

L'ITINERARIO ITALIANO DELLA MATERNITÀ  
SURROGATA NEL QUADRO DI UNA GIURISPRUDENZA  
EVOLUTIVA: LINEE DI UNA SOLUZIONE

*THE ITALIAN ROUTE ON SURROGACY WITHIN AN  
EVOLUTIONARY CASE-LAW: IDEAS FOR A SOLUTION*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 756-805*

Calogero  
Alberto  
VALENZA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

**RESUMEN:** Il saggio affronta la delicata questione della maternità surrogata, la quale è oggi al centro di un acceso dibattito giurisprudenziale che riguarda, in particolare, la possibilità di riconoscere in Italia il rapporto di filiazione tra i bambini nati all'estero attraverso tale pratica e i genitori d'intenzione. Muovendo da una ricostruzione dei termini di detto dibattito, il contributo individua nella diretta trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento giudiziario stranieri derivanti da maternità surrogata la via da intraprendere in assenza di un intervento del legislatore, peraltro assai improbabile nonostante un recente monito della Corte costituzionale. La soluzione proposta, resa possibile da una corretta lettura del principio di ordine pubblico internazionale, sembra infatti essere quella che assicura maggiormente la protezione dell'interesse dei bambini, risultando al contempo perfettamente aderente al modello di genitorialità sociale delineato dalla legge 40/2004. Infine, in un'ottica de iure condendo, la parte conclusiva del saggio intende mettere in evidenza come, in ogni caso, i margini eventualmente a disposizione del legislatore per regolare il fenomeno in discorso non siano affatto ampi: solo una scelta, infatti, sembra essere conforme con i principi su cui si fonda attualmente il diritto di famiglia.

**PALABRAS CLAVE:** Maternità surrogata; turismo procreativo; tutela del minore; ordine pubblico internazionale; genitorialità d'intenzione.

**ABSTRACT:** *The essay addresses the delicate issue of surrogacy, which is today at the center of a jurisprudential debate concerning the possibility of recognizing in Italy the parent-child relationship between children born abroad through this practice and the intended parents. Starting from a reconstruction of the underpinning debate, the paper identifies the path to be taken in the direct transcription of the foreign birth certificate or judicial order deriving from surrogacy, in the absence of a legislative intervention still deemed as improbable despite a recent admonition from the Constitutional Court in this sense. In fact, the proposed solution, rendered possible by a correct reading of the principle of international public order, appears as the one that best ensures the protection of children's interests. At the same time, it adheres perfectly to the model of social parenthood outlined by Law 40/2004. Finally, in a de iure condendo perspective, the concluding part of the essay intends to highlight that, in any case, the margins available to the legislator to regulate the phenomenon in question are by no means wide: in fact, only one option appears to comply with the principles on which family law is currently based.*

**KEY WORDS:** *Surrogacy; procreative tourism; child protection; intended parents; international public order.*

**SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. LA MATERNITÀ SURROGATA IN ITALIA: IL DIVIETO POSTO DALLA LEGGE N. 40/2004 E LA GENERALE INCOMPATIBILITÀ CON ALCUNI PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO – III. LA MATERNITÀ SURROGATA ALL'ESTERO: IL PROBLEMA DEL RICONOSCIMENTO IN ITALIA DEI PROVVEDIMENTI STRANIERI RELATIVI ALLO STATUS FILIATIONIS, TRA INTERESSE DEL MINORE E ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE.- IV. LE PRIME PRONUNCE SUL RICONOSCIMENTO DEL RAPPORTO DI FILIAZIONE IN CASO DI MATERNITÀ SURROGATA REALIZZATA ALL'ESTERO E L'IPOTESI DI ASSENZA DI OGNI CONTRIBUTO BIOLOGICO DEI COMMITTENTI.- V. LE SUCCESSIVE PRONUNCE DELLA CASSAZIONE: LA FILIAZIONE NELLE COPPIE SAME SEX FORMATE DA DONNE.- VI. ... E NELLE COPPIE SAME SEX FORMATE DA UOMINI.- VII. LA MATERNITÀ SURROGATA AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE.- VIII. IL RICONOSCIMENTO DIRETTO DELLO STATUS FILIATIONIS GIÀ ACQUISITO QUALE ALTERNATIVA ALL'ADOZIONE: UNA SOLUZIONE CONFORME AL MODELLO DI GENITORIALITÀ SOCIALE CONOSCIUTO DALL'ORDINAMENTO.- IX. IL RICONOSCIMENTO DIRETTO DELLO STATUS FILIATIONIS GIÀ ACQUISITO E LA TUTELA GIUDIZIALE DEL MINORE NELLE SITUAZIONI CRITICHE: UNA SOLUZIONE CHE NON CONTRASTA CON L'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE.- X. UNA PROPOSTA DE IURE CONDENDO CHE PARE UNA SOLUZIONE OBBLIGATA.**

## I. INTRODUZIONE.

Visto in prospettiva diacronica, il diritto, inteso come sistema di regole e dottrine, mostra indubbiamente una natura evolutiva. Al pari degli esseri viventi, della società in generale o dell'economia, anche il fenomeno giuridico è infatti soggetto a costanti mutamenti che costituiscono il risultato di complesse interazioni tra diversi fattori.

Questa attitudine del diritto a mutare nel tempo emerge in modo particolare nell'ambito del diritto di famiglia, ove, dall'approvazione del Codice civile ad oggi, si è registrata probabilmente la più significativa (e inevitabile) trasformazione: da un modello unico di famiglia – essenzialmente patriarcale – si è passati ad una pluralità di modelli familiari, in una prospettiva personalistica e funzionalista in cui la famiglia costituisce una formazione sociale, tutelata dalla Carta costituzionale, strumentale alla realizzazione della personalità individuale<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Al riguardo si vedano le riflessioni consegnate da Vincenzo Scalisi ne "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi", pubblicato nel 2013 in due parti sui fascicoli 5 e 6 della *Rivista di diritto civile*, e ora in SCALISI, V.: *Studi sul diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2014, p. 63 ss. Tra i contributi che si soffermano sull'evoluzione della famiglia si segnalano quelli di BUSNELLI, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002, fasc. 4, p. 509 ss.; PARADISO, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Riv. dir. civ.*, 2016, fasc. 5, p. 1306 ss.; ZATTI, P.: "Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia", in AA.VV.: *Famiglia e matrimonio. Relazioni familiari – Matrimonio – Famiglia di fatto* (a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO e F. RUSCELLO), nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, I, p. 3 ss. Sulla progressiva trasformazione delle relazioni familiari alla luce della cultura e della prassi dei diritti individuali

### • Calogero Alberto Valenza

Assegnista di ricerca in Diritto Privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo. E-mail: calogeroalberto.valenza@unipa.it.

Si può dire, in questo senso, che l'ordinamento tenda a porsi in modo recettivo e servente rispetto al reale strutturarsi delle relazioni familiari nel contesto sociale<sup>2</sup>, ed è per tale ragione che riconosce ormai tutela non solo alla famiglia tradizionale, ma anche a quella omosessuale e di fatto.

D'altra parte, però, nonostante la frantumazione del concetto unitario di famiglia<sup>3</sup> e l'emersione di nuovi paradigmi, oggi riconosciuti e protetti dall'ordinamento, l'ottica con cui il legislatore italiano guarda alla filiazione resta, come noto, quella "tradizionale", registrandosi una posizione di tendenziale chiusura rispetto alla possibilità di ammettere nuove forme di genitorialità<sup>4</sup>.

Tuttavia, la scienza e la tecnica hanno oramai già inciso profondamente sui processi vitali<sup>5</sup> e in particolare sulla nascita, consentendo di aprire la filiazione in favore di soggetti che, senza ricorso alle biotecnologie, non avrebbero mai

---

fondamentali si veda, in particolare, CAMARDI, C.: "Diritti fondamentali e «status» della persona", *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, fasc. 1, p. 7 ss.

- 2 Sul punto, BENEDETTI, A.M.: "Troppe riforme per un diritto in crisi? La famiglia nell'età del pluralismo complesso", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2020, fasc. 2, p. 393 ss. il quale osserva come, in tale ambito, "tra la fonte e l'oggetto della regolazione si sia instaurata una rincorsa senza fine; e tutte le categorie fondanti il diritto di famiglia (matrimonio), 'famiglia', 'filiazione', per menzionare solo quelle fondamentali) sono state investite da un processo di liquefazione, da cui è derivata una trasformazione radicale" (p. 395). In questo contesto, l'Autore ravvisa una profonda crisi della funzione regolatoria della fonte legislativa, tanto da domandarsi se essa "per le sue caratteristiche ontologiche, sia o non sia (più) in grado di regolare fenomeni il cui mutamento è divenuto troppo veloce e, quasi, inafferrabile" (p. 396).
- 3 BUSNELLI, F.D., VITUCCI, M.C.: "Frantumi europei di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 767 ss., ora in BUSNELLI F.D.: *Persona e famiglia*, Pacini, Pisa Ospedaletto, 2017, p. 361 ss.
- 4 Ci si riferisce in particolare alla c.d. genitorialità "sociale", la quale a livello extraeuropeo ed europeo si affianca sempre più (ed è per certi versi equiparata) alla tradizionale genitorialità "biologica", che caratterizza la struttura familiare tipica. La fenomenologia della genitorialità sociale è assai varia: essa, infatti, ricomprende sia fattispecie nelle quali il progetto familiare è condiviso *ab origine* (famiglie costituite a seguito di accesso a PMA eterologa o mediante il ricorso alla maternità surrogata), sia situazioni nelle quali tale progetto "originario" manca, poiché il nucleo familiare deriva dalla (o dalle) disgregazioni delle precedenti unioni. Nello scritto si farà riferimento alla prima tipologia di ipotesi. Per un approfondimento sulle altre si rinvia a: GORGONI A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Persona e mercato*, 2017, fasc. 3, p. 153 ss.; AL MUREDEN, E.: "Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze", *Fam. Dir.*, 2016, fasc. 10, p. 966 ss.; CORDIANO, A.: "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *Comparazione e diritto civile*, novembre 2012; D'ANGELO A.: "La famiglia nel XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte", in *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea* (a cura di D. AMRAM e A. D'ANGELO), nella Collana I quaderni della Rivista di diritto civile, 18, Cedam, Padova 2011, p. 13 ss.; STANZIONE, M.G.: *Filiazione e «genitorialità». Il problema del terzo genitore*, Giappichelli, Torino, 2010, 109 ss.; DELL'UTRI, M.: "Famiglie ricomposte e genitori 'di fatto'", *Familia*, 2005, fasc. 2, p. 275 ss.; RESCIGNO, P.: "Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche", *Familia*, 2002, fasc. 1, p. 1 ss.
- 5 Come efficacemente osserva IRTI, N.: *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 32 ss., "il nascere e il morire ci appaiono fatti di natura, consegnati al mistero dell'esistenza o all'imprevedibilità del caso o alla necessità del destino. Il diritto li accoglieva, per così dire, dall'esterno, li assumeva come termini estremi di un cammino, come durata tra un inizio e una fine [...] La tecnica ha violato il confine; toglie, o si sforza di togliere, al caso e al mistero il nostro nascere e il nostro morire. Questi termini estremi sono ormai nella sfera del calcolabile e manipolabile: anche il corpo umano rientra nella fabbrica del sapere tecnico. Esso è un prodotto e, come tale, perde a mano in *naturalità* e acquista *artificialità*". In questo scenario, come rileva l'Autore, il diritto è "chiamato, dalle parti in contesa, a legittimare o vietare, a permettere o impedire. Il diritto si fa, e non può non farsi, bio-diritto, diritto del bios, della nostra semplice e nuda corporeità"; *Id.*: "La filosofia di una generazione", *Contr. impr.*, 2011, fasc. 6, p. 1308 ss. Sul punto cfr. anche PERLINGIERI, P.: "Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica", in *Id.*: *La persona e i suoi diritti*, E.S.I., Napoli, 2005, p. 174 ss.; *Id.*: "L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative", *ivi*, p. 183 ss.

potuto avere figli. Da qui anche l'emergere di ulteriori modelli familiari e parentali<sup>6</sup>, sensibilmente diversi da quelli diffusi nel nostro ordinamento, la cui circolazione è favorita dall'attuale contesto globalizzato<sup>7</sup>.

Pure rispetto alla filiazione, pertanto, la realtà fattuale risulta oggi magmatica, complessa e in costante evoluzione, il che si scontra con un dato normativo assolutamente fermo nell'ammetterla soltanto nel contesto della coppia eterosessuale e, salvo eccezioni tipiche come l'adozione, sulla base di un legame biologico.

Il legislatore, infatti, ha riservato alle sole coppie di sesso diverso il diritto all'adozione piena e il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita<sup>8</sup>, nella convinzione che, per l'armonioso sviluppo psico-fisico del minore, sia necessario un modello fondato su un padre e una madre. Inoltre, ha fatto assoluto divieto – anche alle coppie eterosessuali – di praticare la c.d. maternità surrogata, sul presupposto fondamentale che essa si scontri col principio di “biologicità” e leda al contempo la dignità della donna gestante.

Epperò, questa posizione di chiusura del legislatore ha finito paradossalmente per generare una contrapposizione tra il “diritto vigente”, che, come detto, impedisce formalmente di realizzare in Italia un progetto di filiazione diverso da quello tradizionale, e un “diritto vivente”<sup>9</sup> che tende a riconoscere effetti giuridici al medesimo progetto, se realizzato all'estero.

In particolare – e sarà questo il *focus* del presente contributo – una significativa frizione tra il diritto delle corti e quello delle leggi, per via dello scollamento di queste ultime dalla realtà sociale<sup>10</sup>, si registra proprio rispetto al fenomeno della

6 Oggi, infatti, “[a]lla bigenitorialità si aggiunge, per effetto della tecnica, una poligenitorialità resa possibile da una *split parenthood*, ossia dalla frammentazione delle dimensioni genitoriali che si scompongono in genitorialità genetiche, biologiche, volontaristiche, legali e sociali” (NICOLUSSI, A.: “Famiglia e biodiritto civile”, *Europa dir. priv.*, 2019, fasc. 3, p. 718).

7 Sul tema, più ampiamente, MARELLA, M.R., MARINI, G.: *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2014. In generale, sui nuovi problemi generati dalla migrazione e dalla globalizzazione e sulla crisi della sovranità territoriale dello Stato cfr. CATANIA, A.: *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 83 ss.

8 Come noto, peraltro, fino alla pronuncia della Corte costituzionale del 10 giugno 2014, n. 162, nel nostro ordinamento era consentita soltanto la PMA omologa. Sul punto più approfonditamente *infra*.

9 Inteso nell'accezione accolta da MENGONI, L.: “Il ‘diritto vivente’ come categoria ermeneutica”, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 150 ss.; Id., “Diritto vivente”, in *Digesto civ.*, VI, Utet, Torino, 1990, p. 445 ss. e cioè come il diritto che emerge dalla giurisprudenza quando essa è consolidata. Sul tema, in termini critici, v. SANTORO PASSARELLI, F.: “A proposito del «diritto vivente»”, *Iustitia*, 1993, fasc. 1, p. 54 ss.

10 In questo senso anche BENEDETTI, A.M.: *Troppe riforme per un diritto in crisi*, cit., p. 396, secondo cui, in materia di famiglia, “il legislatore o non arriva o arriva tardi, e la ‘società naturale’ finisce così per autoregolarsi costruendo assetti, regole, costumi al di fuori e prima di qualunque intervento regolatore esterno”. Inoltre, come osserva l'Autore, anche “[q]uando il legislatore, nei tempi recenti, cerca di offrire modelli o istituti relativamente nuovi, la società sembra rifiutarli o ignorarli”, come sembra testimoniare l'esperienza dei contratti di convivenza (p. 397). Infine, quando il legislatore assume un atteggiamento rigoroso, come accade proprio con il divieto di maternità surrogata, lo stesso “non si avvede che tale

maternità surrogata, a cui ormai fanno ricorso sempre più italiani, recandosi nei paesi ove essa non è preclusa e dando luogo al c.d. "turismo procreativo"<sup>11</sup>. Ciò, come si vedrà, ha portato all'attenzione della giurisprudenza il problema del riconoscimento del rapporto di filiazione tra i bambini nati all'estero attraverso tale pratica e i genitori committenti.

La complessità della questione ha fatto sì che negli ultimi anni si inneschasse un dialogo tra le corti particolarmente vivace, accompagnato da un serrato confronto che ha interessato la letteratura giuridica e non solo. E del resto non poteva essere diversamente, sia per il dirompente valore simbolico che la possibile disarticolazione della relazione materna assume sul piano filosofico, politico e sociologico<sup>12</sup>, sia per l'importanza dei temi che la pratica della surroga materna reca con sé<sup>13</sup>, quali ad esempio l'autodeterminazione della donna, il fondamento della filiazione e le condizioni di realizzabilità della pratica.

L'intrecciarsi di questi temi costituirà lo sfondo delle pagine che seguono, nelle quali si affronterà il problema della rilevanza della genitorialità d'intenzione nell'ambito della maternità surrogata, muovendo da una ricostruzione dell'intenso dibattito giurisprudenziale in materia, che negli anni appena trascorsi ha visto coinvolte non solo le Sezioni Unite ma anche la Corte costituzionale.

È ovvio, del resto, che soprattutto quando si tratta di questioni così controverse non è possibile far riferimento alle varie disposizioni vigenti prescindendo della concreta applicazione che ne viene fatta dalle Corti. Senza contare che un'analisi di questo tipo costituisce anche il punto di passaggio obbligato per comprendere quali possano essere le prospettive di regolazione giuridica del fenomeno, pure nell'ottica di un improbabile intervento legislativo da più parti invocato.

Come si avrà modo di constatare, infatti, le importanti pronunce che si sono finora susseguite non sono state in grado di fornire una risposta definitiva alle

---

divieto può essere socialmente 'eroso' o, comunque, può determinare squilibri classisti incompatibili con il principio di eguaglianza" (p. 395).

- 11 Si rinvia a RODOTÀ, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2004, p. 164 ss.
- 12 Emblematica, al riguardo, è la contrapposizione tra le tesi di PATEMAN, C.: *The Sexual Contract*, Polity Press, Oxford, 1988, che vede nel contratto di surrogazione uno strumento con cui si rinnova il dominio patriarcale sulla donna, essendone l'uomo che presta i gameti il principale beneficiario, e di SHALEV, C.: *Birth Power. The Case for Surrogacy*, Yale University Press, 1989 (consultabile nell'edizione italiana a cura di G. Ajani e A. Maffiolo, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992) la quale, al contrario, ritiene che proprio il contratto sia il mezzo per riconoscere all'attività procreativa della donna quel valore economico negato dal patriarcato, e per consentire altresì alla stessa di affermare la sua completa autodeterminazione nelle scelte riproduttive. Per una critica alla prospettiva liberale proposta da Shalev, si vedano le riflessioni di GIANFORMAGGIO, L.: "Correggere le disuguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?", *Democrazia e diritto*, 1996, fasc. 1, p. 53 ss., ora in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 201 ss.
- 13 Cfr. SARACENO, C.: "Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso", *GenUS*, 2014, fasc. 2, p. 125; CORTI, I.: *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000; EAD.: "La Maternità per sostituzione", in AA.VV.: *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo* (a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ e P. ZATTI), vol. I, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1479 ss.

questioni che la pratica della maternità surrogata richiede di affrontare. Il che trova da ultimo conferma in una recente ordinanza con cui la Prima Sezione della Suprema Corte di Cassazione ha richiesto un nuovo e ulteriore intervento delle Sezioni Unite.

