica nel diritto", in AA.VV.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, (a cura di G.ZARRA, G.PERLINGIERI, P.PERLINGIERI), ESI, Napoli, 2019, pp.1 ss.

20 Cass., Sez. I, 22 giugno 2016, n.12962.

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

22 Corte cost., 18 dicembre 2017, n.272.

l, n.8325 del 29 aprile 2020²³ la quale ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale per addivenire ad un' interpretazione costituzionalmente orientata²⁴.

La soluzione proposta nel 2016 dalla Cassazione, ha permesso di riconoscere il legame del bambino nato da PMA eterologa con la partner dello stesso sesso della madre naturale, trovando successivamente conferma presso la giurisprudenza costituzionale.

Nel 2019 la Cassazione a S.U. ha suscitato, con la pronuncia n.12193, grande interesse in dottrina²⁵ e in giurisprudenza, tanto da essere citata in numerose pronunce successive²⁶.

Da una parte si colloca in perfetta linea di continuità con la contrarietà alla maternità surrogata, giungendo così a sostanziare la nozione di ordine pubblico internazionale che impedisce la trascrizione dei relativi atti di nascita, trovando seguito nella linea di pensiero delle pronunce successive.

Dall'altra parte, invece, la decisione della Corte di Cassazione indica gli strumenti che concretamente tendono alla necessaria tutela per i minori nati da maternità surrogata e assicurando, laddove ne ricorrano i presupposti, il rilievo del rapporto genitoriale²⁷.

Con la sentenza della Cassazione n. 12193/2019 si pone in evidenza in modo innovativo un profilo della valutazione di compatibilità con i principi di ordine pubblico, forse rimasti all'ombra delle precedenti decisioni²⁸.

Tale pratica, ribadisce la Cassazione, rimasta pertanto invariata al vaglio della giurisprudenza dell'ultimo quinquennio, comporterebbe una mercificazione del corpo della gestante, la quale rinunciarebbe alla propria maternità a favore dei committenti e per questo motivo lesiva della sua dignità. Nella fecondazione eterologa, la problematica sembra essere maggiormente attinente agli atti di

23 Cass.civ.,Sez.I, 29 aprile 2020, n. 8325.

24 PEZZINI, B.: "Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri", *costituzionalismo.it*, 2017, num.1, p.201.

25 Cass. Sez. Un. 8 maggio 2019, n. 12193, LUCCIOLI, G: "Dalle sezioni unite un punto fermo in materia di maternità surrogata", *Il Foro Italiano*, 2019, vol.144 num. 12, pp. 4027-4034; BIGI, A: "L'ordine pubblico internazionale davanti alla Cassazione", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2022, fasc.2, num.1, p. 561.

26 CECCHINI, S.: "Il divieto di surrogazione di maternità dopo la sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.", in AA.VV.: *Donne, libertà, diritti e tutele*, (a cura di M.V. SANNA, M. MASIA), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, pp. 147-164.

27 LIBERALI, B.: "il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?", *Osservatorio costituzionale*, 2019, fasc.5, 2019, p.201.

28 BARBA, V.: "Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La última decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias/Surrogacy and international public order in the Italian legal system. The last decision of the Supreme Court and its consequences", *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol.7, num.1, pp. 69-101.

disposizione del proprio corpo, oltre al fatto che persiste un legame biologico con uno dei componenti della coppia. A differenza, invece, della gestazione per altri che realizza “una disposizione di status indipendentemente dal fatto che sia onerosa o gratuita”²⁹.

Su quest'ultimo punto vale la pena fare un breve riferimento alla difficoltà effettiva sia dal punto di vista sanitario che da quello psicologico di mettere in atto un progetto di genitorialità condivisa con la madre gestante e terza rispetto all'ipotetico rapporto parentale³⁰.

Le Sezioni Unite con la suddetta pronuncia del 2019 hanno rimarcato l'impossibilità di dare esecuzione nell'ordinamento italiano ad un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra il minore nato attraverso gestazione altrui e il c.d. genitore d'intenzione³¹.

La posizione intrapresa dalla Corte sembra essere chiara: il divieto di surrogazione di maternità integra un principio di ordine pubblico che trova la sua *ratio* nella tutela dei valori fondamentali, in particolare tutela la salute della gestante e l'eventuale mercificazione del suo corpo.

Un confine quasi “tassativo” per non incombere, perlomeno in Italia, in situazioni di criticità che affliggono esperienze estere³² con abusi sia nei confronti della salute psicofisica della donna sia del minore³³.

Quindi se da una parte si è, quantomeno idealisticamente, “concessa” la trascrizione del minore nei registri di nascita proprio per proteggere il diritto del medesimo ad avere un'identità e di conseguenza il suo interesse preminente, dall'altra, però, il diritto vivente faticosamente protende sia verso il riconoscimento

29 BIANCA, M.: “La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?”, *Famiglia*, 2019, fasc.3, cit. p. 369-375.

30 AGOSTA, S.: “In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri”, *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, fasc.1, 2018, pp. 79-114.

31 BUZI, S.: “La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione: tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità”, *Famiglia online*, 17 maggio 2022; DE ANGELIS, F.: “L'assenza di legame biologico quale causa ostativa alla trascrizione dell'atto di nascita”, *Giurisprudenza Civile. Com*, 13 settembre 2019; SALANITRO, U.: “Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, n.35, p.737; FERRANDO, G.: “Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento”, *Famiglia e diritto*, 2019, num.1, p. 677-686; DOGLIOTTI, S.: “Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri”, *Famiglia e diritto*, 2019, num.7, pp. 667-676.

32 LA RUSSA, R., CAMPOLOGNO, A., V., R.V., GATTO, V., SCOPETTI, M., SANTURRO, A., DI LASCIO, C., TURILLAZZI, E., FRATI, P.: “Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2017, fasc.2, pp. 1 ss.

33 La dottrina in questo è fortemente divisa in coloro che prendono spunto dal concetto di atipicità contrattuale della surrogazione di maternità proponendone una soluzione che vede la gestante approcciarsi con spirito solidaristico e volontario, dall'altra la dottrina eccepisce un pericolo anche qualora si tratti di gestazione per altri volontaria in quanto si pone la problematica, peraltro legittima, del mantenimento della gestante nelle cure mediche e psichiche. FARAONI, A.B.: *La maternità surrogata*, cit., pp. 5 ss.

di un legame di filiazione sia di una responsabilità genitoriale in capo alle coppie che sono ricorse alla maternità surrogata³⁴.

A questo proposito si configura interessante, seppur facendo un passo indietro di qualche anno, completare le suddette argomentazioni alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2017 che ha iniziato ad “aggiustare il tiro” ad una categorica e tassativa contrarietà all’ordine pubblico poiché ha avanzato l’ipotesi di un’interpretazione giudiziale casistica e pertanto costituzionalmente orientata.

Il giudice dell’impugnazione del riconoscimento del figlio naturale concepito mediante surrogazione di maternità deve valutare comparativamente l’interesse alla verità e l’interesse del minore³⁵.

La valutazione caso per caso comporta da una parte il raggiungimento di un equilibrio tra *favor veritatis* e preminente interesse per il minore³⁶ e consiste di fatto in un modo di aggirare il divieto categorico imposto dall’art. 12 della legge 40/2004 che ancora una volta conferma la necessità di colmare la lacuna persistente che si palesa nell’applicazione della medesima normativa. La Corte afferma che “se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l’esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull’interesse del minore³⁷, va parimenti escluso che bilanciare quell’esigenza con tale interesse comporti l’automatica cancellazione dell’una in nome dell’altro”³⁸.

È un bilanciamento che presuppone un giudizio comparativo che si basi sulla ragionevolezza³⁹ tra gli interessi sottesi all’accertamento della verità sullo *status* e le conseguenze che da questo potrebbero derivare con riguardo alla posizione giuridica e alla tutela del minore⁴⁰.

34 La maternità surrogata, anche se le Sezioni unite non l’hanno rilevato, lede anche la dignità del nascituro, trattato al pari di una res ed esposto al rischio d’incertezza in ordine alla sua identità filiale. MIGGIANI, G.: “Alcune questioni preliminari in materia di gestazione per altri.”, *Ragion pratica*, 2021, num., pp. 141-159.

