

Rivista N°: 2/2018  
DATA PUBBLICAZIONE: 02/04/2018

AUTORE: Elisa Olivito \*

## DI ALCUNI FRAINTENDIMENTI INTORNO ALLA MATERNITÀ SURROGATA. IL GIUDICE SOGGETTO ALLA LEGGE E L'INTERPRETAZIONE PARA-COSTITUZIONALE

*Sommario: 1. Il divieto (di intermediazione commerciale) in materia di maternità surrogata: tamquam non esset per alcuni giudici? – 1.1. Assimilare per equiparare: sull'uso distorsivo dell'argomento egualitarista e del sindacato di legittimità costituzionale. – 2. La sentenza n. 272 del 2017: un importante punto fermo. – 2.1. Il bilanciamento implica sempre il raffronto tra (almeno) due termini. - 3. De iure condito e de iure condendo: distinguere i piani nell'interesse dei minori e delle relazioni umane, per una meditata riflessione sull'adozione.*

### 1. Il divieto (di intermediazione commerciale) in materia di maternità surrogata: *tamquam non esset* per alcuni giudici?

In questi anni anche in Italia si è molto discusso di maternità surrogata.

È da supporre che il dibattito (anche) dottrinale su questo tema non si arresterà, anche alla luce di una recente pronuncia della Corte costituzionale<sup>1</sup>, di cui i giudici comuni per primi sono chiamati a tener conto.

A questo proposito, il dato normativo nazionale sembrerebbe lasciare pochi dubbi: l'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 (tuttora) dispone che chiunque, *in qualsiasi forma*, realizzi, organizzi o pubblicizzi la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da seicentomila a un milione di euro. Il legislatore ha così posto un divieto ad ampio spettro, che cionondimeno – e su questo punto si ritornerà - non è certamente volto a colpire i bambini

---

\* Associata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Roma 'Sapienza'.

<sup>1</sup> Sentenza n. 272 del 2017, su cui si veda *infra*, §§ 2 e 2.1.

nati da accordi surrogatori, bensì l'attività di intermediazione commerciale (generalmente) postulata dalla surrogazione di maternità<sup>2</sup>.

Peraltro, sebbene siano state avanzate delle perplessità sulla legittimità costituzionale di tale divieto - in ragione della sua supposta assolutezza e/o irragionevolezza<sup>3</sup> - e sia stata prospettata l'idea che sul disposto normativo che lo contiene debbano riversarsi, per analogia, le censure già mosse nei confronti di molte parti della legge n. 40 del 2004, la Corte costituzionale ha già avuto occasione di affermare che la prescrizione concernente «la cosiddetta “surrogazione di maternità”, di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, [...]», conserva «*perdurante validità ed efficacia*»<sup>4</sup>.

Vedremo in seguito le pronunce e le argomentazioni attraverso cui i giudici costituzionali si sono espressi al riguardo e quale peso debba riconoscersi ad alcuni significativi passaggi della recente sentenza n. 272 del 2017, che da alcuni sono stati considerati alla stregua di meri (se non poco attenti) *obiter dicta*<sup>5</sup>.

Eppure, se della questione della “maternità surrogata”<sup>6</sup> continuano a essere investiti sia i giudici comuni sia (tramite questi e surrettiziamente) la Corte costituzionale, ciò si deve non tanto alla circostanza per cui le coppie italiane (eterosessuali e omosessuali) si recano nei paesi in cui tale pratica è consentita<sup>7</sup>, ma a quegli orientamenti giurisprudenziali sulla cui

---

<sup>2</sup> In questi termini, sulla base di una lettura del disposto legislativo cui si aderisce, cfr. S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, fasc. 2/2017, p. 51, secondo la quale, «così interpretando, si può ritenere che, oggi come ieri, quanto nella vigenza della legge n. 40/2004 quanto anteriormente, il nostro ordinamento non punisce e non reprime (pur senza approvarli né incoraggiarli) i casi in cui la surrogazione di maternità non è frutto di un mercato, cioè quelli sorgenti da accordi spontanei tra le persone direttamente interessate».

<sup>3</sup> In tal senso si vedano, ad esempio, le considerazioni di G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, pp. 81 ss.; A. RUGGERI, C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: *riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *www.giurcost.org*, fasc. 1/2017, pp. 142 s.

<sup>4</sup> Sentenza n. 162 del 2014, punto 9 del *Considerato in diritto*.

<sup>5</sup> Cfr. A. SCHILLACI, *La Corte costituzionale e la conservazione dello status filiationis acquisito all'estero: (molte) luci e (poche) ombre, tra verità biologica e interesse del minore*, in *www.diritticomparati.it* (18 gennaio 2018).

<sup>6</sup> Sulle ragioni che inducono chi scrive a preferire l'espressione “maternità surrogata” a quelle più “edulcorate” di “gestazione per altri” e di “gravidanza per altri” sia consentito il rinvio a E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., pp. 3 ss.

<sup>7</sup> Al riguardo, deve ribadirsi la fallacia degli assunti concernenti la supposta inefficacia deterrente del divieto (di intermediazione commerciale) in materia di maternità surrogata.

Lo studio di alcune esperienze straniere sembra, invero, smentire le tesi secondo cui *i)* il divieto legislativo (e non altro) sarebbe causa del turismo procreativo e del ricorso alle pratiche surrogatorie (anche) di tipo commerciale consentite all'estero, cui diversamente non si ricorrerebbe; *ii)* l'inefficacia del suddetto divieto non lascerebbe altra alternativa che l'adozione di una disciplina nazionale permissiva della sola surrogazione c.d. altruistica; *iii)* l'eliminazione del divieto e la regolamentazione della maternità surrogata avrebbero di per sé effetti deflattivi del turismo procreativo e della mercificazione retrostante ad alcune pratiche surrogatorie.

Basti solo considerare che anche negli ordinamenti che hanno una regolamentazione più o meno permissiva di tale pratica il ricorso alle c.d. *cross-border surrogacies* non si è interrotto, ma è al contrario in crescita, poiché la regolamentazione più o meno permissiva della pratica non è tale da disincentivare il *forum shopping*: cfr. E. JACKSON, J. MILLBANK, I. KARPIN, A. STUHMCKE, *Learning from Cross-Border Reproduction*, in *Med. L. Rev.*, 1/2017, pp. 23 ss.; D. DANNA, *Maternità surrogata?*, Trieste, Asterios, 2017, pp. 166 ss.

base è stata disposta la trascrizione degli atti di nascita redatti all'estero ed è stato giuridicamente costituito in capo ai committenti il relativo rapporto di genitorialità. Posti, infatti, di fronte alla necessità di verificare che il riconoscimento degli atti giuridici stranieri derivanti da un accordo surrogatorio sia compatibile con il limite dell'ordine pubblico internazionale (ex artt. 16<sup>8</sup> e 65<sup>9</sup> della legge n. 218/1995 e art. 18 del D.P.R. n. 396/2000<sup>10</sup>), alcuni giudici hanno accordato preferenza a una lettura del suddetto limite tale da obliterare sia il divieto di cui alla legge n. 40 del 2004<sup>11</sup> sia, per il modo in cui ciò avvenuto, la complessità delle questioni a esso sottese. Senza voler in questa sede indugiare nell'analisi di tale giurisprudenza, preme nondimeno evidenziare che la mancata riconduzione del divieto (di intermediazione commerciale) in materia di maternità surrogata nello spettro del limite dell'ordine pubblico ha fatto sì che l'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 fosse in definitiva ritenuto *tamquam non esset* e che fosse conseguentemente posto nel nulla il bilanciamento dei diversi interessi meritevoli di tutela (e di rilievo costituzionale), di cui quella disposizione è purtuttavia il frutto.

Si è così ingenerato un preoccupante (ma rimediabile) meccanismo di fuga in avanti di alcuni giudici che, per effetto di una mirata selezione di liti strategiche<sup>12</sup>, sono divenuti il canale di trasmissione dell'elusione di quel divieto. Tale elusione è, peraltro, presentata come un passaggio necessitato non soltanto *hic et nunc*, nell'interesse di quel minore, ma *universaliter* e *pro futuro*, nel generalizzato interesse dei (futuribili) committenti e nell'ottica di uno strisciante superamento dell'art. 12, comma 6, in prima battuta per via giurisprudenziale<sup>13</sup>. Il sostanziale aggiramento del suddetto divieto e - preme ribadirlo - il connesso offusca-

---

Per ulteriori riflessioni sul punto si veda, pertanto, E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, cit., pp. 10 ss. e p. 21.

<sup>8</sup> «La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico.

In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. *In mancanza si applica la legge italiana*».

<sup>9</sup> «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».

<sup>10</sup> «Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico».

<sup>11</sup> Ciò è avvenuto sulla scorta di una pronuncia del giudice di legittimità concernente il caso di una fecondazione eterologa realizzata da una coppia di donne (Cass., Sez. I civ., sentenza 30 settembre 2016, n. 19599, confermata da Cass., Sez. I civ., sentenza 15 giugno 2017, n. 14878), in conseguenza della discutibile trasposizione della massima della sentenza, nella giurisprudenza di merito, su casi di maternità surrogata: cfr. Corte App. Milano, decreto 28 ottobre 2016; Corte App. Trento, ordinanza 23 febbraio 2017; Tribunale di Agrigento, Sez. civ., decreto 12 aprile 2017. Tutte le pronunce sono rinvenibili in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

<sup>12</sup> Per "lite strategica" deve intendersi quella che, appellandosi a un caso esemplare, consiste «nel cercare di ottenere dal giudice una regola generale nuova che soppianti una vecchia, ritenuta, dalla soggettività o minoranza che agisce, lesiva, dannosa, discriminatoria». Come nei casi di specie, «[o]ttenendone una serie si può contare su un quadro giuridico modificato (i giudici futuri seguiranno i precedenti) o esprimere una pressione perché la legge venga modificata: il contrasto tra la legge e le sentenze fa apparire la legge ingiusta dunque non meritevole di essere osservata e conservata»: S. NICCOLAI, *Femminismo ed esperienza giuridica. A proposito del ritorno di una antica regola juris*, in A. SIMONE, I. BOIANO (a cura di), *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, argomentazione, interpretazione*, Roma, Edizioni Efesto, 2018, p. 55

<sup>13</sup> Il percorso intrapreso è stato, difatti, quello di un contenzioso strategico (o *litigation strategy*), in cui «la pronuncia giudiziaria non interessa solo le parti formalmente in giudizio, ma mira ad avere ricadute su una pluralità di soggetti formalmente estranei al giudizio, distinguendosi dal modello tradizionale della controversia privata; inoltre, il rimedio giudiziario non è concepito solo come ripristino di una situazione o in chiave risarcitoria,

mento dei caleidoscopici beni coinvolti nelle pratiche di maternità surrogata<sup>14</sup> sono stati, d'altra parte, resi possibili dall'impiego di alcuni espedienti: l'inopinata trasfigurazione del controllo sulla sussistenza del limite dell'ordine pubblico internazionale in un giudizio anticipato (e diffuso) di costituzionalità; la non corretta assimilazione della maternità surrogata alle pratiche di fecondazione eterologa; la strumentalizzazione delle questioni di legittimità costituzionale a fini di "politica del diritto giurisprudenziale".

Per quanto attiene al primo profilo, il travisamento concernente la verifica della contrarietà all'ordine pubblico internazionale degli effetti giuridici imputabili a una nascita da surrogazione di maternità è stato ingenerato da una pronuncia della Corte di cassazione che, superando un suo meditato precedente<sup>15</sup>, si è espressa in termini opinabili. Secondo la Suprema Corte, nel valutare se l'atto di stato civile straniero, di cui si chiede di riconoscere gli effetti in Italia, sia compatibile con l'ordine pubblico, il giudice italiano non deve verificare se esso sia stato adottato in applicazione di una disciplina straniera conforme o difforme rispetto alle disposizioni interne (*seppure imperative o inderogabili*), ma soltanto se «contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali». Da ciò è stato fatto discendere che «il giudice dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con la legislazione nazionale vigente, *quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico*»<sup>16</sup>.

---

ma è pensato in prospettiva e volto ad orientare l'azione del legislatore»: B. PEZZINI, *I confini di una domanda di giustizia (profili costituzionali della questione della trascrizione del matrimonio same-sex contratto all'estero)*, in *GenIUS*, fasc. 2/2015, p. 81 (corsivi miei).

L'esigenza di un contenzioso strategico, finalizzato alla rimozione – giurisprudenziale e, in prospettiva, legislativa – di quanto espressamente disposto dalla legge n. 40 del 2004 in tema di maternità surrogata discende, invero, dalla constatazione che «[i]l divieto di surrogazione di maternità (art. 12, co. 6) ed il divieto di ricorso al parto anonimo per la donna che abbia fatto ricorso alla fecondazione assistita (art. 4, co. 2) non consentono di mettere in discussione la *ratio* legislativa che considera irrinunciabile la centralità di una madre biologica (di gravidanza e parto, anche se non genetica) cui la filiazione deve essere attribuita»: B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio nel nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., p. 105.

<sup>14</sup> Nella dottrina italiana le complesse questioni di rilievo costituzionale sottese alla maternità surrogata sono state lucidamente colte da S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2015, pp. 1 ss.

<sup>15</sup> Cass., Sez. I civ., sentenza 11 novembre 2014, n. 24001.

Con tale pronuncia la Corte di cassazione aveva ricondotto nel perimetro dell'ordine pubblico internazionale il divieto di intermediazione commerciale in materia di maternità surrogata, affermando che l'ordine pubblico non si identifica con le sole norme imperative, ma con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico interno: «L'ordine pubblico internazionale, infatti, è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna; dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili. È peraltro evidente che, *nella individuazione di tali principi, l'ordinamento nazionale va considerato nella sua completezza*, ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale. [...] *Il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali*» (corsivi miei).

<sup>16</sup> Cass., Sez. I civ., sentenza 30 settembre 2016, n. 19599 (corsivi miei).