## II. LA MATERNITÀ SURROGATA IN ITALIA: IL DIVIETO POSTO DALLA LEGGE N. 40/2004 E LA GENERALE INCOMPATIBILITÀ DELLA PRATICA CON ALCUNI PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO.

Prima di entrare nel vivo del discorso, pare opportuno ricordare le principali caratteristiche del fenomeno della maternità surrogata<sup>14</sup> e richiamare brevemente le ragioni che si pongono alla base della posizione del legislatore italiano.

Come noto, quando si parla di maternità surrogata si fa riferimento all'accordo concluso tra una coppia o un *single* (c.d. "committenti") ed una donna (c.d. "madre surrogata"), con cui quest'ultima si impegna, nei confronti dei primi, ad iniziare una gravidanza con la tecnica della procreazione medicalmente assistita (c.d. "PMA"), e a consegnare loro il bambino alla nascita, rinunciando in tal modo ai propri diritti nei confronti del nato. I committenti si dichiareranno poi genitori (padre o madre) del bambino<sup>15</sup>.

Le motivazioni di questo tipo di accordi sono generalmente due: di lucro o meramente altruistiche, a seconda che vi sia o meno un corrispettivo per la madre surrogata.

Diverse, invece, sono le modalità con cui si può realizzare un progetto di filiazione tramite la maternità surrogata<sup>16</sup>. Nello specifico, la madre surrogata

---

14 Vi sono invero anche altre espressioni per indicare tale pratica: contratto di maternità, utero in affitto, gestazione per altri, accordi di riproduzione, dono del grembo. Alcune, come evidente, hanno sfumature positive mentre altre negative. L'espressione "maternità surrogata" è in ogni caso quella più diffusa e ha trovato origine nel celebre caso *'Baby M.'* sottoposto alla Corte Superiore del New Jerse (in *Foro it.*, 1988, IV, c. 97).

15 Accordi di questo tipo, si noti, sono sempre più diffusi ed hanno raggiunto una rilevanza oramai non trascurabile. Al riguardo, d'AVACK, L.: "La maternità surrogata: un divieto "inefficace"", *Dir. fam. e pers.*, 2017, fasc. I, p. 139 nt. 1, richiama i dati dell'*American Society for reproductive medicine* (<http://www.reproductivefacts.org>) la quale stima che ogni anno, attraverso la pratica di una surroga materna, nascono nel mondo molte migliaia di bambini: almeno 2 mila soltanto negli Stati Uniti, con un tasso d'incremento capace di triplicare ogni anno. La reticenza degli operatori del settore rende però assai difficile calcolare la diffusione di tale pratica a livello globale. È noto, tuttavia, che in India sono attive almeno 3 mila cliniche in grado di produrre ogni anno 1.500 maternità surrogate l'anno con un fatturato stimato di 2,5 miliardi (intervista a R. Baumann-Holzle, in *HNA* 2015 maggio 1919). In Ucraina, invece, sarebbero state portate a termine, soltanto nel 2011, 120 gravidanze a pagamento, anche se il numero reale potrebbe essere molto più alto. Quanto all'Italia si ipotizza che almeno 100 bambini nascono ogni anno grazie a una surroga materna realizzata all'estero clandestinamente.

16 Nello scritto si farà riferimento a quelle che prevedono l'utilizzo delle biotecnologie, ma è ovviamente possibile che la surrogazione di maternità avvenga anche senza l'aiuto della scienza. Già nell'antica Roma, del resto, era diffusa la pratica del "ventrem locare", con cui un uomo cedeva la propria moglie ad un amico, sposato con una donna non fertile, per poi riprenderla subito dopo il parto, come descritto da BRUTTI, M.: *Il diritto privato nell'antica Roma*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 152.

può impegnarsi a svolgere sia il solo ruolo di gestante (c.d. “madre incubatrice”), quando l'embrione annidato nel suo utero è formato da materiale genetico (seme e ovocita) fornito dai committenti o da donatori/donatrici estranei, sia il ruolo completo di generatrice (c.d. “madre vicaria”), quando oltre alla gestazione è anche donatrice dell'ovocita.

La varietà delle forme con cui in concreto può avvenire la surroga materna da luogo ad una serie di scenari con gradi crescenti di complessità. Infatti, mentre nelle ipotesi di madre incubatrice la donna committente che ha fornito l'ovocita può comunque essere qualificata come “madre genetica”, nei casi di madre vicaria la sola madre naturale è quella che, accettando l'inseminazione, ha contemporaneamente fornito il proprio gamete e portato avanti la gravidanza. La situazione si complica ulteriormente quando l'ovocita fecondato appartenga a una terza donna che ne abbia fatto donazione, poiché in tal caso emergono addirittura tre possibili distinte figure materne: la madre committente, quella gestazionale o partoriente e quella genetica, ossia la madre cui appartiene il materiale genetico. Si noti, poi, che in ognuno di questi scenari è possibile che l'uomo committente sia il padre genetico del bambino, qualora abbia fornito lui il gamete, ma può darsi pure l'ipotesi, ancor più complessa, nella quale neppure il seme maschile provenga dalla coppia committente<sup>17</sup>.

Quanto detto rivela chiaramente come la pratica della maternità surrogata finisca per disarticolare il concetto di maternità, trasformandolo da categoria unica e stabile – quale per risalente tradizione si era abituati a pensarla, secondo l'antica massima di esperienza *'mater semper certa est'* – in una entità variabile e plurale, connotata da un elevato tasso di liquidità e fluidità<sup>18</sup>.

La c.d. postmodernità, con le nuove tecnologie riproduttive, ha pertanto attratto anche la maternità nell'orbita del molteplice<sup>19</sup>, sebbene l'idea che con riferimento a uno stesso nato siano prospettabili più figure femminili materne può, a seconda delle diverse sensibilità, destare inquietudine e suscitare istintivo rigetto.

Tale rigetto per la maternità surrogata è espresso, del resto, anche dal legislatore italiano, che ne statuisce un assoluto divieto all'art. 12, comma 6, della nota legge

---

17 Pertanto, la derivazione genetica può coincidere totalmente, se la coppia committente eterosessuale conferisce entrambi i gameti, o solo in parte, quando la coppia etero o omosessuale conferisce solo una linea germinale di una/un partner della coppia e l'altra linea è conferita da un donatore o da una donatrice. Ancora, la derivazione genetica può essere del tutto assente, sia per la coppia eterosessuale sia per quella omosessuale, quando il materiale genetico sia interamente fornito da terzi estranei alla coppia.

18 In questi termini SCALISI, V.: “Maternità surrogata: come «far cose con regole»”, *Riv. dir. civ.*, 2017, fasc. 5, p. 1098.

19 La dialettica uno/molteplice nel diritto costituisce il *fil rouge* dei contributi ricompresi in AA.VV.: *Complessità ed integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione, Atti del convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi* (a cura di M. TRIMARCHI, A. FEDERICO, M. ASTONE, C. CIRAOLO, A. LA SPINA, F. RENDE, E. FAZIO e S. CARABETTA), Giuffrè, Milano, 2017.

40/2004, recante la disciplina delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. La norma ora richiamata, infatti, configura la pratica in discorso quale illecito penale, stabilendo che “[c]hiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza (...) la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”.

Assai significativa, d'altra parte, è la precisazione di cui all'art. 6 della medesima legge, ove si prevede che nei casi in cui non sia possibile ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita “[a]lla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184”. Essa, infatti, esprime chiaramente l'idea del legislatore e il suo *favor* per l'istituto dell'adozione, che rappresenterebbe l'unica alternativa alle tecniche di procreazione consentite.

In origine, peraltro, oltre alla surroga di maternità, la legge 40/2004 vietava in modo generalizzato anche tutte le tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa, nelle quali i gameti vengono donati da soggetti esterni alla coppia. Tuttavia, la Corte costituzionale, con la sentenza del 10 giugno 2014, n. 162<sup>20</sup>, ha reso legittimo, a determinate condizioni, l'accesso alla PMA eterologa<sup>21</sup>, precisando però in tale occasione che essa “va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori diverse metodiche, quali la cosiddetta ‘surrogazione di maternità’”<sup>22</sup>.

Le ragioni del divieto di maternità surrogata sono da rintracciare, in primo luogo, nell'esigenza di protezione del bambino, come può evincersi già dall'art. 1 della citata legge, che dichiara espressamente di voler assicurare la tutela de “i

20 Sulla sentenza si vedano i contributi di FERRANDO, G.: “La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione ‘eterologa’”, *Corr. giur.*, 2014, fasc. 8-9, p. 1068 ss.; CASTRONOVO, C.: “Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale”, *Europa dir. priv.*, 2014, fasc. 3, p. 1117 ss.; D'AVACK, L.: “Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare”, *Dir. fam. e pers.*, 2014, fasc. 3, p. 1005 ss.; CARBONE, V.: “Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia”, *Fam. dir.*, 2014, fasc. 8-9, p. 761 ss.; CASABURI, G.: “‘Requiem’ (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04”, *Foro it.*, 2014, fasc. 9, c. 2343 ss. Sulla decisione cfr. anche NICOLUSSI, A.: “Autonomia contrattuale e diritti della persona”, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (a cura di S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA), Giappichelli, Torino, 2016, p. 140 ss.

21 Come noto, a seguito dell'intervento della Corte, possono accedere alla PMA eterologa coloro che sono in possesso dei requisiti soggettivi di cui all'art. 5. Della l. 40/2004, e cioè le “coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”.

22 Si poneva il problema delle eventuali conseguenze di una dichiarazione di illegittimità del divieto di eterologa sul divieto di maternità surrogata, già SALANITRO, U.: “Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo”, *Fam. dir.*, 2010, fasc. 11, p. 988 ss. Critico rispetto alla chiusura della Corte nei confronti della maternità surrogata gratuita, specie nei casi di assoluta sterilità o infertilità della coppia, è SCALISI, V.: “Maternità surrogata: come «far cose con regole»”, cit., 2017, p. 1100. Sulla pronuncia della Corte costituzionale si veda anche PANE, R.: “La procreazione medicalmente assistita tra istanze di rinnovamento e tutela del nato”, *Dir. fam. per.*, 2018, fasc. 4, II, p. 1433, il quale la ritiene “un sicuro passo in avanti sulla strada della realizzazione del diritto alla genitorialità cosciente e responsabile”, ma ammette che “in alcuni passaggi non sfugge a possibili critiche”.

diritti” de “il concepito”<sup>23</sup>, nonché dal Capo VI, ove si specifica che tale tutela vuole essere garantita fin dalla fase embrionale<sup>24</sup>.

In particolare, la maternità surrogata è considerata pregiudizievole per il bambino in quanto recide in modo innaturale il rapporto simbiotico ed esclusivo che lo lega alla madre che lo ha partorito<sup>25</sup>, impedendogli di proseguire quella continuità relazionale già sviluppata durante i nove mesi di gravidanza<sup>26</sup>. Ciò, peraltro, sulla base di un programma già predisposto dagli adulti coinvolti e non, come nelle ipotesi di adozione, per far fronte ad una attuale situazione di abbandono (o di grave inadeguatezza genitoriale) che coinvolge un bambino già in vita.

Alla base del divieto vi sono, poi, come noto, anche ragioni di diverso tenore, che prendono in considerazione la posizione della madre gestante. La stessa Corte costituzionale, ad esempio, con la sentenza del 18 dicembre 2017, n. 272, ha espressamente stigmatizzato la pratica della maternità surrogata poiché “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”<sup>27</sup>.

Invero, secondo una parte autorevole della dottrina, a prescindere dal divieto posto dalla l. 40/2004, difficilmente la pratica della maternità surrogata potrebbe trovare accoglienza nel nostro ordinamento giuridico, in assenza di un intervento normativo espresso che ne regoli l'accesso e gli effetti<sup>28</sup>. Intervento che, in questa prospettiva, presupporrebbe comunque la messa in discussione di alcuni

23 Precisamente, l'art. 1 della l. 40/2004 stabilisce che “è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”.

24 Al capo VI della l. 40/2004 si prevedono espressamente “misure di tutela dell'embrione”.

25 Si ritiene, infatti, che durante la gravidanza il bambino interagisca con la madre attraverso un reciproco scambio di stimoli che ne segnano la futura crescita psicofisica; tale rapporto simbiotico gli consente, per il tramite della madre, di ascoltare, di comunicare e di iniziare a relazionarsi con il mondo esterno. A ciò si aggiunga che tale rapporto è generalmente destinato a proseguire e rinsaldarsi e si rinsalda con l'allattamento al seno che, secondo alcune fonti scientifiche, favorisce l'ulteriore sano ed equilibrato sviluppo psicofisico del bambino.

26 In questo senso ARAMINI, M.: *Introduzione alla bioetica*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 266: “nel fenomeno della gravidanza si verifica un altissimo scambio tra la madre ed il bambino [...] se, come avviene per contratto nella maternità surrogata, il figlio viene ceduto dopo il parto, si infligge al bambino una grave ferita nella sua vita relazionale [...]”.

27 Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, I, p. 5 ss., con nota di CASABURI, G.; in *Corr. giur.*, 2018, p. 449 ss., con nota di FERRANDO, G.; in *Famiglia*, 2018, p. 59 ss., con nota di SANDULLI, S. Considerazioni di questo tipo sono state espresse anche dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 17 dicembre 2015, contenente la Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo del 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia, n. 2015/2229 (INI), che ha confermato la posizione di sostanziale rifiuto per la pratica della surrogazione, “che compromette la dignità umana della donna, dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce”. In punto, PICARO, R.: “Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato”, *Riv. dir. civ.*, 2017, fasc. 5, p. 1262 ss., spec. p. 1267 ss.

28 In questo senso, per tutti, D'AVACK, L.: “La maternità surrogata: un divieto ‘inefficace’”, cit., p. 141.

principi giuridici e regole generali che stanno alla base del nostro sistema: norme costituzionali, civili e penali<sup>29</sup>.

In effetti, ancor prima della l. 40/2004<sup>30</sup>, quando la giurisprudenza era stata chiamata ad intervenire per risolvere situazioni di conflitto generatesi a seguito di surroga materna realizzata in Italia, aveva ritenuto il c.d. contratto (atipico) di maternità – in qualsiasi sua forma e a prescindere dallo specifico contenuto – nullo per impossibilità ed illiceità dell'oggetto, per illiceità della causa, nonché per frode alla legge<sup>31</sup>.

In particolare, secondo quei giudici, alla legittimità della surroga osterebbe anzitutto la Carta costituzionale con il combinato disposto degli artt. 2, 30 e 31, ove si afferma l'infungibilità dei doveri personali ed economici connessi alla responsabilità dei genitori, c.d. di "sangue", nonché lo speculare diritto del minore di crescere nella famiglia formata da questi ultimi e di avere una famiglia sostitutiva soltanto in caso di oggettiva incapacità o inadempienza dei medesimi.

Inoltre, da un punto di vista prettamente civilistico, la maternità surrogata contrasterebbe col principio secondo cui debba ritenersi madre del bambino la donna che porta a termine la gravidanza e dal cui ventre si è distaccato il nato (artt. 232 e 269 c.c.). Senza contare che era stato richiamato dai giudici pure il generale divieto posto dal codice con riferimento agli atti che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica e che siano contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume, soprattutto in caso di onerosità (art. 5 c.c.)<sup>32</sup>.

29 Sui principi che ordinano il diritto interno della filiazione si veda SENIGAGLIA, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere", *Europa dir. priv.*, 2017, fasc. 3, p. 953 ss., il quale ravvisa nei postulati dell' "eterosessualità, biologicità, bigenitorialità, unicità, indisponibilità" la "sintesi di norme di principio" sulle quali si fonda tutta la normativa in materia di filiazione.

30 In dottrina, prima della legge 40/2004, cfr. RODOTÀ, S.: *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 194; BUSNELLI, F.D.: "Quali regole per la procreazione assistita?", *Riv. dir. civ.*, 1996, fasc. 5, p. 571 ss.; Id., "Nascere per contratto?", *Rass. dir. civ.*, 2004, fasc. 1, p. 43 ss.; ZATTI, P.: "La surrogazione nella maternità", *Questione Giustizia*, 1999, fasc. 5, p. 825 ss.; MANTOVANI, M.: "Fondamenti della filiazione, interesse del minore e nuovi scenari della genitorialità", *Nuova giur. comm.*, 2003, fasc. 3, II, p. 262; VERCELLONE, P.: "La fecondazione artificiale", in *Pol. dir.*, 1986, fasc. 3, p. 383 ss.

31 Si fa riferimento a Trib. Monza 27 ottobre 1989 e Trib. Salerno decreto 15 novembre 1991. Quello del tribunale monzese, in particolare, costituisce il primo caso di surroga materna discusso in Italia, che ha visto come protagonisti i coniugi Valassina, i quali, il 10 giugno 1988, avevano convenuto in giudizio la giovane immigrata algerina Bedjaoui per l'esecuzione del contratto di maternità. Tale pronuncia è edita in *Foro it.* 1990, I, c. 298 ss., con nota di PONZANELLI, G.; in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 478 ss., con nota di CERVELLI, F.M.; in *Giur. merito*, 1990, p. 240 ss., con nota di MAGLIO, M.G.; in *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 296 ss., con nota di PALMERI, G.; in *Nuova giur. civ.*, 1990, I, p. 355 ss., con nota di LIACI A.; in *Dir. fam. e pers.*, 1990, p. 173 ss., con nota di VENTURA, M.

32 Sul punto, D'AVACK, L.: "La maternità surrogata: un divieto 'inefficace'", cit., p. 142 il quale evidenzia come il richiamo all'ordine pubblico e al buon costume si fondi "sul presupposto che la morale sociale del nostro Paese trova difficoltà a dare veste giuridica alla rinuncia anticipata del genitore di sangue ai diritti essenziali della maternità; non accetta l'idea che il concepimento e la gestazione della vita umana siano ridotti ad oggetto di contrattazione e teme infine che la legalizzazione dei contratti di maternità sia la base per uno sfruttamento della donna. In specie nei contratti a titolo oneroso dove finalità esclusivamente economiche spingono la madre portatrice a cedere il figlio".