35 La sentenza della corte costituzione è stata pronunciata sulla scia delle sentenze della Corte EDU, 26 giugno 2014, nei confronti della Francia, sui ricorsi n. 65192/2011 (Menneson c/o Francia) e n. 65941/2011 (Labassee c/o Francia) in casi riguardanti il rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile francese degli atti di nascita formati all’estero a seguito di procreazione con maternità surrogata.

36 MARRA, G.: “Divieto di maternità surrogata e interesse del minore: un nodo da sciogliere caso per caso”, *Ilfamiliarista it*, 2018, num. 4, pp.1-6.

37 CHIAPPETTA, G.: “Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis” *Actualidad Juridica iberoamericana*, 2016, num.4, pag. 144-186; NALIN, E.: “Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell’ordine pubblico e superiore interesse del minore”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, num. 1, pp.237-257.

38 Corte Costituzionale 18 dicembre 2017, n.272.

39 PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, ESI, Napoli, 2015, p. 4 ss.

40 SAVI, G.: “Procreazione e filiazione: le azioni di status filiationis ed il canone di rispondenza a veridicità”, *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, fasc.4, p. 1732; FEDERICO, A.: “Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore”, *Giustizia Civile*, 2020, fasc.4, p. 647; RASCONI, V.: “L’impugnazione del riconoscimento tra favor veritatis e tutela degli interessi del figlio”, *Ilfamiliarista.it*, 2022, 25 maggio 2022.

È necessario, quindi, prendere le mosse da questa scia interpretativa per comprendere le recentissime pronunce che nell'ultimo quinquennio si sono susseguite.

Le pronunce successive, in Italia, hanno confermato la suddetta posizione, seppur tra alti e bassi, incertezze e argomentazioni differenti. Si è approdati ad un nulla osta in merito alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Un "sì" della giurisprudenza che ha intensificato, nel nostro ordinamento, da una parte la preferenza ad accogliere una genitorialità che si basi su un legame biologico, seppur minimo, dall'altra però ha aperto ad un'ulteriore possibilità la progettualità familiare.

Da una parte la posizione ribadita dalla giurisprudenza continua a guardare con predilezione al legame biologico e la motivazione è legata alla soggettività di chi accede alle tecniche di PMA, dall'altra in nome del preminente interesse per il minore si è approdati alla necessità di un riconoscimento della trascrizione dell'atto di nascita. Lasciare un bambino senza identità, senza il diritto ad avere un nome equivarrebbe a non permettergli un sano ed equilibrato sviluppo.

Appare chiaro, quindi, che l'unico modo attualmente praticabile per vivere una genitorialità esclusivamente intenzionale consisterebbe nell'istituto dell'adozione. Anche in questo caso l'argomento non sembra scevro da criticità: quale adozione è concessa a coloro che sono gli stessi ad essere esclusi, per chiare cause fisiologiche?

Proprio a questo proposito, è fondamentale, precisare che la legge n. 40/2004 ha subito una serie di interventi di scrittura giudiziale che ne hanno modificato l'assetto originario.

Questi interventi non interessano solamente i c.d. requisiti soggettivi sanciti dall'art.5 della medesima legge, ma anche ciò che concerne il preminente interesse per il minore e il diritto dello stesso di essere inserito in un nucleo familiare.

La Corte costituzionale con le sentenze n. 32 e n. 33 del 2021 si è espressa sull'annoso problema della possibilità di un provvedimento giudiziario straniero di accertamento del rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante maternità surrogata e il genitore c.d. d'intenzione.

Risultato di questo "iter" giurisprudenziale è senza dubbio uno: la presenza nella realtà di una nuova categoria di bambini "non riconoscibili"⁴¹, i quali oltretutto non godono di tutela in merito al mantenimento, all'educazione, all'istruzione e ai diritti

41 Corte cost. 28 gennaio 2021, n.32 e n. 33.

successori che dovrebbero spettare loro, così come previsto dalla responsabilità genitoriale⁴².

La sentenza n. 32 del 2021 ha posto l'accento sulla differenza tra il divieto della PMA di tipo eterologo e la tutela del nato, giungendo così a concludere che ciò non contrasta con l'ordine pubblico interno e ad un riconoscimento della genitorialità d'intenzione attraverso l'applicazione degli artt.8 e 9 della legge n. 40/2004.

Con la sentenza della Corte cost. n.33 del 2021, invece, non è stato possibile pervenire alla medesima conclusione in quanto trattasi di un caso di maternità surrogata e in quanto tale privo di qualsiasi legame biologico con il nascituro.

Pur ammettendo la scissione che intercorre nel riparto di tutele tra la tutela del nato- nascituro e il divieto di surrogazione di maternità, i giudici si sono pronunciati con l'inammissibilità della questione proprio alla luce della precedente e nota sentenza della Corte di Cassazione a S.U. n. 12193 del 2019.

Fermo restando che la Corte nel caso *de quo* si è espressa in seguito alla questione sollevata dall'ordinanza della Corte di cassazione sezione I del 29 aprile 2020, n.8325 in un'ottica costituzionalmente orientata e in relazione agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 cost., all'art.8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9, e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e all'art.24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

L'ordinanza della I sezione della Corte di cassazione n.8325 del 2020 ha messo in dubbio la compatibilità del divieto di riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico con una pluralità di parametri costituzionali giungendo ad esprimere un orientamento diametralmente opposto rispetto al precedente allineamento giurisprudenziale, arrivando a sollevare questione di incostituzionalità relativamente al mancato riconoscimento del figlio nato mediante surrogazione di maternità.

Il divieto di riconoscimento violerebbe infatti l'art.117, comma I, cost. in relazione ai diritti del minore al rispetto della propria vita privata e familiare, art. 8 CEDU, a non subire discriminazioni, a vedere preso in considerazione come preminente il proprio interesse, ad essere immediatamente registrato alla nascita e ad avere un nome, a conoscere i propri genitori, ad essere da loro allevato e a non essere separato dal proprio nucleo familiare, nonché ai diritti riconosciuti dall'art.24 CDFUE⁴³.

42 FERRANDO, G.: "Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte costituzionale n. 32 e 33 del 2021", *Giustizia Insieme.it*, 2021; PINELLI, A.M.: "La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33", *Giustizia Insieme.it*, 2021; CHIAPPETTA, G.: "Le sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.", *Giustizia Insieme.it*, 2021.

43 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Le violazioni si desumerebbero, secondo la stessa Corte di cassazione che ha emesso l'ordinanza, dal parere consultivo della grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale afferma che il rispetto della vita privata del bambino richiede che il diritto nazionale dia la possibilità di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore d'intenzione e che il medesimo riconoscimento non comporta l'obbligo di trascrizione dell'atto di nascita straniero nei registri dello stato civile potendosi realizzare attraverso l'istituto dell'adozione.

Pertanto, secondo la medesima Corte rimettente "l'attuale diritto vivente non sarebbe adeguato rispetto agli standard di tutela dei diritti del minore" in quanto il ricorso all'istituto della *stepchild adoption* riconosciuta, invece, come soluzione dalla sentenza della Corte di cassazione n. 12193 del 2019 non costituirebbe un vero e proprio rapporto di filiazione⁴⁴.

L'assegnazione alle Sezioni Unite dell'annosa questione ha un significato non irrilevante, ovvero quello di trovare una soluzione che permetta una tutela significativa per il minore anche qualora sia nato da maternità surrogata.

La pronuncia, nell'individuare il rilevante deficit di tutela del minore derivante dal diritto vivente⁴⁵, in quanto limitato alla adozione in casi particolari ex art. 44, lett. d), l. n. 184/1983, impone, secondo l'ordinanza interlocutoria, una rimeditazione dell'approdo a cui le Sezioni Unite della Corte erano pervenute con la pronuncia n. 12193 del 2019, ritenendo non trascrivibile l'atto predetto perché contrario ai principi di ordine pubblico internazionale⁴⁶.

La Cassazione, nelle argomentazioni trattate nell'ordinanza n. 8325/2020⁴⁷ si era basata proprio sulla n. 12193 del 2019 per pronunciarsi sulla questione della mancata trascrizione dell'atto di nascita, ma la stessa nel 2022 torna ad esprimersi sul medesimo tema, questa volta sottolineando l'esigenza di un approccio differente, tanto da rimettere alle Sezioni Unite la questione.

Occorre quindi considerare il preminente interesse per il minore caso per caso, solo così il giudice potrà valutare il reale interesse del minore nonostante questo sia nato da maternità surrogata⁴⁸.

44 A tale proposito le Corte di Cassazione si è espressa sul riconoscere il pieno legame di filiazione anche nel caso di adozione in casi particolari.

