

Adozione sociale *versus* surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico. La sentenza n. 9006 del 2021 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione

Francesca Angelini

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'inquadramento della questione. - 2. Ordine pubblico internazionale e interesse del minore nel caso della omogenitorialità adottiva. - 3. Le SU della Cassazione e la ricerca della coerenza sistematica con la Corte costituzionale: le sentenze nn. 32 e 33 del 2021. - 4. Conclusioni: soluzioni possibili fra esigenze da bilanciare.

1. Introduzione: l'inquadramento della questione

Le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione tornano ad occuparsi di omogenitorialità (in questo caso maschile) e limite dell'ordine pubblico internazionale¹; il tema, come è noto, ha riguardato negli ultimi anni più pronunce, anche della Corte di Cassazione², ma

¹ La bibliografia sulla nozione di ordine pubblico (interno e internazionale) è ampia e risalente, ci si limita a rinviare ad alcune trattazioni monografiche pubblicate negli ultimi anni che tuttavia testimoniano la centralità che la nozione ha assunto in ambiti disciplinari diversi: F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, p. 103 ss.; F. Caroccia, *Ordine pubblico. La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018, p. 175 ss.; O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 9 ss.; P. Lotti, *L'ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005, *passim*; G. Perlingieri – G. Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 15 ss.

² In particolare, è la sentenza della Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599 ad aver inaugurato un nuovo filone interpretativo sul limite dell'ordine pubblico internazionale e omogenitorialità ampiamente ripreso dai giudici di merito in pronunce successive. La sentenza riguardava la richiesta di trascrizione, in Italia, dell'atto di nascita di un bambino nato, all'interno di una relazione omoaffettiva fra due donne, in Spagna, Paese dove la coppia aveva contratto matrimonio. Le due donne avevano realizzato il progetto procreativo ricorrendo ad una Pma di tipo eterologo, nella quale una delle due

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

soprattutto è stato al centro, recentemente, di una decisione di grande rilievo proprio delle Sezioni Unite, la sentenza n. 12193 del 2019³,

aveva portato a termine una gravidanza con l'ovocita della compagna, risultando, così, una la madre naturale e l'altra la madre genetica del bambino. Il rilievo della pronuncia è duplice, da una parte, infatti, si considera la genitorialità omoaffettiva non contraria all'ordine pubblico internazionale, in favore dell'interesse superiore del bambino alla continuità di *status*, e, dall'altra, si afferma che il principio contenuto nell'art. 269 c.c. in base al quale madre è colei che partorisce, non solo non coincide con un principio di ordine pubblico – come, invece, era stato affermato dalla stessa sez. I civ. della Corte di Cassazione nella sentenza n. 24001 del 16 settembre 2014 –, ma si pone per di più in contrapposizione con l'interesse del minore, a tutela del quale, lo si sottolinea, non si chiedeva di sostituire nell'atto di nascita il nome della madre naturale con quello della madre genetica, ma solo di aggiungere accanto al nome della madre naturale, comunque tutelato dal principio *mater semper certa est*, quello della madre anche genetica. Della contrapposizione tra le due sentenze del 2014 e del 2016 della Corte di Cassazione, sez. I civ., danno conto: 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*, Napoli, 2017, p. 31 ss.; 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)*, ivi, p. 119 ss.; J. Long, *Di madre non ce n'è una sola, ma si utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, ivi, p. 145 ss. Sul concetto di ordine pubblico proprio in relazione alla giurisprudenza sull'omogenitorialità, si veda l'accurata trattazione di A. Lorenzetti, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, p. 6 ss.

Pur non riguardando una surrogazione di maternità, le argomentazioni della sentenza n. 19599 del 2016, soprattutto in relazione ai due profili richiamati, sono state, tuttavia, ampiamente e discutibilmente riprese della giurisprudenza di merito relativa a casi di surrogazione di maternità; si vedano a titolo esemplificativo: Corte d'appello di Milano, ord. del 25 luglio 2016, n. 273, che ha portato alla prima ampia decisione della Corte costituzionale in materia di surrogazione di maternità, la sent. 272/2017; Corte d'appello di Milano, decreto del 28 ottobre 2016; Corte d'appello di Trento, ord. del 23 febbraio 2017, che ha portato all'importante sentenza della Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, sulla quale cfr. la nota successiva; Tribunale di Roma, decreto dell'11 maggio 2018.

³ Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193; la rilevante decisione ha rappresentato l'occasione per le Sezioni Unite non solo per fare finalmente chiarezza sulla nozione di ordine pubblico internazionale in relazione al tema della surrogazione di maternità e ai limiti posti al riconoscimento dei suoi effetti nel bilanciamento con il

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

peraltro ampiamente richiamata. La novità della decisione in commento, rispetto ai precedenti, riguardanti casi di surrogazione di maternità, è rappresentata dal fatto che si chiede il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giudiziario di adozione c.d. legittimante, assimilabile ad un'adozione internazionale.

Nel dettaglio l'oggetto della domanda è il riconoscimento dell'adoption order, emesso dalla Surrogate Court dello Stato di New York, che ha attribuito alla coppia di padri ricorrenti lo status di genitori adottivi di un minore, dopo aver acquisito il consenso del padre e della madre naturali del bambino e dopo aver valutato, attraverso un'indagine svolta secondo le prescrizioni normative dello Stato di New York, «l'idoneità della coppia adottante al fine di verificare la conformità del provvedimento da assumere al *best interest of the child*»⁴. Alla luce di quanto precisato, il sindacato giurisdizionale è rivolto, come sottolineato dalle Sezioni Unite, a verificare «la compatibilità dello status genitoriale, di natura intrinsecamente adottiva, acquisito da una coppia omogenitoriale maschile con i principi attualmente costituenti l'ordine pubblico internazionale»⁵. La delimitazione dell'oggetto serve al giudice per sottolineare proprio la diversità della questione rispetto

c.d. l'interesse superiore del bambino, ma ha offerto, più in generale, un importante quadro interpretativo sulla stessa nozione di ordine pubblico internazionale, sempre più al centro di conflitti inter-ordinamentali, in relazione al suo ruolo difensivo o promozionale. Per un quadro ricostruttivo delle complesse questioni poste a premessa della decisione, si rinvia a F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020, p. 226 ss., part. p. 234 ss.; la decisione è stata ampiamente commentata in dottrina, *ex multis*, cfr.: V. Barba, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenIUS*, 2/2019, p. 19 ss.; M. Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Famiglia e diritto*, 7/2019, p. 667 ss.; G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, *ivi*, p. 677 ss.; B. Liberali, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 5/2019, p. 197 ss.; si veda inoltre l'ampio Focus dal titolo *L'interesse del minore e esigenze di ordine pubblico nella sentenza delle Sezioni unite n. 12193/19*, in *GenIUS*, 2/2019, p. 6 ss.

⁴ Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006.

⁵ *Ibid.*, mio il corsivo nel testo.

alla citata sentenza sempre delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in relazione alla valutazione della sussistenza del limite di ordine pubblico.

Nella decisione del 2019, così come in altre, oggetto del controllo di compatibilità con i principi di ordine pubblico dell'ordinamento era il riconoscimento dello status genitoriale costituito all'estero attraverso un contratto di gestazione per altri; vi era, dunque, come sottolineato dalle Sezioni Unite, uno status genitoriale fondato su un accordo di surrogazione di maternità «penalmente vietata nel nostro ordinamento e per tale ragione ritenuta contraria ai principi vigenti di ordine pubblico»⁶. La domanda rivolta al giudice era finalizzata, inoltre, al riconoscimento diretto del rapporto di filiazione di due padri (normalmente biologico e d'intenzione), tramite trascrizione dell'atto di nascita del bambino redatto all'estero che, non contemplando il nome della madre biologica, rimuove, in tali casi, la verità di parto.

Nella sentenza in commento invece oggetto della valutazione è la compatibilità degli effetti prodotti dall'atto giudiziario, coincidenti con l'attribuzione dello status di genitore adottivo «con i limiti non oltrepassabili» di ordine pubblico costituiti: «dai principi fondanti l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori»; dal principio del preminente interesse del minore; dal principio di non discriminazione, riferito sia allo status filiale dei minori sia a non limitare la genitorialità «esclusivamente sull'orientamento sessuale»⁷; infine, dal principio solidaristico che è alla base della genitorialità adottiva e della l. n. 184 del 1983.