In conseguenza di questo discutibile ingessamento e del connesso livellamento della nozione di ordine pubblico internazionale<sup>17</sup>, la giurisprudenza di merito<sup>18</sup> ha successivamente ritagliato sul divieto di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 una distinzione analoga: vi sarebbero "leggi meramente imperative", come tali inidonee a entrare in rapporto di bilanciamento con il "principio costituzionale del superiore interesse del minore"<sup>19</sup> e "leggi espressione di principi costituzionalmente obbligati"<sup>20</sup>, le sole in grado di fungere da limite di ordine pubblico. Sulla base della richiamata differenziazione, alcuni giudici hanno così ritenuto che né il disposto legislativo contenente il divieto di intermediazione commerciale in materia di maternità surrogata né il principio per cui è madre colei che partorisce (art. 269, comma 3, del codice civile) siano espressione di "rime costituzionalmente obbligate". Entrambi, dunque, sarebbero inidonei a costituire un limite di ordine pubblico internazionale - il che soltanto aprirebbe alla considerazione degli specifici elementi delle fattispecie *sub iudice* - e non potrebbero, pertanto, determinare la negazione del riconoscimento ai minori dello *status filiationis* acquisito all'estero.

Tale biforcazione rievoca la differenziazione tra leggi costituzionalmente obbligatorie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato<sup>21</sup>, che fu introdotta a tutt'altro fine dalla Cor-

---

L'interpretazione dell'ordine pubblico internazionale offerta dalla Prima Sezione civile della Corte di cassazione sembra, peraltro, aver trovato smentita nella recente pronuncia con cui le Sezioni Unite, in un caso riguardante i c.d. danni punitivi, hanno affermato che l'ordine pubblico internazionale si compone non soltanto dei principi fondamentali desumibili dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali, bensì di quelli che, nell'ordinamento interno ed in un dato momento storico, ispirano la disciplina di una certa materia, a prescindere dal rango della fonte da cui traggono origine: Cass., SS. UU., sentenza 5 luglio 2017, n. 16601. Significativamente, le Sezioni Unite affermano che «[l]a 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*. Se con riguardo all'ordine pubblico processuale, ferma la salvaguardia dei diritti fondamentali di difesa, il setaccio si è fatto più largo per rendere più agevole la circolazione dei prodotti giuridici internazionali, con riguardo all'ordine pubblico sostanziale non può dirsi altrettanto. Gli esiti armonizzanti, mediati dalle Carte sovranazionali, potranno agevolare sovente effetti innovativi, ma *Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo*: privato di venature egoistiche, che davano loro "fiato corto", ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca» (corsivi miei).

Su tale pronuncia, per l'apprezzabile freno che essa pone «a tendenze eccessivamente globalizzatrici che sembrano voler svuotare di contenuto la nozione di ordine pubblico internazionale», cfr. G. ZARRA, *L'ordine pubblico attraverso la lente di ingrandimento del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/17*, in *Diritto del commercio internazionale*, 3/2017, p. 733.

<sup>17</sup> Sul punto, criticamente, cfr. F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., pp. 37 ss.

<sup>18</sup> Si vedano le pronunce richiamate alla nota 11.

<sup>19</sup> Così Tribunale di Agrigento, Sez. civ., decreto 12 aprile 2017.

<sup>20</sup> In questi termini si esprime in particolare Corte App. Trento, ordinanza 23 febbraio 2017.

Su tale decisione pende al momento un ricorso in Cassazione, in merito al quale la Prima Sezione civile della Suprema Corte ha rimesso al Primo Presidente la controversia, perché sia assegnata alle Sezioni Unite (ordinanza n. 4382/2018). L'assegnazione è richiesta, tra l'altro, affinché le Sezioni Unite siano investite della questione concernente la nozione «assai circoscritta» di ordine pubblico, fatta propria dalla stessa Sezione con la sentenza n. 19599 del 2016 e in parte smentita dalla successiva sentenza n. 16601 del 2017.

<sup>21</sup> Si pensi alla parabola discendente di tale distinzione, nell'ambito del giudizio di ammissibilità delle richieste referendarie, dalla sentenza n. 16 del 1978 fino alla sentenza n. 45 del 2005.

te costituzionale e che – al di là della sua tenuta teorica - nella giurisprudenza costituzionale è andata progressivamente sfumando. A più forte ragione essa solleva oggi numerosi interrogativi, quando sia fatta oggetto, in tutt'altra veste, di un peculiare e più che discrezionale sindacato da parte dei giudici comuni, per tre ordini di ragione: *i*) ritenere che il contrasto con l'ordine pubblico internazionale non sia ravvisabile nell'ipotesi in cui la legislazione nazionale, con cui la norma straniera risulti incompatibile, rappresenti una soltanto delle modalità di esercizio della discrezionalità legislativa equivale a porre nel nulla il controllo sul limite dell'ordine pubblico internazionale, dal momento che il legislatore incontra nella Costituzione italiana limiti materiali negativi più che vincoli positivi di contenuto<sup>22</sup>; *ii*) così opinandosi, l'assottigliamento del controllo sull'ordine pubblico internazionale fa sì che il giudice possa agilmente sottrarsi all'applicazione della disciplina nazionale, quando quest'ultimo ritenga che essa non sia immediata (e unidirezionale) traduzione della Costituzione; *iii*) la riduzione del limite dell'ordine pubblico internazionale a un'operazione con cui si valuta se la legislazione ordinaria sia una "riproduzione" di disposizioni costituzionali rischia di corrispondere a un giudizio anticipato di costituzionalità, impropriamente rimesso nelle mani dei giudici comuni.

### **1.1. Assimilare per equiparare: sull'uso distorsivo dell'argomento egualitarista e del sindacato di legittimità costituzionale**

Il contenzioso strategico concernente la maternità surrogata, che ha preceduto e seguito la sentenza della Cassazione n. 19599 del 2016, si è caratterizzato per un fuorviante (e per nulla neutro) inquadramento di tale pratica all'interno delle tecniche di procreazione medicalmente assistita<sup>23</sup>. Si tratterebbe, secondo questa prospettiva, di una *tecnica* riproduttiva *al pari delle altre* e, dunque, suscettibile di riconoscimento e di regolamentazione *come le altre*. In particolare, facendo propria una tendenza riduzionistica nella configurazione clinica e giuridica della maternità surrogata<sup>24</sup>, una parte della giurisprudenza (e della dottrina<sup>25</sup>) ha

---

<sup>22</sup> Come evidenziato da C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., pp. 126 s.

<sup>23</sup> Ciò è avvenuto nonostante che, nella sentenza n. 19599 del 2016, il giudice di legittimità avesse sottolineato la differenza tra la fecondazione eterologa, anche nel caso di donazione di gamete maschile esterno alla coppia e di donazione dell'ovulo da parte della compagna di colei che partorisce, e la surrogazione di maternità, in cui la madre di parto è sempre esterna alla coppia committente.

<sup>24</sup> Cfr. S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., p. 52.

In contrasto con tale tendenza, l'A. rimarca le ragioni per cui la maternità surrogata non può ritenersi una "tecnica" di procreazione medicalmente assistita: «In primo luogo, l'intervento delle 'tecniche' (quali l'impianto dell'ovulo) non è coesistente alla surrogazione di maternità, ma serve semmai a realizzarla nella modalità 'gestazionale'. In secondo luogo, la surrogazione di maternità non presuppone la sterilità della donna committente, ma, per esempio, la mera non volontà di quest'ultima di affrontare la gravidanza e il parto, per cui non è, in sé e per sé, una 'terapia' finalizzata a risolvere un problema di infertilità. In terzo luogo, anche quando realizzata con il ricorso a tecniche medico-cliniche, e motivata con la sterilità della committente, la gpa resterebbe

operato una non corretta assimilazione della surrogazione di maternità alle pratiche di fecondazione eterologa, con conseguente (e calcolata) rimozione degli elementi di differenziazione sul piano medico e su quello legale<sup>26</sup>.

Se, infatti, sotto il profilo medico, la donazione di gameti maschili non è comparabile alla donazione di gameti femminili<sup>27</sup>, anche (ma non solo<sup>28</sup>) in considerazione della medicalizzazione e della stimolazione ovarica che la donazione di ovociti comporta<sup>29</sup>, la maternità surrogata implica, in qualunque sua forma e qualunque ne sia la motivazione (per i committenti così come per la madre surrogata<sup>30</sup>), la gestazione e il parto di un/a bambino/a da parte di una donna che, per via contrattuale o sulla base di un accordo informale, assume

---

l'unica 'tecnica' di PMA in cui non l'oggetto, ma lo *strumento* è la persona umana. Questo strumento umano è una donna estranea alla coppia e che non diventa madre del bambino che partorisce» (corsivo dell'A.).

<sup>25</sup> Cfr. F. MARONGIU BUONAIUTI, *Il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata – ovvero fecondazione eterologa sui generis – e la riscrittura del limite dell'ordine pubblico da parte della Corte di cassazione, o del diritto del minore ad avere due madri (e nessun padre)*, in E. TRIGGIANI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, II, Bari, 2017, p. 1144.

In senso analogo anche G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *www.forumcostituzionale.it*, p. 6 (9 marzo 2018), che sembra pervenire a un'impropria assimilazione delle pratiche di maternità surrogata alla fecondazione eterologa quando, in commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 272/2017 (su cui si veda *infra*), afferma che «[i]l diseguale e deteriore trattamento riservato a chi sia nato tramite surrogazione di maternità con ovodonazione avrebbe, piuttosto, richiesto che un'eventuale pronuncia d'incostituzionalità colpisse l'intero articolo 263 c.c. Solo in questo modo, infatti, la condizione dei "due" bambini – quello nato da PMA di tipo eterologo e quello nato tramite surrogazione di maternità con ovodonazione – sarebbe stata garantita da un'eguale e assoluta tutela».

Nondimeno, l'invocazione di un'equiparazione tra la tutela del bambino nato da maternità surrogata e quella del bambino nato da fecondazione eterologa costituisce uno degli espedienti (retorici e strategici) attraverso cui si vorrebbe ottenere l'equiparazione – pretoria o *de iure condendo* - di due pratiche che sono e rimangono profondamente diverse nelle modalità di realizzazione, nelle implicazioni (anche) giuridiche di più ampio respiro e nelle diverse ripercussioni sull'interesse del nascituro.

<sup>26</sup> In questo senso possono ritenersi emblematici Trib. Napoli, decreto 14 luglio 2011 e Corte App. Trento, ordinanza 23 febbraio 2017.

Cfr. A. MORACE PINELLI, *Il problema della filiazione nell'unione civile*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze: Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 309, il quale esattamente rileva che la fattispecie oggetto della sentenza della Cassazione n. 19599 del 2016 «non era riconducibile ad un'ipotesi di maternità surrogata, ma seguendo l'iter logico della Corte di Cassazione, con il pretesto della realizzazione del preminente interesse del minore, identificato nella conservazione dello *status filiationis*, si finisce inevitabilmente per legittimare la pratica della surrogazione di maternità, conseguendo il risultato di fornire piena attuazione all'asserito diritto ad avere figli».

<sup>27</sup> Ciò, peraltro, vale nell'ipotesi di fecondazione eterologa così come in quella di maternità surrogata gestazionale con donazione di gameti esterni alla coppia committente, sia essa "commerciale" o "altruistica".

Sulle diverse tipologie di maternità surrogata (tradizionale, solo gestazionale, gestazionale con donazione di gameti maschili e/o femminili) e sul quadro legislativo internazionale si vedano, *ex multis*, A. LORENZETTI, *Maternità surrogata*, in *Dig. disc. priv. - Sezione civile*, Aggiornamenti VI, Torino, Utet, 2011, pp. 618 ss.; K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (a cura di), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart, 2013; M. WELLS-GRECO, *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements*, The Hague, Eleven international publishing, 2016.

<sup>28</sup> La donazione di gameti maschili, infatti, si traduce nella donazione di qualcosa (lo sperma) «che, quanto meno, è staccata da chi la produce – mentre la surrogazione di maternità implica disporre del corpo e dell'anima di una donna»: S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., p. 233.

<sup>29</sup> Cfr. L. CORRADI, *Nel ventre di un'altra. Una critica femminista della tecnologia riproduttiva*, Roma, Castelvecchi, 2017, pp. 59 ss.

<sup>30</sup> Sulla valenza delle motivazioni solidaristiche nelle fattispecie di maternità surrogata e sull'improprio utilizzo della c.d. etica del dono si veda *infra*, § 3.

l'impegno di consegnare il nascituro ai committenti nei giorni successivi al parto, così che a questi ultimi possa essere attribuita l'esclusiva genitorialità legale. Differentemente dalle ipotesi di fecondazione eterologa, dunque, nei casi di maternità surrogata colei che partorisce è *sempre* persona diversa da coloro in capo ai quali è costituito il rapporto di filiazione con il/la bambino/a, poiché alla distinzione tra genitorialità genetica e genitorialità giuridico-sociale si accompagna *sempre* la non corrispondenza tra madre di parto e madre/padre sociale.

Nella prospettiva di chi ricorre alla maternità surrogata, tale distinzione implica che il venir meno del divieto di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 o «*un suo permanere in vigore esornativo, esteriore e fittizio*, interessa solo a coloro che aspirano ad ottenere la legale garanzia di poter esigere l'adempimento contrattuale, a coloro cioè che non sanno o non vogliono riconoscere l'importanza che la capacità procreativa di una donna ha per le loro vite e per i loro desideri, oppure ai commercianti di gameti»<sup>31</sup>.