45 Corte EDU, parere consultivo 10 aprile 2019, su richiesta n. P16-2018-001.

46 PASSAFIUME, L.: "Trascrizione di atto di nascita estero di minore nato da gestazione per altri e riconoscibilità dello stato di figlio nei confronti del genitore d'intenzione", *GiustiziaCivile.com*, 2022.

47 Cass. civ. Sez. I del 29 aprile 2020.

48 Sulla necessità di considerare gli ordinamenti tedesco e francese che pur vietando la gestazione per altri consentono la trascrizione dell'atto di nascita cfr. sent. Corte cost. n.33 del 2021.

La sentenza n. 33 del 2021, considerata da alcuni, dal valore meramente processuale⁴⁹, ha inquadrato più precisamente l'interrogativo che da anni è stato posto: quello di stabilire se, alla luce della complessità della vicenda, il diritto vivente sia compatibile con i diritti del minore.

La recentissima ordinanza interlocutoria n.1842/2022 del 21 gennaio 2022 della Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente al fine di assegnare alle Sezioni Unite la questione riguardante il riconoscimento dell'atto di nascita di uno Stato estero di un minore nato attraverso la pratica di maternità surrogata, vietata in Italia, ma legittima in alcuni Stati esteri, nel caso di specie in Canada.

A parere della Cassazione, pronunciatasi con l'ordinanza n. 1842/2022, è necessaria una pronuncia a Sezioni Unite sulla questione in quanto è stato ribadito dalla giurisprudenza, in più battute, l'esistenza di un vuoto normativo da colmare⁵⁰.

Interessante è vedere come nelle sue argomentazioni la Corte si sia espressa circa l'inadeguatezza dell'istituto dell'adozione "in casi particolari", a norma dell'art. 44, comma 1, lett. d, l. n. 184/1983, al fine di soddisfare ed attribuire una genitorialità d'intenzione in capo al genitore non biologico.

La criticità che si evince, però, è la dipendenza dell'attribuzione dello stato di filiazione in capo al genitore d'intenzione a partire dal consenso del genitore biologico; questo infatti potrebbe non acconsentire, in caso di sopravvenuta crisi di coppia, privando così il minore del rapporto di genitorialità con il genitore non biologico e non garantendo la parità tra le figure genitoriali.

Sotto il vaglio della Corte è stata valutata la possibilità di trascrizione di un atto di nascita estero di minore nato da maternità surrogata.

L'ordine pubblico internazionale, *focus* su cui si basano le osservazioni della Corte, impone la necessità di assicurare al minore la conservazione dello *status* con specifico riferimento al riconoscimento dei legami familiari ed al mantenimento dei rapporti con chi ha legalmente assunto il riferimento della responsabilità genitoriale.

Altrettanto specificata dalla Corte stessa è la questione della non riconducibilità al concetto di ordine pubblico della previsione che il minore debba avere genitori di sesso diverso.

49 CHIAPPETTA, G.: "Le sentenze", cit.

50 CALDIRONI, M.: "Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?", *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2022, num. 2, pp. 317-327.

Pertanto continua la Corte "le scelte del legislatore italiano appaiono frutto di discrezionalità e non esprimono principi fondanti a livello costituzionale che impegnino l'ordine pubblico; né può ritenersi rilevante la sanzione penale comminata dal sesto comma dell'art. 12 della legge 40/2004".

In sostanza, le questioni di legittimità che la Corte è stata chiamata ad esaminare riguardano lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata.

In numerose pronunce si è sottolineato come, aldilà del divieto imposto, di prioritaria urgenza sarebbe identificare la possibilità per questi bambini di vivere una genitorialità equilibrata in cui siano presenti entrambe le figure genitoriali.

Oltre a ciò, ribadisce la Corte, l'attuale diritto vivente in Italia non si dimostra adeguato rispetto agli standard di tutela dei diritti del minore indicati dal parere consultivo della Grande Camera, in quanto la possibilità del ricorso all'adozione "in casi particolari" da parte del genitore di "intenzione", non è del tutto idonea a tutelare i diritti del bambino in quanto non determina un vero rapporto di filiazione ed oltre a ciò non comporta l'effettività e la tempestività del riconoscimento del rapporto di filiazione ritenuto, invece, indispensabile dalla Corte EDU.

In Italia, infatti, precedentemente alla sentenza n. 79 del 2022 della Corte costituzionale che verrà esaminata nel paragrafo successivo, l'adozione in casi particolari, non creando un vero rapporto di parentela tra adottante ed adottato non sarebbe sufficiente a tutelare il minore e far sì che questo venga effettivamente riconosciuto al pari degli altri figli.

Oltre a ciò avrebbe sottoposto il minore ad un rischio, ovvero quello che concerne l'eventuale separazione della coppia adottante.

Secondo la Corte EDU, infatti, siffatto riconoscimento andrebbe a ledere il diritto del minore sia all'inserimento effettivo in un nucleo familiare inteso come formazione sociale, sia alla sua identità senza che tale violazione possa essere contestualizzata in un'ottica di bilanciamento di valori.

La problematica messa in luce attiene alla contrarietà con l'ordine pubblico di un'eventuale immissione nell'atto di Stato civile del "genitore d'intenzione" poiché in contrasto con gli art. 2,3,30,32,117, comma 1, Cost.

Pertanto la Corte nella pronuncia esaminata si basa sulla sentenza n.12193 del 2019 in cui le Sezioni Unite civili non avevano ritenuto eseguibile nel nostro ordinamento un provvedimento estero attributivo di "status" di figlio ad un minore nato tramite gestazione per altri.

Le motivazioni alla base di questo rifiuto si collocano in perfetta linea di continuità con la contrarietà alla maternità surrogata, giungendo a sostanziare la nozione di ordine pubblico che impedisce la trascrizione dei relativi atti di nascita.

Altra pronuncia citata dalla Corte nell'ordinanza n. 1842/2022 è quella della Corte costituzionale n.272/2017 che già cinque anni prima ribadiva le medesime argomentazioni a sfavore di un riconoscimento della genitorialità d'intenzione nel caso di surrogazione di maternità.

La differenza, sicuramente non trascurabile, sta nell'aver preso coscienza, nelle ultime pronunce delle Corti, dell'esigenza di effettuare delle scelte al fine di colmare quel c.d. "vuoto legislativo" attraverso un bilanciamento che tenga presente la tutela del preminente interesse per il minore armonizzandolo con le nuove esigenze delle società e con il limite imposto dal divieto di maternità surrogata.

Se prima non era nemmeno menzionato come prioritario l'interesse per il minore, ad oggi, non esiste alcuna pronuncia, in ogni grado di giudizio, che faccia a meno di citarlo.

Quindi è pacifico ormai considerare il diritto vivente come puerocentrico.

Le motivazioni addotte sono simili e in particolar modo si incentrano sul contrasto con l'ordine pubblico che inevitabilmente si verrebbe a creare in quanto la maternità surrogata è vietata in Italia, nonché penalmente sanzionata a norma dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 posto a tutela di valori fondamentali quali la dignità della donna gestante e l'istituto dell'adozione.

Sembra ormai assodato, stando alle pronunce fino ad ora esaminate, differenziare da una parte l'illiceità della maternità surrogata e quindi la contrarietà all'ordine pubblico, dall'altra la tutela del minore.

Ciò premesso, c'è da domandarsi se sarà effettivamente possibile per il giudice effettuare un bilanciamento di principi costituzionalmente orientato che tenga presente altresì delle fonti sovranazionali, al fine di trovare una soluzione concreta per la tutela dei minori nati da maternità surrogata.

Ciò che traspare dalle ultime pronunce sia della Corte di Cassazione n.1842/2022 sia della Corte Costituzionale n. 33/2021 non è una netta esclusione dell'ipotesi di riconoscere una genitorialità d'intenzione e di conseguenza attribuire concretamente al minore la tutela di cui necessita. Nella pratica si assiste ad un mutamento di concetto di ordine pubblico in armonia con quelle che sono le

esigenze della società nonché quelle di tutela, così come ribadito anche dalla Corte EDU in più occasioni.

Sicuramente sia la Cassazione sia la Corte costituzionale prendono le mosse dalle pronunce della Corte EDU, la quale non ha fatto a meno di osservare la disparità di trattamento presente in Italia rispetto ad altri Stati: “la Corte EDU ritiene necessario che ciascun ordinamento garantisce la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il “genitore d’intenzione”, al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati”⁵¹.