2. Ordine pubblico internazionale e interesse del minore nel caso della omogenitorialità adottiva

La prima questione posta appare, dunque, riferita chiaramente al contenuto dei principi di ordine pubblico internazionale. La nozione proposta riprende adesivamente quella elaborata sempre dalle Sezioni

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

Unite nella sentenza n. 16601 del 2017⁸ e ribadita da ultimo nella sentenza n. 12193 del 2019. In base a tale nozione il contenuto dell'ordine pubblico internazionale, oltre ad esprimere principi generalmente condivisi a livello sovranazionale e internazionale, non può essere confinato all'esclusivo parametro dei soli principi fondamentali della Costituzione, ma deve tener conto anche dei principi desumibili dalle leggi ordinarie quando «inverano l'ordinamento costituzionale»⁹. Tale nozione mira ad integrare le due funzioni proprie dell'ordine pubblico internazionale. La prima funzione, quella di "limite", risponde alle esigenze interne di protezione dell'ordinamento dall'eventuale applicazione della legge straniera ad esso contrario; la seconda funzione, considerata "promozionale", risponde invece all'aspirazione universalistica dell'ordinamento che si apre ai principi provenienti dal diritto dell'Ue e delle Convenzioni internazionali sui diritti umani.

Riassunte le questioni riferite al contenuto e alle funzioni del limite dell'ordine pubblico internazionale, nelle argomentazioni delle Sezioni Unite emerge chiaramente, nel confronto con la precedente giurisprudenza in materia omogenitorialità basata su contratti di surrogazione di maternità, non solo che l'interesse del minore in questo caso non si contrappone, nella ricerca di un difficile bilanciamento, ai principi di ordine pubblico¹⁰, ma ne costituisce un parametro fondamentale, integrandone in contenuto. In particolare, fra i «limiti non oltrepassabili» dei principi di ordine pubblico troviamo i «principi fondanti l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore»¹¹, che non sono violati o messi in discussione da una genitorialità adottiva; a differenza, infatti, di quanto avviene con la surrogazione di maternità, in cui la nascita di un bambino è gravata ab origine dalle condizioni di un accordo che nega la libertà del bambino, nel momento in cui viene al

⁸ Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601. La pronuncia ha valutato la compatibilità dell'istituto, di origine statunitense, dei danni punitivi con l'ordinamento italiano, escludendone un'incompatibilità ontologica.

⁹ *Ibid.*, ma nello stesso senso anche Cass. civ., sez. un., sent. 12193/2019.

¹⁰ Come è avvenuto in altri casi, cfr. Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, ma anche le sentenze Corte EDU, *Paridiso e Campanelli c. Italia*, del 25 gennaio 2015 e Grande Camera del 24 gennaio 2017.

¹¹ Cass. civ., sez. un., sent. 9006/2021.

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

mondo, sottraendolo alla relazione materna, nel caso in studio la scelta genitoriale è stata motivata dal principio di solidarietà verso un minore dichiarato adottabile dei genitori biologici.

La genitorialità adottiva, infatti, a differenza dalla genitorialità surrogata, pone a suo fondamento la conciliazione fra desiderio di diventare genitori e «principio solidaristico che è alla base della genitorialità sociale»¹² disciplinata dalla l. n. 184 del 1983 sulle adozioni; in altre parole, vi è, nella genitorialità adottiva, non solo un'idea sociale e solidale di famiglia che si contrappone al mero desiderio, spesso egoistico, del figlio a tutti i costi - anche ricorrendo ad un accordo con una persona estranea alla coppia -, ma vengono meno, rispetto alla genitorialità conseguente alla surrogazione di maternità, tutte quelle ragioni che configurano quest'ultima uno strumento di sostanziale aggiramento della legge sulle adozioni e di tutti gli interessi ad essa connessi¹³.

Entrando nel dettaglio della fattispecie, le Sezioni Unite verificano i profili di compatibilità della omogenitorialità ai principi di ordine pubblico internazionale, come desunti anche dalla legislazione interna in tema di accesso all'adozione legittimante (art. 6, della l. n. 184 del 1983). Nel ripercorrere il contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento, il giudice rileva che, sebbene la c.d. adozione legittimante