A ciò, infine, si aggiungeva la considerazione per cui nell'ordinamento italiano i contratti di maternità incontrano anche una serie di limiti sotto il profilo penalistico, atteso che l'attribuzione consapevole della maternità del neonato alla donna che lo ha commissionato, diversa da quella che lo ha partorito, integra l'ipotesi di reato di cui agli artt. 495, comma 1, c.p. (falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri) e 567, comma 2, c.p. (alterazione di stato del neonato). Per di più, in caso di inseminazione di parenti sarebbe ipotizzabile anche il reato di incesto (art. 564 c.p.).

### III. LA MATERNITÀ SURROGATA ALL'ESTERO: IL PROBLEMA DEL RICONOSCIMENTO IN ITALIA DI ATTI E PROVVEDIMENTI STRANIERI RELATIVI ALLO *STATUS FILIATIONIS*, TRA INTERESSE DEL MINORE E ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE.

Si è detto, dunque, del dato normativo che allo stato impedisce la pratica della maternità surrogata in Italia. Tuttavia, come anticipato, la complessità sociale innescata dal progresso scientifico e dalle differenti conformazioni assiologiche degli ordinamenti giuridici fa sì che oggi si prospettino comunque all'ordinamento interno istanze progettuali di genitorialità diverse da quelle che esso contempla.

In particolare, rispetto al fenomeno della maternità surrogata assume significativo rilievo il fatto che il nostro legislatore si sia limitato esclusivamente a delineare l'impianto sanzionatorio, senza prevedere alcuna forma di regolamentazione neppure per l'ipotesi in cui la pratica abbia avuto luogo oltre i confini nazionali<sup>33</sup>. Pertanto, a fronte di tale vuoto normativo, le regole del diritto internazionale privato ben si prestano ad essere utilizzate da quanti desiderano realizzare un progetto di genitorialità, che prevede il ricorso alla surroga materna, attuando detto progetto nell'ordinamento di uno Stato in cui le relative tecniche

33 Non è prevista infatti alcuna "clausola di salvaguardia", vale a dire una qualche regola di supporto per il caso in cui, a seguito di condotte materiali irreversibili, nasca un bambino. Ciò a differenza di quanto stabilito rispetto all'eterologa, già prima della caduta del divieto, con la norma di cui all'art. 9, ove si prevede un sistema di protezione per il minore nato attraverso tale tecnica. Il legislatore, infatti, si era in quel caso premurato di dichiarare la improponibilità dell'azione di disconoscimento della paternità effettuata dal coniuge o dal convivente il cui consenso fosse ricavabile da atti concludenti, facendo così salvo a tutti gli effetti lo stato giuridico del nato come figlio, ed aveva stabilito che il donatore di gameti non acquisisse alcuna relazione giuridica parentale con il nato e quindi non potesse far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi (art. 9, comma 3).

sono lecite<sup>34</sup>. In questo senso, la c.d. concorrenza tra gli ordinamenti<sup>35</sup> fa sì che anche nell'ambito della filiazione si registri un fenomeno di "delocalizzazione"<sup>36</sup>.

Segnatamente, quello che normalmente accade è che, nel Paese ove la maternità surrogata è consentita, si formi, dopo il parto, un atto di nascita del bambino in conformità con la legislazione del luogo, il quale attribuisce lo status di padre e di madre del neonato ai genitori committenti, indipendentemente dal legame biologico sussistente. Successivamente, una volta formato il certificato di nascita, tali genitori richiedono all'autorità consolare o diplomatica di trasmetterlo, ai sensi dell'art. 17 del d.p.r. 3 novembre 2000 n. 39, all'ufficiale dello stato civile italiano competente per la trascrizione. Il tutto, solitamente, senza precisare di aver fatto ricorso a maternità surrogata all'estero.

Tuttavia, l'omessa menzione del ricorso alla pratica della maternità surrogata non passa sempre inosservata e, laddove emerga, si pone di regola un contrasto tra i committenti e le autorità italiane, le quali negano la possibilità di trascrivere l'atto straniero in ragione della sua contrarietà all'ordine pubblico<sup>37</sup>, all'esito della

- 
- 34 La pratica della maternità surrogata, come anticipato, è consentita in diversi Stati stranieri. In alcuni di essi solo se gratuita (come in Canada, Danimarca, Regno Unito, Irlanda, Australia, Nuova Zelanda, Belgio, Olanda, Grecia, Israele, Repubblica Ceca), in altri anche se attuata in forma commerciale (così in Georgia, Ucraina, Messico, Russia, alcuni Stati USA). La California e l'Ucraina sono gli Stati nei quali è più fiorente l'industria della *surrogacy*. In particolare, il *favor* della California verso tale pratica è così forte che l'accordo di surrogazione può essere sciolto soltanto con l'intervento del giudice, e non per volontà delle parti, ed è inoltre possibile ottenere un provvedimento giudiziale attributivo della genitorialità ai committenti ancor prima della nascita del bambino, così rendendo fin da quel momento definitiva e irrevocabile la rescissione di ogni legame tra madre surrogata e nascituro. Va tuttavia evidenziato che alcuni ordinamenti in cui la maternità surrogata era in passato ampiamente consentita hanno di recente avviato un processo di revisione delle proprie posizioni: la Thailandia ed il Nepal nel 2015 hanno vietato la maternità surrogata commerciale; l'India, dopo aver largamente aperto alle pratiche surrogatorie, nel dicembre 2018 ha approvato una legge che ne limita l'applicazione alle coppie indiane sposate da almeno cinque anni, o almeno a quelle in cui uno dei committenti abbia passaporto indiano, dispone altresì che la gravidanza sia gestita da una parente stretta della coppia e pone il divieto assoluto di maternità surrogata commerciale.
- 35 MEZZANOTTE, F.: "Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione", *Persona e mercato*, 2019, fasc. 1, p. 34 osserva che "la 'competizione tra ordinamenti' si pone effettivamente come l'esito di una dinamica rivolta verso una "domanda" rappresentata dai destinatari ultimi del precetto, nei confronti dei quali gli Stati opererebbero al fine di attrarre, a scapito di altri, la scelta della legge applicabile (necessariamente entro i margini concessi ai privati per l'esercizio di un'opzione di un'opzione di *forum shopping*)" e riconduce proprio il caso della maternità surrogata alle ipotesi emblematiche ove si offre la possibilità di scelta della norma applicabile "nell'arena pubblica europea" (p. 35). In generale, sulla competizione tra gli ordinamenti si vedano i contributi presenti in AA.VV.: *La concorrenza tra ordinamenti giuridici* (a cura di A. ZOPPINI), Laterza, Roma, 2004, nonché PLAIA, A.: *La competizione tra ordinamenti giuridici: mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Giuffrè, Milano, 2007.
- 36 Di delocalizzazione discorre anche PARADISO, M.: "Au bon marché des droits. Tra globalizzazione dei diritti e delocalizzazione della procreazione", *Riv. dir. civ.*, 2018, fasc. 4, p. 984, il quale però attribuisce all'espressione un significato diverso poiché volto ad evidenziare come la procreazione abbia oggi abbandonato "i luoghi, fisici e simbolici, a ciò deputati per cercarsene di nuovi in nome dei cc.dd. *diritti riproduttivi*".
- 37 Come è noto, infatti, il riconoscimento di sentenze e atti stranieri è subordinato alla condizione che essi non producano in Italia "effetti contrari all'ordine pubblico" (artt. 64 e 65, l. 31.5.1995, n. 218)

valutazione imposta dall'art. 65 della legge del 31 maggio 1995, n. 218<sup>38</sup> e dall'art. 18 del d.p.r. 396/2000<sup>39</sup>.

La legittimità di tale preclusione non è però affatto certa, in quanto l'esigenza di rispetto della legge si pone spesso in conflitto con l'interesse del minore<sup>40</sup>, soprattutto nei casi in cui quest'ultimo abbia maturato un significativo rapporto di tipo familiare con i committenti.

È in questo scenario che sono chiamate a operare le Corti nazionali, investite di un ruolo assai delicato che si sostanzia, per l'appunto, in una complessa operazione di bilanciamento tra il superiore interesse del minore e il principio di ordine pubblico internazionale<sup>41</sup>, tradizionalmente inteso quale argine all'apertura dell'ordinamento interno a valori giuridici ad esso estranei che ne minerebbero la coerenza<sup>42</sup>.

Le pronunce più significative saranno oggetto di analisi nelle pagine che seguono, nelle quali si ripercorrerà l'itinerario compiuto dalla giurisprudenza sulla maternità surrogata fino gli attuali e instabili approdi.

Muovendo dal dato giurisprudenziale, si tenterà poi di individuare una soluzione interpretativa in grado di garantire, nel silenzio della legge, un giusto temperamento tra gli interessi coinvolti, ragionando al contempo sull'eventuale approccio che potrebbe essere adottato in una prospettiva *de iure condendo*.

38 L'articolo recita: "Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa". Come noto, poi, ai sensi dell'art. 64, anche il riconoscimento delle sentenze straniere è subordinato alla condizione che le disposizioni in esse contenute non producano effetti contrari all'ordine pubblico.

39 A mente del quale "Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico".

40 La letteratura giuridica sul principio del superiore interesse del minore è sterminata e varia, alternandosi voci favorevoli alla sua massima valorizzazione ad altre fortemente critiche. Per una prospettiva d'insieme si rimanda a AA.VV.: *The best interest of the child* (a cura di M. BIANCA), Editrice Sapienza, Roma, 2021.

41 In tema si segnalano sin d'ora le riflessioni di PERLINGIERI, G., ZARRA, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, E.S.I., Napoli, 2019; BARBA, V.: "L'ordine pubblico internazionale", *Rass. dir. civ.*, 2018, fasc. 2, p. 403 ss.

42 In questo senso v. ad es. SALERNO, F.: "La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, fasc. 2, p. 260, il quale, in relazione all'operatività di tale principio, richiama efficacemente l'immagine di "un 'compasso' che delinea 'a valle' il grado di apertura o di chiusura dell'ordinamento del foro verso valori giuridici estranei". Storicamente, su tale concezione di ordine pubblico internazionale ha influito in modo particolare il pensiero di Savigny, che ne individuava la funzione nella difesa dei principi fondamentali nei confronti di applicazioni di fonti straniere con essi incompatibili. Cfr. BARILE, G.: *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi. (L'ordine pubblico internazionale)*, Cedam, Padova, 1969, p. 23 ss.

#### IV. LE PRIME PRONUNCE SUL RICONOSCIMENTO DEL RAPPORTO DI FILIAZIONE IN CASO DI MATERNITÀ SURROGATA REALIZZATA ALL'ESTERO DA COPPIE ETEROSESSUALI E L'IPOTESI DI ASSENZA DI OGNI CONTRIBUTO BIOLOGICO DEI COMMITTENTI.

Fra i primissimi casi portati all'attenzione dei giudici italiani vi è quello su cui si è pronunciata nel 2009 la Corte di appello di Bari<sup>43</sup>, che riguardava una surroga di maternità realizzata in Inghilterra da una coppia italo-inglese, con l'apporto di un contributo genetico dal solo lato paterno. Gli atti di nascita dei due figli con indicazione della madre surrogata, regolarmente trascritti in Italia, erano stati successivamente rettificati a seguito di un *parental order* inglese che attribuiva la maternità alla committente italiana. Di tale provvedimento era stato pertanto chiesto il riconoscimento ai fini della rettifica degli atti di nascita anche in Italia. I giudici baresi, in quell'occasione, hanno riconosciuto ai minori lo *status* di figli legittimi della committente, non ravvisando al riguardo alcun contrasto con il limite dell'ordine pubblico, ma rilevando all'opposto l'"evidente [...] gravissimo pregiudizio" che sarebbe ad essi derivato da una decisione di segno contrario, in considerazione "del loro preminente interesse ad essere riconosciuti, anche in Italia, ove essi viv[evano], come figli" della madre d'intenzione.

Va detto, tuttavia, che nel caso di specie la richiesta di trascrizione da parte della madre committente era stata molto tardiva, ad oltre dieci anni dalla nascita dei due figli, il che ha reso di certo più ragionevole attribuire prevalenza alla maternità sociale e al rapporto instauratosi con i figli, di indubbio rilievo ai fini della loro crescita e del corretto sviluppo della personalità.

Comunque sia, nel solco della pronuncia barese si inscrivono una serie di decisioni successive<sup>44</sup>, aventi peraltro rilievo penale, tutte relative a coppie italiane che, non potendo procreare per via della sterilità della donna, avevano fatto ricorso alla maternità surrogata in Paesi ove essa è ammessa. Anche questi provvedimenti, pertanto, hanno assicurato al nato il medesimo *status filiationis* legalmente riconosciuto all'estero, consentendo la trascrizione nei registri dello stato civile dei certificati, formalmente validi, rilasciati nel Paese straniero, ed escludendo la configurabilità del reato di alterazione di stato<sup>45</sup>.

43 App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Fam. min.*, 2009, n. 5, p. 50 ss., con nota di CASTELLANETA, M.; in *G. mer.*, 2010, p. 349 ss., con nota di DELL'UTRI, M.; in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 589 ss., con nota di CAMPIGLIO, C.

44 Si vedano Trib. Trieste, sez. pen., 6 giugno 2013; Trib. Milano, sez. pen., 15 ottobre 2013; Trib. Varese, sez. pen., 8 ottobre 2014.

45 La non configurabilità del reato di cui all'art. 567, comma 2, c.p. si fonda sul presupposto che la surroga materna sia avvenuta in paesi in cui la tecnica risulta consentita dalla legge, nei quali al termine della procedura, il nato viene considerato figlio della coppia contraente, anche in assenza di legame biologico con uno di essi, ed in conformità di ciò viene rilasciato dalle Autorità il relativo certificato di nascita. Peraltro, nell'aderire a tale impostazione, il Tribunale penale di Varese ha ritenuto non configurabile neppure il reato di falsa dichiarazione in atti dello stato civile (art. 495 c.p.) in relazione alla condotta dei coniugi consistente nell'occultamento del ricorso alla maternità surrogata. Detta condotta, infatti, è stata qualificata come "falso innocuo", inoffensivo del bene giuridico tutelato dalla norma penale, in considerazione del disinteresse

Il punto più critico rispetto al fenomeno della surrogazione di maternità è però rappresentato da quelle ipotesi in cui non vi è alcun contributo biologico da parte della coppia committente, né *ex latere matris* né *ex latere patris*. Proprio in relazione a siffatta eventualità si è pronunciata nel 2014 la Corte di Cassazione<sup>46</sup>, la quale ha negato, in tale circostanza, la trascrivibilità dell'atto di nascita legittimamente formatosi all'estero per asserito contrasto con il principio dell'ordine pubblico, con conseguente declaratoria di adottabilità dei minori considerati in stato di abbandono.

A tale conclusione la Suprema Corte è pervenuta muovendo da alcune considerazioni sulle ragioni sottostanti al divieto, che essa ha individuato nella tutela della dignità umana della gestante e nella difesa dell'istituto dell'adozione, l'unico strumento – governato da particolari regole a tutela degli interessati – a cui l'ordinamento affiderebbe la realizzazione di progetti di genitorialità privi di legami biologici con il nato. Tali esigenze, presidiate peraltro da apposita sanzione penale, sono state ritenute dai giudici beni giuridici fondamentali: di qui, pertanto, la non derogabilità del limite previsto dal legislatore.

D'altra parte, secondo la Cassazione, il divieto previsto per la surroga materna non verrebbe affatto in contrasto col principio del superiore interesse del minore, essendo espressione di una scelta non irragionevole del legislatore, il quale, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha ritenuto che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità alla donna partoriente, salvo l'ipotesi di adozione<sup>47</sup>.

Sulle ipotesi di maternità surrogata in assenza di un qualsiasi vincolo genetico con i committenti ha poi costituito un punto di svolta la decisione presa dalla Corte EDU nella nota vicenda, tutta italiana, Paradiso-Campanelli.

Anche in quel caso, a seguito del rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita formatosi all'estero, il nato da madre surrogata era stato allontanato dall'Autorità giudiziaria italiana dai genitori di intenzione e affidato ad altra famiglia per l'adozione<sup>48</sup>. Da qui il ricorso alla Corte di Strasburgo da parte dei coniugi che si

---

mostrato dal legislatore italiano, che non ha previsto alcuna forma alternativa di comunicazione dei dati anagrafici relativi alla filiazione (non permettendo neppure la conservazione delle informazioni relative all'identità dei donatori di gameti ovvero della donna che ha prestato l'utero), e considerato anche il rispetto della vita privata, come interpretato dalla Corte EDU.

46 Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3408 ss., con nota di CASABURI, G.; in *Corr. giur.*, 2015, p. 471 ss., con nota di RENDA, A.; in *Guida al dir.*, 2015, n. 2, p. 34 ss., con commento di FIORINI, M.; e in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2015, I, p. 235 ss., con nota di BENANTI, C. Critico sul provvedimento SCALISI V.: "Maternità surrogata: come «far cose con regole»", cit., p. 1108 ss.

47 Si tratta, secondo i giudici, "di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto".

48 Nel caso di specie, peraltro, il certificato formatosi all'estero non indicava che la nascita era derivata da un contratto di surroga di maternità. Così, al rientro dei coniugi in Italia, non solo le autorità italiane, informate dal consolato italiano di Mosca delle particolari circostanze della nascita, avevano rifiutato la

erano avvalsi della surrogazione di maternità, i quali lamentavano una violazione del diritto al rispetto alla vita privata e familiare, sancito dall'art. 8 CEDU.

In primo grado, con sentenza del 27 gennaio 2015<sup>49</sup>, la Seconda Camera della Corte EDU aveva dichiarato l'allontanamento del bambino contrario al principio del superiore interesse del minore, statuendo che un siffatto interesse debba essere preservato in ogni caso, a prescindere dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo, e che lo stesso non potrebbe mai tollerare la privazione per il minore di diritti di capitale importanza quali l'identità e la cittadinanza, né venire compromesso dal preteso limite dell'ordine pubblico, il quale non può essere utilizzato come una carta in bianco capace di giustificare qualsiasi misura. Tuttavia, su richiesta del Governo italiano, la questione è stata rinviata alla Grande Camera, che, con sentenza del 24 gennaio 2017<sup>50</sup>, ha ribaltato la precedente decisione, affermando di non ravvisare alcuna violazione da parte dell'Autorità giudiziaria italiana dell'art. 8 CEDU né sotto il profilo del rispetto della vita familiare né sotto quello della protezione della vita privata.