È una posizione fondamentale quella della Corte EDU che inquadra pienamente la necessità di porre rimedio a tale situazione vagliando la possibilità di ricorrere all’istituto dell’adozione dei minori nati da surrogazione di maternità, al fine di tutelarne la condizione in cui versano e che esula dalle loro volontà. Piuttosto la Corte EDU ne profila una soluzione, rispettando pienamente la vita e la costruzione di una loro identità.

La Corte sottolinea come l’adozione possa ritenersi sufficiente a colmare quella mancata tutela dei suddetti, dato che costituirebbe una vera e propria “filiazione” tra adottante ed adottato, a patto che le norme di diritto interno garantiscano sia l’effettività sia la celerità della sua messa in pratica.

L’interpretazione della Corte EDU tiene presente in primo luogo il preminente interesse del minore, attraverso il bilanciamento di principi che non surclassano l’ordine pubblico.

Il divieto permane, ma l’interpretazione viene valutata caso per caso.

Rispetto al divieto categorico espresso nelle precedenti pronunce, la giurisprudenza delle Corti si sta aprendo ad una diversa prospettiva che tende ad arginare e “vestire” la criticità riscontrata di un nuovo strumento: l’adozione in casi particolari.

Sono ormai considerate come due realtà differenti: da una parte il divieto imposto dalla legge n. 40/2004, dall’altra quello conseguente e relativo al riconoscimento dello *status filiationis*, peraltro garantito anche ai figli incestuosi alla luce, anche in questo caso, di un lungo percorso giurisprudenziale.

Certamente la maternità surrogata, laddove imposta alla gestante o messa in atto per motivi economici, offende in modo indiscutibile la donna, nonché la vita, riconducendola ad un mero commercio di geni e di corpo della donna.

51 Corte EDU, decisione 12 dicembre 2019, C contro Francia ed E. contro Francia; paragrafo 42; sentenza D. contro Francia, paragrafo 67.

Comunque è altrettanto indiscutibile la necessità di garantire l'identità ad un figlio, nonché di attribuirgli una genitorialità.

Proprio per questo la sentenza n. 79/2022 della Corte costituzionale si inserisce come spiraglio di possibilità concreta, sia in capo al minore sia alle coppie, di attribuzione effettiva di una genitorialità.

Emerge altresì il riconoscimento da parte delle Corti di separare il divieto in sé di maternità surrogata dal diritto all'avere uno *status filiationis*, cosa che comporta due filoni di conseguenze completamente diversi.

III. ELEMENTI DI NOVITA' RISPETTO ALLE PRONUNCE PRECEDENTI: IL FOCUS SULL'ADOZIONE DELLA SENTENZA N.79/2022 DELLA CORTE COSTITUZIONALE E L'ILLEGITTIMITA' DELL'ART. 55 DELLA LEGGE 4 MAGGIO 1983, N.184.

Con le citate pronunce n. 79/2022 e n. 10898/2022⁵² le tematiche trattate, seppur diverse, si ricongiungono in un medesimo quesito: come fare per garantire la tutela del preminente interesse del minore senza poter riconoscere una genitorialità d'intenzione in assenza di un legame biologico?

Il *focus* di queste due pronunce è proprio quello di cercare una soluzione che possa dar valore giuridico alla genitorialità d'intenzione; proprio per questo il minimo comune denominatore di entrambe è l'istituto dell'adozione in casi particolari, quale strumento di tutela della filiazione.

Per quanto concerne il caso esaminato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 28 marzo 2022, n.79 il minore oggetto del procedimento è stato concepito tramite il ricorso alla surrogazione di maternità. La questione di legittimità costituzionale dell'art.55 della legge 4 maggio 1983, n.184 è stata sollevata dal Tribunale di Bologna⁵³. Nello specifico nella parte in cui, mediante il rinvio all'art.300 c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non fa nascere alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. La questione al vaglio della Consulta è approdata verso un'importante conclusione: la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art.55 della legge 4 maggio 1983, n.184 nella parte in cui prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.⁵⁴

52 Cass. civ., sez. I, ord. 5 aprile 2022, n. 10989.

53 Tribunale per i Minorenni di Bologna, sentenza 25 giugno 2020; CIANCIOLO, V.: "Consulta. L'adozione in casi particolari stabilisce legami giuridici tra l'adottato e i parenti dell'adottante", *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, 28 marzo 2022.

54 Sent. Corte cost. 28 marzo 2022, n.79,

A questo proposito la dottrina si divide ponendosi il quesito se, considerata la disciplina, l'eccezione prevista per l'adozione dei maggiorenni (ai sensi dell'art. 74 c.c.) debba applicarsi anche per l'adozione in casi particolari stabilita dalla legge 4 maggio 1983, n.184.

Una parte della dottrina⁵⁵afferma che l'esclusione della parentela disposta per i maggiorenni si debba attribuire anche agli adottati in casi particolari perché se così non fosse l'istituto dell'adozione sarebbe privato della sua funzione. Questo perché all'adottato sarebbe attribuito lo stato di figlio nato all'interno del matrimonio degli adottanti non facendo venire meno il legame con la famiglia d'origine, risultando così il minore inserito in due famiglie.

Un'altra parte della dottrina, peraltro dominante, invece, estende il riconoscimento dello stato di figlio anche ai minori adottati in casi particolari soprattutto dopo la riforma introdotta con il d.lgs 219 del 2012 che ha equiparato lo stato di figlio, unificandolo⁵⁶.

Nella sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022 si evince che “lo sforzo di arginare la pratica della maternità surrogata, che richiede impegni anche a livello internazionale, non consente di ignorare la realtà di minori che vivono di fatto in una relazione affettiva con il partner del genitore biologico”. Con questa pronuncia la Corte costituzionale sembra dare una cornice ad un quadro problematico già risultante nell'ultimo decennio.

Quindi, ci sarà una soluzione concreta a tutela dei minori nati da maternità surrogata?

IV. LA SENTENZA DELLA CASSAZIONE, SEZ. I, N. 10989/22 E LA STRADA “ILLUMINATA” DALLA N. 79/2022.

L'altra recentissima pronuncia che riguarda l'annoso problema dell'adozione in casi particolari è la Cass. civ., sez. I, n. 10989 del 2022 che percorrendo la strada illuminata dalla Corte costituzionale con la n. 79/2022, riconosce il legame di filiazione attraverso l'adozione del minore, figlio del coniuge nato da una precedente relazione e con rapporti continuati con il padre biologico.

55 BIANCA, C. M.: “La legge italiana conosce solo figli”, *Rivista di diritto civile*, 2013, num.59, pp.1-6, SESTA, M.: “L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari”, *Fam. dir.*, 2013, num.3, p. 231; DOGLIOTTI, M.: “ Adozione di minori e abbandono : caratteri e prospettive”, in AA.VV.: *Diritto del minore ad una famiglia : tavola rotonda a 10 anni dalla l. 28 marzo 2011 n. 149 : Pisa, venerdì 11 novembre 2011*, (a cura di C.MURGO), Pisa University Press, Pisa, 2013, pp. 21-25.

56 DOSSETTI, M.; LUPO, M.: *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione assistita: problemi e responsabilità: atti della giornata di studio, Milano, 30 settembre 2009*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 95.

Il coniuge della donna chiede di poter adottare la figlia minore della stessa che convive con la coppia e che ha instaurato con il richiedente un buon rapporto. Nel frattempo la medesima intrattiene rapporti sereni con il padre biologico.

La questione è stata portata all'interesse della Cassazione per alcune motivazioni: 1) il contrasto di quanto disposto dalla legge n. 184/1983 e che la minore vivesse già un rapporto sereno con suo padre biologico facendo sì che venisse poi riconosciuta la genitorialità in capo a tre persone; 2) secondo la Corte d'Appello non consisterebbe nell'interesse della minore l'essere adottata dal coniuge della madre⁵⁷.

Sebbene la Corte di Appello si basi su elementi fattuali per portare avanti la sua tesi, come ad esempio l'effettiva mancanza dello stato di abbandono, a quanto pare la Cassazione, con lungimiranza, ne coglie altri.

Infatti l'eventuale adozione intrapresa dal coniuge della madre può effettivamente rendere l'ambiente familiare e la convivenza più armoniosi a vantaggio della minore. Oltre al fatto che suo padre biologico ha prestato il proprio assenso all'adozione, così come stabilito dall'istituto dell'adozione in casi particolari e che oltre a ciò non si trovava nelle condizioni economiche per poter garantire alla minore il mantenimento, l'istruzione e l'educazione.

