GIUSTIZIA INSIEME

Minori e famiglia

La maternità surrogata di nuovo all'esame delle Sezioni Unite

Le ragioni del dissenso

di Gabriella Luccioli

28 ottobre 2022

---

1. Una prima considerazione critica ha riguardo alle scelte processuali effettuate dal collegio della prima sezione civile.

Il ricorso per cassazione di cui alla vicenda in esame è del 2018; l'ordinanza della prima sezione n. 8325 che ha proposto la questione di costituzionalità è del 29 aprile 2020; la seconda ordinanza interlocutoria n. 1842 di rimessione alle Sezioni Unite reca la data di deposito del 21 gennaio 2022; l'udienza dinanzi a dette Sezioni Unite è stata fissata per l'8 novembre 2022. Quattro anni per una decisione che investe questioni che avevano trovato soluzione dinanzi alle stesse Sezioni Unite con la sentenza n. 12193 del 2019.

Siffatta gestione del processo non solo non sembra particolarmente sensibile al principio di ragionevole durata, ma omette anche di tener conto che una materia così delicata come questa, che ha a che fare con i diritti fondamentali della persona, esige stabilità, prudenza istituzionale e coerenza degli orientamenti giurisprudenziali in una visione sistematica dei problemi, oltre che prevedibilità delle decisioni.

La valutazione delle ragioni che hanno ispirato le due ordinanze di rimessione rispettivamente alla Consulta e alle Sezioni Unite appartiene invece al merito e richiede di prendere rapidamente le mosse dalla richiamata sentenza n. 12193 del 2019.[1] Come è noto, con tale sentenza le

Sezioni Unite, chiamate a decidere in un caso riguardante una coppia omosessuale maschile, coniugata secondo la legge canadese, che aveva chiesto la trascrizione del nome del secondo padre nell'atto di nascita di due gemelli nati in Canada, hanno affermato che "il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto di surrogazione della maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di diritti fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l' adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. *d*), della legge n. 184 del 1983".

La medesima Corte ha altresì enunciato il principio di diritto che la compatibilità con l'ordine pubblico "deve essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui 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". **[2]**

Le Sezioni Unite, come già cennato, non hanno mancato di considerare l'interesse del minore, da accertare in concreto, a mantenere il rapporto affettivo con il genitore di intenzione, indicando a tal fine la via dell'adozione in casi particolari.

2. Non era neppure trascorso un anno dalla pubblicazione di tale pronuncia, con la quale la Corte di Cassazione nel suo più autorevole consesso aveva dettato principi inequivocabili in materia, che la prima sezione della Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 8325 del 2020 ha sollevato la questione di costituzionalità del richiamato art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, degli artt. 18 del d.p.r. n. 396 del 2000 e 64, comma 1, lett. *g*) della legge n. 218 del 1995, nella parte in cui non consentono, secondo il diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità di

gestazione per altri del c.d. genitore d'intenzione non biologico, per contrasto con gli art, 2,3,31, 117, comma 1, della Costituzione. Tale pronuncia già si prestava a pesanti critiche**[3]**, per la sua evidente tendenza a rimuovere il recentissimo precedente delle Sezioni Unite utilizzando il Parere espresso, su richiesta della Corte di Cassazione francese, dalla Grande Camera della Corte Europea in occasione della prima applicazione del Protocollo n. 16, in esso ravvisando un insanabile contrasto con il diritto vivente cristallizzato nella sentenza delle Sezioni Unite, e ritenendo che tale contrasto *ridondasse* nella violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