¹² *Ibid.*

¹³ Si vedano ancora le sentenze: Cass. civ., sez. I., n. 24001/2014, nella quale si ribadisce che l'unica forma di genitorialità non biologica riconosciuta dal nostro ordinamento è quella affidata all'adozione, istituto basato sull'interesse preminente del minore e non limitato al mero accordo fra le parti come avviene nella surrogazione di maternità; Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., nella quale proprio l'assenza di legame biologico del bambino con i genitori d'intenzione ha configurato nella sostanza un aggiramento della normativa internazionale sull'adozione. Anche la dottrina non ha mancato di evidenziare la netta differenza fra genitorialità adottiva e genitorialità da surrogazione di maternità; si è sottolineato, infatti, che l'istituto dell'adozione, pur privando il minore definitivamente del legame con i genitori biologici, "è pensato per rimediare ad una situazione di crisi già esistente e a trasformare uno stato negativo, data da un ambiente familiare inidoneo, in uno positivo": L. D'Avack, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*, in *Diritto e famiglia*, 2/2000, p. 706; si è anche evidenziata la «superiorità morale dei genitori adottivi» che sono spinti dalla generosità, «essi fanno passare la realizzazione del loro desiderio attraverso le esigenze pressanti di altri esseri umani», così L. Muraro, *L'anima de corpo. Contro l'utero in affitto*, Milano, 2016, 70.

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

per le coppie omosessuali sia esclusa dalla legislazione del 1983 e anche dalla l. n. 76 del 2016, l'art. 1, co. 20, di quest'ultima legge, ha lasciato aperta la strada del ricorso, per via giudiziale, all'adozione in casi particolari per le famiglie omoaffettive. Inoltre, sia la giurisprudenza della Corte di Cassazione, con particolare riferimento alla sentenza n. 12193 del 2019, che la giurisprudenza della Corte costituzionale, con sentenza n. 272 del 2017¹⁴, hanno basato la valutazione sulla compatibilità degli status genitoriali considerati (omosessuali o eterosessuali) con i principi di ordine pubblico internazionale avendo riguardo al limite incompressibile della dignità dei soggetti coinvolti nella pratica della surrogazione di maternità, senza mai includere, dunque, nel perimetro dei principi di ordine pubblico le norme della legislazione interna che escludono l'accesso delle coppie omoaffettive all'adozione legittimante¹⁵.

3. Le SU della Cassazione e la ricerca della coerenza sistematica con la Corte costituzionale sull'adozione omogenitoriale: le sentenze nn. 32 e 33 del 2021

Da ultimo, tali argomenti sono stati confermati, come sottolineato dalle Sezioni Unite, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 33 del

¹⁴ Con la quale, per la prima volta, il giudice costituzionale si esprime indirettamente sulla surrogazione di maternità considerandola una pratica alla quale il nostro ordinamento riconnette «un elevato grado di disvalore». A commento della sentenza, si rinvia a: F. Angelini, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, p. 148 ss.; 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*, 15 febbraio 2018; S. Niccolai, *La regola di giudizio. Un invito dalla Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, p. 2990 ss.; E. Olivito, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2018.

¹⁵ Per una critica a tale lettura, si rinvia a: S. Curreri, *Quali sono i limiti dell'interpretazione "costituzionalmente orientata" del giudice ordinario? Riflessioni a margine dell'apertura della Cassazione alle adozioni delle coppie "omoaffettive"*, in *www.lacostituzione.info*, 20 aprile 2021.

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

2021 che, nel riaffermare il divieto legislativo di surrogazione di maternità quale principio di ordine pubblico dell'ordinamento, ha anche rilevato l'esigenza che sia affidata alla discrezionalità del legislatore l'individuazione di un sistema di tutela più efficace del minore, nato da surrogazione di maternità, che vanti una vita familiare consolidata con i genitori sociali, rispetto a quella oggi garantita dall'adozione in casi particolari, valutata «una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali»¹⁶. Appare chiaro, dal tenore della sentenza, come «il modello adottivo gradato [sia] esclusivamente conseguenza del grave disvalore ricondotto» delle Sezioni Unite e dalla Corte costituzionale «alla scelta della gestazione per altri e alla necessità di trovare un bilanciamento che tenga conto di questa valutazione»¹⁷.

Tali considerazioni sono ulteriormente avvalorate dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2021¹⁸, relativa in realtà ad un caso di omogenitorialità femminile, ma nella quale la Corte – pur preferendo la strada dell'inammissibilità della questione – evidenzia come l'elusione del limite di accesso alla Pma delle coppie omosessuali (femminili), previsto dall'art. 5 della l. n. 40 del 2004, «non evoca scenari di contrasto con i principi e valori costituzionali» dato che la scelta espressa dal legislatore in quella disposizione rimane «aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale»¹⁹

¹⁶ Corte cost., sent. 33/2021.