Di là dalla soluzione offerta rispetto al caso di specie, la pronuncia della *Grande Chambre* risulta particolarmente significativa poiché individua più chiaramente i parametri di valutazione ai quali dovrebbero far riferimento i giudici nel decidere tali tipologie di controversie. Nello specifico, per la Corte di Strasburgo, ad escludere la tutela della vita privata familiare sancita dall'art. 8 CEDU non può essere la semplice assenza di legame biologico, quanto piuttosto il mancato riscontro (come nel caso deciso) di una relazione familiare, sia pure solo di fatto, caratterizzata da reali e duraturi legami personali e affettivi.

Per questi motivi, la Grande Camera non censura la decisione di allontanamento presa dalle autorità italiane, la quale, secondo la Corte, era sostenuta da ragioni sufficienti e risultava proporzionata, non essendosi ancora instaurato un legame familiare di fatto, che in un secondo momento avrebbe potuto prevalere. Anzi, qualsiasi altra misura che avesse prolungato la permanenza del minore con i richiedenti avrebbe esposto al rischio che il caso fosse deciso dal mero trascorrere del tempo. Un approccio, questo, non condiviso dai giudici, i quali hanno manifestato di rifiutare la logica del fatto compiuto e la tendenza a trasformare in ogni caso in

---

trascrizione per esigenze di tutela dell'ordine pubblico ma avevano anche avviato delle indagini per i reati di falsa attestazione e per la violazione della legge sulle adozioni.

49 Corte EDU, 27 gennaio 2015, ric. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2015, I, p. 834 ss., con nota di SHUSTER, A. Su tale pronuncia si vedano anche le considerazioni di VIZZONI, L.: "Quando il best interest del minore azzera la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso Paradiso e Campanelli contro Italia", *Jus Civile*, 2015, fasc. 11, p. 639 ss.

50 Corte EDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017, ric. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Foro it.*, 2017, c. 105 ss., con nota di CASABURI, G. Sulla pronuncia si vedano anche le osservazioni di SENIGAGLIA, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere", cit., p. 952 ss. e LENTI, L.: "Ancora sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 4, p. 495 ss.

diritto l'aspirazione alla genitorialità, ritenendo prevalente l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata.

## V. LE SUCCESSIVE PRONUNCE DELLA CASSAZIONE: LA FILIAZIONE NELLE COPPIE SAME SEX FORMATE DA DONNE.

Nello stesso anno in cui la Cassazione affrontava la questione della maternità surrogata in assenza di un qualsiasi contributo biologico dei committenti, la Corte d'appello di Torino<sup>51</sup> si pronunciava su un caso di fecondazione eterologa assai rilevante ai fini del presente discorso. In detta occasione, infatti, i giudici piemontesi sono arrivati ad ordinare la trascrizione di un atto di nascita estero con indicazione di doppia maternità, ponendosi dunque in contrasto col presunto principio di "eterosessualità" nella filiazione che si ricaverebbe dall'art. 5 della legge 40/2004.

Si noti, peraltro, che la fattispecie posta all'attenzione dei giudici era assai peculiare, poiché le richiedenti, un'italiana e una spagnola legalmente sposate in Spagna, avevano entrambe un legame con il bambino, avendo l'una fornito l'ovulo e l'altra portata avanti la gravidanza (c.d. fecondazione incrociata)<sup>52</sup>.

Ad ogni modo, a seguito dell'impugnazione del decreto da parte del Procuratore generale, il caso è passato al vaglio della Corte di Cassazione, che, con una discussa sentenza resa nel settembre del 2016<sup>53</sup>, ha confermato la trascrivibilità dell'atto di nascita straniero.

Tale decisione è stata resa possibile dalla particolare concezione di ordine pubblico internazionale adottata dalla Corte, la quale, abbandonando quella più tradizionale, ha ritenuto che detto limite sia chiamato ad operare soltanto in caso di contrasto con i principi supremi e/o fondamentali desumibili dalla Carta costituzionale (oltre che dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla CEDU), ossia quei principi che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario. Da qui, pertanto, l'irrilevanza di un eventuale contrasto con le norme contenute nelle leggi ordinarie, che costituiscono esercizio della discrezionalità legislativa.

51 App. Torino, 4 dicembre 2014, in *Foro it.*, 2015, fasc. 3, I, c. 1078 ss. Su tale sentenza si segnala il commento di PALMERI, G.: "Riflessioni a margine della pronuncia della Corte di Appello di Torino 4 dicembre 2014 in tema di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero in seguito a PMA", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2015, fasc. 5, p. 241 ss.

52 La fattispecie pertanto non è riconducibile integralmente alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per il fatto che l'ovulo è fornito dal *partner* della gestante. Per questi motivi non è stato ritenuto applicabile l'art. 9, comma terzo, della l. 40/2004 che, in caso di eterologa (vietata), preclude al donatore di gameti l'acquisizione di qualsiasi relazione giuridica parentale con il nato e la possibilità di far valere nei confronti dello stesso alcun diritto o assumere alcun obbligo.

53 Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329 ss., con nota di CASABURI, G.; in *Corr. giur.*, 2017, p. 18 ss., con nota di VENUTI, M.C.; in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, I, p. 372 ss., con nota di PALMERI, G.; in *Fam. dir.*, 2017, p. 181 ss., con nota di FERRANDO, G.

Questa impostazione, si noti, è espressione di un orientamento da tempo presente nella giurisprudenza di legittimità, che intende attribuire all'ordine pubblico internazionale una funzione eminentemente promozionale, circoscrivendo per l'appunto l'ambito del giudizio di compatibilità ai valori tutelati dalle norme fondamentali e ponendo in risalto il collegamento degli stessi con quelli riconosciuti a livello internazionale e sovranazionale, dei quali si mira a favorire la diffusione, congiuntamente all'armonizzazione tra gli ordinamenti<sup>54</sup>.

Così, in un primo momento la Cassazione afferma che il principio di "rilevanza costituzionale primaria" del superiore interesse del minore, individuato nel caso di specie nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis* validamente acquisito all'estero, "da solo non può essere decisivo" poiché non può diventare 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente garantite alla persona, che costituiscono nel loro insieme la tutela della sua dignità; poi, però, precisa che detto principio va valutato soltanto in rapporto ad altri principi e valori irrinunciabili dell'ordinamento con "rilevanza costituzionale primaria".

In questa prospettiva, la Corte non attribuisce alcun rilievo alla circostanza che il minore sia nato per iniziativa di una coppia di donne attraverso il ricorso a una tecnica che era loro vietata dalla l. n. 40/2004, poiché ritiene che la scelta di consentire o meno determinate pratiche di medicina riproduttiva, benché attinente a una materia "eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale", sia meramente legislativa e "non costituzionalmente obbligata". In altri termini, non essendo costituzionalmente imposti, i divieti sanciti dalla l. n. 40/2004 non integrano, secondo la Cassazione, principi di ordine pubblico e dunque non ostano alla trascrizione dell'atto di nascita dei bambini nati grazie all'impiego di tecniche vietate dal legislatore<sup>55</sup>.

54 Cfr. Cass. 22 agosto 2013, n. 19405; Cass. 26 maggio 2008, n. 13547; Cass. 19 luglio 2007, n. 16017; Cass. 4 maggio 2007, n. 10215; Cass. 23 febbraio 2006, n. 4040; Cass. 26 novembre 2004, n. 22332.

55 Secondo la Cassazione, inoltre, neppure la regola di cui al terzo comma dell'art. 269 c.c., secondo cui è madre colei che ha partorito, costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale. Anzi, la Corte rileva che la stessa Costituzione, all'art. 31, comma 2, "protegge la maternità" direttamente (cioè senza l'intermediazione del legislatore) e nelle diverse declinazioni che essa può assumere nell'evoluzione del costume sociale". In questo senso, la disposizione del codice civile costituirebbe soltanto "una norma riguardante la prova della maternità", come confermerebbe "il comma 2, del medesimo articolo, il quale stabilisce che 'la prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo' (analoga disposizione è contenuta nell'art. 241 c.c., sulla 'prova in giudizio' della filiazione 'quando mancano l'atto di nascita e il possesso di stato')". La Corte richiama in tal senso quanto affermato già in precedenza, e cioè che la prova del parto "non costituisce l'unica prova ammissibile al predetto fine, potendo, in mancanza di quella dimostrazione, la prova della filiazione essere data con ogni altro mezzo, anche presuntivo, ed in particolare attraverso altra sentenza civile o penale da cui la maternità indirettamente risulti, salva restando la prova contraria da parte del controinteressato". Infine, la Cassazione esclude anche che vi sia un divieto costituzionale, desumibile dall'art. 29 Cost., che precluderebbe alle coppie dello stesso sesso di accogliere e generare figli, "venendo in rilievo la fondamentale e generale libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle consentite dalla legge alle coppie di persone di sesso diverso".

È chiaro, pertanto, il mutato approccio con cui la Suprema Corte si misura con il principio dell'ordine pubblico internazionale, nella cui interpretazione tradizionale essa ravvisa una "concezione di ispirazione statualista", che deve essere abbandonata in favore di una moderna interpretazione "di maggiore apertura verso gli ordinamenti esterni"<sup>56</sup>. In particolare – afferma la Cassazione – tale diversa concezione del principio "si fonda su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne, così da sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia ad un'eccessiva indeterminatezza sia ad un legame troppo rigido con i mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali"<sup>57</sup>.

In ogni caso, non può non rilevarsi come, una volta sganciato dalla legge ordinaria nazionale e ancorato soltanto ai principi costituzionali e ai valori condivisi dalla comunità internazionale, l'ordine pubblico internazionale finisca per svolgere un ruolo in un certo senso opposto a quello tipico, configurandosi non già quale limite ma come strumento per l'ingresso "delle più avanzate conquiste del diritto su scala globale" o, in altri termini, quale mezzo "di emancipazione dell'ordinamento interno dai propri stessi limiti nazionalistici"<sup>58</sup>.

Così, muovendo da un'impostazione analoga, una pronuncia della Suprema Corte dell'anno successivo, sempre in tema di PMA eterologa, è giunta ad ammettere la trascrivibilità dell'atto di nascita straniero anche nel caso in cui, nella coppia di donne, la seconda madre non abbia alcun legame biologico con il nato<sup>59</sup>.

56 L'obiettivo della Corte è chiaro e si coglie nella considerazione per cui "questa evoluzione della nozione di ordine pubblico segna un progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di norme, istituti giuridici e valori estranei". Al riguardo si vedano le considerazioni di AZZARRI, F.: "I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, fasc. 5, p. 1158, il quale rileva come l'impostazione adottata dalla Corte Cassazione nella pronuncia in discorso sia quella comunemente accolta nel diritto tedesco e austriaco.

57 Critico sul punto NICOLUSSI, A.: "Famiglia e biodiritto civile", cit., p. 744, per il quale "[m]entre non risulta chiaro a quale comunità internazionale essa si riferisca quando evoca 'una comunità in grado di esprimere principi generalmente condivisi', né a quali principi condivisi faccia riferimento, netta appare invece l'opzione 'creativa' della Cassazione, dato che i principi generalmente condivisi a cui allude non avrebbero nemmeno bisogno di essere 'tradotti in norme interne': con buona pace della subordinazione del giudice alla legge stabilita dalla Costituzione che semmai riserverebbe solo al legislatore l'eventuale recezione di tali supposti 'principi generalmente condivisi'". In questo senso, si veda BUSNELLI, F.D.: "Nascere per contratto?", cit., p. 51, secondo cui "il divieto di stipulare accordi di maternità surrogata anche a titolo gratuito è uno dei più significativi tratti aggreganti delle esperienze legislative europee [...] e viene ricollegato a un principio generale di 'rispetto del corpo umano'".

58 ARMONE, G.: "L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione", *Questione giustizia*, 2019, fasc. 1, pp. 182-183.

59 Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 12, p. 1708 ss., con nota di PALMERI, G.; in *Fam. dir.*, 2018, p. 5 ss., con nota di LONGO, F.; in *Foro it.*, 2017, fasc. 7-8, c. 2280 ss., con nota di CASABURI, G.; in *Articolo29.it*, con commento di STEFANELLI, S.

## VI. ... E NELLE COPPIE SAME SEX FORMATE DA UOMINI.

In termini necessariamente differenti – per lo meno in relazione alla tecnica utilizzata – si pone la questione per le coppie *same sex* formate da uomini, per le quali la maternità per sostituzione rappresenta l'unica possibilità di avere un figlio che abbia un legame genetico con uno dei *partner*<sup>60</sup>.

A pronunciarsi per prima sul punto è stata la Corte d'appello di Trento, la quale ha ricavato dalle pronunce della Suprema Corte sulle coppie di donne poc'anzi richiamate una sorta di regola generale, riconoscendo efficacia anche al provvedimento straniero di rettifica dell'atto di nascita con l'indicazione di due padri, benché solo uno ne fosse il padre biologico<sup>61</sup>. Su ricorso del Pubblico Ministero, del Ministero dell'Interno nonché del Sindaco di Trento, tale decisione è stata portata all'esame della Cassazione<sup>62</sup>, che si è pronunciata a Sezioni Unite con sentenza n. 12193 del 2019.

Ebbene, in tale occasione, le Sezioni Unite hanno censurato la decisione del giudice trentino, effettuando un distinguo tra il caso delle due madri e il caso dei due padri, in considerazione della diversità della tecnica di procreazione impiegata.

Come visto, infatti, la coppia omosessuale femminile può realizzare un progetto di filiazione senza ricorrere alla maternità surrogata, avvalendosi di una fecondazione di tipo eterologo, che richiede soltanto la donazione del seme. Una tecnica, dunque, oramai ammessa dall'ordinamento per le coppie eterosessuali<sup>63</sup>,

60 In tali casi, pertanto, si profila un doppio contrasto con la l. n. 40/2004: non solo il ricorso alla medicina riproduttiva da parte di coppie del medesimo sesso (vietato dall'art. 5), ma anche l'impiego della maternità surrogata, a cui debbono fare ricorso le coppie *same sex* femminili che possono avvalersi dell'ormai lecita (per le coppie eterosessuali) fecondazione eterologa.

61 Nel caso di specie si trattava di un minore nato in Canada attraverso l'impianto in altra donna di un embrione formato con i gameti di una donatrice anonima e di un uomo italiano, civilmente unito ad altro uomo, ugualmente italiano, che aveva condiviso il progetto genitoriale con lui. Inizialmente, il minore era stato iscritto nello Stato civile come figlio dell'uomo che aveva posto a disposizione il suo materiale genetico, ma poiché in Canada entrambi gli uomini erano poi stati riconosciuti quali genitori del bambino, i due *partners* hanno richiesto che il provvedimento canadese valesse anche in Italia e che fosse di conseguenza rettificato l'atto di nascita del minore. L'Ufficiale dello Stato Civile, tuttavia, si era opposto alla richiesta: di qui il procedimento giudiziario.

62 In particolare, fra i motivi del ricorso presentati dal Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Trento vi è proprio l'erronea interpretazione da parte di quest'ultima del concetto di ordine pubblico, per non aver tenuto conto dei principi costituzionali e dei "più importanti istituti giuridici" che rappresentano i "cardini della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale e della sua inconfondibile fisionomia" ricavabili dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, nonché dalla legge n. 40/2004 e dal codice civile italiano (cfr. par. I.1.2. dell'ordinanza interlocutoria del 22 febbraio 2018, n. 4382). Il medesimo inciso è presente, fra l'altro, in Cass. 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 443 ss., relativa ad un caso nel quale è stato ravvisato un limite di ordine pubblico internazionale all'applicazione della legge straniera che impediva il riconoscimento del figlio adulterino.

63 Come noto, infatti, seppur originariamente consentita soltanto nella forma omologa (ossia con materiale genetico esclusivamente della coppia), a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale la PMA è oggi possibile anche in forma eterologa (col coinvolgimento di soggetti estranei alla coppia) sia in caso di infertilità, quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, sia in caso di coppie fertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili (art. 4 della legge 19 febbraio 2004 n. 40, così come modificato dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 162/2014 e

che risulta preclusa alle coppie di donne per via del generale divieto di accesso alla PMA per le coppie *same sex*, rispetto al quale è però prevista solamente una sanzione amministrativa<sup>64</sup>. Da qui le decisioni che hanno ammesso il riconoscimento del rapporto di filiazione attribuito dai provvedimenti stranieri.

Invece, secondo la Cassazione, il divieto che la surrogazione di maternità incontra nel nostro sistema ha una portata maggiore ed è posto a presidio di beni fondamentali e irrinunciabili, come dimostra la previsione di una sanzione penale. Esso, pertanto, costituisce un argine destinato a sovrastare in ogni caso il diritto del minore alla conservazione dello *status* validamente acquisito all'estero.

Nell'addivenire a tale conclusione, i giudici hanno rivisto l'interpretazione del concetto di ordine pubblico internazionale adottata dalla Corte nella sentenza del 2016, precisando che i contenuti di tale principio non vanno desunti dai soli principi fondamentali consacrati nella Costituzione e nelle Carte internazionali dei diritti, ma anche dal "*modo*" in cui detti principi si sono "incarnati" nella disciplina positiva dei singoli istituti, nonché dall'interpretazione che ne fornisce la giurisprudenza costituzionale e ordinaria<sup>65</sup>.

In altri termini, se per un verso le Sezioni Unite allargano la tradizionale concezione di ordine pubblico, riconoscendo la complementarità delle fonti internazionali rispetto alla Carta costituzionale e ricomprendendovi i valori condivisi dalla comunità internazionale<sup>66</sup>, per l'altro non sminuiscono affatto il peso della legislazione ordinaria, in quanto possibile "strumento di attuazione di valori consacrati nella Costituzione"<sup>67</sup>.

---

96/2015).Tra i requisiti soggettivi ai fini del ricorso ai metodi di procreazione medicalmente assistita figura il carattere eterosessuale delle coppie (art. 5 della legge n. 40/2004)

64 Art. 5 e art. 12 co. 2 l. 40/2004. La diversa sanzione prevista per la fecondazione eterologa in assenza dei requisiti dimostrerebbe pertanto il minor disvalore associato a tale tecnica riproduttiva.

65 L'importanza di guardare alle decisioni della giurisprudenza, tanto costituzionale quanto ordinaria, è particolarmente sottolineata dalle Sezioni Unite, secondo cui detta "opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico".

66 Su questo tipo di argomentazione si veda BARBA, V.: "L'Ordine pubblico internazionale", cit., p. 417, il quale rileva come alcune pronunce della Cassazione, tra le quali parrebbe rientrare anche quella in esame, seppur apprezzabili nell'affermare che l'ordine pubblico internazionale coincida con il complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento, "meritano di essere superate nella parte in cui sembrano ancora ipotizzare, in punto di ricostruzione concettuale, che si debba dare un diritto dell'Unione europea diverso dal diritto italiano, o un diritto internazionale diverso dal diritto italiano, mancando di cogliere, con pienezza, la complessità dell'unitario sistema italo-europeo delle fonti".