Innanzi tutto non si trattava, come sostenuto nell'ordinanza, di un parere successivo alla pronuncia delle Sezioni Unite, tale da determinare un contrasto sopravvenuto, bensì di un atto antecedente (10 aprile 2019) alla pubblicazione di detta sentenza (8 maggio 2019); in secondo luogo quel parere era non vincolante per il giudice francese, e tanto meno per la nostra giurisdizione, non avendo l'Italia ratificato il Protocollo Addizionale, pur ovviamente non escludendosi l'astratta rilevanza per tutti gli Stati, i fini della ricostruzione del sistema nel quadro delle dinamiche del dialogo con la Corte di Strasburgo, delle affermazioni contenute nel parere. Ancora, il denunciato contrasto con il diritto vivente italiano non era affatto scontato, atteso che nel dare risposta ai quesiti formulati, concernenti i limiti e la discrezionalità degli Stati in materia di trascrizione dell'atto di nascita formato all' estero, si era da un lato affermato che il diritto del minore al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione richiede che il diritto interno offra una possibilità di riconoscimento del legame di filiazione con la madre intenzionale, indicata nell'atto di nascita come madre legale, ma dall'altro lato si era precisato che il rispetto della vita privata del bambino non esige che tale riconoscimento avvenga mediante la trascrizione di detto atto di nascita nei registri dello stato civile, potendo gli Stati contraenti nell'esercizio della propria discrezionalità prevedere che il riconoscimento avvenga in altro modo, ad esempio con l'adozione da parte della madre intenzionale, sempre che la procedura dettata dall'ordinamento nazionale garantisca una sua tempestiva ed efficace attuazione, nel rispetto del superiore interesse del minore, da valutare sempre in concreto, e mai in astratto. Infine, ove anche fosse ravvisabile in detto parere un conflitto con il diritto vivente, la Cassazione avrebbe dovuto indicare le ragioni della prevalenza di esso rispetto alla sentenza del 24 gennaio 2017 nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, anch'essa espressione della più alta articolazione della Corte di Strasburgo, la quale, dopo aver riconosciuto la discrezionalità degli Stati nella disciplina della materia, aveva affermato la legittimità dell'allontanamento del minore da parte dello Stato italiano in ragione dell'interesse pubblico superiore di ripristinare la legalità violata e dell'urgenza di adottare misure a tutela del bambino, così rifiutando la logica del fatto compiuto e della esaltazione della genitorialità di intenzione, ed aveva anche negato che il

superiore interesse del minore, in termini di continuità affettiva, costituisse criterio prevalente rispetto a detto interesse. In ogni caso, ove pure si fosse ravvisato un orientamento non univoco e non consolidato della Corte di Strasburgo, non poteva essere attribuito al richiamato parere consultivo un ruolo parametrico ai fini della denunciata incostituzionalità ex art. 117 Cost., essendo attribuibile un simile ruolo solo a pareri che riproducano fedelmente gli indirizzi consolidati della Corte EDU, presentandosi come espressivi della *sostanza* di tali orientamenti. **[4]**

A fronte dello spessore di dette obiezioni l'impressione di fondo era che l'utilizzo della richiamata *advisory opinion* ai fini della proposizione della questione di costituzionalità costituisse un espediente per rimettere in discussione i principi non condivisi fissati alcuni mesi prima dalla sentenza delle Sezioni Unite, bypassando il vincolo di cui al terzo comma dell'art. 374 c.p.c. E questa impressione sembrava ricevere seria conferma dalla lettura della seconda parte della motivazione, tutta incentrata sulla critica, senza più lo schermo del Parere della Corte EDU, ai principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite ed impegnata a contrapporre ad ogni argomentazione da queste espressa censure di segno contrario, con particolare riferimento al concetto di ordine pubblico internazionale ed al suo rapporto con il principio del superiore interesse del minore.

3. La Corte Costituzionale con la sentenza n. 33 del 2021 ha dichiarato inammissibili le questioni proposte**[5]**. In tale decisione si è affermato ancora una volta a chiare lettere che non esiste un diritto alla genitorialità degli adulti, si è ribadita la natura pubblicistica del divieto di surrogazione e non si è manifestato alcun ripensamento sulla nozione di ordine pubblico recepita dalle SS.UU., riconoscendosi anzi la correttezza della soluzione di non trascrivibilità dell'atto o provvedimento straniero, si è ancora sottolineato che l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto ad ogni altro controinteresse in gioco, dovendo esso essere bilanciato con lo scopo legittimo dell'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione. Seguendo una prospettiva diversa da quella riguardante i diritti della coppia omoaffettiva e sviluppando la trama argomentativa essenzialmente in direzione dell'interesse del bambino nato da maternità surrogata, sui suoi rapporti con la coppia che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha portato al concepimento e alla nascita all' estero, che lo ha quindi portato in Italia per poi prendersene quotidianamente cura, la Corte ha chiarito che in tale prospettiva si tratta non già di riconoscere il diritto, come sopra rilevato insussistente, della coppia ad avere figli, ma di tutelare i diritti fondamentali del nato, anche se la nascita sia avvenuta in violazione dell'art. 12, comma 6, della legge n.40: il figlio viene posto così al centro del sistema, quale persona titolare di diritti soggettivi che devono essere rispettati, e in questo