¹⁷ Cass. civ., sez. un., sent. 9006/2021.

¹⁸ Per due primi commenti congiunti alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte cost. si vedano: G. D'Amico, *La Corte e il "non detto". Riflessioni a partire dalle sentt. n. 32 e n. 33 del 2021*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4/2021, p. 930 ss.; I. Rivera, *Le ragioni del pluralismo e della complessità. La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Osservatorio AIC*, 4/2021, p. 336 ss.

¹⁹ Corte cost., sent. 221/2019, sulla quale si rinvia a M. Manetti, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, p. 2613 ss. e C. Tripodina, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, ivi, p. 2626 ss., ma nello stesso senso anche la sent. 230/2020, a commento della quale si vedano A. Di Martino, *La Corte costituzionale, atti di nascita di bambini nati nell'ambito di una coppia lesbica e accesso alla P.M.A.*, in *Diritti comparati*, 19 novembre 2020 ed E. Olivito, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n.*

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

e ribadisce in maniera molto chiara che «non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina»²⁰.

È il divieto di surrogazione di maternità quindi ad essere riconosciuto principio di ordine pubblico. Tale pratica, infatti, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»²¹; il divieto previsto dall'art. 12, co. 6, della l. 40 del

230 del 2020: *la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2021, p. 137 ss.

²⁰ Corte cost., sent. 32/2021. Il principio affermato dalla Consulta è stato, da ultimo, applicato dalla Cass. civ., sez. I., nella recentissima sentenza del 23 agosto 2021, n. 23319, nella quale si è ammessa la trascrizione dell'atto di nascita redatto in Gran Bretagna di un bambino nato da Pma eterologa realizzata da una coppia lesbica; si è così riconosciuta la legittimità della genitorialità della madre d'intenzione, accanto a quella della madre biologica, in quanto ritenuta non contraria ai principi di ordine pubblico internazionale, ma nel caso del bambino "nato all'estero". Diversamente, nel caso del bambino nato in Italia, non si potrebbe redigere un atto di nascita con l'indicazione delle due mamme in quanto si dovrebbe far valere, secondo la Corte di Cassazione, la contrarietà ai principi di ordine pubblico interno. La differenziazione sulla trascrivibilità o meno dell'atto di nascita in base al luogo di nascita che rinvia essenzialmente a contenuti differenti dell'ordine pubblico internazionale e dell'ordine pubblico interno appare poco convincente. Chi scrive ha avuto modo in altra sede (cfr. F. Angelini, *ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., p. 105 ss.) di precisare che la differenza fra le due nozioni di ordine pubblico non attiene al "contenuto", che è riferito sempre ai principi e valori fondamentali dell'ordinamento nazionale, quanto alla "funzione"; in tal senso l'ordine pubblico interno rappresenta il limite, all'interno dell'ordinamento, posto all'autonomia dei privati al rispetto dei principi fondamentali dello Stato, mentre l'ordine pubblico internazionale indica il limite posto all'ingresso di fonti o atti stranieri, ma ci si riferisce «in entrambi i casi a concetti necessariamente propri del diritto interno» (G. Perlingeri, G. Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 55). La tesi qui sostenuta sembra avallata anche dalla Corte costituzionale, che nella sentenza n. 221/2019, in riferimento all'atto straniero attestante la nascita di un bambino da due donne, esclude che la sua trascrizione in Italia «si ponga in contrasto con l'ordine pubblico interno» e non internazionale (punto 13.2 del considerato in diritto; mio il corsivo). Sull'esigenza di superare la contrapposizione fra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale nelle questioni che riguardano la trascrizione dell'atto di nascita di minori, si rinvia alle condivisibili considerazioni di M. Farina, *Il riconoscimento di status tra limite dell'ordine pubblico e best interest del minore*, in *Famiglia e diritto*, n. 8-9/2015, p. 825 ss.

²¹ Corte cost., sentenze nn. 272/2017 e 33/2021.