67 Ancora più netta pare la posizione di SENIGAGLIA, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà", cit., p. 973, il quale, nell'evidenziare il ruolo conformativo che i valori costituzionali hanno sul "profilo funzionale originario della legislazione ordinaria", giunge a ritenere che "una norma ordinaria o è espressione di principi superiori, di qui il giudizio di conformità alla Costituzione, o è contraria agli stessi, ponendosi fuori dalla cifra di coerenza che regge l'ordine giuridico, esponendo il sistema a fenomeni di instabilità". In questo senso, osserva l'Autore, "tenuto conto del condizionamento di legittimità spiegato dai principi costituzionali, e, dunque, del fatto che l'esercizio della discrezionalità legislativa trova il limite della Costituzione, delle due una: o quell'impianto normativo che esclude la filiazione nella coppia *same sex* e radica la responsabilità genitoriale nel contributo biologico e genetico alla procreazione è espressione di

Per tali motivi, il richiamo alla fonte legislativa, e in particolare all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, è ritenuto dalla Corte imprescindibile al fine di concretizzare, sulla base degli equilibri cristallizzati dal legislatore, la declinazione di ordine pubblico rilevante in un dato momento storico e rispetto a una determinata fattispecie proveniente da un ordinamento straniero<sup>68</sup>.

In questa prospettiva, sebbene priva di contenuto costituzionalmente vincolato, la legge 40/2004 è ritenuta "costituzionalmente necessaria" in quanto posta a tutela della dignità umana e dell'istituto dell'adozione, cosicché i divieti ivi sanciti – quale in particolare quello della maternità surrogata – devono considerarsi rientranti nel limite dell'ordine pubblico. Tali valori, secondo la Corte, sono infatti stati "non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione". Così, se normalmente l'interesse superiore del minore permette al giudice di considerare oltre al *favor veritatis* anche il diritto alla stabilità del rapporto di filiazione (art. 24, co. 2, Carta dei Diritti UE), ciò non può avvenire per la maternità surrogata, rispetto alla quale il legislatore ha previsto comunque la prevalenza del *favor*, in funzione attuativa di principi e valori costituzionali.

In questo senso, nell'interpretazione delle Sezioni Unite, il divieto di surrogata materna viene a configurarsi quale necessario "anello di congiunzione tra la disciplina della PMA e quella generale della filiazione", segnando il limite oltre il

---

principi costituzionali funzionali alla protezione di diritti fondamentali; oppure quello stesso impianto deve essere tacciato di incostituzionalità. *Tertium non datur*".

68 In questo senso si erano già espresse, del resto, le Sezioni Unite nella nota pronuncia del 5 luglio 2017, n. 16601, sulla riconoscibilità in Italia dei provvedimenti stranieri di condanna al risarcimento dei danni punitivi. In tale occasione, in particolare, la Corte ha affermato che "la sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale". I giudici, si noti, non hanno affatto negato l'importanza oggi assunta dai principi consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, a cui è attribuita una portata complementare a quella dei principi sanciti dalla nostra Costituzione. Tuttavia, a fronte degli effetti innovativi che possono essere agevolati dalla mediazione delle carte sovranazionali ai fini dell'ingresso di istituti provenienti da altri ordinamenti, ha ritenuto necessario un preventivo controllo sui principi essenziali della *lex fori* in quelle materie presidiate da norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica. In quest'ottica, per la Corte, "Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo", sebbene tale limite debba essere "privato di venature egoistiche, che davano loro 'fiato corto'". Da qui la considerazione per cui, ai fini del riconoscimento del provvedimento, non ci si possa "attestare ogni volta dietro la ricerca di una piena corrispondenza tra istituti stranieri e istituti italiani", ma ci si debba piuttosto porre solamente un interrogativo: "se l'istituto che bussa alla porta sia in aperta contraddizione con l'intreccio di valori e norme che rilevano ai fini della delibazione". Sulla pronuncia ora richiamata si vedano SCOGNAMIGLIO, C.: "Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio", *Resp. civ. prev.*, 2017, fasc. 4, p. 1109 ss. GRONDONA, M.: "Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e 'punitive damages'", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 10, p. 1392 ss.; CONSOLO, C.: "Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, 'due process of law')", *Corr. giur.*, 2017, fasc. 8-9, p. 1050 ss.; SALVI, C.: "Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi", *Foro it.*, 2018, fasc. 7-8, p. 2504 ss.; CLARIZIA, O.: "Danno non patrimoniale e funzione punitiva del risarcimento ultracompensativo", *Giur. it.*, 2018, fasc. 10, p. 2277 ss.

quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità, fondato sul consenso prestato alla predetta pratica, e torna ad operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica.

Per tali ragioni, dunque, la Cassazione giunge a negare la trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero ma, si noti, soltanto nella parte attributiva dello *status* anche al genitore sociale o d'intenzione, riconoscendo all'opposto il legame con il genitore genetico.

Non può non rilevarsi, tuttavia, come tale soluzione si esponga a dei rilievi critici. I più importanti emergeranno nel prosieguo ma possono già evidenziarsi alcune perplessità.

La prima consiste nel fatto che l'asserita assolutezza del divieto di maternità surrogata, ricavata dalla norma penale, è invero destinata a cedere di fronte alla presenza della derivazione biologica del genitore: quest'ultima, infatti, nell'interpretazione della Corte, permette di far salvo il legame genitoriale legittimamente acquisito (come già avvenuto nel caso delle coppie lesbiche) e prevale dunque sull'ordine pubblico. Il che significa, in altre parole, ipotizzare un ordine pubblico che funziona a corrente alternata, rilevando nei confronti del padre sociale privo di legame genetico, e soccombendo invece dinanzi a quello biologico, il cui *status* genitoriale può essere immediatamente riconosciuto dall'ordinamento.

La seconda è una conseguenza della prima, in quanto l'argomentazione utilizzata dalla Corte induce anche a chiedersi se, nel caso di una surrogazione di maternità realizzata interamente con materiale genetico della coppia committente (evidentemente eterosessuale), la derivazione genetica avrebbe prevalso sull'ordine pubblico, salvando interamente il rapporto genitoriale acquisito lecitamente all'estero. Certo, si tratta di un'ipotesi abbastanza rara, opposta a quella decisa dalla Cassazione nel 2014, ma che non può comunque escludersi. Se così fosse, vi sarebbero in astratto tre tipologie di maternità surrogata (con derivazione genetica assente, ovvero presente su una o su entrambe le linee germinali) potenzialmente risolte con soluzioni diverse<sup>69</sup>.

C'è da dire, e questo è un punto assai importante, che nel far prevalere il *favor veritatis* sulla genitorialità sociale, le Sezioni Unite recuperano comunque la rilevanza costituzionale del diritto del minore alla stabilità del rapporto di filiazione, richiamando l'"interesse del [medesimo di] vedere comunque realizzata la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale". Tale interesse, secondo la Corte, può trovare una adeguata tutela mediante lo strumento

69 Svolge queste considerazioni CORDIANO, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)", *BioLaw Journal*, 2021, fasc. 3, p. 17.

dell'adozione in casi particolari<sup>70</sup>, nell'interpretazione, ormai consolidata, che assume la "constatata impossibilità" dell'affidamento preadottivo, ex art. 44, comma 1°, lett. d, l. 4 maggio 1983, n. 184, anche come impossibilità di diritto, prescindendo dunque dalla sussistenza di una situazione di abbandono<sup>71</sup>. In questo modo, nonostante il mancato riconoscimento del provvedimento straniero relativo allo *status filiationis*, il genitore non biologico potrebbe comunque dare una veste giuridica al rapporto col bambino, previa verifica da parte del tribunale per i minorenni della sua idoneità affettiva e della capacità di assumere doveri genitoriali, secondo una valutazione orientata all'interesse preminente del minore (art. 57 co. 1 n. 2 e co. 2 let. a l. n. 184/1983)<sup>72</sup>.

Si noti, peraltro, che il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite è applicabile anche alle ipotesi in cui ad avvalersi della maternità surrogata sia una coppia di sesso diverso, che è invero quella più frequente nell'esperienza concreta. La Corte, infatti, non ha accolto le obiezioni che erano state sollevate dai ricorrenti sulla inammissibilità dell'attribuzione della doppia genitorialità in capo a persone dello stesso sesso, nell'assunto che la nozione di genitori risultante dal nostro ordinamento non possa considerarsi "*gender neutral*", ma ha focalizzato l'attenzione esclusivamente sulla nascita da maternità surrogata<sup>73</sup>. Pertanto, la sentenza risulta assolutamente neutra dal punto di vista del genere, come dimostra anche la terminologia usata, che fa riferimento sempre al "genitore intenzionale" e non al

70 Come noto, tale istituto, previsto dall'art. 44, comma 1, l. 4 maggio 1983, n. 184, è stato introdotto per realizzare il diritto del minore ad una famiglia nelle ipotesi in cui non ricorrano le condizioni per l'adozione piena e tuttavia sia comunque necessario o opportuno procedere all'adozione. I casi espressamente previsti dal legislatore sono quattro e, eccetto che in quello previsto dalla lettera b, l'adozione è consentita anche ai non coniugati. Si tratta dell'adozione dell'orfano da parte dei parenti o da parte di chi avesse già con lui un rapporto stabile e duraturo, maturato anche nel corso di un affidamento familiare (lett. a); dell'adozione del figlio del coniuge (lett. b); dell'adozione del minore affetto da *handicap* che sia orfano di padre e di madre (lett. c); dell'adozione del minore per il quale risulti la "constata impossibilità di affidamento preadottivo" (lett. d). La giurisprudenza, però, ha da subito inteso tale ultima disposizione in modo molto largo, facendo ad essa ricorso in tutti i casi in cui fossero radicalmente carenti i presupposti dell'adozione non sul piano fattuale, ma anche sul piano giuridico, quasi alla stregua di una clausola generale capace di affidare alla discrezionalità del giudice le ipotesi in cui le circostanze del caso fossero tali da giustificare l'adozione. In questo senso, l'istituto in discorso è stato spesso impiegato per offrire una soluzione per quelle situazioni che si collocano nella zona grigia tra adozione e affidamento, come appunto i casi di semiabbandono permanente (sul punto, di recente, BATELLI, E.: "L'adozione mite come tutela effettiva dell'interesse del minore: tra opportunità e identità", in AA.VV.: *The best interest of the child* (a cura di M. BIANCA), cit., p. 285 ss.). Nel tempo l'istituto ha conosciuto una significativa diffusione nella prassi, fino a divenire uno strumento "imprescindibile per la giustizia minorile" (così CORDIANO, A.: "Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 2, p. 256).

71 Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2016, I, p. 1135 ss., con commento di FERRANDO, G., *ivi*, II, p. 1213 ss. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. min. Milano, 28.3.2007, in *Fam. e min.*, 2007, p. 83 ss.; Trib. min. Milano, 7.2.2007, in *Fam. e min.*, 2007, p. 84 ss.

72 Si noti, peraltro, che sulla scorta della pronuncia in discorso, la Cassazione ha di recente individuato nell'adozione in casi lo strumento per riconoscere, con riferimento alle coppie omosessuali femminili, il legame tra il minore nato a seguito di eterologa e la madre d'intenzione, così contraddicendo il precedente orientamento che ammetteva la diretta trascrivibilità dell'atto o del provvedimento straniero (cfr. Cass. ord. 25 febbraio 2022, n. 6383).

73 Lo evidenzia FERRANDO, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Fam. dir.*, 2019, fasc. 7, p. 678-679.

secondo padre<sup>74</sup>, quasi a confermare l'inesistenza di un principio di eterosessualità nella filiazione<sup>75</sup>.

In ogni caso, tralasciando tale ultimo aspetto, occorre sottolineare come la soluzione a cui sono pervenute le Sezioni Unite sia andata incontro a diverse critiche, le quali sono state mosse non solo dalla dottrina ma anche dalla giurisprudenza immediatamente successiva, soprattutto in relazione all'idoneità dell'istituto dell'adozione in casi particolari a far fronte agli interessi del minore. Su tale questione, in particolare, si è soffermata la Corte costituzionale nelle sentenze rese il 9 marzo 2021, n. 32 e 33<sup>76</sup>, che ci si accinge adesso ad analizzare.

## VII. LE SOLUZIONI DEL DIRITTO VIVENTE AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE: L'INIDONEITÀ DEL RIMEDIO DELL'ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI.

Sono diverse le ragioni per le quali l'adozione in casi particolari da parte del genitore d'intenzione non pare sufficiente a tutelare il minore nelle ipotesi di maternità surrogata con derivazione genetica su una sola linea germinale.

Una prima, riguardante la mancata instaurazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante (e viceversa), è invero venuta meno a seguito di una recentissima pronuncia della Corte Costituzionale, che ha posto rimedio a tale palese violazione del principio di unicità dello *status* di figlio<sup>77</sup>. Resta però il fatto che la procedura in discorso richiede l'assenso del genitore biologico, il quale potrebbe venir meno in caso di crisi della coppia o di morte di quest'ultimo. Inoltre, l'attivazione del meccanismo dell'adozione in casi particolari è sottoposta alla volontà dell'adottante, che a sua volta ben potrebbe sottrarsi all'assunzione di responsabilità manifestata nel Paese straniero, non rinnovandola in Italia. Senza contare, poi, che si tratta comunque di un procedimento complesso, dalle tempistiche assai lunghe.

Come anticipato, le criticità della soluzione individuata dal diritto vivente sono state rilevate anche dalla Prima Sezione della Suprema Corte, la quale ha rimesso la questione alla Corte costituzionale, pure in considerazione del fatto che, dopo la decisione delle Sezioni Unite (anche se poco prima del suo deposito),

74 Ancora FERRANDO, G.: "Maternità per sostituzione all'estero", cit., p. 678-679.

75 D'altra parte, le Sezioni Unite avevano già utilizzato la disciplina dell'adozione in casi particolari per consolidare il legame del figlio col *partner* omosessuale del genitore biologico, mediante la c.d. *stepchild adoption* (Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, cit.).

76 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32 e 33, in *Fam. dir.*, 2021, p. 677 ss., con note di DOGLIOTTI, M. e FERRANDO, G.; in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, I, p. 609 ss., con nota di CHECCHINI, B.; nonché in *Giur. Cost.*, 2021, fasc. 2, p. 306 ss.; con note di RIMOLI, F. e ASTONE, F.

77 Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, in *Dir. fam. e pers.*, 2022, fasc. 2, p. 416 ss.

la Corte europea dei diritti dell'uomo ha reso, su una questione analoga, un parere consultivo<sup>78</sup> in forte contrasto con la regola giurisprudenziale italiana.

Segnatamente, mettendo in primo piano i diritti del bambino, i giudici di Strasburgo non solo hanno ribadito che a determinate condizioni lo Stato deve offrire la possibilità di riconoscere il legame di filiazione con il genitore intenzionale, ma hanno anche specificato che un eventuale strumento alternativo alla trascrizione dell'atto di nascita può essere rappresentato soltanto da una procedura rapida ed effettiva, che non esponga il minore a una protratta situazione di incertezza circa il riconoscimento giuridico del legame.

Per tali motivi, dunque, la Prima Sezione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale in relazione alle norme che, secondo l'“interpretazione attuale della giurisprudenza”, non consentono che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento del c.d. genitore d'intenzione non biologico nell'atto di stato civile del minore procreato con le modalità della maternità surrogata. In particolare, l'Alta Corte è stata chiamata a vagliare la compatibilità di detto diritto vivente con i diritti fondamentali del bambino sanciti dagli artt. 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in riferimento all' artt. 8 CEDU, all'art. 2, 3, 7, 9, 18 della Convenzione ONU di New York sui diritti dei fanciulli, e all'art. 24 della Carta dir. UE.

Solo pochi mesi prima, peraltro, il Tribunale di Padova<sup>79</sup> aveva sollecitato un intervento della Corte costituzionale in relazione al caso di un bambino nato in Italia a seguito di PMA eterologa praticata all'estero da una coppia di donne, rispetto al quale venivano in rilievo ragioni analoghe, atteso che il diritto vivente non avrebbe consentito la formazione di atto di nascita con doppia maternità<sup>80</sup> e si sarebbe dovuti ricorrere all'adozione in casi particolari. Ciò in quanto, a differenza dei casi di filiazione nelle coppie femminili già esaminati, non vi era in tale ipotesi un atto straniero già esistente da trascrivere, poiché la nascita era avvenuta in Italia. Proprio nel caso di specie, però, emergevano tutti i limiti dell'adozione in casi particolari, la quale, a seguito di un insanabile conflitto all'interno della coppia, era risultata di fatto impraticabile a causa del diniego del genitore biologico a prestare il proprio assenso.

Le ordinanze in parola, assai simili nei motivi<sup>81</sup>, hanno pertanto permesso alla Consulta di affrontare per la prima volta con uno sguardo d'insieme la questione

78 Corte EDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, ric. P16-2018-001, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2019, I, p. 764, con nota di GRASSO, A.G.

79 Trib. Padova, 9 dicembre 2019, in G.U., 28/2020.

80 Cfr. Cass. 3 aprile 2020, n. 7668; Cass. 22 aprile 2020, n. 8029, entrambe in *Questione giustizia on line*, 2020, con note di CELENTANO, S. e FERRANDO, G.

81 Gli argomenti, come detto, appaiono nel complesso assimilabili. Il Tribunale, in particolare, ha osservato che i figli nati da procreazione medicalmente assistita da coppie del medesimo sesso “sarebbero destinati

dello *status* dei figli nati da coppie omoaffettive, siano esse femminili (Corte cost. n. 32/2021) o maschili (Corte cost. n. 33/2021)<sup>82</sup>. E, infatti, pur dovendosi a redattori differenti, le due pronunce, depositate entrambe il 9 marzo, seguono uno stesso percorso argomentativo – applicabile *a fortiori* anche rispetto alla maternità surrogata eterosessuale – con alcune variazioni negli accenti e nella cifra stilistica.

Entrambe le sentenze muovono dal preminente interesse del minore, il quale comprende “la garanzia del suo diritto all’identità affettiva, relazionale, sociale, fondato sulla stabilità dei rapporti familiari e di cura e sul loro riconoscimento giuridico”<sup>83</sup>, come già affermato in altre occasioni dalla Corte Edu e dalla stessa Corte costituzionale. Per la Consulta, in particolare, “non v’è dubbio [...] che l’interesse di un bambino accudito sin dalla nascita [...] da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia”<sup>84</sup>. Dall’importanza di tali legami, che costituiscono “parte integrante della stessa identità del bambino”, discende pertanto il diritto di quest’ultimo a che sia affermata in capo ad entrambi gli adulti “la titolarità giuridica di quel fascio di doveri [...] inscindibilmente legati all’esercizio di responsabilità genitoriali”, dai quali non è pensabile che costoro “possano ad libitum sottrarsi”<sup>85</sup>.