Il disconoscimento delle differenze tra maternità surrogata e fecondazione eterologa ha, peraltro, considerevoli ripercussioni sul piano giudiziario. Se, difatti, la tendenza riscontrabile nella giurisprudenza italiana è la trasposizione su casi di surrogazione, per via analogica, «delle conclusioni raggiunte in tema di fecondazione assistita eterologa con gameti di un donatore [...], il richiamo (sempre più spesso tratteggio) alla giurisprudenza sull'eterologa a favore di coppie di donne consente ai giudici di superare l'esame dei profili di contrarietà all'ordine pubblico *senza considerarne alcune componenti* che potrebbero invece rivelarsi decisive in fattispecie di maternità surrogata»<sup>32</sup>. Il salto logico e motivazionale dalla maternità surrogata alla fecondazione eterologa (con l'applicazione all'una di ciò che può dirsi solo dell'altra) fa, quindi, sì che il giudice trasferisca sulla prima argomentazioni e precedenti giurisprudenziali che invece sono propri della seconda, con il risultato di annichilire il rilievo costituzionale del principio *mater semper certa est* (ex art. 269, comma 3, del codice civile) e di non porre alcuna attenzione alle circostanze e ai termini in base ai quali l'accordo surrogatorio è stato concluso e "adempiuto".

Cionondimeno, quantunque l'esito di tale impropria assimilazione sia stata in alcuni casi la trascrizione degli atti di nascita stranieri redatti conformemente agli accordi surrogatori stipulati all'estero<sup>33</sup>, tale risultato è stato perseguito e raggiunto non soltanto nell'interesse

---

<sup>31</sup> S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, cit., p. 55 (corsivi miei).

<sup>32</sup> J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., p. 148 (corsivi miei).

<sup>33</sup> In senso contrario alla trascrizione si veda Trib. Min. Brescia, decreto 14 agosto 2012 che - con decreto poi confermato da Corte d'appello, 17 gennaio 2013 e da Cass., Sez. I civile, sentenza 11 novembre 2014, n. 24001 - aveva ritenuto non trascrivibile l'atto di nascita redatto all'estero, dichiarando l'adottabilità del minore.

Sui diversi orientamenti giurisprudenziali in tema di rilevanza penalistica della condotta concernente la formazione dell'atto di nascita del minore nato all'estero da surrogazione di maternità e la successiva richiesta di trascrizione cfr. M. DOSSETTI, *L'impugnazione del riconoscimento*, in M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI, *La nuova filiazione. Accertamento e azioni di stato*, Bologna, Zanichelli, 2017, p. 295, n356.

dei minori concepiti e nati attraverso tale pratica<sup>34</sup>, ma al fine di conseguire, nel lungo termine e secondo la semplicistica logica del fatto compiuto<sup>35</sup>, uno stabile e generalizzato superamento del divieto di maternità surrogata. A questo scopo, tuttavia, lo sdoganamento della pratica attraverso alcune favorevoli pronunce sulle c.d. *cross-border surrogacies* ha dovuto (e deve) pur sempre fare i conti con l'alea di giudizi contrastanti, stante la possibilità che i giudici pervengano sul punto a decisioni differenti. I timori di una giurisprudenza ondivaga hanno, pertanto, fatto sì che si tentasse la strada del giudizio di legittimità costituzionale, nella speranza che la Corte costituzionale potesse dire una parola, se non definitiva, sufficientemente incoraggiante sulla rivedibilità (per via legislativa) o sulla superabilità (per via giurisprudenziale) del divieto di maternità surrogata.

Deve ricordarsi, a questo proposito, che analogo percorso era stato intrapreso relativamente al riconoscimento di provvedimenti stranieri in tema di adozione co-parentale per coppie dello stesso sesso (c.d. *stepchild adoption*). Il Tribunale per i minorenni di Bologna aveva sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 della legge n. 184 del 1983, per violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 della Costituzione (in riferimento agli artt. 8 e 14 CEDU), nella parte in cui quelle disposizioni, interpretate secondo diritto vivente, non avrebbero consentito al giudice «di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore adottato (all'estero), il riconoscimento della sentenza straniera che abbia pronunciato la sua adozione in favore del coniuge del genitore, a prescindere dal fatto che il matrimonio stesso abbia prodotto effetti in Italia (come per la fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso)»<sup>36</sup>. Alcuni auspicavano, dunque, che i giudici costituzionali si pronunciassero sulla questione «della compatibilità delle *stepchild adoptions* con i principi fondamentali

---

<sup>34</sup> Un interesse, peraltro, che tende sovente a sfumare nell'interesse dei committenti non soltanto al riconoscimento in capo a essi della genitorialità legale, ma piuttosto alla cancellazione di tutti gli elementi idonei a "denunciare" il ricorso alla maternità surrogata (come, ad esempio, l'indicazione della madre surrogata nel certificato di nascita).

Sull'uso retorico e strumentale della dottrina dei *best interests of the child* si vedano, da ultimo, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016, pp. 77 ss.; nonché I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di "abuso" e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit., pp. 71 ss.

<sup>35</sup> Sui rischi legati all'utilizzo strumentale del "fatto compiuto", che fa forza sugli effetti riconoscibili agli accordi surrogate commerciali già conclusi all'estero, nell'intento di avvalorare la tesi secondo cui sarebbe preferibile l'approvazione di una disciplina nazionale della maternità surrogata, si veda ancora E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, cit., *passim*.

A tal proposito, basti evidenziare che, quando ci si interroga circa il modo in cui debba essere inteso il c.d. superiore interesse del minore, occorre considerare non soltanto l'interesse del minore «nel caso concreto (muovendo quindi dall'ineliminabilità del fatto compiuto)», ma anche l'interesse «in astratto *dei minori*, nella consapevolezza che l'accettazione di un fatto compiuto comporta inevitabilmente la proliferazione di casi analoghi e dunque la disapplicazione generalizzata della regola, anche quando la sua *ratio* sia di protezione degli interessi dei minori»: P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Diritti del minore e circolazione all'estero del suo status familiare: nuove frontiere*, in G.O. CESARO, P. LOVATI, G. MASTRANGELO (a cura di), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico e interesse del minore*, Milano, Franco Angeli, 2014 p. 46 (corsivi miei).

<sup>36</sup> Ordinanza di rinvio n. 259 del 2014.

dell'ordinamento italiano»<sup>37</sup>, rimediando in questo modo, più che alle paventate incostituzionalità della normativa vigente, alle debolezze<sup>38</sup>, alle reticenze (e alle ipocrisie) del legislatore italiano in ordine alle unioni civili tra persone dello stesso sesso e ai connessi diritti in materia di filiazione<sup>39</sup>.

La Corte costituzionale ha, tuttavia, dichiarato inammissibile la *quaestio legitimitatis*, ritenendo che «[l']inadeguata individuazione, da parte del giudice rimettente, del contesto normativo [avesse determinato] un'erronea qualificazione dei fatti sottoposti al suo giudizio, tale da riverberarsi sulla rilevanza delle questioni proposte»<sup>40</sup>. Nell'opinione della Corte, il giudice *a quo* aveva, invero, erroneamente trattato la decisione straniera come un'ipotesi di adozione di un minore straniero da parte di cittadini italiani (cosiddetta adozione internazionale), mentre si trattava del riconoscimento di una sentenza straniera, pronunciata tra stranieri.

La maternità surrogata ha successivamente trovato la strada del giudizio di costituzionalità attraverso l'obliqua proposizione di una questione di legittimità costituzionale avente a oggetto l'art. 263 del codice civile (impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità). La *quaestio* era stata sollevata dalla Corte d'appello di Milano nel corso di un giudizio che traeva origine dalla trascrizione di un certificato di nascita formato all'estero. L'atto straniero concerneva la nascita di un bambino riconosciuto come figlio naturale di una coppia di coniugi italiani, i quali – a seguito di indagini avviate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni – avevano ammesso il ricorso alla surrogazione di maternità attraverso ovodonazione. La questione era ritenuta non manifestamente infondata dall'autorità rimettente, nella misura in cui l'art. 263 del codice civile non avrebbe previsto la possibilità di non accogliere l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minore, quando il giudice lo avesse ritenuto rispondente all'interesse del minore. Si dubitava, quindi, della legittimità costituzionale della norma così interpretata, in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. e all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU.

Alla Corte costituzionale veniva in tal modo richiesta una pronuncia, che all'apparenza avrebbe dovuto colpire, nell'ipotesi di accoglimento, l'automatismo decisorio ricavabile dalla disposizione codicistica, ma i cui effetti si sarebbero in realtà riverberati sul divieto di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, secondo il meccanismo di una inusuale illegittimità consequenziale mascherata. Difatti, pur avendo respinto le eccezioni

---

<sup>37</sup> L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il primo intervento della Consulta sul riconoscimento di provvedimenti stranieri in tema di adozione coparentale per coppie dello stesso sesso*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) (16 maggio 2016).

<sup>38</sup> D'altronde, la debolezza dei diritti è oggi più che mai imputabile alle debolezze della politica: cfr. G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2016, p. 147, il quale peraltro rileva che, in tale scenario, i giudici «non potranno utilizzare a lungo in modo alternativo i diritti».

<sup>39</sup> Sul modo in cui il dibattito sull'adozione co-parentale in occasione del disegno di legge sulle unioni civili (ora legge n. 76 del 2016) sia stato ambiguamente utilizzato per misconoscere che l'approvazione dell'art. 5 del disegno di legge, poi stralciato, avrebbe avuto come esito l'abrogazione silente del divieto di surrogazione, si veda S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., pp. 193 ss.

Il legislatore, del resto, ha covato da subito la speranza che un problema così spinoso potesse essere in seguito risolto - in modo avulso dalle vie proprie del dibattito parlamentare e della responsabilità politica - dai giudici: cfr. A. MORACE PINELLI, *Il problema della filiazione nell'unione civile*, cit., pp. 304 ss.

<sup>40</sup> Sentenza n. 76 del 2016.

dell'appellante e del curatore del minore sulla legittimità costituzionale del divieto "assoluto" di maternità surrogata<sup>41</sup>, al fine di attenersi alla fattispecie concreta emergente dal caso sottoposto al suo esame e non pregiudicare così la rilevanza della *quaestio legitimitatis*; l'autorità rimettente non mancava di convenire con la difesa dell'appellante – e con il curatore – che il divieto normativo sembrava confliggere, sotto più profili, con alcune disposizioni costituzionali.

In particolare, veniva rilevato il contrasto di tale divieto con l'articolo 3 della Costituzione, innanzitutto per una disparità di opportunità tra coppie i cui problemi di sterilità/infertilità non incidono sulla possibilità di gestazione della donna e coppie che, dato un quadro clinico tale da non consentire la gestazione della donna, «solo derogando al divieto potrebbero avere un figlio per via naturale, geneticamente riconducibile ad almeno uno dei partner». Inoltre, il divieto avrebbe prodotto una duplice discriminazione: *i*) una discriminazione di genere, poiché, in conseguenza della sentenza n. 162 del 2014, a un uomo sterile è consentito di «ricorrere alle tecniche riproduttive e di poter riconoscere come proprio un figlio per l'effetto della donazione di gameti, [mentre] la stessa possibilità non è consentita ad una donna che non possa portare a termine la gravidanza»; *ii*) un trattamento discriminatorio delle coppie in base alla loro capacità economica, «venendo di fatto negato l'esercizio del diritto di formare una famiglia con figli propri alle coppie prive delle risorse finanziarie per fare ricorso alla pratica della surrogazione in altri paesi».

Infine, l'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, «impedendo alla coppia, impossibilitata alla gestazione a causa di una patologia della donna, di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli», si sarebbe posto in formale contrasto con gli articoli 2, 3, 31 e 32 della Costituzione<sup>42</sup>.

Profondendosi in considerazioni (ultronee, prim'ancora che inconferenti ai fini della *quaestio*) sulla supposta inefficacia del divieto legislativo<sup>43</sup>, sull'asserita assenza di pregiudizi ricollegabili alla pratica e sui parallelismi inopinatamente posti con la fecondazione eterologa, il giudice *a quo* finiva così per constatare «la fragilità, in un contesto globale, del rigido stru-

---

<sup>41</sup> Nel giudizio *a quo* era stata l'appellante a chiedere, in subordine, di sollevare «questione di legittimità costituzionale sull'art. 12, comma 6, legge n. 40 del 2004, nella parte in cui pone il divieto assoluto di effettuare la maternità surrogata, in relazione agli articoli 2, 3, 13, 29, 31 e 32 della Costituzione», nonché, in estremo subordine, «con riferimento agli articoli 2, 3, 13, 29, 31, 32 e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 8 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui la norma non consente di procedere alla trascrizione in Italia di atti di nascita di minori nati all'estero a seguito dell'applicazione di tecniche di maternità surrogata, atti formati in modo legittimo nei paesi che consentono simile tecnica» (ordinanza n. 273 del 2016, punti 4.2 e 4.3).

<sup>42</sup> Ordinanza n. 273 del 2016, punti 8.1 ss.

Per una disamina, da diverse prospettive, delle questioni sollevate dall'ordinanza di rinvio si vedano i contributi pubblicati in *GenIUS*, fasc. 2/2017.

<sup>43</sup> In particolare, nell'ordinanza di rinvio era acriticamente riproposta l'idea secondo cui il c.d. turismo procreativo, consistente nel ricorso alla surrogazione di maternità transnazionale, sarebbe il frutto del solo divieto legislativo, facendosi così intendere che tale fenomeno si arresterebbe in presenza di una normativa interna permissiva. Come si è già rimarcato, trattasi, nondimeno, di una supposizione non suffragata – e anzi smentita – dal fatto che il turismo procreativo non soltanto permane, ma è persino in aumento negli ordinamenti in cui tale pratica è ammessa: si veda *supra* alla nota 7.

mento normativo della proibizione assoluta a fronte, della diffusione all'estero del ricorso alla surrogazione di maternità»<sup>44</sup>.

Che la Corte di Appello di Milano si prefiggesse di sollevare una questione di legittimità costituzionale "trasversale", così che la decisione della Corte costituzionale potesse essere strumentalmente utilizzata per mettere in discussione il divieto concernente la maternità surrogata e "svuotarlo" di significato in sede giudiziaria, era peraltro dimostrato da un ulteriore passaggio dell'ordinanza di rinvio.