Il fatto che in entrambi i casi, le Corti abbiano riconosciuto un valore maggiore ed effettivo alla genitorialità d'intenzione e abbiano trovato un modo per usare a pieno lo strumento dell'adozione in casi particolari è fondamentale per dare un futuro a tutti quei minori che attendono di "esser figli".

Sebbene non si possa ancora arginare il divieto di surrogazione di maternità e la sua contrarietà all'ordine pubblico, attraverso un ragionevole bilanciamento di principi però, si è riconosciuto uno spiraglio di luce per tutti quei minori che sono venuti al mondo subendo le conseguenze di una procreazione avvenuta "illecitamente" in un Paese estero che l'ammette e senza considerare le conseguenze a loro discapito.

L'adozione in casi particolari comporta, ad oggi, il riconoscimento di una genitorialità d'intenzione che include a pieno titolo l'adottato all'interno della famiglia dell'adottante; vengono così ad essere riconosciuti dalla giurisprudenza i legami di parentela tra famiglia dell'adottante e adottato.

⁵⁷ DELLA ROCCA, M.: "Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam e dir*, 2013, num.1, pp. 838-842; DI STEFANO, L.: "Adozione del minore, figlio del coniuge nato da una precedente relazione, e rapporti continuati con il padre biologico", *Giustizia civile.com*, 25 agosto 2022.

Occorre comunque rivolgere grande attenzione al contesto familiare ed interpretare questo “strumento” secondo il caso specificatamente in esame in quanto si incorre nel pericolo, pertanto deleterio per il minore stesso, di interpretare il *best interest of child* come “valore tiranno”.

Quest'ultimo va bilanciato considerando le situazioni soggettive delle persone che vertono intorno alla figura del minore, proprio per riuscire a far sì che lo stesso raggiunga un equilibrio, un'identità e una crescita psicofisica sana⁵⁸.

Nonostante il dettato normativo e la preferenza data alla genitorialità biologica è indispensabile garantire il rispetto, oltre che del *favor veritatis*, anche del *favor stabilitatis*⁵⁹.

Pertanto in questo modo, viene ad essere perseguito il vero e proprio obiettivo dell'istituto dell'adozione, ossia quello di tutelare quei minori che vivono una sorta di dissociazione tra l'assetto di fatto dei loro affetti e la loro situazione giuridica.

Un passo molto lungo e ben ponderato quello della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione che con queste ultime pronunce, si sono poste concretamente in un'ottica garantistica della tutela del preminente interesse del minore.

V. L'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI COME NUOVA SOLUZIONE NELLO STATO ITALIANO A TUTELA DEI MINORI “IN SOSPESO”⁶⁰. QUANTO LA CEDU E LA CONVENZIONE DELLE N.U. HANNO INFLUITO SU QUESTO PASSO AVANTI?

La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione delle N.U. sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza costituiscono due dei principali strumenti di salvaguardia dei diritti della persona umana che hanno illuminato la strada di numerose pronunce, soprattutto quelle che riguardano il diritto di famiglia e dei minori.

L'Italia ha firmato nel 1991 la Convenzione delle N.U. che ha contribuito ad instaurare una vera e propria ‘rivoluzione culturale’ soprattutto per quel che concerne il minore, elevandolo a soggetto di diritto, considerando la sua identità, rendendolo partecipe, informato, ascoltato e rispettato.

58 CAGGIANO, I.A.: “Genitorialità scomposta e identità del minore. Alcune considerazioni a margine dell'interesse superiore del minore: Tribunale civile, Roma, decreto 19/10/2017 e Tribunale civile, Roma, decreto 08/09/2017”, *Foro it.*, 2018, fasc. 9, p. 143.

59 FERRANDO, G. “Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali.”, *Politica del diritto*, 1998, num. 29, pp. 167-176.

60 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32; Corte cost. 10 marzo 2021, n.33; CHIAPPETTA, G.: “La nuova categoria di figli non riconoscibili e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.”, *CITTADINANZA EUROPEA (La)*, 2021, fasc. I, pp.125-150.

La Convenzione europea, invece, costituisce molto di più di una nobile enunciazione di principi e ciò lo si deve alla Corte Europea di Strasburgo la cui giurisprudenza è stata decisiva per rendere effettivi i principi in essa contenuti e, nello stesso tempo, per garantirne la flessibilità necessaria per adeguarli all'evoluzione dei tempi.

La Corte europea dei diritti dell'uomo e le N.U. assegnano un ruolo fondamentale al principio dell'interesse superiore del minore qualificandolo come un "principio guida".

Quando la Corte EDU è chiamata ad accertare la legittimità dei provvedimenti giudiziari o amministrativi che potrebbero incidere sul rispetto della vita privata e familiare dei minori entra in gioco la tutela, categorica, del preminente interesse per il minore⁶¹.

Nei paragrafi precedenti, si è spesso fatto riferimento all'art.8 CEDU che costituisce parte integrante nell'operazione interpretativa giudiziale, nonché strumento autonomo per stabilire la portata della prioritaria tutela del minore in ogni fattispecie concreta che lo riguarda.

È proprio attraverso la consapevolezza dell'inderogabilità di questo principio che è possibile comprendere il bilanciamento effettuato in sede giurisprudenziale dai giudici dei Tribunali italiani e delle Corti nazionali e sovranazionali.

Nell'adempimento degli obblighi che discendono dall'art. 8 CEDU, ogni organo giudiziario è ormai tenuto ad effettuare un bilanciamento tra l'interesse del ricorrente al pieno godimento del diritto alla vita privata e familiare e gli altri interessi rilevanti.

La tutela del preminente interesse del minore è considerato dalla Corte un concetto dinamico, così come sottolineato anche dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza⁶².

Quest'ultimo coinvolge diverse esigenze che sono sia in continua evoluzione, così come quelle legate ai nati da maternità surrogata, ma anche in contrasto, potendosi così attuare solo in relazione alla singola fattispecie concreta. Nonostante

61 RUO, M.G.: "The best interest of the child" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Minorigiustizia*, 2011, num.3, p. 39 ss.

62 Gruppo di lavoro per la Convenzione sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza, AA.VV.: *I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia 12° Rapporto di aggiornamento sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia*, Gruppo CRC c/o Save the Children Italia, Roma, 2022, pp.151-159. ; Russo, D., PARODI, M.: "The implementation of the convention on the Rights of the child in the Italian legal order: A provisional balance", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, num.1, pp. 141-158.

ciò parte della dottrina pur ribadendo l'importanza di tal principio lo connota con una sfumatura di ambiguità, confusione e scetticismo⁶³.

Risulta pacifico che "in un mutato contesto delle fonti, le discipline internazionali hanno giocato un ruolo particolare nella specificazione dei diritti inviolabili dell'uomo e nell'individuazione dei doveri inderogabili di solidarietà"⁶⁴.

Pertanto la possibilità di introdurre nel nostro ordinamento fonti sovranazionali che sono divenute strumenti integranti della giurisprudenza odierna è stata resa possibile dalla riforma attuata dalla l. costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001 che ha modificato l'art. 117 Cost., nello specifico il comma 1, il quale attribuisce potestà legislativa statale e regionale nel pieno rispetto "dei vincoli derivanti dell'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

Di conseguenza ogni inadempimento all'obbligo dello Stato di adeguarsi alle fonti sovranazionali citate, costituisce violazione dell'art. 117 della Costituzione.

L'organo giurisdizionale internazionale a salvaguardia della Convenzione stessa è la Corte Europea dei diritti dell'uomo.

La Corte di Strasburgo, invece, estende la sua competenza a tutte le questioni concernenti l'interpretazione dei principi CEDU; questi ultimi però non hanno valore in Italia di incondizionata vincolatività, in quanto devono essere sottoposti al vaglio costituzionale, attuandone un ragionevole bilanciamento.

Il giudice nazionale ha quindi l'obbligo di interpretare la disposizione interna in modo conforme sia alla Costituzione sia ai principi CEDU, per come sono interpretati dalla Corte di Strasburgo dalle sentenze c.d. pilota o nella giurisprudenza consolidata.

La Corte di Strasburgo si è espressa sul concetto di "vita privata" sottolineandone l'indeterminatezza e precisando l'impossibilità di confinarne il significato astratto.