Tuttavia, pur nel riconoscimento del carattere di assoluta preminenza che i diritti del bambino rivestono nella scala dei valori costituzionali, la Corte ne ammette il bilanciamento, nei limiti di proporzionalità, con altri scopi legittimi perseguiti dall’ordinamento, compreso quello di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità. Al contempo, però, la Consulta ritiene che il margine di apprezzamento di cui gode il legislatore non sia affatto incondizionato, poiché deve essere comunque garantita la possibilità di addivenire a una piena formalizzazione del rapporto col genitore intenzionale, anche se non necessariamente mediante la trascrizione del provvedimento straniero. E, in ogni caso, lo strumento prescelto

---

a un perenne stato di figli con un solo genitore, non riconoscibili dall’altra persona che ha contribuito al progetto procreativo” e verrebbero così a trovarsi “in una situazione giuridica diversa e deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati (compresi i nati dai rapporti incestuosi)”, in contrasto con il principio dell’unicità dello *status* giuridico dei figli ed una pluralità di disposizioni nazionali e sovranazionali di rango costituzionale. La stessa constatazione si rinviene nell’ordinanza della Corte di Cassazione, dove si legge che “il figlio nato da maternità surrogata sarebbe discriminato rispetto a ogni altro bambino, in conseguenza di circostanze delle quali egli non porta alcuna responsabilità” e si sottolinea l’irragionevolezza della disciplina che sacrifica l’interesse del figlio “per condannare il comportamento dei genitori”. Entrambe le ordinanze, poi, hanno evidenziato, quale ulteriore aspetto decisivo, che lo standard del diritto vivente italiano in punto di diritti del minore nato da fecondazione assistita per iniziativa di una coppia omosessuale non è adeguato alle convenzioni di rango costituzionale recepite dal nostro ordinamento né alla giurisprudenza della Corte Edu. Pertanto, per questa sola ragione, le regole che attualmente caratterizzano il sistema sarebbero esorbitanti dal margine di discrezionalità che può essere riconosciuto al legislatore nazionale.

82 Punto di partenza, anche secondo la Consulta, è che “l’orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull’idoneità all’assunzione di responsabilità genitoriale” (Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.).

83 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, cit.

84 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.

85 Queste affermazioni ancora in Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.

deve anche rispondere ai requisiti di “effettività” e “celerità” già individuati dalla Corte EDU.

Se dunque i diritti del figlio devono ricevere una tutela di questo tipo, non si può non vedere che nel nostro ordinamento sussiste una “preoccupante lacuna” che sacrifica “incomprimibili diritti dei minori”<sup>86</sup>, perché lo strumento che viene indicato dalla giurisprudenza come alternativo al riconoscimento del provvedimento straniero (o alla dichiarazione della doppia maternità nell’atto di nascita) non soddisfa i requisiti richiesti. L’una e l’altra sentenza, infatti, concordano nel denunciare “l’insufficienza del ricorso all’adozione in casi particolari”<sup>87</sup> che non è “ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali richiamati”<sup>88</sup>.

Tuttavia, la Corte ha ritenuto di non poter porre rimedio a tale “vuoto di tutela”<sup>89</sup> attraverso una pronuncia di contenuto additivo<sup>90</sup>, per il rischio di “generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato”<sup>91</sup> e la necessità di sciogliere una serie di alternative consistentemente diverse tra loro, individuando “una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco”<sup>92</sup>.

Epperò, nonostante la Consulta discorra di un “ventaglio” di “opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione”, da cui discenderebbe un significativo “margine di manovra”<sup>93</sup> del legislatore nell’elaborare le regole più opportune, occorre rilevare come il punto finale di un intervento in materia dovrebbe pur sempre essere quello scandito dalla regola che la stessa Corte ha impartito: l’istituzione del rapporto di filiazione, costituendo lo *status* di figlio e di genitore (artt. 315 ss. c.c.), con tutto quanto giuridicamente ne consegue in termini di diritti e doveri del figlio (artt. 315-bis ss. c.c.) e di responsabilità genitoriale della madre o del padre intenzionali (artt. 316 ss. c.c.)<sup>94</sup>.

---

86 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, cit.

87 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, cit.

88 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.

89 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, cit.

90 Come noto, la giurisprudenza costituzionale ammette pronunce di contenuto additivo solamente nei casi in cui l’unica soluzione per rendere la legge compatibile con la Costituzione sia quella indicata dall’ordinanza di rimessione, non residuando alcuno spazio per la discrezionalità del legislatore. Tale dottrina delle “rime obbligate” risale a CRISAFULLI, V.: “La Corte costituzionale ha vent’anni”, *Giur. cost.*, 1976, fasc. 10, p. 1707 ss. Si veda anche MODUGNO, F., CARNEVALE, P.: “Sentenze additive, ‘soluzione costituzionalmente obbligata’ e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del ‘verso’ della richiesta addizione”, *Giur. cost.*, 1990, fasc. 1-2, p. 519 ss., nonché, più di recente, ZAGREBELSKY, G., MARCENÒ, V.: *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 396 ss.

91 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32, cit.

92 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.

93 In questi termini Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.

94 Lo evidenzia, ASTONE, F.: “Procreazione di coppie *same sex* e status dei figli: un problema di discrezionalità legislativa?”, *Giur. cost.*, 2021, fasc. 2, p. 368, secondo cui tale rilievo “sembra, già di per sé, in grado di relativizzare in larga misura la posizione assunta dalla Corte sulla misura della discrezionalità che il legislatore avrebbe”.

Ma, se così è, tralasciando l'ipotesi di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, al momento altamente improbabile, l'unica possibile alternativa alla trascrizione diretta del provvedimento straniero (che però, come detto, non risolve i casi di PMA eterologa con nascita in Italia) parrebbe essere quella di un'adozione "disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione"<sup>95</sup>, soluzione non a caso avanzata e caldeggiata dalla stessa Consulta.

## VIII. IL RICONOSCIMENTO DIRETTO DELLO *STATUS FILIATIONIS* GIÀ ACQUISITO QUALE ALTERNATIVA ALL'ADOZIONE: UNA SOLUZIONE CONFORME AL MODELLO DI GENITORIALITÀ SOCIALE CONOSCIUTO DALL'ORDINAMENTO.

A chi scrive, invero, la soluzione prospettata dalla Corte costituzionale non convince del tutto.

Certo, coloro che guardano con diffidenza alla filiazione sociale non possono che accogliere positivamente il fatto che un eventuale riconoscimento di tale rapporto sia quantomeno sottoposto ad una prudente valutazione da parte del giudice, chiamato in astratto a bilanciare gli interessi sottesi al caso concreto e a valutare sia la qualità del legame affettivo e la sua significatività, sia la competenza genitoriale del ricorrente<sup>96</sup>. Il procedimento adottivo, in questo senso, sarebbe funzionale a verificare in via preventiva che la costituzione del rapporto di filiazione verso il genitore non biologico risponda all'interesse del minore.

Tuttavia, tale tipo di controllo non pare concretamente ipotizzabile: se il minore ha già vissuto per anni con i suoi genitori nel paese in cui è sorta la filiazione sarebbe praticamente inutile; se invece il riconoscimento della filiazione venga domandato dal genitore non biologico subito dopo la nascita del figlio, non è chiaro su cosa dovrebbe vertere detta valutazione, soprattutto nell'ambito di una procedura celere, quale quella ipotizzata dalla Consulta, in cui non assume rilievo l'aver fatto ricorso alla surroga di maternità<sup>97</sup>. Peraltro, anche nell'ipotesi estrema in cui il genitore non biologico avesse riconsiderato le proprie scelte e non fosse più intenzionato a crescere il minore, l'interesse di quest'ultimo alla preservazione del legame giuridico non verrebbe automaticamente meno, posto che tale legame fa sì che il genitore d'intenzione sia chiamato ad adempiere per lo meno ai suoi

95 Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.; nello stesso senso Corte cost. 9 marzo 2021 n. 32, secondo cui, oltre che mediante una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, il legislatore potrebbe colmare il vuoto di tutela "[i]n via esemplificativa" attraverso la "introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione".

96 Muovono in questo senso, seppur in una prospettiva di apertura, le interessanti riflessioni di PERLINGIERI, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, fasc. 2, p. 340. Cfr. anche RECINTO, G.: "La decisione delle sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'", *ivi*, p. 347 ss.

97 Coglie bene il punto AZZARRI F.: "I diritti dei nati da gestazione per altri", *cit.*, p. 186 ss.

obblighi patrimoniali. In quest'ottica, del resto, attenta dottrina ha già posto in evidenza come anche nei casi di attribuzione giudiziale dello *status* non assuma di norma alcun rilievo la circostanza che il genitore si riveli assente e disinteressato al futuro del figlio, ritenendosi prevalente il mero fattore del contributo economico che egli sarà comunque tenuto a prestare<sup>98</sup>.

Insomma, l'idea di affidare la tutela dell'interesse del minore ad un procedimento adottivo caratterizzato dalla speditezza, dalla parificazione degli effetti a quelli dell'adozione legittimante, nonché dall'assenza del requisito del duplice consenso dell'adottante e del genitore biologico dell'adottato, appare artificiosa e poco utile<sup>99</sup>. Sfugge, infatti, quale potrebbe essere, a questo punto, la giustificazione sostanziale di un tale tipo di procedimento in luogo della più immediata trascrizione sui registri italiani di stato civile dell'atto di nascita formato all'estero<sup>100</sup>, posto che in entrambi i casi l'esito finirebbe per essere pur sempre il medesimo<sup>101</sup>.

D'altronde, è la stessa Corte costituzionale a rilevare la diversità della situazione in parola rispetto a quella del minore adottabile. Ma proprio tale diversità fa sì che il controllo sull'idoneità dell'aspirante genitore si riveli nel caso di specie improprio, atteso che non si tratta di trovare una famiglia a un minore abbandonato, bensì di consentire a una coppia di realizzare quella procreazione che per via naturale non le è possibile. E non è un caso che per l'ordinario accesso alle tecniche di

98 MANTOVANI, M.: *Azioni di stato e interesse del minore*, in AA.VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. SALANITRO), Pacini, Pisa Ospedaletto, 2019, p. 379 ss., la quale invero suggerisce di fare "un più coraggioso" ricorso all'art. 279 c.c., al fine di evitare un'attribuzione forzata e poco opportuna della paternità. Tuttavia, una soluzione di questo tipo andrebbe valutata sulla base delle peculiarità del caso concreto, poiché per alcuni aspetti (come quelli relativi alla cittadinanza) potrebbe non rappresentare la miglior forma di tutela per il minore; SALANITRO, U.: "L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata", *Corr. giur.*, 2020, fasc. 7, p. 916, nt. 27.

99 Di "soluzione artificiosa" parla CORDIANO, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale", cit., p. 24, la quale rileva che essa da luogo ad un "trattamento ingiustificatamente differenziato rispetto allo statuto della genitorialità biologica, che vede il giudice entrare nella dimensione privata unicamente attraverso i meccanismi legittimi del controllo pubblico, di cui agli artt. 330, 333 e 403 c.c.". Inoltre, l'A evidenzia come "la g.p.a. potrebbe presentare una perfetta corrispondenza genetica" il che, ancora una volta, dimostrerebbe "una certa artificialità del percorso adottivo". Infine, per "quei percorsi di g.p.a. che non si realizzano con procedimenti simil-adottivi (modalità che è tipica solo di una parte dell'esperienza giuridica mondiale), bensì con la formazione di un atto di nascita tradizionale [...] pure la formula [di adozione] piena sembrerebbe un escamotage volto a dare giuridica esistenza ad un rapporto sussistente, ma creato ai margini/in violazione delle norme giuridiche interne".

100 A favore del riconoscimento del provvedimento straniero, VENUTI, M.C.: "Diritti dei figli vs. genitorialità same-sex: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, fasc. 4, II, p. 956; PALMERI, G.: "Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 3, p. 362 ss.; v. anche CORDIANO, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale", cit., pp. 24-25; AZZARRI F.: "I diritti dei nati da gestazione per altri", cit., p. 1187; FERRANDO, G.: "La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori", *Fam. dir.*, 2021, fasc. 7, p. 712; GRASSO, A.G.: "Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione?", *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 495 ss. (con riferimento alla gestazione per altri altruistica); in senso contrario, MORACE PINELLI, A.: "La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore", *Famiglia*, 2021, p. 418; BILOTTI, E.: "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", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, fasc. 4, II, p. 923.

101 AZZARRI, F.: "I diritti dei nati da gestazione per altri", cit., p. 186.

procreazione medicalmente assistita ammesse nel nostro sistema non sia prevista alcuna verifica circa l'idoneità degli aspiranti genitori, né preventivamente né ovviamente una volta che il bambino sia venuto al mondo<sup>102</sup>.

La trascrizione diretta del provvedimento giudiziario ovvero dell'atto di nascita esteri derivanti da maternità surrogata "avrebbe invece il pregio di consolidare il legame mediante un principio di autoresponsabilità nelle tecniche di procreazione"<sup>103</sup> e di privilegiare l'interesse del minore al mantenimento di legami affettivi costituiti nei fatti<sup>104</sup> – alla luce dunque della continuità degli *status* di filiazione – e alla loro certezza, in conformità con lo statuto giuridico della genitorialità sociale che si ricava dall'art. 9 della legge sulla PMA, nonché dal principio sancito dall'art. 8 della medesima legge<sup>105</sup>.

A ben vedere, infatti, le norme appena citate disegnano un sistema fortemente in contrasto con quello della genitorialità biologica, e anzi per certi versi opposto. Lo dimostra anzitutto la previsione che impedisce al coniuge o al convivente che abbia acconsentito all'eterologa di agire in disconoscimento e di impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità (art. 9, primo comma, l. 40/2004)<sup>106</sup>. A ciò si aggiunge il divieto di cui al secondo comma dell'art. 9, il quale impedisce alla donna che ha fatto ricorso alla PMA di avvalersi del diritto di non essere nominata nell'atto di nascita (ai sensi dell'art. 30, primo comma, d.P.R. 396/2000), a dimostrazione dell'interesse dell'ordinamento a riconoscere la maternità sociale,

102 Evidenzia questo aspetto VENUTI, M.C.: "Diritti dei figli vs. genitorialità same-sex", cit., p. 956.

103 CORDIANO, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale", cit., p. 24-24. Della stessa Autrice, per un approfondimento sul tema, si veda *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Giappichelli, Torino, 2018.

104 Peraltro, come rileva FERRANDO, G.: "La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli" cit., p. 710, la stessa Corte Costituzionale, nell'ordinanza in parola e nei precedenti da questa richiamata, non si limita a far riferimento alla "tutela del preminente interesse del minore" come principio di rilevanza costituzionale interna ed europea, ma mette al centro dell'attenzione i "diritti del bambino" garantiti dagli artt. 2, 30, 31 Cost. Si tratta, segnatamente, dei "suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità" nonché del suo diritto "a crescere in famiglia", cui fa riscontro l'obbligo degli Stati "di rendere effettivi tali diritti", di "garantire la stabilità dei legami e delle relazioni" del minore con "tutte le persone". In Italia, il diritto alla continuità affettiva è stato espressamente sancito dalla legge 19 ottobre 2015, n. 173, la quale ha introdotto il fondamentale principio secondo cui, qualora il minore già affidato sia dichiarato adottabile, gli affidatari devono essere considerati in via preferenziale ai fini dell'adozione. In arg. MORACE PINELLI, A.: "Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173", in *Dir. fam. e pers.*, 2016, fasc. 2, p. 303 ss.; CORDIANO, A.: "Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva", cit., p. 255 ss. L'importanza dei legami del minore pure affettivi e di fatto è stata ribadita più volte anche dalla giurisprudenza sovranazionale; sul punto si rinvia a BATTELLI, E.: "Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione", *Dir. fam.*, 2021, fasc. 2, p. 838 ss.

105 In questi termini ancora CORDIANO, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale", cit., p. 25.

106 "Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti conclusivi non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice". Si ritiene, peraltro, che nonostante la lettera della norma, tale divieto operi anche nei confronti della madre, del figlio e, in virtù della legittimazione assoluta dell'art. 263 c.c., di chiunque possa vantare un interesse attuale (BORRELLO, F.: "Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa", *Fam. dir.*, 2010, fasc. 10, p. 947).

intenzionale, non genetica<sup>107</sup>. Inoltre, il terzo comma dell'art. 9 stabilisce che il donatore o la donatrice di gameti non acquisiscano alcuna relazione giuridica parentale col nato e non possano far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolari di obblighi, essendo implicito che alla base della donazione di parte del corpo vi sia stato un atto di solidarietà, senza l'elemento volontaristico dell'aspirazione genitoriale.

A completare il quadro vi è poi l'art. 8 della legge 40, il quale riconosce lo stato di figli naturali riconosciuti ai nati dalla coppia che ha espresso il consenso alla fecondazione assistita<sup>108</sup>.

Insomma, le disposizioni appena riportate manifestano una profonda distanza dal *favor veritatis*, esprimendo all'opposto accettazione riguardo ad un'eventuale scissione fra l'elemento naturalistico della gestazione e del parto, l'elemento identitario e l'elemento affettivo-intenzionale<sup>109</sup>. La disciplina, infatti, attribuisce prevalenza all'interesse del figlio all'attestazione formale e al mantenimento del legame genitoriale, prescindendo dalla veridicità del rapporto (c.d. *favor stabilitatis*), cosicché nella costruzione del legame di genitorialità diviene rilevante il dato volitivo e affettivo (c.d. *favor affectionis*).

Ebbene, a fronte del vuoto normativo in cui ricade la maternità surrogata, sprovvista com'è di una disciplina di supporto per l'eventualità di una nascita in violazione del divieto, le regole ora espresse si rivelano assai preziose, in quanto delineano un modello di genitorialità sociale già esistente ed esprimono un principio di autoresponsabilità nella procreazione, in forza del quale i soggetti sono tenuti a rispondere dei comportamenti volontariamente e consapevolmente assunti volti alla condivisione e costituzione di un progetto genitoriale<sup>110</sup>; il tutto, nell'ottica di un'effettiva realizzazione del migliore interesse del minore.

Muovendo da questa prospettiva, come anticipato, risulta dunque ancor più evidente l'opportunità del riconoscimento diretto dello *status filiationis*

---

107 CORDIANO, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale", cit., p. 25.

108 Sul punto cfr. BORRELLO, F.: "Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa", cit., p. 953, che sulla scorta di tale articolo ipotizza la possibilità per il figlio nato da eterologa di acquisire detto *status* automaticamente, indipendentemente da un effettivo riconoscimento dei genitori.