L'autorità rimettente, infatti, da un lato rimarcava che la questione formalmente sollevata non concerneva la liceità degli accordi surrogatori, bensì i diritti del bambino nato da tale pratica e, dall'altro, ricordava che, in virtù di numerose indicazioni normative e giurisprudenziali, «con riferimento allo stato di filiazione, così come per ogni altra questione concernente un minore, il concetto di ordine pubblico deve essere declinato, per l'appunto, con riferimento all'interesse di questi»<sup>45</sup>. Stando così le cose, non vi era in fondo motivo di rivolgersi alla Corte costituzionale per denunciare (soltanto) l'asserito automatismo decisorio scaturente dall'art. 263 del codice civile, poiché il giudice *a quo* ammetteva al riguardo di disporre già degli elementi (e degli strumenti) necessari per compiere – nel caso concreto - un bilanciamento tra i diversi beni di rango costituzionale sottesi alla fattispecie *sub iudice*. Era semmai sentita l'esigenza di adire il giudice costituzionale, al fine di (far) revocare in dubbio il divieto legislativo in materia di maternità surrogata con effetti *pro futuro* e per tutti i casi a venire.

## 2. La sentenza n. 272 del 2017: un importante punto fermo

Ci si è attardati nel ricordare i passaggi motivazionali dell'ordinanza meneghina, allo scopo di illustrare le ragioni che hanno spinto la Corte costituzionale a pronunciarsi sulla *quaestio* per come sollevata dal giudice rimettente, senza mancare di corredare la parte motiva della sentenza di alcune importanti e significative puntualizzazioni sulla maternità surrogata. Non si tratta, ad avviso di chi scrive, di meri *obiter dicta*, ma di elementi motivazionali tratteggiati "sollecitati" dal giudice *a quo* attraverso una contorta strutturazione dell'ordinanza di rinvio e, perciò, essenziali ai fini dell'interpretazione costituzionalmente orientata offerta dalla Corte nel rigettare la questione.

Sono due, in particolare, i passaggi della sentenza n. 272 del 2017 che meritano attenzione e che devono essere letti sia alla luce dell'ordinanza di rimessione, come subito si spiegherà, sia nella prospettiva di più ampie considerazioni di rilievo costituzionale sulla maternità surrogata, secondo quanto si proverà a sostenere in conclusione.

I giudici costituzionali affermano in primo luogo che «la maternità surrogata [...] offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», sottolineando altresì che a tale pratica il nostro ordinamento riconnette «un elevato grado di

---

<sup>44</sup> Ordinanza n. 273 del 2016, punto 8.1.

<sup>45</sup> Ordinanza n. 273 del 2016, punto 22.

disvalore»<sup>46</sup>. Così facendo, essi hanno inteso esplicitare le ragioni del disvalore che il legislatore italiano ha voluto riconnettere a tale pratica, richiamando l'attenzione sulla scelta che al riguardo è stata fatta in sede parlamentare.

In questo modo, la Corte non ha fatto altro che rammentare (a tutti) la perdurante sussistenza di tale disvalore, a fronte di un'ordinanza di rinvio che, al contrario, si proponeva di ottenere surrettiziamente una pronuncia *ultra petita*, ossia una pronuncia a seguito della quale (tutti) i giudici si sarebbero sentiti legittimati ad "aggirare" il divieto legislativo, senza impegnarsi in ben più complessi apprezzamenti. La pronuncia costituzionale ci ricorda così che, se spetta alla Corte sindacare la costituzionalità delle scelte operate dal legislatore, ai giudici comuni non è dato aggirare tali scelte (e i connessi bilanciamenti<sup>47</sup>), sostituendo a esse valutazioni comparative di interessi che, nei casi concreti e dietro lo schermo di un ordine pubblico dimidiato, vadano in direzione diametralmente opposta.

Il giudice *a quo* aveva, infatti, obliquamente sollecitato un'interpretazione *ultra vires* (perché non rilevante) del divieto di cui alla legge n. 40 del 2004, ma la sentenza n. 272 del 2017 ha messo in evidenza che questioni implicanti, a diverso titolo, tale divieto non possono essere definite *tamquam non esset*. L'art. 263 del codice civile postula, invero, che i giudici compiano delle valutazioni comparative (e non, come sostenuto nell'ordinanza, che essi applichino un mero automatismo decisorio), *purché* l'apprezzamento di molteplici interessi non sia tale da sottrarre l'autorità giudicante alla necessaria considerazione del divieto legislativo nella definizione delle questioni *sub iudice*. La ripetuta e generalizzata elusione del divieto di intermediazione commerciale in materia di maternità surrogata avrebbe altrimenti il significato di un'attività giurisdizionale che, *contra constitutionem*, anziché essere applicazione di leggi e individuazione della regola del caso concreto, si prefigge la confezione di norme aspiranti alla generalità<sup>48</sup>.

Il rigetto della questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice civile, così come interpretato dalla Corte d'appello di Milano, ha pertanto trovato il suo perno in quel bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti, che l'autorità rimettente e il curatore del minore avevano ritenuto precluso da una lettura (intenzionalmente) limitativa della norma indubbiata. Ad avviso di questi ultimi, la norma codicistica, contemplando quale presupposto necessario e sufficiente per l'impugnazione del riconoscimento il solo difetto di veridicità, inteso come assenza di un legame biologico tra l'autore del riconoscimento e colui che è riconosciuto come figlio, sarebbe stata d'ostacolo a «ogni possibilità di valutazione e bilanciamento degli interessi coinvolti, in quanto l'inesistenza di tale legame biologico costituirebbe l'unica condi-

---

<sup>46</sup> Sentenza n. 272 del 2017, punti 4.2 e 4.3 del *Considerato in diritto* (corsivi miei).

<sup>47</sup> D'altro canto, neppure da una pronuncia della Corte costituzionale può scaturire un bilanciamento diverso da quello insito nella legge indubbiata, quando non «vi siano rime obbligate e [...] il bilanciamento parlamentare [non] sia imputabile di manifesta irragionevolezza»: G. AMATO, *L'elasticità delle costituzioni rigide*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Padova, Cedam, 2017, p. 34.

<sup>48</sup> Sul rilievo secondo cui, in materia, di filiazione sia già emersa nella giurisprudenza comune la tendenza dei giudici ad andare «oltre i limiti del loro compito di interpretazione delle norme», fino al punto di creare «una regola nuova, sconfinando nell'attività riservata al legislatore» si veda M. DOSSETTI, *L'impugnazione del riconoscimento*, cit., p. 295.

zione per l'accoglimento dell'azione». Inoltre, secondo questa lettura, lo strumento per preservare l'interesse del minore a mantenere il legame con la madre c.d. intenzionale (e con la sua famiglia d'origine) sarebbe stato, in ipotesi, soltanto quello di cui all'art. 44 della legge n. 184 del 1983, previa rimozione dello *status filiationis* per parte di madre. Tale strada era, tuttavia, giudicata «del tutto aleatoria, non solo perché dipendente dalla libera iniziativa del genitore sociale, ma anche perché subordinata al consenso dell'altro genitore. Inoltre, l'eventuale legame così costituito sarebbe [stato] comunque più debole di quello derivante dalla maternità naturale, attese le peculiarità proprie dell'adozione in casi particolari»<sup>49</sup>.

I giudici costituzionali hanno, nondimeno, declinato tale interpretazione e, ponendo l'accento su un interesse del minore altrimenti configurato come solitario e "onnivoro", hanno riportato i termini della questione nell'alveo di una pronuncia, che può *lato sensu* ritenersi di (condivisibile) monito non al legislatore, ma all'autorità rimettente e, per essa, a tutti i giudici. Nel ribadire che la *quaestio* non era tale da mettere in discussione né la legittimità del divieto assoluto della maternità surrogata<sup>50</sup>, né il tema dei limiti alla trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati all'estero, la Corte costituzionale ha in primo luogo offerto un'articolata interpretazione dell'art. 263 del codice civile. Da essa si ricava che, anche quando il disposto normativo imponga di non omettere la verità, in virtù dell'accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello *status filiationis* alla realtà della procreazione, si prospetta in ogni caso la necessità di un bilanciamento tra tutti gli interessi in gioco, poiché l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo è un valore di rilevanza sì costituzionale, ma non assoluta<sup>51</sup> e deve essere, pertanto, bilanciato con l'interesse del minore.

L'interpretazione del giudice costituzionale è, peraltro, tale da indicare ai giudici (e, prim'ancora, gli ufficiali di stato civile) quali elementi di valutazione entrino necessariamente in gioco, ogniquale volta si faccia questione, più in generale, del divieto concernente la maternità surrogata e, in particolare, della trascrivibilità degli atti di nascita redatti all'estero sulla base di accordi surrogatori<sup>52</sup>. Può, in tal senso, ritenersi che con tale pronuncia la Corte parli a tutti i giudici<sup>53</sup>, portando a sostegno della sua decisione una motivazione persuasiva e, per-

---

<sup>49</sup> Sentenza n. 272 del 2017, punto 4.1 del *Ritenuto in fatto*.

<sup>50</sup> Su come debba interpretarsi l'assolutezza del divieto di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, soprattutto allo scopo di scongiurare la fuorviante e mal posta distinzione tra accordi surrogatori commerciali e altruistici si veda *infra*, § 3.

<sup>51</sup> Sul punto nella pronuncia è ricordato l'analogo orientamento della Corte di cassazione (Sez. I civ., sentenze 30 maggio 2013, n. 13638; 22 dicembre 2016, n. 26767; 3 aprile 2017, n. 8617), la quale ha escluso, anche con pronunce antecedenti l'ordinanza di rimessione meneghina, che il *favor veritatis* sia un valore di rilevanza costituzionale assoluta, cui debba essere riconosciuta prevalenza automatica. Ciò conferma che, stante la prevalente interpretazione del rapporto tra *favor veritatis* e interesse del minore nelle azioni di disconoscimento e di impugnazione del riconoscimento, la *quaestio* era in qualche modo pretestuosa.

<sup>52</sup> In dottrina v'è, peraltro, chi ritiene che, «se la trascrizione è stata autorizzata sul presupposto che la donna che risulta dall'atto di nascita non ha partorito, [...] è contraddittorio impugnare il "riconoscimento" perché "non veridico" [...] Forse sarebbe più corretto impugnare la trascrizione in quanto contraria all'ordine pubblico»: G. FERRANDO, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in *GenIUS*, fasc. 2/2017, p. 16.

<sup>53</sup> Non potendosi in questa sede ripercorrere il dibattito sui limiti degli effetti di vincolo delle sentenze adeguatrici della Corte costituzionale e sul diritto vivente, si veda M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali XI, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 464 ss., il quale osserva che le «sentenze

ciò, idonea a essere in futuro valorizzata da ciascuno di essi (primariamente dal giudice di legittimità)<sup>54</sup>.

La Corte è, infatti, chiara nell'affermare che «[i]n tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale, la necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento della verità e *interesse concreto* del minore è resa trasparente dall'evoluzione ordinamentale intervenuta e si proietta *anche* sull'interpretazione delle disposizioni da applicare al caso in esame»<sup>55</sup>. Fatti salvi gli ulteriori profili problematici concernenti la pratica in oggetto<sup>56</sup>, la divergenza tra le due identità sussiste, d'altro canto, sia per la committente di una coppia eterosessuale, che sia ricorsa alla maternità surrogata con ovodonazione, sia per (almeno uno de) committenti della coppia omosessuale.

È indispensabile, dunque, comprendere i termini del bilanciamento - per come la Corte costituzionale li ha delineati - e la portata a essi attribuibile.

### **2.1. Il bilanciamento implica sempre il raffronto tra (almeno) due termini**

Nella sentenza n. 272 del 2017 la Corte delinea un dispositivo di bilanciamento e di giudizio, che ha come destinatari privilegiati i giudici. Nelle pieghe della pronuncia non vi è, infatti, alcun monito al legislatore e alle valutazioni cui il Parlamento è pervenuto in materia di maternità surrogata<sup>57</sup>. Può semmai ritenersi che i giudici costituzionali abbiano incidental-

---

interpretative di rigetto, [...] salvi casi tutto sommato marginali di conflitto con la Cassazione, sono pacificamente recepite dalla giurisprudenza» (ivi, p. 468).

Può, peraltro, condividersi l'opinione di chi ritiene che «[i]l successo dell'interpretazione conforme suggerita dalla Corte può nascere [...] solo dalla capacità di consenso che questa riesce a guadagnarsi con argomentazioni razionali e persuasive e non sulla base della loro efficacia giuridica che attribuirebbe, come detto, alla Corte una sorta di potere di interpretazione autentica. Qualora le sue argomentazioni non convincano i giudici e venga a concretarsi un diritto vivente contrastante con la Costituzione, alla Corte non resterà che utilizzare lo strumento della dichiarazione di incostituzionalità»: R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 134-135.

<sup>54</sup> Del resto, già la scelta della sentenza interpretativa di rigetto in luogo dell'ordinanza di inammissibilità depone in questo senso, poiché lo strumento della sentenza, «ben più visibile e comunicativo», consente di far giungere l'interpretazione della Corte - se adeguata, anche nei casi più problematici - «alla generalità dei giudici al fine di orientarli diversamente»: E. LAMARQUE, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, p. 759.

<sup>55</sup> Sentenza n. 272 del 2017, punto 4.1 del *Considerato in diritto* (corsivi miei).

<sup>56</sup> Per definizione la maternità surrogata implica sempre, *in ogni sua forma* - e a differenza della fecondazione eterologa - la divergenza tra i c.d. genitori intenzionali e colei che è madre *perché* ha partorito il bambino. A ciò corrisponde, pertanto, un bene di rilievo costituzionale, per come incarnato dal principio *mater semper certa est* e tradotto (ovvero confermato) dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004: cfr. R. VILLANI, *La procreazione assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, diretto da P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2012, p. 705; S. NICCOLAI, *Surrogacy e principio mater semper certa in dialettica, per riscoprire il valore del materno*, in C. BELLONI, A. BOSIA, A. CHIARLONI, C. SARACENO (a cura di), *Cirsde. Un progetto che continua. Riflessioni e prospettive dopo venticinque anni di studi di genere*, Torino, CIRSD, 2018, pp. 119 ss.