approccio minorecentrico va ricercata la soluzione ottimale in concreto a tutela del suo interesse, non costituendo il principio del *best interest of the child* strumento interpretativo astratto.

Detta tutela esige secondo la Consulta che al bambino accudito sin dalla nascita da due persone che hanno condiviso la decisione di farlo venire al mondo e la responsabilità di crescerlo sia accordato il riconoscimento non solo sociale, ma anche giuridico dei legami che già lo uniscono ad entrambi i componenti la coppia. E tuttavia, poiché la pratica della maternità surrogata *offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane* - secondo quanto già affermato nella sentenza n. 272 del 2017 e ora ribadito – tale interesse deve essere bilanciato *con lo scopo legittimo dell'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità,* non potendo esso essere considerato automaticamente prevalente rispetto ad ogni altro controinteresse in gioco.

Nell'ambito del predetto bilanciamento la Corte delle leggi ha considerato *non appagante* l'istituto dell'adozione particolare in ragione dei suoi limiti – in particolare perché non ingenera un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, perché postula l'iniziativa dell'aspirante adottante e perché richiede l'assenso del genitore biologico, che potrebbe non prestarlo – e ha ritenuto, in linea con le indicazioni espresse dalla Corte EDU, che l'interesse del minore debba essere tutelato senza automatismi, *attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino.* A tal fine ha richiamato la necessità di un intervento del legislatore che, nell'esercizio della discrezionalità che gli è propria, configuri una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e principi in gioco, nella difficile composizione tra la finalità di disincentivare il ricorso alla surrogazione e la necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori nati da detta pratica: ed in tale riconoscimento del ruolo insostituibile del legislatore e della sua discrezionalità a fronte del ventaglio delle opzioni possibili ha fornito la ragione della pronuncia di inammissibilità.

Come appare evidente, la sentenza n. 33 del 2021, così come quella gemella n. 32 del 2021 (che ha analogamente dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e 250 c.c. là dove, sistematicamente interpretati, non consentono al nato, nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita condiviso da una coppia di donne, l'attribuzione dello *status* di figlio anche nei confronti della donna che insieme alla madre biologica abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa), non ha inteso modificare il quadro normativo vigente, né travolgere i principi affermati nella sentenza della Corte di legittimità n. 12893 del 2019, ma incentrando l'analisi sui diritti del minore nato dalla pratica

illecita – come chiaramente indicato nel passaggio (punto 5.2 della motivazione) secondo il quale *le questioni ora sottoposte a questa Corte sono però focalizzate sugli interessi del bambino nato mediante maternità surrogata, nei suoi rapporti con la coppia...* - ha affermato il diritto del nato ad avere un rapporto giuridico con entrambe le figure dei committenti ed ha affidato al legislatore la scelta di una soluzione adeguata, nella composizione dei vari interessi in gioco. Ne restano così ben distinti i due piani della illiceità della pratica di surrogazione e della tutela dei diritti del figlio.

4. La decisione della prima sezione che ravvisa nella riscontrata esistenza di un vuoto di tutela dei diritti del minore la ragione di una nuova rimessione alle Sezioni Unite, perché come massima espressione della funzione nomofilattica esse offrano una interpretazione *adeguata a rispondere all'implicita chiamata interpretativa posta in essere con la sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale,* dà luogo anch'essa a forti perplessità.**[6]** Ed invero l'ordinanza ora in esame ha erroneamente ritenuto che la riscontrata insufficienza di tutela comportasse la totale messa in discussione del diritto vivente rappresentato dalle Sezioni Unite del 2019, non considerando che la Corte costituzionale ha fatto salvo il principio di non trascrivibilità della pronuncia straniera (*essi* – ossia gli orientamenti espressi dalla Corte EDU ed i principi costituzionali – *non ostano alla soluzione, cui le Sezioni Unite sono pervenute, della non trascrivibilità del provvedimento giurisdizionale straniero:* punto 5.7 della motivazione) ed ha ribadito che la maternità surrogata è lesiva della dignità della madre e del bambino, con la conseguente valutazione di contrarietà all'ordine pubblico: ciò vale a dire che la Corte costituzionale non ha affatto infranto i cardini del diritto vivente espresso dalle Sezioni Unite, ma ha inciso solo nella parte relativa alla tutela dei diritti del minore, ritenendo l'adozione in casi particolari strumento non adeguato, e non su tutti i principi di diritto espressi in quella decisione.