La concezione di rispetto della vita privata è vasta e non potrà essere mai completamente esaustiva.

63 LENTI, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. Dir. Civ.*, 2016, vol.62, n.1, pp. 86-111; GARCIA RUBIO, M.P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n.13, pag.14-49.; BUSNELLI, F.D.: "Nacer (o también "morir") con dignidad: un objetivo problemático para el embrión", *Revista de Derecho Privado*, 2018, num.35, pp. 77-103; POCAR,V.; RONFANI, P.: *La famiglia e il diritto*, Laterza, Bari, 2008, pp.172 ss.; LAMARQUE, E.: *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016, p.76.

64 CHIAPPETTA, G.: *Gli status personae nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali*, ESI, Napoli, 2012, p. 1 ss.

Piuttosto, è opinione di parte della dottrina, considerare il concetto di vita privata con un'interpretazione in funzione del luogo, dell'epoca e dell'ambiente sociale.⁶⁵

Le motivazioni inerenti all'impossibilità di configurare una definizione più precisa di "rispetto alla vita privata", risiede nei veloci e numerosi cambiamenti che si sono susseguiti nelle legislazioni dei singoli Stati, nonché nella giurisprudenza della stessa Corte.

Un esempio è l'Italia, dove più pronunce negli anni hanno fatto riferimento al "rispetto della vita privata e familiare", come ad esempio nel caso della fecondazione medicalmente assistita, della maternità surrogata e relativa ed ipotetica trascrizione dell'atto di nascita, dell'adozione a favore del partner del genitore biologico, delle coppie omoaffettive.

Nonostante gli espliciti riferimenti, però, la giurisprudenza a volte si è ritrovata ad essere divisa tra la legislazione italiana e l'interpretazione dell'art. 8 CEDU, venendosi così a creare una sorta di "bivalenza" nelle argomentazioni offerte dalle Corti. Come se da una parte i giudici si volessero ispirare ai principi della CEDU, dall'altra parte però era inevitabile la contestualizzazione di questi ultimi con la legislazione interna.

In merito alla questione della maternità surrogata, ovvero quella di attribuire o no i rapporti di filiazione intenzionale o "sociale" o degli "affetti", la Corte di Strasburgo li colloca all'interno del diritto al rispetto della vita familiare sancito dal citato art. 8 CEDU⁶⁶.

La soluzione che è in linea con l'insegnamento della Corte di Strasburgo, nel promuovere il rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), mira a garantire i legami tra genitori e figli stabilizzando, soprattutto in situazioni di criticità familiare, un consolidato supporto bigenitoriale atto a realizzare uno armonico sviluppo della persona minore di età dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale.

Una questione rilevante nel definire il contenuto dell'art.8 CEDU riguarda la sua interpretazione evolutiva e il rapporto tra il rispetto della vita privata e quello della libertà di autodeterminazione.

65 BILO, G.: "I rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corti nazionali tra sussidiarietà, margine di apprezzamento e dialogo: verso nuovi equilibri?", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2022, fasc.2, p.533.

66 CHIAPPETTA, G.: "I limiti all'accertamento della maternità. Il superamento della certezza della maternità nelle ipotesi di P.M.A. di tipo eterologo e di surrogazione di maternità", in AA.VV.: *La riforma della filiazione*, (a cura di C.M.BIANCA), CEDAM, Padova, 2015, p.444 ss.

La Corte, a volte, tende a non operare distinzione tra la “vita privata” e “vita familiare” in quanto alcune forme di tutela che riguardano la vita privata hanno effetti anche su quella familiare e viceversa.

Spesso la vita privata si esplica con quella familiare e la differenza diventa molto sottile, quasi intangibile, all'occhio dell'interprete che si avvale del bilanciamento di principi nell'effettuare le sue scelte.

Oggi, questo confine è divenuto impercettibile, seppur le due figure godano di autonomia. “Ampliandosi i diritti inglobati nella sfera della vita privata si assiste all'autonoma configurazione dei diritti alla vita familiare ed all'estensione dei medesimi”⁶⁷.

Una delle applicazioni, nell'ambito familiare, dell'art.8 è quella di agire in modo da consentire ai legami familiari di svilupparsi in costanza di quelle relazioni affettive necessarie per la formazione dell'identità del minore e della realizzazione di quest'ultima in completa armonia.

Ad esempio il collocamento del minore fuori dalla famiglia è applicato solo nei casi in cui è stato appurato che il preminente interesse del medesimo non avvenga sufficientemente all'interno del proprio nucleo familiare.

Il medesimo art.8 CEDU tutela quindi anche i legami “familiari” di fatto e, secondo la dinamica nozione di famiglia che è stata recepita dalla Corte di Strasburgo, nell'applicazione della norma devono ricomprendersi anche le relazioni affettive che sorgono in virtù di un provvedimento di affidamento familiare⁶⁸.

Alla luce delle considerazioni fin qui effettuate va riconosciuto l'importante ruolo delle Corti sovranazionali nel direzionare la giurisprudenza italiana sia verso l'attribuzione di una genitorialità d'intenzione, sia verso un ripensamento dell'adozione in casi particolari in un'ottica di tutela del preminente interesse del minore e della sua libera autodeterminazione, nonché nel rispetto della sua vita privata e familiare⁶⁹.

67 CHIAPPETTA, G.: *Gli status personae nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali, in lezioni di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p.64; FERRANDO, G.: “Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo”, *Fam. Pers. Succ.*, 2012, fasc.4, pp.282 ss.

68 BATTELLI, E.: “Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU, *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2021, fasc.2, p. 838; Corte EDU 27 aprile 2010, ric. 16318/07, Moretti e Benedetti c. Italia.

69 Gran Chambre, Protocol 16, 2019, 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; Ludet, D: “L'interaction judiciaire ou l'institutionnalisation du dialogue avec le Protocole n 16 (analyse de la première saisine par la Cour de cassation de France)”, *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2020, vol.121, num.1, pp. 179-196.

VI. CORONA VIRUS E SCOPPIO DELLA GUERRA IN UCRAINA: IL LIMBO DEI BAMBINI NATI DA MATERNITÀ SURROGATA.

È una realtà ormai purtroppo consolidata da diversi anni quella che contrassegna il progetto genitoriale di molte coppie di rivolgersi a Paesi in cui la maternità surrogata è lecita, come nel caso specifico dell'Ucraina.

I minori che vengono al mondo attraverso una gestazione altrui in Ucraina si sono ritrovati ad affrontare, loro malgrado, un limbo che li avvolge sotto due profili. Il primo basilare profilo attiene al loro rientro nel Paese in cui la coppia committente vive e in cui presumibilmente, essendo vietata la surrogazione di maternità, non verrà loro concesso di “esser figli”; il secondo profilo, invece, attiene alle circostanze verificatesi negli ultimi due anni: la pandemia da coronavirus e lo scoppio del conflitto che affligge tuttora il territorio Ucraino.

Nel 2020 si è verificato un blocco dei commerci e degli spostamenti imposto dal *lockdown*, al fine di far fronte alla pandemia da Covid-19. La stessa situazione ha coinvolto alcuni bambini nati da madri surrogate in Ucraina che per mesi sono rimasti stipati nella hall di un hotel di Kiev, trasformata in una grande nursery improvvisata, visto che il blocco causato dal Covid, ne impediva la “consegna” ai loro “acquirenti” sparsi per il mondo⁷⁰.

L'Ucraina è attualmente uno snodo internazionale per la maternità surrogata, uno dei pochi a permettere alle coppie straniere di stipulare contratti di gestazione altrui. Sono almeno 2500 ogni anno i bambini nati da gestazione altrui. I contratti sono stipulati dalle coppie committenti attraverso apposite agenzie, come la *Delivering dreams* con sede in New Jersey.

Ad oggi si contano 33 cliniche private e 5 pubbliche per un costo di 35-50 mila euro a gravidanza di cui il 70 per cento va alle cliniche.⁷¹ La popolazione non cresce di dimensione, ma cresce la natalità destinata ad altre coppie. Il numero dei bambini ospiti negli orfanotrofi è in aumento a causa, prima della pandemia, poi della guerra. È importante, innanzitutto, considerare che essere una gestante per altri è un lavoro ben pagato e ininterrotto anche dalla guerra⁷².

70 HAN, B. C.: “Tra tecnologia e corporeità: il tempo oscuro della maternità surrogata”, *Medicina e Morale*, 2021, num.2, pp. 161-166.