Sul punto si ritornerà *infra*, § 3.

<sup>57</sup> Deve, a tal proposito, fuggirsi ogni dubbio in ordine al significato dell'inciso contenuto in conclusione della pronuncia («nel silenzio della legge»), dal momento che esso non attiene a un presunto vuoto di regolamentazione in materia di maternità surrogata. L'inciso va inteso piuttosto nel senso che, se per i nati da fecondazione eterologa l'art. 9 della legge n. 40 del 2004 detta la norma regolatrice della filiazione, manca invece

mente (e nuovamente) confermato la “non incostituzionalità” della *ratio* sottesa al divieto ex art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004. Ciò è dimostrato, tra l’altro, dal fatto che la Corte ha scelto di non fare propri i fumosi richiami del giudice rimettente ai mutamenti della coscienza sociale, per come inverte dall’evoluzione scientifica e tecnologica<sup>58</sup>.

Preme, in primo luogo, osservare che con questa pronuncia la Corte costituzionale incidentalmente ha fatto in modo di riappropriarsi del giudizio di legittimità costituzionale, a fronte delle ardite operazioni di interpretazione “para-costituzionale”<sup>59</sup>, attraverso cui alcuni

---

la regolamentazione espressa dei rapporti di filiazione scaturenti dagli accordi surrogatori conclusi all’estero in costanza del divieto legislativo nazionale.

In tali casi sovengono, nondimeno, i principi generali (*mater semper certa*) e le disposizioni applicabili per analogia, salva la valutazione comparativa degli interessi delineata dalla Corte costituzionale nei suoi elementi (costituzionalmente) necessari (vedi *infra*). Peraltro, nelle ipotesi di filiazione per surrogazione di maternità, proprio la necessità di comporre i diversi interessi in gioco, in considerazione delle situazioni concrete, fa sì che la valutazione comparativa – non *ultra vires* e conforme a Costituzione - sia rimessa ai giudici. Non può, dunque, ritenersi che, per il solo fatto che alcuni di essi abbiano promosso una lettura delle disposizioni applicabili alle singole fattispecie non conforme a Costituzione e tale da infirmare il divieto concernente la maternità surrogata, vi sia una lacuna normativa che spetterebbe al legislatore colmare.

Ciò è, d’altronde, incidentalmente confermato dal rigetto dell’eccezione di inammissibilità avanzata dall’Avvocatura di Stato, secondo cui la *quaestio* era volta ad inserire, attraverso una pronuncia additiva, una condizione esclusiva (l’interesse del minore) ai fini dell’impugnazione del riconoscimento di figlio naturale, con conseguente interferenza nella discrezionalità del legislatore nel decidere se l’accoglimento di tale impugnazione dovesse essere subordinato unicamente all’interesse del minore all’appartenenza familiare. La Corte ha respinto tale eccezione, ritenendo che non vi fosse «alcuna interferenza sul contenuto di scelte discrezionali rimesse al legislatore» (punto 2 del *Considerato in diritto*).

Diversamente G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2018, pp. 45 s., che pure concorda nel criticare i già ricordati orientamenti permissivi dei giudici di merito sulla trascrivibilità dell’atto di nascita straniero, ritenendo altresì che la «recente posizione della giurisdizione di legittimità non [possa] prescindere da quanto ribadito dalla Corte costituzionale nella menzionata sent. n. 272, ovvero dal richiamo all’“elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità”» (*ivi*, p. 46).

<sup>58</sup> Nel prospettare l’opportunità di «una rinnovata riflessione sul tema della coincidenza – per quanto qui interessa, limitatamente all’art. 263 c.c. – tra *favor veritatis* e *favor minoris*, considerando il concreto interesse del minore come criterio correttivo del principio di verità», il giudice rimettente poggiava tali considerazioni su generici richiami ai «mutamenti nel costume e nella sensibilità sociale» e alle «possibilità offerte dalle nuove tecnologie in tema di procreazione assistita» (punto 18 dell’ordinanza di rinvio).

Con riferimento all’uso strumentale (e semplicistico) della coscienza sociale nelle raffigurazioni della maternità surrogata si consideri quanto problematicamente osservato, in termini più generali, da N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivistaic*, fasc. 4/2017, p. 15: «L’oggettività, la chiarezza e l’espressività degli indicatori [dei mutamenti rilevanti della coscienza sociale] comportano un corollario importante: se si ha evidenza che il dibattito pubblico resta aperto, che la coscienza sociale non esprime mutamenti in una chiara direzione, ma anzi è divisa, non dovrebbe essere questione per una Corte costituzionale di farsi avanguardia isolata. Il dibattito pubblico - specie se ha ad oggetto questioni delicate, o addirittura quelle che si definiscono “scelte tragiche” - non andrebbe “chiuso” a colpi di sentenze di accoglimento» (corsivi miei).

A più forte ragione, sul piano della giurisdizione comune, «al giudice non è richiesto (né consentito) di farsi interprete, oltre che del diritto positivo, del sentimento o delle oggettive necessità della nazione; [...] al giudice non si chiede di fare giustizia sostanziale secondo la sua personale lettura dei valori costituzionali»: M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivistaic.it*, fasc. 1/2013, p. 11.

<sup>59</sup> Ciò risponde, d’altra parte, a una più ampia tendenza rinvenibile nella giurisprudenza costituzionale, consistente in una maggiore valorizzazione dell’accentramento del giudizio di legittimità costituzionale. La Corte costituzionale si trova, infatti, a dover sempre più fare i conti con un’attività ermeneutica para-costituzionale, attraverso la quale i giudici comuni eludono l’eccezione di legittimità costituzionale (e quindi il giudizio costituzionale), disapplicando al contempo la norma da applicare al caso di specie. Tale impropria

giudici – come si rilevava poc'anzi – hanno trasformato il controllo sulla sussistenza del limite dell'ordine pubblico internazionale in un giudizio anticipato (e diffuso) di costituzionalità. Così facendo, essi hanno invero svuotato di significato il bilanciamento che, nei casi concreti, deve essere compiuto, quando si decida del rapporto di filiazione di un minore nato all'estero attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità.

Sorvolando sulle eccezioni di inammissibilità avanzate dall'Avvocatura dello Stato, la Corte è entrata nel merito della questione, indicando ai giudici i termini di un bilanciamento costituzionalmente orientato, che spetta sì loro operare, ma nel rispetto di confini entro cui devono necessariamente mantenersi<sup>60</sup>.

---

disapplicazione della legge, peraltro, passa sovente attraverso la dilagante sollecitudine dei giudici comuni nel constatare il contrasto tra le norme interne da applicare al caso di specie e le garanzie dei diritti fondamentali per come rinvenute (dai giudici stessi) nelle Carte sovranazionali.

Cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista*, fasc. 4/2017, pp. 1 ss., il quale rileva che, in un quadro in cui si registra il «ripetuto effetto di traboccamento» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si colloca anche «la impazienza di alcuni tribunali minorili che combinando insieme la Carta e la Convenzione sembrano preparare il terreno (trovando conferma nella I sez. civile della Cassazione n. 19962/16 del 26 maggio 2016) per introdurre in Italia l'istituto della "Stepchild adoption", finora rifiutato dal legislatore» (ivi, pp. 4-5).

Sul punto si consideri, da ultimo, la sentenza n. 269 del 2017: «Fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale, occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, *ad un tempo*, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione, come è accaduto da ultimo in riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene (Corte di giustizia dell'Unione europea, grande sezione, sentenza 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17, M.A.S., M.B.). Pertanto, le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito» (punto 5.2 del *Considerato in diritto*, corsivi miei).

Non essendo possibile, in questa sede, una più approfondita disamina delle più vaste implicazioni (teoriche e applicative) di tale pronuncia, si rinvia, tra i molti, ad A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Riv. diritti comparati*, fasc. 3/2017, pp. 1 ss.; R.G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *www.forumcostituzionale.it*, pp. 1 ss. (28 dicembre 2017); G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, ivi, pp. 1 ss. (25 gennaio 2018).

<sup>60</sup> In tal senso, può ritenersi che la sentenza n. 272 del 2017 rientri in quella nuova fase della giurisprudenza costituzionale che, attraverso la progressiva riduzione delle pronunce di inammissibilità e la ri-espansione delle sentenze interpretative di rigetto (in questo caso, senza il ricorso all'inciso "nei sensi di cui in motivazione" nel dispositivo), «prelude ad un più equilibrato rapporto tra giudici e Corte costituzionale». La sentenza interpretativa di rigetto consente, difatti, di mettere in moto un «accentramento collaborativo», con cui la Corte «smentisce la validità dell'iter argomentativo seguito dal giudice, non facendo ricadere però su di esso l'onere di giungere al risultato necessario»: G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, rispettivamente p. 131 e p. 138.

Può, peraltro, ritenersi che, in questo specifico caso, la scelta della Corte costituzionale di pronunciarsi sul merito sia stata altresì dettata dalla sentita esigenza di scongiurare la riproposizione di questioni analoghe che, pur prendendo pretestuosamente a oggetto altre disposizioni normative, si prefiggano nuovamente di ottenere una pronuncia con effetti "indiretti" sul divieto di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004.

Respinta, dunque, l'opzione ermeneutica secondo la quale il rilievo assegnato all'accertamento della verità biologica e genetica sarebbe tale da prevalere sempre su qualunque altro interesse, la Corte ricorda innanzitutto che, in altre ipotesi di divergenza tra genitorialità genetica e genitorialità biologica, il bilanciamento è stato effettuato direttamente dal legislatore con l'assegnare prevalenza al principio di conservazione dello *status filiationis*. Così, ad esempio, la necessità di bilanciare l'interesse del minore con il pubblico interesse alla certezza degli *status* è espressamente prevista nelle azioni in materia di riconoscimento dei figli (artt. 250 e 251 del codice civile), mentre l'art. 9 della legge n. 40 del 2004 esclude che il coniuge o il convivente che abbiano acconsentito al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo possano promuovere l'azione di disconoscimento o impugnare il riconoscimento ai sensi dell'art. 263 del codice civile.

Diversamente, in casi come quello oggetto della questione sollevata dal giudice meneghino, il legislatore ha imposto l'imprescindibile presa d'atto della verità attraverso il divieto concernente la maternità surrogata, senza però che tale scelta comporti – prosegue la Corte – la cancellazione dell'interesse del minore. Ciò implica senz'altro che, in queste ipotesi, la valutazione comparativa sia rimessa al giudice specializzato; nondimeno, se «non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, *va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro*»<sup>61</sup>.

Viene così escluso che sussistano al riguardo degli automatismi, in applicazione dei quali debba accordarsi preferenza sempre all'uno o all'altro interesse, ma è altresì chiarito che l'inesistenza di un automatismo opera in una duplice direzione: se il *favor veritatis* non può imporsi puramente e semplicemente sull'interesse (concreto) del minore (del che non poteva già dubitarsi sulla base dell'evoluzione normativa e della giurisprudenza costituzionale ed europea<sup>62</sup>), parimenti deve escludersi che la considerazione di quest'ultimo interesse possa tradursi nella *sistematica* obliterazione dell'esigenza di verità della filiazione, poiché quest'ultima incarna un interesse pubblico. La natura pubblica dell'interesse alla verità biolo-

---

<sup>61</sup> Sentenza n. 272 del 2017, punto 4.3 del *Considerato in diritto* (corsivi miei).

<sup>62</sup> Sono richiamate, con particolare riferimento alle azioni volte alla rimozione dello *status filiationis*, le sentenze n. 112 del 1997, n. 170 del 1999, n. 322 del 2011 e l'ordinanza n. 7 del 2012 della Corte costituzionale, nonché, con riferimento al rifiuto di trascrizione degli atti di nascita stranieri concernenti casi di maternità surrogata, le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*.

Successivamente all'ordinanza di rimessione la Grande Camera della Corte di Strasburgo è poi intervenuta sul tema con la sentenza del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

A questo proposito, deve sottolinearsi l'importanza della sentenza n. 272 del 2017 anche con riguardo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nella misura in cui quest'ultima, ponendo in capo agli Stati contraenti l'obbligo di riconoscere gli effetti degli accordi surrogatori commerciali conclusi all'estero, rischia di produrre «l'effetto non voluto ma presumibile [...] di incoraggiare i genitori intenzionali ad aggirare la legislazione nazionale che proibisce la *surrogacy*»: K. TRIMMINGS, P.R. BEAUMONT, *Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Area of Cross-Border Surrogacy: Is There Still a Need for Global Regulation of Surrogacy?*, in F. IPPOLITO, G. BIAGIONI (a cura di), *Migrant Children: Challenges for Public and Private International Law*, Napoli, Edizioni scientifiche, 2016, pp. 124-125.

La pronuncia della Corte costituzionale offre, in tal senso, gli elementi per "interpretare" la giurisprudenza di Strasburgo in senso conforme a Costituzione (cfr. sentenza n. 49 del 2015), così da scongiurare la ricaduta negativa sulle legislazioni che, come quella italiana, vietano tale pratica.

gica - che è interesse a conoscere la verità della nascita dalla madre, ancor più se avvenuta secondo le modalità della maternità surrogata - trova, del resto, inveramento nel divieto di intermediazione commerciale in materia di maternità surrogata, giacché tale pratica non soltanto è un'offesa alla dignità della donna, ma «mina nel profondo le relazioni umane»<sup>63</sup>.

Ai giudici è, pertanto, rimesso un delicato e complesso giudizio comparativo tra i due termini del bilanciamento, nessuno dei quali può essere espunto. Diversamente, il bilanciamento non avrebbe ragion d'essere e si ridurrebbe a un mero arbitrato<sup>64</sup>.