Ed allora, se il principio di non trascrivibilità è rimasto fermo, se l'affermazione che la gestazione per altri è lesiva della dignità della madre e del bambino è qui ribadita, se la conseguente valutazione di contrarietà all'ordine pubblico è fatta salva, se insomma la censura al diritto vivente attiene soltanto alla individuazione dello strumento di tutela dei diritti del minore comunque nato da tale pratica, ossia ad un profilo che, pur connesso, è distinto da quello concernente la trascrivibilità dell'atto – il quale soltanto era stato oggetto di *petitum* – la questione da risolvere è molto più netta e circoscritta di quanto configuri nella sua ordinanza la prima sezione nei suoi sette sovrabbondanti quesiti conclusivi alle Sezioni Unite.

Altro è il divieto di trascrizione di atti o provvedimenti stranieri che attribuiscono sin dalla nascita del bambino lo *status* di padre al genitore di intenzione, altra la necessità di garantire il

riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino ed il genitore di intenzione, sempre che tali legami si siano di fatto realizzati**[7]**.

Esiste indubbiamente allo stato una grave lacuna normativa sulla protezione da accordare al bambino, ma non può farsi leva sull'esigenza di tutela del minore per dare ingresso ad una pratica illecita. Fintanto che il Parlamento non colmerà quel vuoto di tutela spetterà al giudice trovare altra soluzione diretta a garantire il diritto fondamentale del minore ad avere legami giuridici con entrambe le figure che hanno condiviso la responsabilità di farlo nascere e di prendersi cura di lui, utilizzando gli istituti offerti dall'ordinamento vigente, ma la soluzione non potrà in nessun caso essere individuata nella trascrizione dell'atto di nascita ottenuto all' estero, né nel riconoscimento della sentenza straniera che abbia dichiarato la genitorialità del genitore di intenzione, per il loro insanabile contrasto con l' ordine pubblico.

Ed è su questo punto che a mio avviso si annida il vizio più grave dell'ordinanza in esame, così da comprometterne in radice la tenuta. Ed invero l'assunto della sezione che la lesione del principio di ordine pubblico non possa fondarsi su una valutazione generale ed astratta del legislatore e che per contro sia necessario un apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto al fine di riscontrare la lesione della dignità della donna sottintende una errata percezione del valore della dignità, della sua essenza e delle sue potenzialità. L'ordinanza sostiene (anzi afferma che *non può non ritenersi*) che "la donna che accetta di portare a termine una gravidanza anche nella prospettiva di non diventare la madre del bambino che partorirà è in una condizione di soggezione che può essere considerata non lesiva della sua dignità solo se sia il frutto di una scelta libera e consapevole, indipendentemente da contropartite economiche e se tale scelta sia revocabile sino alla nascita del bambino".

Tali affermazioni, assiomatiche e veloci – e quindi non in linea con la lunghezza fluviale della motivazione – come erano state assiomatiche e veloci quelle corrispondenti contenute nell'ordinanza n. 8325 del 2020 di rimessione alla Corte Costituzionale, sembrano ignorare che nel nostro sistema costituzionale la dignità ha una dimensione non solo soggettiva, che ha riguardo all'essere umano nella sua specificità e nella sua vita di relazione, ma anche oggettiva, che attiene al valore originario e non comprimibile che la Costituzione e le Carte dei Diritti assegnano ad ogni persona, e che tale capacità inclusiva consente di declinare il principio secondo direttrici ancorate talvolta alla percezione soggettiva della persona, in relazione alle peculiarità delle situazioni concrete, talaltra al valore assoluto della dignità innata: evocare il concetto di dignità in senso soggettivo vuol dire ancorarlo alla sensibilità, alla percezione ed alle aspirazioni del singolo individuo, mentre assumerlo come valore assoluto, oggettivo ed

irrinunciabile in presenza di determinati comportamenti lesivi vuol dire identificare il bene tutelato non solo o non tanto nella dignità della persona coinvolta, ma in quella di ogni essere umano.**[8]**