71 BONATI, M.: “La speranza di una vita degna per i bambini ucraini”, *Il Punto confronti su medicina e sanità*, num.1, 2022, pp. 14 ss.

72 BONATI, M.: “La speranza”, cit., p. 14 ss.; ANGELI, A.: “L'emergenza umanitaria legata al conflitto in Ucraina nei paesi del Gruppo di Visegrád”, *Forum di quaderni costituzionali rassegna*, 2022, pp. 99-123; MOTLUK, A.: “Il dilemma delle gestanti per altri nella guerra ucraina”, *The Atlantic*, marzo 2022; Commissione per le adozioni internazionali. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Procedure pendenti e adozioni divise per Paese, anno 2021.

La situazione che si è venuta a creare vede migliaia di donne e bambini che vertono in condizioni non tutelanti, né per la loro salute, né per il loro futuro.

In Italia, il Governo si è attivato per far sì che le coppie committenti italiane, che avevano firmato un accordo riguardante la maternità surrogata in Paesi terzi avrebbero potuto mobilitarsi per andare a prendere i nati.

In altri Stati, però, questo non sta accadendo, come ad esempio negli USA, causando per questi bambini uno stato di “limbo” in cui si ritrovano senza che, nessuno possa prendersene cura e senza la certezza che, una volta tornati nel Paese della coppia committente, possano essere considerati ‘figli’ a pieno titolo.

VII. CONCLUSIONI.

Come si è verificato, il fenomeno della maternità surrogata non si è fermato né con la pandemia, né con lo scoppio di un conflitto: le coppie si rivolgeranno sempre più alla pratica della gestazione altrui.

Divenendo quest’ultima parte integrante di un carnet di ipotesi sottoposte al vaglio decisionale delle coppie e dei rispettivi progetti familiari, soprattutto per quei nuclei che non hanno altra scelta poiché impossibilitati fisiologicamente a procreare.

La disciplina delle unioni civili e delle convivenze, vagliata alla luce di una voluta valorizzazione di ogni accezione di affetto, amore e collaborazione reciproca, tende ad essere lacunosa, quando è il momento di “portare in scena” il progetto familiare di una coppia omoaffettiva.

Un dato, questo, ormai molto diffuso e che riguarda migliaia di coppie in Italia.

Tenendo in considerazione, quindi, questi presupposti che assurgono a dati di fatto, lo scenario dal quale si parte, oggi, consiste in una eterogeneità di possibilità alle quali l’impianto normativo non concede le medesime soluzioni.

La criticità riscontrabile, in termini di uguaglianza sostanziale, non è data tanto dalla possibilità o no di unirsi civilmente, quanto piuttosto dall’estendere la responsabilità genitoriale anche alle coppie che sono biologicamente impossibilitate a procreare, non riconoscendo pienamente una genitorialità d’intenzione o sociale. Per raggiungere l’effettiva tutela dell’uguaglianza genitoriale dinnanzi alla legge è necessario dare a tutti la possibilità di essere genitori.

Alla luce della diffusione sempre maggiore di tal fenomeno, la legge n. 40/2004, si è già privata da alcuni anni della sua *ratio* di tutela della salute psicofisica delle

coppie, in quanto non aderisce più in modo esaustivo al tessuto sociale ormai evolutosi diversamente.

Tale legge, seppur anacronistica, nello stesso tempo continua con il suo divieto a mantenere il fenomeno di maternità surrogata entro dei confini, che probabilmente, si sarebbero varcati già da alcuni decenni.

Certo è che quella della maternità surrogata non è una realtà che lo Stato italiano può arginare, né tantomeno è possibile impedire l'attuazione del principio di libera circolazione delle persone all'interno dei Paesi membri dell'UE.

Probabilmente, però, così come confermato dalla giurisprudenza in Italia è in corso una sensibilizzazione in merito a questo dato di fatto: il rientro dei i minori nati da maternità surrogata che torneranno nello Stato di provenienza delle coppie committenti.

Nonostante la maternità surrogata non abbia ancora una normativa adeguata, la giurisprudenza si sta muovendo per rendere l'ordinamento giuridico maggiormente pronto ad accogliere e tutelare questi minori, attuando una soluzione attraverso l'adozione in casi particolari con il conseguente riconoscimento di una piena filiazione in capo all'adottato che costituirà rapporti di parentela anche con la famiglia dell'adottante, cosa prima non possibile.

Oggi, in particolar modo, grazie alla sentenza n. 79/2022 della Corte costituzionale, risultato di un lungo iter giurisprudenziale, sono in corso dei cambiamenti per attuare gli effettivi strumenti di tutela del preminente interesse del minore nato da maternità surrogata eguagliandolo, in un'ottica costituzionalmente orientata, a tutti gli altri minori, senza distinzione alcuna.

Il riconoscimento della piena genitorialità d'intenzione attraverso l'adozione in casi particolari costituisce un significativo passo avanti per diversi motivi.

Il primo è certamente legato alla tutela del minore, in quanto gli si garantisce una maggiore sicurezza nell'attribuzione dei suoi diritti, che prima dipendevano dalla volontà del genitore biologico; il secondo si ritrova nell'apertura, da parte dell'ordinamento, del riconoscimento della genitorialità d'intenzione effettuando un passo significativo nell'equiparazione delle figure genitoriali.

Sulla spinta delle influenze di alcuni Stati europei, nonché delle fonti costituzionali e sovranazionali, l'Italia mantiene un impianto normativo che non lascia spazio alla pratica della maternità surrogata, ma garantisce comunque la tutela del diritto del minore ad avere una famiglia, colmando, forse, quel vuoto normativo lamentato dal diritto vivente.

BIBLIOGRAFIA.

AGOSTA, S.: "In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri", *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, fasc.I, 2018, pp. 79-114.

ANGELI, A. "L'emergenza umanitaria legata al conflitto in Ucraina nei paesi del Gruppo di Visegrád", *Forum di quaderni costituzionali rassegna*, 2022, pp. 99-123.

BARBA, V.: "Gestación por sustitución y orden publico internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La ultima decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias/Surrogacy and international public order in the Italian legal system. The last decision of the Supreme Court and its consequences", *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol.7, num.1, pp. 69-101.

BATTELLI, E.: "Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione, alla luce della giurisprudenza CEDU", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2021, fasc.2, p. 838.

BERTI DE MARINIS, G.: "Maternità surrogata e tutela dell'interesse superiore del minore: una lettura critica alla luce di un recente intervento della Corte EDU", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, num. 3, pp. 287-312.

BIANCA, C. M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Rivista di diritto civile*, 2013, num.59, pp.1-6, SESTA, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Fam. dir.*, 2013, num.3, p. 231.

BIANCA, M.: "La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?", *Famiglia*, 2019, fasc.3, p. 369-375.

BIGI, A.: "L'ordine pubblico internazionale davanti alla Cassazione", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2022, fasc.2, num.1, p. 561.

BILÒ, G.: "I rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corti nazionali tra sussidiarietà, margine di apprezzamento e dialogo: verso nuovi equilibri", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2022, fasc.2, p.533.

BONATI, M.: "La speranza di una vita degna per i bambini ucraini", *Il Punto confronti su medicina e sanità*, num.1, 2022, pp. 14 ss.

BUSNELLI, F. "Verso una madre intercambiabile? Riflessioni in margine alla sentenza del Tribunale di Roma del 14 febbraio 2000", *Bioetica*, 2000, n. 4, pp.674-680.

BUSNELLI, F.D.: "Nacer (o también "morir") con dignidad: un objetivo problemático para el embrión", *Revista de Derecho Privado*, 2018, num.35, pp. 77-103.

BUZI, S.: "La gestazione per altri nell'ordinanza della Prima Sezione: tra riconoscimento degli effetti e profili di legittimità", *Famiglia online*, 17 maggio 2022.

CAGGIANO, I.A.: "Genitorialità scomposta e identità del minore. Alcune considerazioni a margine dell'interesse superiore del minore: Tribunale civile, Roma, decreto 19/10/2017 e Tribunale civile, Roma, decreto 08/09/2017", *Foro it.*, 2018, fasc. 9, p. 143.

CALDIRONI, M.: "Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta?", *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2022, num. 2, pp. 317-327.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

CASINI, M.: "Nota dell'Istituto di Bioetica a proposito della registrazione anagrafica di minore nato da maternità surrogata come figlio di coppia omosessuale", *Medicina e Morale*, 2010, num. 5, pp. 735-741.