La valutazione comparativa cui il giudice è chiamato nel caso concreto (e non, invece, con aspirazione a porre una regola generale) è tutt'altro che automatica, poiché deve essere condotta alla stregua di una «regola di giudizio» che, andando ben oltre la «rigida alternativa vero o falso», richiede di tener conto di alcune variabili (nessuna sistematicamente eludibile dai giudici). Esse sono tutte orientate alla considerazione delle peculiarità dei singoli casi e devono essere *necessariamente* vagliate alla luce «dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale»<sup>65</sup>.

Tali variabili sono, pertanto, costituite dalla durata del rapporto instaurato dai committenti con il minore e dall'identità relazionale da questi già acquisita; dalle modalità del concepimento e della gestazione (rilevando, quindi, le condizioni poste alla madre nel contratto di surrogazione); dalla «presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, *pur diverso da quello derivante dal riconoscimento*, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela»<sup>66</sup>. Se, difatti, la creazione di un legame giuridico con i committenti può rispondere all'interesse del minore, previa verifica nei singoli e concreti casi, ciò non implica affatto che tale legame debba assumere *sic et simpliciter* la forma del riconoscimento del minore come figlio naturale (con conseguente cancellazione della verità del concepimento e del parto). Le molteplici variabili

---

<sup>63</sup> *Ivi*, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>64</sup> In termini più ampi, sul rilievo secondo cui la Corte costituzionale non è un ufficio di conciliazione o mediazione di interessi e nel giudizio tramite bilanciamento di principi «non è il peso delle forze a doversi "applicare" ai principi, per "bilanciarli"; è il bilanciamento dei principi a doversi "applicare" alle forze, per regolarle» si vedano G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I, *Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 133. In molti casi, pertanto, la norma può essere il risultato di bilanciamenti e di mediazioni, «ma l'applicazione della norma che ne risulta e, quindi, la *soluzione del caso* non potranno essere un compromesso nel senso di un mero arbitrato» (*ibidem*, corsivi degli Autori).

<sup>65</sup> *Ivi*, punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

Sembra, pertanto, contraddittorio sostenere, da un lato, che la sentenza n. 272 del 2017 è tale da «assicurare un equilibrio tra gli interessi in gioco, curandolo sulle concrete caratteristiche del caso» e, dall'altro, che le parole della Corte sulla maternità surrogata sono «dure, e forse poco attente alla varietà di esperienze e relazioni cui la gestazione per altri pure può dare luogo»: A. SCHILLACI, *La Corte costituzionale e la conservazione dello status filiationis acquisito all'estero: (molte) luci e (poche) ombre, tra verità biologica e interesse del minore*, cit.

Come già si è avuto modo di rilevare, con quelle parole i giudici costituzionali hanno esplicitato la *ratio legis*, senza sostituivene un'altra. Inoltre, la regola di giudizio individuata dalla Corte e, più in generale, l'intera parte motiva della pronuncia sono costruite sulla necessità di considerare le variabili delle fattispecie concrete.

<sup>66</sup> Sentenza n. 272 del 2017, punto 4.3 del *Considerato in diritto* (corsivi miei).

del caso concreto potrebbero, al contrario, far propendere per altre strade, già previste dall'ordinamento<sup>67</sup>.

È, dunque, difficile ritenere che, a seguito di tali decisive affermazioni dell'organo di giustizia costituzionale, i giudici possano ancora sostenere che il divieto dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 non sia di ordine pubblico e che esso non sia posto a presidio di beni giuridici fondamentali. A volerla cogliere in tutti i suoi elementi, la sentenza n. 272 del 2017 lascia prefigurare un diverso e più meditato orientamento giurisprudenziale, perché la necessità di non eludere il divieto di intermediazione commerciale in materia di maternità surrogata non risponde ad astratte preclusioni positivistiche, ma all'esigenza di rilievo costituzionale di tutelare tutti i minori, inclusi (e non soltanto) quelli che siano già nati all'estero attraverso tale pratica.

Degna di nota è, infine, l'insistenza dei giudici costituzionali sulla necessità di compiere la suddetta comparazione degli interessi in gioco alla luce della situazione concreta di tutti i soggetti coinvolti nella vicenda (in particolare, ma non solo, quella del minore), ponendo altresì attenzione sul fatto che «la verità biologica della procreazione costituisce “una componente essenziale” dell'identità personale del minore, la quale *concorre, insieme ad altre componenti*, a definirne il contenuto»<sup>68</sup>. Ciò vuol dire che la regola di giudizio enucleata nella sentenza n. 272 del 2017 include molteplici fattori nella comparazione degli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status filiationis*, poiché l'interesse del minore non è *di per sé* e in ogni caso opposto al *favor veritatis*, ma in qualche modo lo ingloba. Il bilanciamento che si richiede al giudice non ha, infatti, natura oppositiva e non risponde alla logica dell'*aut aut*, perché non costituisce un gioco a somma zero. È, invero, interesse del minore che la verità del suo concepimento e della nascita “nei termini di un contratto” non sia pretermessa, a vantaggio esclusivo della conservazione dello *status*<sup>69</sup>, poiché a tale interesse non corri-

---

<sup>67</sup> Si tratta, peraltro, di un profilo importante, su cui si ritornerà *infra*, § 3.

<sup>68</sup> Sentenza n. 272 del 2017, punto 4.1.6 del *Considerato in diritto* (corsivi miei).

Sul punto cfr. G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore* (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272), in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 14 (15 febbraio 2018), la quale evidenzia che «l'essere nati con una tecnica fortemente discussa nell'ordinamento internazionale ed interno, quale è la GPA, incide fortemente su ambedue le dimensioni dell'identità personale: su quella individuale, perché la consapevolezza di essere nati da una donna che ha rinunciato al suo ruolo di madre è, dal punto di vista psicologico, un abbandono a tutti gli effetti; su quella sociale, perché il disvalore che si accompagna a tale pratica nel contesto sociale è [...] fonte di complessità nella costruzione dell'io interiore, dovendo l'individuo confrontarsi con la proiezione della propria immagine nell'ambiente sociale».

<sup>69</sup> A tal proposito, può ricordarsi Cass., Sez. I civ., sentenza 29 novembre 2016, n. 24292, con cui la Suprema Corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 del codice civile, nella parte in cui tale disposizione, stabilendo l'imprescrittibilità della dichiarazione giudiziale di paternità, consente al figlio di agire molti anni dopo che abbia avuto conoscenza dell'identità del padre: «*in linea con la giurisprudenza costituzionale*, la quale ha evidenziato la crescente considerazione del *favor veritatis*, la cui ricerca risulta agevolata dalle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dall'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini (Corte cost. n. 50 e n. 266 del 2006), *la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse della persona che si traduce nella esigenza di garantire ad essa il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico* (Corte cost. n. 7/2012, n. 322/2011, n. 216 e 112/1997). Anche secondo questa Corte (Cass. n. 11887/2015) il diritto del figlio ad uno status filiale corrispondente alla verità biologica costituisce *una delle componenti più rilevanti del diritto all'identità personale che accompagna senza soluzione di continuità la vita individuale e relazionale non soltanto nella minore età, ma in tutto il suo svolgersi*. L'incertezza sullo stato filiale

sponde sempre e necessariamente la «manipolazione della sua identità, che quelle pratiche *inevitabilmente* comportano»<sup>70</sup>. In tal senso, «[i]l *favor veritatis* in materia di atti di nascita si salda con il principio *mater semper certa* quale momento di auto-limitazione dell'ordinamento davanti alla minaccia di alterazione della realtà della nascita, con danno all'identità, e alla libertà, della persona-bambina considerata»<sup>71</sup>.

### **3. De iure condito e de iure condendo: distinguere i piani nell'interesse dei minori e delle relazioni umane, per una meditata riflessione sull'adozione**

Le accorte argomentazioni della sentenza n. 272 del 2017 sull'interesse del minore, la verità della filiazione e il riconoscimento dello *status filiationis* offrono il destro per sgombrare il campo da alcuni fraintendimenti sulla maternità surrogata. Gli equivoci ricorrenti nel discorso pubblico su tale pratica - che parte della dottrina e della giurisprudenza hanno contribuito a convalidare - sono complessivamente volti a confondere due piani molto diversi, allo scopo di ammantare l'uno di argomenti che attengono invece all'altro. In questo modo, considerazioni concernenti le soluzioni escogitabili *de iure condito* per definire gli effetti giuridici degli accordi surrogatori contratti all'estero sono utilizzate al fine di prospettare interventi legislativi di rimozione ovvero di affievolimento del divieto di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004. Al contempo, le ponderazioni di interessi reclamate sul primo piano sono impropriamente trasportate sul secondo, così da avvalorare l'idea che una regolamentazione della maternità surrogata non soltanto sarebbe auspicabile, ma consentirebbe di scongiurare le storture imputate al divieto legislativo.

La sovrapposizione di argomentazioni non collimanti concerne, in particolar modo, tre profili, strettamente intrecciati tra di loro: *i*) l'interesse del minore nato da surrogazione di maternità; *ii*) la presunta distinguibilità (sul piano anche valoriale) di diverse tipologie di maternità surrogata; *iii*) le modalità di costituzione del legame giuridico tra il minore e i committenti.

La (consapevole) confusione dei piani ruota, in primo luogo, attorno all'interesse del minore, divenuto ormai il *passé-partout* dei dibattiti sulla maternità surrogata. Nell'ipotesi di accordo surrogatorio concluso all'estero, dal non contestabile rilievo per cui all'ordinamento italiano si richiede l'approntamento delle soluzioni più idonee a salvaguardare l'interesse di *quel* minore si fa discendere che, stante l'inadeguatezza dell'attuale divieto a frenare il c.d. turismo procreativo, tale interesse sarebbe meglio tutelato attraverso una legge nazionale di disciplina della surrogazione. Va così in scena il realismo arreso e acritico di quanti, pur dubbiosi sulla maternità surrogata, nell'idea di "contenere" il ricorso a tale pratica, sostengono

---

può determinare una condizione di disagio ed un *vulnus* allo sviluppo adeguato ed alla formazione della personalità riferibile ad ogni stadio della vita» (corsivi miei).

<sup>70</sup> M. DOSSETTI, *L'impugnazione del riconoscimento*, cit., p. 300 (corsivo mio).

<sup>71</sup> S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, cit., p. 58.

che tanto vale a questo punto disciplinarla, vista la corsa all'estero di molte coppie, le difficoltà incontrate nell'adozione<sup>72</sup> e l'evoluzione della tecnica.

Si tratta, peraltro, di un realismo miope, se si considera l'inesattezza della correlazione posta tra il divieto di intermediazione commerciale in materia di maternità surrogata e il turismo procreativo. Sulla base di tale corrispondenza si tende, invero, stancamente ad affermare che il divieto sarebbe causa del suddetto fenomeno e che questo sarebbe pertanto destinato ad arrestarsi nel caso in cui la pratica fosse più o meno permissivamente disciplinata a livello nazionale. Nondimeno, l'esperienza di altri ordinamenti dimostra che, *qualunque* sia la disciplina degli accordi surrogatori, essa non è un elemento tale da disincentivare il ricorso agli accordi esteri, essendo semmai la premessa per la progressiva apertura dell'ordinamento nazionale a *qualsivoglia* pratica surrogatoria<sup>73</sup>.

A questo proposito preme, però, soprattutto evidenziare che, se l'interesse (concreto) del minore può essere invocato (e deve essere considerato) nei singoli, specifici, casi di bambini nati da surrogazione di maternità (purché ciò avvenga in modo tale da non sacrificare la complessa configurazione), quando esso è chiamato in causa nell'intento di avvalorare la tesi secondo cui l'Italia dovrebbe dotarsi di una legge sulla maternità surrogata, ciò dimostra come tale interesse sia il facile schermo degli interessi e dei desideri dei committenti. La legge che disciplinasse tale pratica riguarderebbe, infatti, bambini che ancora non sono qui e il cui interesse (a nascere ovvero a essere concepiti?) è una proiezione (solitaria) di un alquanto problematico "diritto alla genitorialità" dei committenti<sup>74</sup>.

Qualora, invece, si sostenesse che una legge sulla maternità surrogata sarebbe lo strumento idoneo a tutelare gli interessi di tutti i minori, inclusi quelli la cui nascita fosse in futuro oggetto di un accordo surrogatorio, si dimentica che con il divieto di cui alla legge n. 40 del 2004 il legislatore ha già inteso tutelare tali astratti interessi, per un verso conferman-

---

<sup>72</sup> A quest'ultimo proposito, è particolarmente significativo che il ricorso alla maternità surrogata, nonostante il divieto legislativo e in luogo dell'adozione, da alcuni sia spiegato e in qualche misura "giustificato" come conseguenza della diminuzione del numero di bambini adottabili, di un restringimento dei requisiti per accedere all'adozione (così che essa non sia vista come strumento per soddisfare soltanto un desiderio di genitorialità), dell'allungamento dei tempi dell'adozione addebitabile a ostacoli burocratici: così I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *GenIUS*, fasc. 2/2017, p. 23.

Tuttavia, se delle prime due cause di flessione delle adozioni non ci si dovrebbe dolere, la farraginosità delle procedure adottive non può certamente essere portata a giustificazione del ricorso alla maternità surrogata, poiché ciò non fa altro che suffragare l'idea che tale pratica e la sua eventuale disciplina rispondono al desiderio di genitorialità dei committenti. Ci si dovrebbe semmai interrogare sulle ragioni - legate alla drastica riduzione delle risorse pubbliche per le politiche sociali e all'inadeguatezza delle misure di sostegno alle famiglie d'origine - per cui, pur a fronte del minor numero di minori adottabili, cresce quello dei minori che vivono in una struttura d'accoglienza: cfr. L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, cit., p. 816; G.E. NAPOLI, *Il diritto di crescere nella propria famiglia*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, Cedam, 2015, p. 1120 ss.