Non più contrapposte, vengono così a coesistere nel sistema le due accezioni della dignità, come risultato da raggiungere attraverso l'autodeterminazione di soggetti liberi e responsabili o come dote innata e indisponibile. E se pure è vero che la dignità acquisita, in quanto legata alla qualità delle prestazioni e quindi prodotto del merito o del demerito dei comportamenti concretamente assunti, può portare al raggiungimento di posizioni differenziate, la dignità innata preclude – come già osservato – ogni possibilità di trattamenti comunque lesivi dell'umanità della persona.

Le riflessioni innanzi svolte consentono di superare l'annoso contrasto sul significato del principio di dignità, giustificato dall'evidente polisemia del termine, tra coloro che tendono ad esaltare il profilo soggettivo del concetto, e quindi il principio di autodeterminazione, l'autonomia morale, i convincimenti più profondi di ciascuno, e coloro che propendono per una concezione oggettiva di tale valore, in esso ravvisando un nucleo assoluto, una dimensione comune a tutta l'umanità che ha riguardo all'essere di ogni persona**[9]**.

La dignità ferita dalla pratica di surrogazione chiama in gioco la sua dimensione *oggettiva*, in quanto si identifica con la dignità innata, che appartiene al patrimonio irrinunciabile di ciascun individuo e che per questo non offre spazio a scelte di volontaria rinuncia. L' operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale, a puro strumento riproduttivo, ed il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità non solo di quella donna, ridotta a mero contenitore di una vita destinata per contratto a non appartenerle mai, ma di tutte le donne, ed un attacco demolitore della relazione materna; la rinuncia preventiva ai diritti materni si risolve in un atto contrario alla libertà non solo di quella donna, ma di tutte le donne.**[10]** Detta rinuncia preventiva vale a trasformare quella donna in una *donna – cosa*, e nulla cambia né per la madre né per il bambino se ciò avviene a titolo oneroso o gratuito.

Come efficacemente annota Calderai**[11]**, l'espressione "portatrice gestazionale" (*gestational carrier*) descrive con meccanica precisione la sostituzione delle relazioni umane con rapporti tra cose feticizzate, separate dal mondo vitale per essere trasformate in beni e merci oggetto di scambio.

Occorre non dimenticare che la gravidanza è un processo complesso: l'epigenetica ci insegna che lo scambio genetico non si esaurisce al momento del concepimento, ma continua nel grembo della gestante; la psicologia e la pediatria hanno approfondito le varie modalità con le quali durante la gravidanza si dispiega il rapporto tra madre e figlio, fonte inesauribile di sensazioni ed emozioni. Adriano Ossicini nei suoi scritti ha ampiamente analizzato anche sulla base di specifiche esperienze cliniche il fortissimo legame non solo fisico, ma anche psicologico che si attiva nel grembo materno tra la gestante ed il feto.**[12]** Studi recenti hanno posto in evidenza che nella fase intrauterina il feto si predispone ad entrare in rapporto con l'ambiente esterno e comincia ad esprimere la capacità di provare emozioni: in particolare è stato accertato che sin dal terzo mese il nascituro è dotato di sensorialità, che via via si sviluppa nei mesi successivi.

Né possono essere ignorati i pesanti limiti che devono subire le donne durante la gravidanza rispetto al cibo, al fumo, allo stile di vita, ai controlli medici, al lavoro, al sonno e al riposo, atteso che dopo la conclusione del contratto si instaura nella vita della gestante un potere di controllo fortissimo ed incompatibile con un ordinamento che pone al centro dei valori la dignità delle persone. Ed ancora va considerato che il distacco repentino dal figlio al momento della nascita è un trauma per la donna: un trauma programmato e messo in conto per rendere felici due adulti estranei.