109 Così CORDIANO, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale", cit., p. 25.

110 D'altronde, osserva SCALISI, V.: "Maternità surrogata: come «far cose con regole»", cit., p. 1104, che "genitorialità è anche e soprattutto responsabilità e come tale – difatti – viene qualificata dall'ordinamento comunitario (reg. CE n. 2201/2003) e ora, dopo la legge di riforma della filiazione, anche dal nostro ordinamento interno (art. 316 c.c., nella nuova formulazione)". Sul rilievo dell'elemento volontaristico e dell'assunzione di responsabilità come possibile fondamento della filiazione, oltre che CORDIANO, A.: *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, cit.; cfr. FEDERICO, A.: "Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore", *Giust. civ.*, 2020, fasc. 4, p. 660 ss.; FERRANDO, G.: "Conclusioni", in AA.VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. SALANITRO), cit., p. 324; PALMERI, G.: "Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale", in AA.VV.: *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere* (a cura di M. CAIELLI, B. PEZZINI e A. SCHILLACI), Torino, 2019, p. 46 ss.

legittimamente acquisito all'estero, trattandosi di una soluzione in perfetta aderenza rispetto al paradigma di genitorialità sociale previsto dal legislatore e del tutto coerente coi principi su cui esso si fonda.

È vero, un'impostazione di questo tipo finisce in un certo senso per avallare una pratica che si vorrebbe tentare di disincentivare. Tuttavia, una diversa soluzione, come quella dell'adozione, finirebbe per trasferire lo stigma sulla condotta (non punibile) dei genitori sul vincolo di filiazione, chiamando in un certo senso il diritto civile a supplire alla sanzione penale<sup>111</sup>. Ma non si comprende per quale ragione dovrebbero ricadere sul minore le conseguenze sfavorevoli delle scelte di coloro che hanno voluto procrearlo, atteso che il principio dell'unicità dello stato di figlio ex art. 315 c.c., imporrebbe anche di "non far gravare sui figli la colpa [...] dei loro genitori"<sup>112</sup>.

La questione relativa allo stato del figlio deve dunque necessariamente essere tenuta distinta da quella della liceità della tecnica prescelta per farlo nascere, come affermato del resto anche dalla nostra Corte costituzionale<sup>113</sup>; la stessa che, peraltro, ci segnala già da tempo che il diritto allo *status* costituisce il primo tra i diritti del bambino<sup>114</sup>. A queste sollecitazioni si aggiungono quelle provenienti dalla Corte EDU, la quale ha sempre espresso indirizzi intesi a contrastare forme di discriminazione di categorie di figli in ragione delle circostanze della loro nascita<sup>115</sup>.

D'altra parte, come più volte rilevato, lo stesso art. 12 della legge 40/2004 si limita a colpire l'organizzazione e il ricorso in Italia alla surrogazione di maternità, senza prendere in considerazione la posizione giuridica del figlio (men che meno di quello generato all'estero) che sia così venuto al mondo, e senza prevedere eventuali conseguenze sul suo stato. È chiaro, però, che un'eventuale violazione di tale norma non esclude un interesse concreto del singolo minore a mantenere

111 AZZARRI, F.: "I diritti dei nati da gestazione per altri", cit., p. 1160. Si veda anche VENUTI M.C.: "Diritti dei figli vs. genitorialità same-sex", cit., p. 955.

112 In questi termini BIANCA, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 1, p. 4, con riferimento all'abrogazione del divieto di riconoscimento dei figli di parenti. Sul punto, si tornerà nelle prossime pagine.

113 Lo si coglie in un passaggio di Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., la quale, preso atto della circostanza che la maternità surrogata sia una pratica penalmente sanzionata e apertamente condannata dalle Sezioni Unite e dalla stessa Corte costituzionale (sent. 18 dicembre 2017, n. 272, cit.), evidenzia come le questioni ad essa sottoposte "sono però focalizzate sugli interessi del bambino [...] nei suoi rapporti con la coppia [...] che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita. Questo passaggio è ritenuto "decisivo" da 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", *Gustiziainsieme.it*, 2021, in quanto dimostra che "diversamente dalle sezioni Unite, la Corte costituzionale è consapevole della necessità di non confondere i due distinti piani: da un lato il giudizio sulla condotta dei genitori, dall'altro la tutela dei diritti del figlio".

114 In questo senso già Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4058, con nota di BIANCA, C.M.; e in *Famiglia*, 2003, p. 848 ss., con note di FERRANDO, G. e LANDINI, S.

115 Cfr. Corte EDU, 13 giugno 1979, ric. 683/74, *Marckx c. Belgio*, in *Foro it.*, 1979, IV, c. 382; Corte EDU, 1° febbraio 2000, ric. 34406/97, *Mazurek c. Francia*, in *Dalloz*, 2000, p. 332; nonché il parere consultivo del 10 aprile 2019, R. P 16-2018-001 citato in precedenza.

giuridicamente intatta la relazione familiare sorta legalmente altrove in virtù di una condivisa assunzione di responsabilità nei suoi confronti. E non si comprende perché tale interesse dovrebbe soccombere dinanzi ad esigenze – *in primis* la difesa della dignità della gestante<sup>116</sup> – che si pongono su un piano diverso, e rispetto alle quali il mancato riconoscimento dello *status* del minore non pare una reazione appropriata, atteso che ciò non contribuisce in alcun modo né al ripristino della dimensione individuale che si assume essere stata lesa, né tantomeno a prevenire la lesione stessa<sup>117</sup>.

Per tali motivi, una soluzione che a tutela di un valore, apprezzabile solo in astratto, sacrifichi comunque l'interesse concreto e attuale del minore alla conservazione del proprio *status*, appare sproporzionata e irragionevole<sup>118</sup>.

Pertanto, a meno che non si voglia ammettere un meccanismo che si configura unicamente quale impropria sanzione verso chi si avvale di una pratica ammessa in altri sistemi democratici e i cui effetti si ripercuotono sul minore per una condizione esistenziale a lui non imputabile (in violazione del principio di uguaglianza dei figli),

---

116 Come detto, peraltro, le Sezioni Unite del 2019 ritengono che il divieto di surroga sia posto anche a tutela dell'istituto dell'adozione, l'unico strumento, secondo la Corte, a cui "l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato". Tuttavia, a meno che non si voglia chiedere gli occhi dinanzi all'evoluzione del fondamento della filiazione, deve rilevarsi come tale prerogativa non sia propria soltanto dell'istituto dell'adozione. Infatti, al legame genetico si è affiancata la rilevanza dell'assunzione di responsabilità della nascita e/o dei doveri genitoriali. Basti pensare alla già menzionata dichiarazione di incostituzionalità del divieto della procreazione eterologa, agli indici normativi espressivi della rilevanza della filiazione di fatto o dello stato di figlio falso ma duraturo, non più impugnabile ai sensi degli artt. 244, comma 4, c.c. e 263, comma 3, c.c., o, ancora, alla nozione di vita familiare delineata dalla giurisprudenza CEDU, che ha radici nella fattualità del legame oltre che nelle qualificazioni giuridiche. Per queste considerazioni v. GORGONI, A.: "Vita familiare e conservazione dello stato di figlio: a proposito delle Sezioni unite sulla (non) trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga di maternità all'estero", *Persona e mercato*, 2019, fasc. 4, p. 157 ss.

117 AZZARRI, F.: "I diritti dei nati da gestazione per altri", cit., pp.1178-1179.

118 Così GORGONI, A.: "Vita familiare e conservazione dello stato di figlio", cit., p. 157, per il quale "la tutela della dignità della donna, valore posto dalle Sezioni Unite a fondamento del divieto di surroga, finisc[e] con l'essere una tutela evanescente, lontana dalla madre surrogata. L'Italia, negando lo Stato di figlio nei confronti del genitore committente non biologico, non salvaguarda affatto la dignità della madre surrogata, la quale, in un altro paese, abbia offerto il proprio ventre per spirito di solidarietà o magari dietro corrispettivo di un prezzo (così in alcuni Stati americani)". Nello stesso senso anche VENUTI M.C.: "Diritti dei figli vs. genitorialità same-sex", cit., p. 954 ss., la quale ritiene che il minore "una volta nato e affidato alla coppia dei genitori intenzionali, non rinvenga nella sfera giuridica della persona che ha portato avanti la gravidanza, partorito, e rinunciato a instaurare con lui il ruolo di madre (sia dal punto di vista materiale e sia da quello giuridico-formale), un nucleo di interessi attuali e di tale consistenza da contrapporsi e pregiudicare la realizzazione dei propri" (p. 955). L'Autrice, pertanto, nega l'opportunità di un bilanciamento "tra un interesse ormai consumato, qual è quello della donna che ha portato a termine la gravidanza, e l'interesse invece presente e pienamente consistente del bambino, nato e accolto nella famiglia degli affetti" (p. 955). Bilanciamento che ha senso quando si tratta di *prevenire* un comportamento riprovevole mediante la previsione di una fattispecie penale, ove "viene in rilievo la tutela dell'interesse attuale della possibile madre gestazionale in contrapposizione all'interesse, altrettanto attuale, degli eventuali committenti a realizzare per suo tramite il loro progetto procreativo" (p. 954). A ciò si aggiunge il rilievo per cui il nostro sistema, vietando in maniera indiscriminata qualsiasi pratica di maternità surrogata ha rinunciato alla possibilità ammettere quelle pratiche che "potrebbero essere reputate compatibili con i principi costituzionali di solidarietà libertà, autodeterminazione, perché per le circostanze concrete in cui vengono poste in essere è da escludere qualsiasi forma di intollerabile sfruttamento della donna e della sua capacità gestazionale" (p. 954).

sembrerebbe doversi propendere per l'immediata trascrizione dell'atto o del provvedimento straniero.

## IX. IL RICONOSCIMENTO DIRETTO DELLO STATUS FILIATIONIS GIÀ ACQUISITO E LA TUTELA GIUDIZIALE DEL MINORE NELLE SITUAZIONI CRITICHE: UNA SOLUZIONE CHE NON CONTRASTA CON L'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE.

Giova a questo punto una precisazione.

Ammettere la riconoscibilità del provvedimento straniero che riconosca lo stato di figlio nei confronti del genitore di intenzione non significa porsi in una prospettiva "adultocentrica" ed affermare l'esistenza di un "diritto alla genitorialità"<sup>119</sup>, quanto piuttosto porsi semplicemente nell'ottica di una tutela effettiva del diritto del minore alla conservazione del proprio stato, che, per lo meno nei casi di vincolo biologico su una sola linea germinale, corrisponde normalmente al suo interesse.

D'altra parte, come già detto, il disvalore che la legge attribuisce alla condotta dei genitori, al punto da sanzionarla penalmente, non può riverberarsi sulla condizione giuridica del figlio, né per quanto riguarda l'accertamento di *status*, né per quanto riguarda la relazione personale<sup>120</sup>.

In questo senso si è espressa peraltro la stessa Corte costituzionale sia quando ha dichiarato illegittima la norma che precludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali, e le relative indagini, nei casi in cui tale riconoscimento era vietato (sottolineando come a essere incestuosi fossero i genitori e non i figli)<sup>121</sup>; sia quando ha escluso che dalla condanna per il reato di alterazione<sup>122</sup> o di soppressione<sup>123</sup> di stato possa derivare, come sanzione accessoria, l'automatica decadenza dalla responsabilità genitoriale, in assenza di una valutazione circa la corrispondenza di tale misura all'interesse del minore<sup>124</sup>.

119 Per una diversa prospettiva si vedano le riflessioni di BALLARANI, G.: "La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra norme e principi)", in AA.VV.: *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità* (a cura di P. PERLINGIERI e S. GIOVA), E.S.I., Napoli, 2019, p. 337 ss.

120 In questo senso anche IRTI, C.: "Digressioni attorno al mutevole 'concetto' di ordine pubblico", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2016, fasc. 3, p. 483

121 Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit.

122 Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Giur. it.*, 2012, p. 1873, con nota di FEDERICI, M.A.; in *Fam. dir.*, 2012, fasc. 9, p. 443, con nota di CHICCO, D. La questione era stata in precedenza respinta da Corte cost., 23 marzo 2007, n. 106, in *Fam. dir.*, 2007, con nota di PITTARO, P.

123 Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 7, in *Giur. cost.*, 2013, p. 169, con nota di MANTOVANI, MAR.

124 Nello stesso senso si è espressa di recente anche Corte cost. 29 maggio 2020, n. 102, che ha censurato l'automatica sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale prevista dal terzo comma dell'art. 574-bis del codice penale, per il caso in cui il genitore abbia commesso il reato di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore. Tale decisione è particolarmente significativa considerato che il delitto in parola è intrinsecamente offensivo rispetto allo stesso interesse del minore.

Proprio l'ultima pronuncia richiamata, a ben vedere, fornisce un'indicazione assai utile ai fini del nostro discorso, atteso che le medesime ragioni che hanno condotto la Consulta a disattivare l'automatismo dell'art. 569 c.p. sembrano indurre a dover valutare negativamente anche la soluzione dell'adozione per i casi di maternità surrogata. È evidente, infatti, che pure la regola individuata dalle Sezioni Unite – e avallata come visto dalla Corte costituzionale – prevede in ottica sanzionatoria una meccanica recisione del rapporto di filiazione già sorto legalmente all'estero, spogliando automaticamente il minore di ogni legame giuridico col genitore d'intenzione.

In questa prospettiva, pertanto, anche la soluzione dell'adozione finisce per essere incompatibile col principio secondo cui l'interruzione del vincolo di filiazione, configurandosi come “pena accessoria su una potestà che coinvolge non soltanto il suo titolare ma anche, necessariamente, il figlio minore, [...] in tanto può ritenersi giustificabile [...], in quanto essa si giustifichi proprio in funzione di tutela degli interessi del minore”. Interessi, questi ultimi, che abbisognano dunque di una tutela *ex ante*, volta a impedire la rottura del rapporto, e non *ex post*, per porre rimedio alle evitabili conseguenze di detta rottura<sup>125</sup>.

La soluzione più corretta, allora, sembra proprio quella di riconoscere pienamente i percorsi di genitorialità sociale realizzati all'estero, riservando al contempo al giudice minorile la possibilità di intervenire nei casi più critici, attraverso tutti gli strumenti di cui normalmente dispone: dalla limitazione della responsabilità genitoriale agli allontanamenti, fino alle forme adottive più consone, che si dimostrino nel caso di specie più rispondenti ad assicurare il concreto interesse del minore<sup>126</sup>. In quest'ottica, peraltro, possono svolgere un ruolo determinante le prassi già diffuse presso gli ufficiali di stato civile e presso consolati investiti della richiesta della documentazione necessaria per oltrepassare i confini stranieri, le quali già prevedono la segnalazione delle pratiche con elementi critici.

Tutto questo, si noti, non implica un'attenuazione della condanna del nostro ordinamento alla surrogazione di maternità, non essendo in alcun modo in discussione la sanzione penale né l'invalidità dei relativi contratti: il divieto – occorre prenderne atto – esprime una *policy* avente radici culturali assai solide. Si tratta soltanto di considerare che la scelta adottata dal legislatore nazionale ha un campo di applicazione che coincide necessariamente con quello di efficacia della sanzione penale, il quale, per lo meno ad oggi, è circoscritto al territorio dello Stato italiano.

La fattispecie criminosa, pertanto, non verrebbe affatto intaccata dal pieno riconoscimento dello *status* dei nati all'estero da maternità surrogata, e

125 AZZARRI, F.: “I diritti dei nati da gestazione per altri”, cit., p. 1180.

126 In questa prospettiva, CORDIANO, A.: “Ultimi approdi della Corte costituzionale”, cit., p. 26.

continuerebbe ad esplicare la sua funzione general-preventiva in modo analogo a quanto fatto finora, impedendo, come dimostrano i repertori giurisprudenziali, ogni qualsiasi attuazione della pratica nel nostro ordinamento.

Del resto, la valenza normativa di un divieto vigente nell'ordinamento interno non esclude che lo stesso possa cedere quando si faccia applicazione di una disciplina straniera o si postuli il riconoscimento di un atto formato all'estero<sup>127</sup>.

Come rilevato da attenta dottrina, infatti, il concetto di ordine pubblico internazionale differisce da quello di ordine pubblico interno non solo per quanto riguarda la funzione ma anche per ciò che concerne il contenuto<sup>128</sup>: il primo assume rilevanza quale limite all'autonomia privata e coincide con l'insieme di tutte le norme imperative e di tutti i principi dello Stato; il secondo, invece, opera come limite al riconoscimento di atti e discipline straniere e riguarda i soli principi fondamentali e irrinunciabili, ossia i principi identificativi del nostro sistema ordinamentale, che anche al nostro legislatore è precluso di derogare<sup>129</sup>.

La nozione di ordine pubblico internazionale è dunque più limitata rispetto a quella del c.d. ordine pubblico interno e, del resto, non potrebbe essere diversamente. Infatti, se l'estensione del significato del primo fosse coincidente con quella del secondo, si finirebbe per impedire l'applicazione del diritto straniero ogni qual volta la disciplina estera richiamata risultasse in qualche punto difforme dalla legge inderogabile italiana<sup>130</sup>, con la conseguenza che nelle numerose materie regolate quasi esclusivamente da norme inderogabili di diritto materiale italiano (si pensi a quelle relative alla capacità, ai rapporti di famiglia, ai rapporti tra i coniugi), non potrebbe trovare applicazione alcuna legge straniera che regolasse il caso in modo diverso o contrario a una norma imperativa nazionale<sup>131</sup>.

Una volta chiarito anche tale ultimo aspetto, pare sciogliersi definitivamente pure il nodo dell'ordine pubblico internazionale, il quale, così configurato, non sembra poter rappresentare un valido ostacolo alla trascrizione diretta del provvedimento

127 Lo evidenzia GRASSO, A.G.: *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Aracne, Roma, 2020, p. 305.

128 Si veda già BADIALI, G.: "Ordine pubblico III, Diritto internazionale privato e processuale", in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1990, p. 1, il quale evidenzia come il contenuto dell'ordine pubblico internazionale si debba precisare in relazione alla funzione cui il concetto è preordinato. Distingue i due concetti sulla base della funzione, e di conseguenza del contenuto, anche BARBA, V.: "L'ordine pubblico internazionale", cit., p. 404 ss.

129 Si veda BARBA, V.: "Note minime sull'ordine pubblico internazionale", in *articolo29.it, La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, 2018, p. 6, secondo cui l'ordine pubblico internazionale "esprime quell'insieme dei principi fondamentali e irrinunciabili del nostro sistema ordinamentale, ossia quei principi identificativi, massime, ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana e della sua dignità, che trovano una loro espressione normativa nell'art. 2 Cost."

130 Cfr. BARILE, G.: "Ordine pubblico (dir. intern. priv.)", in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1116; BARBA, V.: "L'ordine pubblico internazionale", cit., p. 405.

131 GRASSO, A.G.: *La maternità surrogata altruistica*, cit., p. 311.

giudiziario o dell'atto di nascita esteri derivanti da maternità surrogata, atteso che, come si è avuto modo di rilevare, la genitorialità sociale, anche omosessuale, non collide affatto con principi irrinunciabili del nostro ordinamento, nel quale all'opposto trova già spazio.