Sulla disciplina delle adozioni si tornerà, ad ogni modo, nel § 3.

<sup>73</sup> Cfr. C. FENTON-GLYNN, *Outsourcing Ethical Dilemmas: Regulating International Surrogacy Arrangements*, in *Med. L. Rev.*, 1/2016, pp. 59 ss.; J. MILLBANK, *Rethinking "Commercial" Surrogacy in Australia*, in *J. Bioeth. Inq.*, 3/2015, pp. 477 ss.

Sul punto si rinvia *infra*, §§ 1 e 1.2.

<sup>74</sup> Come evidenziato da B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della corte edu: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivistaic*, fasc. 1/2017, *passim*.

do la regola di cui all'art. 269, comma 3, del codice civile, che attribuisce la maternità a colei che partorisce e, per l'altro verso, esprimendo un disvalore nei confronti di quegli accordi con cui, attraverso l'intermediazione (sempre) remunerata di alcuni soggetti (agenzie, cliniche, studi legali specializzati), la madre biologica (ossia la madre di parto, anche se non genetica) si obbliga *contrattualmente* a rispettare le clausole riguardanti il suo stile di vita durante la gravidanza, il parto e l'eventuale interruzione di gravidanza<sup>75</sup>, consegnando il bambino in un breve termine dopo la nascita, pena la coercibilità di tale obbligo attraverso l'intervento dell'autorità giudiziaria (straniera).

Sovviene, al riguardo, alla mente uno dei fraintendimenti che più spesso ricorrono sia nelle argomentazioni dei giudici chiamati a occuparsi, a diverso titolo, di surrogazioni di maternità eseguite all'estero, sia nei dibattiti sulle forme in cui tale pratica può essere posta in essere. È frequente che le riflessioni sul tema muovano dalla distinzione tra maternità surrogata "altruistica" e "commerciale" e che essa sia proposta nei termini di una netta linea di demarcazione tra l'una e l'altra tipologia, come se la natura "commerciale" dell'accordo surrogatorio e il conseguente grado di ammissibilità dello stesso dipendessero esclusivamente dalla previsione di una remunerazione in favore della madre surrogata. Tuttavia, far dipendere la valutazione (giudiziaria o legislativa) di tale pratica dalla suddetta differenziazione è due volte fallace, perché il carattere "commerciale" della maternità surrogata non può essere escluso né nell'ipotesi in cui l'accordo surrogatorio riconosca alla madre biologica soltanto un'equa compensazione delle spese sostenute, né nel remoto caso in cui neppure il rimborso sia previsto. Se, difatti, è ormai riconosciuto che la formula del "congruo rimborso di spese" può essere facilmente aggirata, al fine di farvi rientrare cospicui compensi<sup>76</sup>, non deve parimenti trascurarsi che la formalizzazione di un accordo surrogatorio passa attraverso l'intermediazione di agenzie e di studi legali, le cui prestazioni di consulenza e di organizzazione sono altamente remunerate e che ingenti sono i costi sostenuti dai committenti per i servizi medico-sanitari<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Cfr. T. DONALDSON, *Whole Foods for the Whole Pregnancy: Regulating Surrogate Mother Behavior During Pregnancy*, in *Wm. Mary J. Women L.*, 2/2017, pp. 367 ss.

<sup>76</sup> Sul punto si veda J. MILLBANK, *Rethinking "Commercial" Surrogacy in Australia*, in *J. Bioeth. Inq.*, 3/2015, *passim*.

Deve, d'altronde, escludersi che, quando non è previsto l'esborso di denaro o gli accordi riproduttivi rimangono in un ambiente familiare, la pressione sulla madre surrogata venga per ciò stesso meno. Al contrario, l'esistenza di una relazione affettiva con i genitori intenzionali può rendere la madre surrogata ancora più vulnerabile alle pressioni emotive e alle coercizioni concernenti la gestazione e il parto.

In questi termini cfr. J.G. RAYMOND, *Reproductive Gifts and Gift Giving: The Altruistic Woman*, in *The Hastings Center Report*, 6/1990, p. 9; U. NARAYAN, *Family Ties. Rethinking Parental Claims in the Light of Surrogacy and Custody*, in U. NARAYAN, J.J. BARTKOWIAK (a cura di), *Having and Raising Children. Unconventional Families, Hard Choices, and the Social Good*, University Park, Pennsylvania State University Press, 1999, p. 70; M. HUNTER-HENIN, *Surrogacy: Is There Room for a New Liberty between the French Prohibitive Position and the English Ambivalence?*, in M. FREEMAN (a cura di), *Law and Bioethics. Current Legal Issues*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 344.

<sup>77</sup> Cfr. D. DANNA, *Contract Children. Questioning Surrogacy*, Stuttgart, *ibidem-Verlag*, 2015, pp. 150 ss.; M. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, fasc. 2/2016, p. 120.

La natura “altruistica” della surrogazione di maternità trova, d'altronde, smentita nel fatto che da parte dei committenti è sentita l'esigenza di tradurre i termini dell'accordo in un contratto, la cui prestazione finale (la consegna del bambino) sia legalmente esigibile nel caso in cui la madre di parto intenda recedere (e non, invece, nel caso contrario<sup>78</sup>). La contrattualizzazione dell'accordo surrogatorio contraddice, invero, la “logica del dono”, che si vorrebbe sottesa in particolar modo alle c.d. maternità surrogate altruistiche, perché se fosse realmente in questione un “dono”, ci troveremmo di fronte a un dono singolare: esso ha come *oggetto* un altro essere umano<sup>79</sup> e, al di fuori delle ipotesi non normate di “maternità solidale tra donne”<sup>80</sup>, il suo buon esito viene in ultima analisi rimesso alla forza della legge<sup>81</sup>. È un dono, pertanto, molto simile a uno scambio di tipo mercantile che, senza scalfire una concezione utilitaristica dell'agire umano, sembra avere piuttosto introiettato sia le neutralizzazioni proprie del mercato (e del suo linguaggio) sia «un modello dell'individuo autonomo che ignora o tiene troppo poco conto della verità che gli esseri umani sono costituiti in parte da relazioni con gli altri»<sup>82</sup>.

L'impiego strumentale dell'interesse del minore e della retorica del dono, con la commistione dei piani *de iure condito* e *de iure condendo*, si riverbera, infine, sulla configurazione delle modalità di costituzione del legame giuridico tra il minore e i committenti. Negli ordinamenti in cui la maternità surrogata è ammessa, il trasferimento della genitorialità legale in capo ai committenti avviene secondo diverse modalità: in alcuni casi, previa attivazione di una procedura giudiziaria prima del parto (ad esempio, California, Grecia) o subito dopo il parto (Regno Unito, Israele, alcune Province canadesi); in altri, automaticamente al momento della nascita, su iniziativa degli stessi committenti (Ucraina, India, Portogallo, Georgia) e con il rilascio di un certificato di nascita nel quale essi sono indicati come genitori legali<sup>83</sup>.

---

<sup>78</sup> A questo proposito, quantunque si sostenesse che la contrattualizzazione dell'accordo surrogatorio costituirebbe una forma di garanzia anche della “auto-determinazione” della madre di parto, che in questo modo non potrebbe essere costretta a tenere con sé un bambino che non ha voluto, tale argomento non avrebbe ragion d'essere nel nostro ordinamento, in considerazione della possibilità del parto anonimo (Corte cost., sent. n. 278/2013). Con riferimento invece agli accordi surrogatori realizzati all'estero, l'eventualità che né i committenti né la madre biologica intendano prendersi carico del minore rende ulteriormente chiaro che tale pratica nulla ha a che fare con l'interesse dei minori, urtando semmai con il senso comune di una procreazione in cui il nascituro non sia mero oggetto.

<sup>79</sup> Del suo consenso, d'altronde, non si vuol far questione neppure per il futuro, poiché ciò cui aspirano i committenti, dietro lo schermo delle obbligazioni contrattuali, è la rimozione del fatto (e del rilievo) della nascita dalla madre di parto.

<sup>80</sup> Sul punto si rinvia alle osservazioni di S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, cit., p. 54, la quale sottolinea che, quando con la maternità surrogata le donne intendono esercitare la loro “libertà di scelta” «a favore di altre donne, o anche di uomini, sia per denaro, sia per dono, [esse] non incontrano alcun ostacolo nei divieti posti dall'ordinamento, ma devono, semmai, confrontarsi con ben altra sfida: quella di *incamminarsi, insieme ai 'committenti' su un piano che impegna le loro relazioni, di reciproca fiducia, in primo luogo*» (corsivi miei).

<sup>81</sup> La surrogazione di maternità è, invero, «un istituto giuridico, cioè una finzione sostenuta dalla forza dello stato»; esso si traduce nella «affermazione, sorretta dalla forza della legge, che quella che vediamo partorire non è la madre»: D. DANNA, *Maternità surrogata?*, cit., p. 11.

<sup>82</sup> M.L. SHANLEY, “*Surrogate Mothering and Women's Freedom: A Critique of Contracts for Human Reproduction*”, in *Signs*, 3/1993, p. 635.

<sup>83</sup> In molti ordinamenti è previsto che l'atto di nascita riporti il nome dei soli genitori committenti. In altri paesi, invece, dopo la formazione di un primo atto di nascita con l'indicazione della madre surrogata, esso è sostituito da un atto riportante i nomi dei soli genitori intenzionali. Nel primo senso si consideri, ad esempio,

Quando, pertanto, si fa questione della trascrizione in Italia degli atti di nascita redatti all'estero ovvero del successivo riconoscimento della filiazione, i fautori della maternità surrogata sono portati a sostenere che l'interesse del minore sia tutelato solo nell'ipotesi in cui il rapporto giuridico tra quest'ultimo e i committenti si atteggi nei termini di una filiazione naturale, con conseguente espunzione della verità della nascita tramite surrogazione di maternità. Tale conclusione, tuttavia, non costituisce una conseguenza logica e neppure necessaria della maternità surrogata, perché se l'interesse del minore viene "preso sul serio", l'ordinamento giuridico italiano appronta altri strumenti, cui spetta al giudice dare eventualmente preferenza nel caso concreto, qualora gli elementi della fattispecie (anche per come delineati nella sentenza n. 272 del 2017) facciano ritenere che ciò corrisponda all'interesse di *quel* minore. Tali strumenti sono quelli dell'affido familiare e dell'adozione in casi particolari, disciplinati da una legge (n. 184 del 1983<sup>84</sup>), che tutela non a caso il diritto a una famiglia dei minori che sono già qui e non invece il diritto di qualcuna/o a divenire genitore (né tantomeno il diritto a essere giuridicamente considerato/a, *contra veritatem*, il genitore naturale di un bambino che ancora non c'è).

Questi strumenti ci ricordano che la Costituzione italiana, nel tutelare la famiglia e proteggere la maternità e l'infanzia (artt. 30 e 31 Cost.)<sup>85</sup>, non promuove esclusivamente un concetto di famiglia fondata su legami di carattere biologico-genetico<sup>86</sup>. Nondimeno, in considerazione degli inderogabili doveri di solidarietà (art. 2 Cost.), la nostra Carta incoraggia

---

quanto accade in Portogallo, Ucraina, India e Georgia; nel secondo senso si pensi al Regno Unito, in cui il primo atto di nascita contenente l'identità della madre surrogata rimane segreto, ma il minore potrà prenderne visione al compimento del diciottesimo anno di età. Cfr. E. SCOTT SILLS (a cura di), *Handbook of Gestational Surrogacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, *passim*.

<sup>84</sup> Si considerino, peraltro, le modifiche apportate dalla legge n. 173 del 2015 sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare, seppur con qualche ombra: cfr. A. MORACE PINELLI, *Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci ed ombre della legge 19 ottobre 2015 n. 173*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2016, pp. 303 ss.

<sup>85</sup> Cfr. G.M. FLICK, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivistaic*, fasc. 1/2017, p. 8, il quale ricorda il «percorso costituzionale seguito nella reinterpretazione (*rectius* ricostruzione) dell'articolo 30 della Costituzione attraverso il riferimento del suo primo e secondo comma agli articoli 2 e 3 ed ai principi personalistico, di dignità e di solidarietà. In particolare è un'inversione che segna il valore della sequenza fra i doveri e i diritti (in cui i primi precedono anche testualmente i secondi) dei genitori nei confronti dei figli [...]» (corsivi miei). L'A. evidenzia inoltre che, così come occorre evitare la retorica paternalistica di un interesse del minore *bonne à tout faire* o quella di un *best interest* considerato solo in astratto, bisogna altresì evitare di porsi unicamente «nell'ottica particolare dell'interesse contingente di quest'ultimo o dell'interesse degli aspiranti genitori *non sempre convergente con esso*; occorre resistere alle pressioni di opinione pubblica e/o politica e/o sociale sulla vicenda» (*ivi*, p. 11, corsivi miei).

<sup>86</sup> Molto frequentemente la maternità surrogata è raffigurata come una modalità di costituzione della c.d. genitorialità sociale. Tuttavia, contrariamente a quanto spesso si sostiene, a tale pratica ricorre chi aspira ad avere con il minore un legame biologico-genetico (ovvero, grazie alla forza della legge, una parvenza di esso) e ritiene di non voler limitare il proprio "desiderio" di genitorialità «alla forma di genitorialità sociale di un essere umano già nato in condizioni di completa estraneità, sacrificando radicalmente la possibilità di una genitorialità che, saldandosi ad un progetto riproduttivo, mantenga la continuità della ovvero di una paternità»: B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio nel nome della madre" nella gravidanza per altri*, cit., p. 96 (corsivi dell'A.).