Ed è anche la dignità del figlio, il soggetto più fragile del rapporto, ad essere ferita nel momento in cui lo si vende o lo si dona e si alterano alla nascita i suoi dati anagrafici. Il bambino diventa lo strumento per soddisfare il desiderio di genitorialità degli adulti, che non è un diritto, ma una mera aspirazione; egli è costretto ad una brusca e definitiva interruzione del legame simbiotico con colei che lo ha generato, con una lacerante destrutturazione della relazione materna; gli si nega il diritto fondamentale di conoscere da adulto la propria identità biologica; lo si rende, in conclusione, non più soggetto, ma oggetto di un diritto sin dal momento del suo concepimento. La cessione della maternità avviene nell'interesse esclusivo degli adulti, e non del bambino.

La capacità della pratica di surrogazione di incidere in via immediata e diretta sulla dignità della donna e del bambino induce dunque a ritenere il divieto contenuto nell'art. 12, comma 6, come assoluto e insuperabile, in quanto posto a presidio di un valore che nel nostro sistema costituzionale non è bilanciabile con altri valori. Resta così del tutto irrilevante che detta pratica sia stata realizzata a fini di profitto o per spirito altruistico, che sia stata posta in essere nel rispetto o in violazione della normativa straniera, che ricorra questa o quella modalità realizzativa.

Non va peraltro dimenticato che il Parlamento Europeo con la Risoluzione del 17 dicembre 2015 ha condannato la pratica in discorso in quanto *compromette la dignità umana della donna, dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce,* e che il Consiglio d' Europa l'11 ottobre 2016 ha bocciato la proposta di raccomandazione della parlamentare belga De Sutter diretta, tra l' altro, a dettare le linee guida per la disciplina dello *status* dei bambini venuti al mondo a seguito di maternità surrogata, ritenendo che detto intervento potesse favorire la legalizzazione diffusa di detta pratica. Più di recente, in due Rapporti del 2018 e 2019 il Consiglio per i diritti umani dell'ONU ha esortato gli Stati proibizionisti ad avvalersi di *judicial or administrative reviews…carried out on an individual case by case process*, senza utilizzare dispositivi di ricezione automatica degli atti stranieri. Mi sembra ancora utile segnalare che il 2 febbraio 2016, a conclusione di un convegno svoltosi a Parigi nella sede del Parlamento francese, è stata votata ed approvata da organizzazioni impegnate nella difesa dei diritti umani, da rappresentanti del mondo politico e della comunità scientifica la "Carta di Parigi", un documento volto a proporre agli Stati europei l'abolizione della maternità surrogata, ritenuta *disumanizzante* e contraria alla dignità e ai diritti delle donne e dei bambini. Né può trascurarsi che in Spagna la netta contrarietà alla gestazione per altri è stata espressa di recente da varie forze politiche, come il Psoe e Podemos. Non può infine non ricordarsi che la condanna della pratica dell'utero in affitto è espressa da gran parte del pensiero femminista in tutto il mondo, che nello sforzo di reperire soluzioni a livello globale ha invocato la configurazione di un reato universale, così da porre termine ad un fenomeno ritenuto come una nuova forma di schiavitù realizzata prevalentemente dal mondo ricco e civilizzato ai danni dei paesi e dei soggetti più poveri e che in ogni caso poggia su relazioni diseguali.

Coerenti con questi orientamenti appaiono varie iniziative legislative avviate in Italia sia nella precedente che nel corso della legislatura appena conclusa (v. tra gli altri i disegni di legge del Senato n. 280 e n. 519 e la proposta di legge della Camera n. 306) dirette a configurare come illecito penale la surrogazione di maternità realizzata all' estero da cittadini italiani.

E se la posizione di netta contrarietà qui assunta è la stessa di alcune forze politiche conservatrici, ciò non vuol dire che si tratti di una posizione reazionaria, espressione di una ideologia bigotta, indietrista o passatista ostile alle conquiste della medicina e alle nuove tecnologie riproduttive, ma che la forza delle idee e dei valori che le sorreggono supera gli opposti schieramenti, perché sui valori non si può essere moderati, ma occorre necessariamente essere radicali.