CHIAPPETTA, G.: "La «nuova categoria di figli non riconoscibili e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.", *Cittadinanza europea (Ia)*, 2021, fasc.1, pp.125-150.

CHIAPPETTA, G.: *Gli status personae nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali*, ESI, Napoli, 2012, p. I ss.

CHIAPPETTA, G.: *Gli status personae nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali, in lezioni di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p.64.

CHIAPPETTA, G.: "Favor veritatis ed attribuzione dello status filiationis" *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2016, num.4, pag. 144-186.

CHIAPPETTA, G.: "I limiti all'accertamento della maternità. Il superamento della certezza della maternità nelle ipotesi di P.M.A. di tipo eterologo e di surrogazione di maternità", in AA.VV.: *La riforma della filiazione*, (a cura di C.M.BIANCA), CEDAM, Padova, 2015, p.444 ss.

CHIAPPETTA, G.: "Le sentenze della Corte costituzionale n. 32 e n. 33 del 2021 e l'applicabilità dell'art. 279 c.c.", *Giustizia Insieme.it*, 2021.

CIANCIOLO, V.: "Consulta. L'adozione in casi particolari stabilisce legami giuridici tra l'adottato e i parenti dell'adottante", *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, 28 marzo 2022.

CIARLARIELLO, G., CAMPOLONGO, A.A., DI SANZO, M., LA RUSSA, R., SANTURRO, A., LO VOI, V., FRATI, P.: "La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2016, vol.2, fasc.4, p.1117.

D'AVACK, L.: "Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare", *Diritto di Famiglia*, 2000; num. 2, pp.706-722.

D'AVACK, L.: "Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2014, n.3, p. 1005.

DE ANGELIS, F.: "L'assenza di legame biologico quale causa ostativa alla trascrizione dell'atto di nascita", *Giurisprudenza Civile. Com.*, 13 settembre 2019.

DELL'UTRI, M.: "La maternità surrogata nella pronuncia della Corte d'Appello di Bari: la nozione dell'ordine pubblico internazionale e il criterio dell'interesse del minore", *Giurisprudenza di merito*, 2010, num.2, pp. 349-385.

DELLA ROCCA, M.: "Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari", *Fam e dir.*, 2013, num.1, pp. 838-842.

DI STEFANO, L.: "Adozione del minore, figlio del coniuge nato da una precedente relazione, e rapporti continuati con il padre biologico", *Giustizia civile.com*, 25 agosto 2022.

DOGLIOTTI, M., FIGONE, A.: *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, IPSOA, Milano, 2004, pp.2 ss;

DOGLIOTTI, M.: "Adozione di minori e abbandono: caratteri e prospettive", in AA.VV.: *Diritto del minore ad una famiglia : tavola rotonda a 10 anni dalla l. 28 marzo 2011 n. 149 : Pisa, venerdì 11 novembre 2011*, (a cura di C.MURGO), Pisa University Press, Pisa, 2013, pp. 21-25.

DOGLIOTTI, S.: "Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri", *Famiglia e diritto*, 2019, num.7, pp. 667-676.

DOSSETTI, M; LUPO, M.: *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione assistita: problemi e responsabilità: atti della giornata di studio, Milano, 30 settembre 2009*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 95.

FARAONI, A.B.: *La maternità surrogata la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milano, 2002, p.20.

FEDERICO, A.: "Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore", *Giustizia Civile*, 2020, fasc.4, p. 647;

FEMIA, P.: "ordine pubblico: la politica nel diritto", in AA.VV.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, (a cura di G.ZARRA, G.PERLINGIERI, P.PERLINGIERI), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, pp.1 ss.

FERRANDO, G.: "Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali.", *Politica del diritto*, 1998, num. 29, pp. 167-176.

FERRANDO, G.: "Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo", *Fam. Pers. Succ.*, 2012, fasc.4, pp.282 ss.

FERRANDO, G.: "Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte costituzionale n. 32 e 33 del 2021", *Giustizia Insieme.it*, 2021.

FERRANDO, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Famiglia e diritto*, 2019, num.1, p. 677-686.

FINESCHI, V., FRATI P., TURILAZZI, E.: "L'ordinanza capitolina sul contratto di maternità surrogata: problematiche etico-deontologiche", *Rivista italiana di medicina legale*, 2000, vol. 2, pp. 594-615.

GARCIA RUBIO, M.P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n.13, pag.14-49.

GRASSO, G.A.: *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status-e-Book*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2022, p.12.

Gruppo di lavoro per la Convenzione sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza, AA.VV.: *I diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia 12° Rapporto di aggiornamento sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia*, Gruppo CRC c/o Save the Children Italia, Roma, 2022, pp.151-159.

HAN, B. C.: "Tra tecnologia e corporeità: il tempo oscuro della maternità surrogata", *Medicina e Morale*, 2021, num.2, pp. 161-166.

LA RUSSA, R, CAMPOLONGO, A., VIOLA, R.V., GATTO, V., SCOPETTI, M., SANTURRO, A., DI LASCIO, C., TURILLAZZI, E., FRATI, P.: "Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali", *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2017, fasc.2, pp. 1 ss.

LAMARQUE, E.: *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016, p.76.

LENTI, L.: "Note critiche in tema di interesse del minore", *Riv. Dir. Civ.*, 2016, vol.62, n.1, pp. 86-111.

LIBERALI, B.: "il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?", *Osservatorio costituzionale*, 2019, fasc.5, 2019, p.201.

LUCCIOLI, G.: "Dalle sezioni unite un punto fermo in materia di maternità surrogata", *Il Foro Italiano*, 2019, vol.144 num. 12, pp. 4027-4034.

MARRA, G.: "Divieto di maternità surrogata e interesse del minore: un nodo da sciogliere caso per caso", *Ilfamiliarista it*, 2018, num. 4, pp.1-6.

MOTLUK, A.: "Il dilemma delle gestanti per altri nella guerra ucraina", *The Atlantic*, marzo 2022; Commissione per le adozioni internazionali. Presidenza del Consiglio dei Ministri. Procedure pendenti e adozioni divise per Paese, anno 2021.

NALIN, E.: "Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore", *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, num.1, pp.237-257.

PASSAFIUME, L.: "Trascrizione di atto di nascita estero di minore nato da gestazione per altri e riconoscibilità dello stato di figlio nei confronti del genitore d'intenzione", *GiustiziaCivile.com*, 2022.

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 4 ss.

PERLINGIERI, P.: "L'inseminazione artificiale e manipolazione genetica", in AA.VV.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo- comunitario delle fonti* (a cura di P.PERLINGIERI), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp.773 ss.

PEZZINI, B.: "Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri", *costituzionalismo.it*, 2017, num.1, p.201.

PINELLI, A.M.: "La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33", *Giustizia Insieme.it*, 202.

PISU, A.: "Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata", *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2022, num. 2, pp. 299-316.

POCAR, V; RONFANI, P.: *La famiglia e il diritto*, Laterza, Bari, 2008, pp.172 ss.

RASCIONI, V.: "L'impugnazione del riconoscimento tra favor veritatis e tutela degli interessi del figlio", *Ilfamiliarista.it*, 2022, 25 maggio 2022.

RICCI, G., CANNOVO, N., SIRIGNANO, A.: "La legge 40/04: a sei anni dalla sua emanazione alcune riflessioni in ambito medico-legale, scientifico e bioetico", *Riv. It. Ostet. Ginecol.*, 2010, num. 25, pp. 182-90.

RUO, M.G.: "The best interest of the child' nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Minorigiustizia*, 2011, num.3, p. 39 ss.

RUSO, D., PARODI, M.: "The implementation of the convention on the Rights of the child in the Italian legal order: A provisional balance", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, num.1, pp. 141-158.

SALANITRO, U.: "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, n.35, p.737.

SANTUOSSO, A., TOMASI, M.: *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, CEDAM, Padova, 2011, p.192 ss.

SAVI, G.: "Procreazione e filiazione: le azioni di status filiationis ed il canone di rispondenza a veridicità", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, fasc.4, p. 1732.

VIGGIANI, G.: "Alcune questioni preliminari in materia di gestazione per altri.", *Ragion pratica*, 2021, num., pp. 141-159.

VILLANACCI, G.: *Il concepito nell'ordinamento giuridico, soggettività e statuto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 9 ss.

VITALE, A.R. "Escursioni biogiuridiche in tema di maternità surrogata", *Medicina e Morale*, num. 2, 2016, pp. 167-186.