## X. UNA PROPOSTA *DE IURE CONDENDO* CHE PARE UNA SOLUZIONE OBBLIGATA.

La diretta trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento giudiziario stranieri derivanti da maternità surrogata è dunque, per chi scrive, la via da intraprendere in assenza di un'improbabile presa di posizione del legislatore. Tale proposta interpretativa, peraltro, potrebbe trovare a breve una piena affermazione in giurisprudenza qualora venisse accolta dalle Sezioni Unite, le quali sono state da poco chiamate a pronunciarsi nuovamente sul tema, per supplire – a fronte del vuoto di tutela denunciato dalla Consulta – all'inerzia del legislatore<sup>132</sup>.

Come già anticipato, però, è auspicabile, *de iure condendo*, una riscrittura delle prescrizioni in materia di riconoscimento (art. 250 ss. c.c.), volta ad estendere tale possibilità anche al genitore intenzionale. Solo in tal modo, infatti, si metterebbe definitivamente fine a un'irragionevole discriminazione tra figli fondata su circostanze di cui non hanno colpa. Ma, soprattutto, solo in tal modo si garantirebbe loro la possibilità di far valere in maniera effettiva il proprio diritto allo *status*.

Il motivo è semplice: ammettere la riconoscibilità del nato significa oggi attribuire a quest'ultimo uno speculare "diritto ad essere riconosciuto". Infatti, a differenza del passato, quando il riconoscimento poteva essere considerato un atto di autonomia del genitore, di natura negoziale, volto alla costituzione del rapporto di filiazione, il figlio ha oggi la più ampia facoltà di agire in giudizio per ottenere detto riconoscimento in via giudiziale<sup>133</sup>. Ma visto che, come afferma la stessa Corte costituzionale, il diritto del figlio allo *status* va riconosciuto anche rispetto al genitore d'intenzione, si deve necessariamente consentire che pure nei suoi confronti il figlio possa agire secondo le regole generali<sup>134</sup>.

Tale diritto del figlio all'accertamento del proprio stato non potrebbe invece trovare tutela nel caso in cui il legislatore individuasse nell'adozione – anche in una forma ulteriore – lo strumento per attribuire rilevanza giuridica al legame col

132 Cass. civ., sez. I, ord. 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Giur. it.*, 2022, fasc. 8-9, p. 1825 ss., con nota di SALANITRO, U., la quale muove dal presupposto che "in assenza di un intervento innovativo del legislatore, è necessario partire da una rivalutazione degli strumenti normativi esistenti (delibazione e trascrizione) per verificare se in questa materia sussista un insuperabile ostacolo alla loro utilizzazione derivante dalla natura di ordine pubblico del divieto penale".

133 Lo evidenzia ASTONE, F.: "Procreazione di coppie *same sex*", cit., p. 370, affermando che oramai nella sostanza "il riconoscimento serve unicamente a prevenire l'intervento giudiziario".

134 Ancora ASTONE, F.: "Procreazione di coppie *same sex*", cit., p. 370.

genitore non biologico, in quanto, a meno che non si voglia snaturare del tutto l'istituto, non esiste alcun diritto del figlio ad essere adottato dal genitore.

D'altra parte, detta impossibilità di configurare un diritto dei figli all'adozione deriva proprio dal fatto che il sistema riconosce già loro un rimedio generale per ottenere l'accertamento del rapporto di filiazione e il riconoscimento da parte dei genitori. Ma, se è così, è costituzionalmente essenziale che il medesimo rimedio sia riconosciuto anche in favore dei nati dal ricorso a tecniche di procreazione vietate.

Insomma, se il legislatore non intende tradire il principio di unicità dello *status* di figlio, si deve riconoscere che i margini a sua disposizione per regolare le fattispecie di cui si discorre non sono ampi come lascerebbero intendere le recenti sentenze della Corte costituzionale poc'anzi esaminate.

L'unica soluzione realmente coerente con tale principio sembra essere la modifica della disciplina del riconoscimento, mediante un intervento sul testo dell'art. 250 c.c., volto ad includere il genitore d'intenzione tra i soggetti legittimati ad operarlo e lasciandone immutati gli effetti<sup>135</sup>.

Occorre evidenziare, peraltro, che la modifica dell'art. 250 c.c. non presuppone alcun passo indietro del legislatore sul divieto di maternità surrogata di cui all'art. 12 della legge 40 del 2004, ben potendo quest'ultimo restare immutato. Come già affermato, infatti, i due piani sono separati e una riforma del riconoscimento significherebbe soltanto affrontare opportunamente la questione dal punto di vista del figlio, il quale deve necessariamente godere dello *status* che gli appartiene a prescindere dalla liceità della pratica utilizzata dal genitore.

Certo, è vero che nell'attuale contesto globalizzato un divieto legislativo imposto a livello nazionale può risultare in concreto un'arma assai limitata, ma non per questo il legislatore deve rinunciare a una politica di contrasto a determinate tecniche di procreazione. Ciò, tuttavia, a patto che si metta in conto da principio il fatto che il divieto interno non elimini il fenomeno e che non si possano prevedere discriminazioni ai danni dei figli nati attraverso il ricorso a tali tecniche al di fuori dei confini nazionali.

In altre parole, al divieto di talune pratiche, come la surrogazione di maternità o l'eterologa per le coppie *same sex*, può perfettamente affiancarsi una disciplina del riconoscimento che garantisca ai nati da tali tecniche lo *status* di figlio, prevedendo

135 È questa la conclusione a cui perviene ASTONE, F.: "Procreazione di coppie *same sex*", cit., p. 372, il quale aggiunge che non possono essere in alcun modo immaginati "effetti minori" del riconoscimento per il genitore intenzionale, né distinzioni tra la situazione del figlio nato dall'iniziativa di una coppia femminile rispetto a quella del figlio nato da una coppia maschile.

la possibilità del genitore intenzionale di operare detto riconoscimento e la correlata facoltà del figlio di agire in giudizio per conseguire lo stesso risultato.

Chi scrive, come già detto, è consapevole che un tale tipo di intervento da parte del legislatore sia assai improbabile. Quest'ultimo, anzi, si guarda bene dal prendere in considerazione qualsiasi ipotesi di riforma in tema di filiazione, poiché ciò richiederebbe di riaprire un delicato dibattito e di rimettere in discussione i principi generali della materia.

Nulla esclude, però, che la palla ritorni nuovamente alla Corte costituzionale, la quale, alla luce di quanto detto sin ora, potrebbe intervenire senza intaccare in alcun modo tali principi e dandovi anzi attuazione attraverso un intervento additivo sull'art. 250 c.c., che consentirebbe di risolvere efficacemente i problemi di cui si è cercato di dar conto, ponendo fine ad inaccettabili discriminazioni che il diritto non può ammettere.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Complessità ed integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, Atti del convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisì (a cura di M. TRIMARCHI, A. FEDERICO, M. ASTONE, C. CIRAOLO, A. LA SPINA, F. RENDE, E. FAZIO e S. CARABETTA), Giuffrè, Milano, 2017.

AA.VV.: *La concorrenza tra ordinamenti giuridici* (a cura di A. ZOPPINI), Laterza, Roma, 2004.

AA.VV.: *The best interest of the child* (a cura di M. BIANCA), Editrice Sapienza, Roma, 2021.

AL MUREDEN, E.: "Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze", *Fam. Dir.*, 2016, fasc. 10.

ARAMINI, M.: *Introduzione alla bioetica*, Giuffrè, Milano, 2003.

ARMONE, G.: "L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione", *Questione giustizia*, 2019, fasc. 1.

ASTONE, F.: "Procreazione di coppie same sex e status dei figli: un problema di discrezionalità legislativa?", *Giur. cost.*, 2021, fasc. 2.

AZZARRI, F.: "I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, fasc. 5.

BADIALI, G.: "Ordine pubblico III, Diritto internazionale privato e processuale", in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1990.

BALLARANI, G.: "La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra norme e principi)", in AA.VV.: *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità* (a cura di P. PERLINGIERI e S. GIOVA), E.S.I., Napoli, 2019.

BARBA, V.: "L'ordine pubblico internazionale", *Rass. dir. civ.*, 2018, fasc. 2.

BARBA, V.: "Note minime sull'ordine pubblico internazionale", in *articolo29.it, La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, 2018.

BARILE G.: *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi. (L'ordine pubblico internazionale)*, Cedam, Padova, 1969.

BARILE, G.: "Ordine pubblico (dir. intern. priv.)", in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980.

BATTELLI, E.: "Il diritto del minore alla famiglia tra adottabilità e adozione", *Dir. fam.*, 2021, fasc. 2.

BATTELLI, E.: "L'adozione mite come tutela effettiva dell'interesse del minore: tra opportunità e identità", in AA.VV.: *The best interest of the child* (a cura di M. BIANCA), Editrice Sapienza, Roma, 2021.

BENEDETTI, A.M.: "Troppe riforme per un diritto in crisi? La famiglia nell'età del pluralismo complesso", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2020, fasc. 2.

BIANCA, C.M.: "La legge italiana conosce solo figli", *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 1.

BILOTTI, E.: "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", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, fasc. 4.

BORRELLO, F.: "Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa", *Fam. dir.*, 2010, fasc. 10.

BRUTTI, M.: *Il diritto privato nell'antica Roma*, Giappichelli, Torino, 2015.

BUSNELLI, F.D., VITUCCI, M.C.: "Frantumi europei di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 767 ss., ora in BUSNELLI, F.D.: *Persona e famiglia*, Pacini, Pisa Ospedaletto, 2017.

BUSNELLI, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002, fasc. 4.

BUSNELLI, F.D.: "Nascere per contratto?", *Rass. dir. civ.*, 2004, fasc. 1.

BUSNELLI, F.D.: "Quali regole per la procreazione assistita?", *Riv. dir. civ.*, 1996, fasc. 5.

CAMARDI, C.: "Diritti fondamentali e «status» della persona", *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, fasc. 1.

CARBONE, V.: "Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia", *Fam. dir.*, 2014, fasc. 8-9.

CASABURI, G.: "'Requiem' (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04", *Foro it.*, 2014, fasc. 9.

CASTRONOVO, C.: "Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale", *Europa dir. priv.*, 2014, fasc. 3.

CATANIA, A.: *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

CLARIZIA, O.: "Danno non patrimoniale e funzione punitiva del risarcimento ultracompensativo", *Giur. it.*, 2018, fasc. 10.

CONSOLO, C.: "Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, 'due process of law')", *Corr. giur.*, 2017, fasc. 8-9.

CORDIANO, A.: "Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 2.

CORDIANO, A.: "Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive", *Comparazione e diritto civile*, novembre 2012.

CORDIANO, A.: "Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)", *BioLaw Journal*, 2021, fasc. 3.

CORDIANO, A.: *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Giappichelli, Torino, 2018.

CORTI, I.: "La Maternità per sostituzione", in AA.VV.: *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo* (a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ e P. ZATTI), vol. I, Giuffrè, Milano, 2011.

CORTI, I.: *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, Milano, 2000.

CRISAFULLI, V.: "La Corte costituzionale ha vent'anni", *Giur. cost.*, 1976, fasc. 10.

D'ANGELO A.: "La famiglia nel XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte", in *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea* (a cura di D. AMRAM e A. D'ANGELO), nella Collana *I quadern della Rivista di diritto civile*, 18, Cedam, Padova 2011, p. 13 ss.

D'AVACK, L.: "Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare", *Dir. fam. e pers.*, 2014, fasc. 3.

D'AVACK, L.: "La maternità surrogata: un divieto 'inefficace'", *Dir. fam. e pers.*, 2017, fasc. 1.

DELL'UTRI, M.: "Famiglie ricomposte e genitori 'di fatto'", *Familia*, 2005, fasc. 2.

FEDERICO, A.: "Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore", *Giust. civ.*, 2020, fasc. 4.

FERRANDO, G.: "Conclusioni", in AA.VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. SALANITRO), Pacini, Pisa Ospedaletto, 2019.

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", *Gustiziainsieme.it*, 2021.

FERRANDO, G.: "La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori", *Fam. dir.*, 2021, fasc. 7.

FERRANDO, G.: "La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione 'eterologa'", *Corr. giur.*, 2014, fasc. 8-9.

FERRANDO, G.: "Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento", *Fam. dir.*, 2019, fasc. 7.

GIANFORMAGGIO, L.: "Correggere le disuguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?", *Democrazia e diritto*, 1996, fasc. 1, p. 53 ss., ora in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

GORGONI A.: "La rilevanza della filiazione non genetica", *Persona e mercato*, 2017, fasc. 3.

GORGONI, A.: "Vita familiare e conservazione dello stato di figlio: a proposito delle Sezioni unite sulla (non) trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga di maternità all'estero", *Persona e mercato*, 2019, fasc. 4.

GRASSO, A.G.: "Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione?", *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, fasc. 3.

GRASSO, A.G.: *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Aracne, Roma, 2020.

GRONDONA, M.: "Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e 'punitive damages'", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 10.

IRTI, C.: "Digressioni attorno al mutevole 'concetto' di ordine pubblico", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2016, fasc. 3.

IRTI, N.: "La filosofia di una generazione", *Contr. impr.*, 2011, fasc. 6.

IRTI, N.: *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

LENTI, L.: "Ancora sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 4.

MANTOVANI, M.: "Fondamenti della filiazione, interesse del minore e nuovi scenari della genitorialità", *Nuova giur. comm.*, 2003, fasc. 3.

MANTOVANI, M.: *Azioni di stato e interesse del minore*, in AA.VV.: *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (a cura di U. SALANITRO), Pacini, Pisa Ospedaletto, 2019.

MARELLA, M.R., MARINI, G.: *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

MENGGONI, L.: "Diritto vivente", in *Digesto civ.*, VI, Utet, Torino, 1990.

MENGGONI, L.: "Il 'diritto vivente' come categoria ermeneutica", in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996.

MEZZANOTTE, F.: "Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione", *Persona e mercato*, 2019, fasc. 1.

MODUGNO, F., CARNEVALE, P.: "Sentenze additive, 'soluzione costituzionalmente obbligata' e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del 'verso' della richiesta addizione", *Giur. cost.*, 1990, fasc. 1-2.

MORACE PINELLI, A.: "Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173", in *Dir. fam. e pers.*, 2016, fasc. 2.

MORACE PINELLI, A.: "La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore", *Famiglia*, 2021, fasc. 3.

NICOLUSSI, A.: "Autonomia contrattuale e diritti della persona", in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (a cura di S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA), Giappichelli, Torino, 2016.

NICOLUSSI, A.: "Famiglia e biodiritto civile", *Europa dir. priv.*, 2019, fasc. 3.

PALMERI, G.: "Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale", in AA.VV.: *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere* (a cura di M. CAIELLI, B. PEZZINI e A. SCHILLACI), Torino, 2019.

PALMERI, G.: "Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia *same sex*", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2017, fasc. 3

PALMERI, G.: "Riflessioni a margine della pronuncia della Corte di Appello di Torino 4 dicembre 2014 in tema di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero in seguito a PMA", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2015, fasc. 5.

PANE, R.: "La procreazione medicalmente assistita tra istanze di rinnovamento e tutela del nato", *Dir. fam. per.*, 2018, fasc. 4.

PARADISO, M.: "*Au bon marché des droits*, Tra globalizzazione dei diritti e delocalizzazione della procreazione", *Riv. dir. civ.*, 2018, fasc. 4.

PARADISO, M.: "Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è", *Riv. dir. civ.*, 2016, fasc. 5.

PATEMAN, C.: *The Sexual Contract*, Polity Press, Oxford, 1988.

PERLINGIERI, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, fasc. 2.

PERLINGIERI, G., ZARRA, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, E.S.I., Napoli, 2019.

PERLINGIERI, P.: "L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative", in ID.: *La persona e i suoi diritti*, E.S.I., Napoli, 2005.

PERLINGIERI, P.: "Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica", in ID.: *La persona e i suoi diritti*, E.S.I., Napoli, 2005.

PICARO, R.: "Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato", *Riv. dir. civ.*, 2017, fasc. 5.

PLAIA, A.: *La competizione tra ordinamenti giuridici: mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Giuffrè, Milano, 2007.

RECINTO, G.: "La decisione delle sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, fasc. 2.

RESCIGNO, P.: "Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche", *Famiglia*, 2002, fasc. 1.

RODOTÀ, S.: *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2004.

RODOTÀ, S.: *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995.

SALANITRO, U.: "Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo", *Fam. dir.*, 2010, fasc. 11.

SALANITRO, U.: "L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata", *Corr. giur.*, 2020, fasc. 7.

SALERNO, F.: "La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, fasc. 2.

SALVI, C.: "Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi", *Foro it.*, 2018, fasc. 7-8.

SANTORO PASSARELLI, F.: "A proposito del «diritto vivente»", *Iustitia*, 1993, fasc. 1.

SARACENO, C.: "Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso", *GenIUS*, 2014, fasc. 2.

SCALISI, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi – Parte prima. Dalla 'famiglia-istituzione' alla 'famiglia-comunità': centralità del 'rapporto' e primato della 'persona'", *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 5; ora in ID.: *Studi sul diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2014.

SCALISI, V.: "Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi – Parte seconda: 'Pluralizzazione' e 'riconoscimento' anche in prospettiva europea", *Riv. dir. civ.*, 2013, fasc. 6; ora in ID.: *Studi sul diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2014.

SCALISI, V.: "Maternità surrogata: come «far cose con regole»", *Riv. dir. civ.*, 2017, fasc. 5.

SCOGNAMIGLIO, C.: "Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio", *Resp. civ. prev.*, 2017, fasc. 4.

SENIGAGLIA, R.: "Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere", *Europa dir. priv.*, 2017, fasc. 3.

SHALEV, C.: *Birth Power. The Case for Surrogacy*, Yale University Press, 1989.

STANZIONE, M.G.: *Filiazione e «genitorialità». Il problema del terzo genitore*, Giappichelli, Torino, 2010.

VENUTI, M.C.: "Diritti dei figli vs. genitorialità same-sex: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano", *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2021, fasc. 4.

VERCELLONE, P.: "La fecondazione artificiale", in *Pol. dir.*, 1986, fasc. 3.

VIZZONI, L.: "Quando il best interest del minore azzerava la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso Paradiso e Campanelli contro Italia", *Jus Civile*, 2015, fasc. II.

ZAGREBELSKY, G., MARCENÒ, V.: *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012.

ZATTI, P.: "La surrogazione nella maternità", *Questione Giustizia*, 1999, fasc. 5.

ZATTI, P.: "Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia", in AA.VV.: *Famiglia e matrimonio. Relazioni familiari – Matrimonio – Famiglia di fatto* (a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO e F. RUSCELLO), nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011.