Né è possibile condividere la tesi di coloro che sostengono che il riconoscimento dell'atto o del provvedimento straniero non comporta alcun riconoscimento del sottostante contratto di maternità surrogata, ma produce soltanto l'effetto di recepire nel nostro ordinamento il rapporto di filiazione con il genitore di intenzione documentato all' estero. È vero al contrario che detto riconoscimento ha radice in un fatto di surrogazione che ne resta per tale via legittimato.

5. Concludo. L'ordinanza qui in esame, svilendo il disvalore della pratica in esame e cancellando il significato umano e sociale dell'atto di generare un figlio, tende a sostenere la trascrivibilità dell'atto straniero che la sentenza della Consulta n. 33 ha ritenuto corretto escludere: si tratta quindi di un risultato non consentito anche in forza della decisione della Corte Costituzionale. Resta peraltro la difficoltà per il giudice di individuare nel sistema uno strumento giuridico idoneo a garantire la tutela del minore: e forse la recente sentenza n. 79 del 2022, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 55 della legge n. 184 del 1983 nella parte in cui prevede, attraverso il richiamo all'art. 300, comma 2, c.c., che l'adozione in casi particolari non costituisce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, può indicare la strada da percorrere e lo strumento da utilizzare.

Non sfugge l'importanza di tale decisione, con la quale la Corte costituzionale ha ribadito il suo ruolo di controllo e adeguamento della norma giuridica alla realtà sociale in evoluzione**[13]**. Come è noto, detta sentenza segna un importante cambio di paradigma tra le due specie di adozione, riconoscendo i legami familiari anche per l'adottato in casi particolari e così realizzando il suo inserimento nell'ambiente familiare dell'adottante: ciò in quanto il principio fondamentale di eguaglianza incide *sulla concezione stessa dello status di figlio, che in sé attrae l'appartenenza ad una comunità familiare* (punto 7.1.1. della motivazione). E dunque la norma censurata da un lato priva illegittimamente il minore della rete di tutele personali e patrimoniali che conseguono al riconoscimento giuridico dei legami parentali, dall'altro lato lede il minore nell'identità che gli deriva dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni che di fatto costruiscono stabilmente la sua identità.

Il riconoscimento anche all'adottato nell'adozione particolare dello *stato di figlio,* in applicazione del principio di unicità di detto stato e secondo un approccio teso a considerare unitariamente filiazione e adozione**[14]**, comporta che l'adozione ex art. 44 e ss. non si configuri più come ipotesi eccezionale, ma venga equiparata all'adozione piena anche sul piano degli effetti. Per tale via quell'istituto ritenuto in passato non appagante a tutela del minore può ora considerarsi adeguato – almeno sino a quando il legislatore non interverrà sul punto, indicando soluzioni migliori – tenuto conto che detta sentenza ha fatto venir meno il più importante elemento di

inadeguatezza della soluzione dell'adozione mite.

Ed è significativo annotare, ai fini che qui rilevano, che la sentenza n. 79 ha preso in considerazione l'adozione in casi particolari proprio nell'ambito di un giudizio relativo ad una maternità surrogata effettuata all' estero ed ha sottolineato che *la declaratoria di illegittimità costituzionale rimuove, dunque, un ostacolo all'effettività della tutela offerta dall'adozione in casi particolari e consente a tale istituto... di garantire una piena protezione all' interesse del minore* (punto 9 della motivazione), così raccordandosi e dando continuità alla sentenza n. 33 del 2021, che aveva adombrato ed anzi auspicato una modifica del regime dell' adozione ex art. 44 e ss. Una volta messe sullo stesso piano adozione (sia essa piena o particolare) e filiazione, sembra ora possibile configurare l'adozione in casi particolari come adeguato strumento di tutela del minore nato da surrogata, in quanto allo stato unica misura idonea a garantire un'effettiva protezione all' interesse del minore, la cui valutazione resta in ogni caso sottoposta al vaglio del giudice nella concretezza della realtà data. È bensì vero che l' adozione in casi particolari richiede l' assenso del genitore biologico, così da rendersi verosimilmente non esperibile nelle situazioni di sopravvenuto contrasto tra questo e il genitore di intenzione, ma a ben vedere in tali situazioni, che lasciano supporre il venir meno della comunità familiare e della condivisione di un progetto di crescita e la cessazione dell'accudimento quotidiano del minore da parte del genitore non biologico, è lecito chiedersi se il ricorso a detto istituto, ove pure fosse assentito dal genitore legittimato, potrebbe costituire valido strumento di tutela, in concreto, di detto minore.