Pertanto, quando tale desiderio è realizzato attraverso la maternità surrogata (nelle coppie eterosessuali o in quelle omosessuali), ciò che viene riprodotto, in una veste solo apparentemente "evoluto", è il desiderio di una progenie di discendenza maschile, da far prevalere sull'interesse (del minore e della convivenza umana) a non amputare la relazione materna.

una “genitorialità sociale” che *non equivale* alla mera “genitorialità intenzionale”, come invece vorrebbe il volontarismo sotteso alla maternità surrogata (e alla concezione di genitorialità su cui poggiano la giurisprudenza e la dottrina volte a scardinare il relativo divieto<sup>87</sup>).

Al riguardo, non sussiste alcun vuoto normativo nella tutela dell'interesse del minore<sup>88</sup>, poiché il riconoscimento della genitorialità sociale, nelle sue molteplici forme, dimostra che la protezione di tale interesse, già minato dal ricorso alla surrogazione, può passare *ex post* - non automaticamente, ma quando ve ne siano i presupposti<sup>89</sup> - attraverso l'adozione (in casi particolari). E si tratterà dell'adozione del minore da parte della committente (prevalendo la gravidanza e il parto sull'eventuale mero dato genetico dell'ovodonazione) ovvero da parte del compagno del padre genetico<sup>90</sup>. Quando, infatti, il giudice ritenga che debba farsi luogo non alla trascrizione dell'atto di nascita e/o al riconoscimento della filiazione come naturale, bensì all'adozione (semmai sulla base dell'art. 4, comma 5-*bis*, della legge n. 184 del 1983<sup>91</sup>), siffatta decisione discenderà dalla constatazione che l'adozione è espressione di un dovere di solidarietà verso quel/la bambino/a. Nel caso di specie, tale dovere potrà estrinsecarsi nella necessità di seguire un percorso adottivo per mantenere il legame creatosi tra il

---

<sup>87</sup> Sui limiti del volontarismo si vedano le stimolanti notazioni di S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, 6/2017.

<sup>88</sup> Da ultimo si pensi, peraltro, alla sentenza della Corte costituzionale n. 225 del 2016, con cui i giudici costituzionali hanno rigettato la questione con cui il giudice *a quo* aveva ritenuto che esistesse un “vuoto di tutela” quanto all'interesse del minore a mantenere rapporti significativi eventualmente intrattenuti con adulti di riferimento che non siano suoi parenti (nel caso di specie si trattava della precedente compagna della madre biologica).

<sup>89</sup> Cfr. A. MORACE PINELLI, *Il problema della filiazione nell'unione civile*, cit., p. 317, il quale condivisibilmente afferma che, nell'ipotesi dell'adozione particolare, «[s]enza alcun automatismo, il giudice dovrà, dunque, accertare, caso per caso e con la massima serietà, la sussistenza o meno di una [...] relazione [affettiva consolidatasi nel tempo] tra il minore ed il compagno del genitore, meritevole di essere preservata».

<sup>90</sup> Al netto delle differenze nella disciplina delle adozioni e delle unioni omosessuali, ad analoga soluzione è da ultimo pervenuta anche la *Cour de cassation* francese, che ha autorizzato la trascrizione solo parziale di un atto di nascita straniero redatto a seguito di surrogazione di maternità, stabilendo che, qualora sussistano le condizioni legali dell'adozione e ciò risponda all'interesse dei minori nati all'estero attraverso tale pratica (vietata in Francia), per il *parent d'intention* non legato geneticamente al minore (nei due casi in questione, la donna della coppia eterosessuale) può essere disposta l'adozione (dec. nn. 824 e 825). I certificati di nascita stranieri sono stati, peraltro, ritenuti non conformi alla realtà, *ex art.* 47 del codice civile, nella parte in cui designavano come madre colei che non aveva dato alla luce i minori. Pertanto, i giudici francesi hanno ritenuto che il rifiuto della trascrizione non violasse in maniera sproporzionata il diritto al rispetto della vita privata e familiare dei minori, come garantito dall'art. 8 CEDU.

Nel caso in cui, invece, il coniuge del padre biologico del minore nato all'estero da surrogazione di maternità (e riconosciuto dalla madre biologica) ne richieda l'*adoption simple*, che non interrompe la linea di filiazione fra la madre e il minore, l'adozione potrà essere consentita, in presenza del consenso della madre, sempre che – sulla base di una valutazione che spetta al giudice compiere - vi siano le condizioni legali dell'adozione e ciò sia conforme all'interesse del minore (dec. n. 826).

Cfr. *Cour de cassation*, Sez. I civ., decisioni del 5 luglio 2017, nn. 824, 825, 826, 827, rinvenibili in [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

<sup>91</sup> «Qualora, durante un prolungato periodo di affidamento, il minore sia dichiarato adottabile ai sensi delle disposizioni del capo II del titolo II e qualora, sussistendo i requisiti previsti dall'articolo 6, la famiglia affidataria chieda di poterlo adottare, il tribunale per i minorenni, nel decidere sull'adozione, tiene conto dei legami affettivi significativi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria».

Sull'incongruenza del rinvio ai requisiti di cui all'art. 6 della legge n. 184 del 1983 (rapporto di coniugio tra gli affidatari da almeno tre anni) si veda A. MORACE PINELLI, *Il problema della filiazione nell'unione civile*, cit., p. 316.

minore e i committenti, il quale quindi non verrà meno, ma assumerà se del caso la sua più appropriata forma giuridica<sup>92</sup>.

Ciò, del resto, è segno del fatto che il legislatore italiano, in virtù del rilievo costituzionale del principio *mater semper certa* (e della sua odierna ri-significazione *di là* dalla tecnica e dall'autosufficienza dei desideri individuali di genitorialità<sup>93</sup>) «ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse [del minore] si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando [...] all'istituto dell'adozione, *realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo delle parti*, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta 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»<sup>94</sup>.

Qualora, dunque, si sostenesse, ancora in una distorta ottica *de iure condendo*, che l'adozione in casi particolari non garantisca appieno gli interessi (non dei soli committenti ma) del minore<sup>95</sup>, sarebbe opportuno ricordare la *ratio* di un istituto che, seppur nato per rispondere a esigenze diverse<sup>96</sup>, si pone in alternativa e non in opposizione all'adozione piena, poiché si incentra su analoghe istanze di solidarietà sociale nei rapporti inter-privati ed «è

---

<sup>92</sup> L'adozione in casi particolari, difatti, risponde al fine di tutelare il diritto del minore a una famiglia, consentendo di dare forma giuridica a relazioni familiari che, nel caso, già si sono instaurate in via di fatto. Cfr. G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, cit., pp. 952 ss.

<sup>93</sup> Ad avviso di chi scrive, può essere riduttivo porsi nell'ottica di un'interpretazione "originalista" del principio *mater semper certa*, come invece ritiene G. FERRANDO, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, cit., 17 (corsivi miei): «[a]nche per quanto riguarda la maternità della partoriente ci si può chiedere se la regola codicistica, *scritta in un contesto di generazione per vie naturali*, sia ancora applicabile nel diverso contesto in cui partoriente, madre genetica e madre intenzionale non coincidano».

Anche al cospetto di volontà e di scelte la cui realizzazione è resa possibile dalla tecnica, rimane invero il fatto che «le leggi della tecnica non possono sostituire le norme giuridiche. Sicuramente tali leggi rischiano di prevalere nelle fasi storiche di transizione quando un legislatore colto di sorpresa fa fatica a legiferare. Non può essere più sufficiente il criterio naturalistico o quello biologico. Resta però da verificare se dia sufficienti garanzie di tutela quello volontaristico»: A.C. NAZZARO, *Discrezionalità legislativa e ruolo del giudice nella nuova dimensione (bio)etica della famiglia*, in *Rivistaic*, fasc. 1/2018, p. 12.

Sul nichilismo acritico sotteso al dominio della tecnica si veda G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010, pp. 198 ss., la cui insoddisfazione al riguardo «è tanto più intensa se dietro al dominio della tecnica e all'irrazionalità nei valori cui essa indurrebbe si scorge un'altra "storia", quella della prevalenza degli interessi costituiti» (*ivi*, 205).

<sup>94</sup> Cass., Sez. I civ., sentenza 11 novembre 2014, n. 24001 (corsivi miei).

<sup>95</sup> Sulla possibilità di una lettura non restrittiva dell'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983 (adozione del minore quando non vi siano le condizioni per l'adozione piena e vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo) e sull'utilizzo giurisprudenziale di tale ipotesi per garantire copertura giuridica alla genitorialità sociale del partner non coniugato, anche dello stesso sesso, si veda J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, I, pp. 117 ss. L'A., peraltro, rimarca, anche con riferimento a casi di maternità surrogata portata a termine all'estero, che «[i]l rischio di utilizzo dell'art. 44, comma 1°, lett. d), in funzione di legittimazione di situazioni illecitamente precostituite può essere contrastato *mediante un attento esame della situazione da parte del giudice* che escluda l'adozione in casi particolari ed anzi pronunci la dichiarazione dello stato di adottabilità nei casi in cui il rapporto paragenitoriale risulti dolosamente precostituito per frodare la legge» (*ivi*, 121, corsivi miei).

<sup>96</sup> All'adozione in casi particolari si può, del resto, ricorrere anche quando non vi sia uno stato di abbandono, come nel caso di adozione da parte dell/la coniuge del genitore [art. 44, comma 1, lett. b) della legge n. 184 del 1983]. Sull'applicazione giurisprudenziale di tale disposizione alle ipotesi di surrogazione di maternità antecedenti alla legge n. 40 del 2004 cfr. G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, cit., pp. 984 ss.

altresì strumento per realizzare la eguaglianza sostanziale»<sup>97</sup>. Nella misura in cui esso consente di pervenire a soluzioni graduate e ritagliate sulla specificità delle situazioni concrete, conformemente alla molteplicità di opzioni schiuse dall'art. 30, comma 2, della Costituzione, tale istituto potrebbe oggi essere impiegato non strumentalmente<sup>98</sup>, al fine di ottenere un riconoscimento automatico e presuntivo della filiazione derivante da maternità surrogata, ma per soddisfare – previa adeguata e necessaria considerazione delle fattispecie concrete - le esigenze di tutela del minore nato da tale pratica<sup>99</sup>. Permarrebbe, infatti, la necessità di tenere insieme *favor veritatis*, *favor filiationis* e *favor affectionis*, essendo essi criteri di valutazione dell'interesse del minore complementari e non l'un l'altro esclusivi<sup>100</sup>.

Gli effetti dell'adozione in casi particolari sono, del resto, tali da far sì che il minore preservi il suo personale patrimonio di relazioni e di legami familiari, così che possa in futuro prenderne conoscenza e farne altrettanti elementi della sua complessa identità personale. Fermi restando, dunque, i fini e i presupposti dell'istituto, occorre capire se vi è lo spazio per una proficua (ma non elusiva) ri-significazione delle sue fattispecie di riferimento.

Ciò, peraltro, non esclude una seria e più ampia discussione sulla disciplina delle adozioni, che potrebbe essere avviata su un piano generale, allo scopo di meditare sulle inadeguatezze dell'attuale normativa, sulle storture riscontrabili nella sua applicazione e sulle patologie delle procedure adottive. Queste ultime, in particolare, sono complessivamente il segno di un'elusione della connaturale impronta solidaristica dell'istituto adottivo, su cui sarebbe utile ragionare non per abbandonare un modello di adozione distante da quello anglosassone (più marcatamente orientato verso un'astratta idea di famiglia d'accoglienza<sup>101</sup>), ma per scardinare alcuni comportamenti distorsivi della *ratio legis*. Tale riflessione implicherebbe, inoltre, un'attenta considerazione delle ragioni che militano a favore dell'estensione dell'adozione piena alle coppie non coniugate (eterosessuali o omosessuali) e alle persone singole<sup>102</sup>, nell'interesse – ancora una volta – dei minori e non degli aspiranti genitori.

---

<sup>97</sup> R. TOMMASINI, *Adozione in casi particolari e tutela dei minori*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II/2, *Diritto privato (M-Z)*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 1026.

<sup>98</sup> Permane, al riguardo, la comprensibile «preoccupazione per il crescente rischio di una strumentalizzazione della l. n. 184/83 in considerazione della possibilità sempre maggiore che l'uso della normativa adottiva, predisposta al fine di assicurare una famiglia al minore che ne sia privo, divenga invece un espediente per formalizzare la preordinata costituzione di una famiglia attraverso l'altrui capacità riproduttiva»: G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, cit., p. 989.

<sup>99</sup> In tal senso cfr. V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, pma eterologa e cognome materno*, in *Nomos*, fasc. 1/2018, 18 s.

<sup>100</sup> La considerazione unitaria e non solitaria di tali tre criteri di valutazione, così che nessuno di essi possa prevalere aprioristicamente e astrattamente sugli altri, è peraltro garanzia che le scelte assunte dai genitori (ovvero dai committenti) - e la responsabilità che ne consegue - non si ripercuotano negativamente sui figli. Sul punto, diversamente, G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, cit., pp. 6 s.

<sup>101</sup> Cfr. L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, cit., p. 817.

<sup>102</sup> A questo proposito si ricordi la sentenza n. 183 del 1994 della Corte costituzionale: non soltanto la Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967 autorizza il legislatore, «se lo riterrà opportuno, ad ampliare l'ambito di ammissibilità dell'adozione di un minore da parte di un solo adottante, qualificandola in ogni caso con gli effetti dell'adozione legittimante», ma soprattutto «gli artt. 3, 29 e 30 Cost. non si oppongono a un'innovazione legislativa che riconosca in misura più ampia la possibilità che, nel concorso di speciali circostanze, tipizzate dalla legge stessa o rimesse volta per volta al prudente apprezzamento del giudice,

È auspicabile, nondimeno, che tutto ciò avvenga senza perdere mai di vista che i mutamenti della coscienza sociale, le evoluzioni della tecnica e i desideri individuali di genitorialità non possono reclamare spazi (anche giuridici), che minano le relazioni umane e i presupposti della convivenza sociale.

---

l'adozione da parte di una persona singola sia giudicata la soluzione in concreto più conveniente all'interesse del minore» (punti 4 e 5 del *Considerato in diritto*).