---

[1] Per un commento a detta decisione sia consentito il richiamo a LUCCIOLI, *Dalle Sezioni Unite un punto fermo in materia di maternità surrogata,* in *Foro It.*, 2019, I, c. 4027; ID., *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata,* in *Genius*, 2020, p. 1.

[2] Tale definizione della nozione di ordine pubblico internazionale, ribadita da SU 2021 n. 9006, può ormai considerarsi acquisita nella giurisprudenza della Suprema Corte.

[3] Volendo, v. al riguardo LUCCIOLI, *Il parere preventivo della Corte edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata: un conflitto inesistente o un conflitto mal risolto dalla*

Corte di Cassazione? in *Giustizia Insieme*, 20 maggio 2020. V. altresì, per una lettura critica dell' ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, BIANCA, *Il revirement della Cassazione dopo la decisione a Sezioni Unite. Conflitto o dialogo con la Corte di Strasburgo? Alcune notazioni sul diritto vivente delle azioni di stato,* in *giudicedonna.it*, 2/2020; SALAZAR, *La maternità surrogata al vaglio della Corte costituzionale: riflessioni sull' ord. n. 8325 /2020 della Corte di cassazione,* in *giudicedonna.it,* 2/2020.

[4] In tal senso SALAZAR, *loc.cit.*

[5] Per un commento a tale sentenza v. MORACE PINELLI, *La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021 n. 33,* in *Giustizia Insieme*, 30 aprile 2021.

[6] Per una lettura critica dell'ordinanza di rimessione v. MORACE PINELLI, *Non si attende il legislatore. Lo spinoso problema della maternità surrogata torna all' esame elle Sezioni unite*, in G *iustizia Insieme*, 2 maggio 2022.

[7] V. in tal senso GAMBINO, *Il diritto alla cura dei nati contra legem,* in G*iustizia Insieme*, 28 aprile 2001.

[8] Per una puntuale analisi del concetto di dignità, anche nel contesto internazionale, cfr. SCOGNAMIGLIO, *Dignità dell' uomo e tutela della personalità,* in *Giust. civ*., 2014, I, p. 67 e ss.

[9] Per un interessante scambio di opinioni sul tema della dignità v. l'intervista di CONTI ai costituzionalisti D'Aloia, D' Amico e Repetto, in *Giustizia Insieme*, 22 maggio 2019.

[10] Nello stesso senso MORACE PINELLI, *loc. cit*. Per una forte critica alla pratica della maternità surrogata si rinvia, volendo, a LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata,* in *Consulta on line*, 2017, p. 325; *ID; Lessico della dignità,* a cura di Brollo, Bilotta e Zilli, voce *Persona,* 2021, p. 172 e ss*;* ID:, *Maternità surrogata e stato dei figli,* in *Giustizia Insieme*, 6 novembre 2020. Nello stesso senso v. DI BENEDETTO, *La maternità surrogata: le principali questioni bioetiche*, in *diritto.it*, 18 dicembre 2019.

[11] In *Il dito e la luna. I diritti fondamentali dopo Corte cost. n. 33/2021*, in *Giur. It*., 2022, p. 301.

[12] *Ex multis*, in *La rivoluzione della psicologia*, Borla, 2008.

[13] In tal senso v. BIANCA, *La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva: Riflessioni sull’ evoluzione dei modelli di adozione,* in *Familia*, 28 marzo 2022. L’ A. si domanda se dopo tale pronunzia sia ancora utile mantenere due distinti modelli di adozione o se invece sia necessario prevedere un solo modello.

[14] V. sul punto CHIRICALLO, *Adozione in casi particolari e unità dello stato filiale. La Consulta indica al legislatore l’ agenda della riforma,* in *Familia,* 17 maggio 2022.