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

2004 si pone, dunque, come limite al riconoscimento di forme di genitorialità sia omosessuale maschile che eterosessuale. Alla luce della giurisprudenza esaminata, non risultano, invece, inclusi nel perimetro dei principi di ordine pubblico internazionale «né le norme interne che escludono l'accesso alla Pma alle coppie omoaffettive né quelli che introducono il medesimo limite all'adozione legittimante, attualmente consentita soltanto a coppie unite in matrimonio»²². Non ci sono, dunque, principi di ordine pubblico che possano opporsi al riconoscimento degli effetti dell'atto estero che attribuisce lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante a una coppia omoaffettiva e che permetta di tutelare pienamente l'interesse del minore a mantenere la vita familiare e lo *status filiationis* in conformità, peraltro, alla recente riforma che ha affermato il principio della parità di trattamento dei figli riconoscendo uno status unico di figlio (l. n. 291 del 2012 e d.lgs. n. 154 del 2013)²³.

Questo ultimo accenno conduce alla vera questione di rilievo posta dalla lettura integrata della decisione in commento con le recenti sentenze della Corte costituzionale nn. 32 e 33 del 2021. Le tre sentenze, infatti, fanno sistema nell'indicare soluzioni possibili all'intervento del legislatore chiamato a dare tutela all'interesse concreto del minore alla conservazione dello status familiare con i genitori d'intenzione, all'interno di progetti genitoriali o di coppie omosessuali femminili o derivanti da contratti di surrogazione di maternità di coppie omosessuali maschili o eterosessuali.

Il primo dato ricavabile da questa giurisprudenza, e in particolare dalla sentenza n. 32 del 2021, riguarda la peculiare situazione delle coppie omosessuali femminili²⁴ rispetto alle quali, come dice il giudice delle leggi, non c'è alcun «divieto costituzionale» ad accogliere figli. Nonostante ciò, la decisione evidenzia «che i nati a seguito di Pma

²² Cass. civ., sez. un., sent. 9006/2021.

²³ Sulla legge n. 219/2012 e sul riconoscimento di uno *status* unico di figlio nel nostro ordinamento si vedano: E. Frontoni, *Genitori e figli tra giudici e legislatore*, Napoli, 2019, p. 84 ss.; F. Paterniti, *Figli e ordinamento costituzionale*, Napoli, 2019, p. 87 ss.

²⁴ Sulla quale fondamentale appare il contributo di S. Niccolai, *La maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015.

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

eterologa praticata da due donne versano in una condizione deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo»; che spetta al «legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità» «colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incompressibili diritti dei minori», individuando «le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore»; ma in questo caso, riguardando due donne «in via esemplificativa, può trattarsi di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione»²⁵.

Il secondo dato ha riguardo alle coppie che hanno posto in essere un progetto genitoriale ricorrendo alla surrogazione di maternità. La sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2021 affida ugualmente alla discrezionalità del legislatore il compito di tutelare gli interessi del minore, sottolineando, tuttavia, che tali interessi dovranno essere comunque «bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità penalmente sanzionato dal legislatore». Questo punto di bilanciamento non sembra poter essere affidato, in questo caso, alla «trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo status di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti», né alla trascrivibilità «a fortiori dell'originario atto di nascita, che indich(i) quale genitore del bambino il "padre d'intenzione"»²⁶.

4. Conclusioni: soluzioni possibili fra esigenze da bilanciare

La strada che sembrerebbe essere suggerita dalla Corte costituzionale appare, dunque, quella di una forma di adozione, diversa

²⁵ Le parti virgolettate sono della Corte cost., sent. 32/2021, mio il corsivo nel testo.

²⁶ Per le parti fra virgolette sono ancora della Corte cost., sent. 33/2021.

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

da quella in casi particolari – che costituisce una forma di tutela del bambino «significativa, ma ancora non del tutto adeguata» –, ma che sia in grado di salvaguardare la «legittima finalità di disincentivare il ricorso» alla pratica surrogatoria²⁷.

Le soluzioni prospettate dal Giudice delle leggi sembrano, dunque, andare verso la differenziazione della genitorialità omosessuale. Nel caso della coppia femminile, non essendoci alcuna pratica da disincentivare, la madre intenzionale potrebbe veder riconosciuta la propria genitorialità anche attraverso la semplice trascrizione dell'atto di nascita²⁸ o del provvedimento giudiziale o essere affidata all'adozione piena. Nel caso della genitorialità della coppia maschile, ma anche di quella eterosessuale, che abbia fatto ricorso alla surrogazione di maternità, il giudice costituzionale sembrerebbe prospettare al legislatore esclusivamente una forma di adozione. In tali casi, tuttavia, al fine di rendere effettive le forme di dissuasione verso la pratica della surrogazione di maternità, l'adozione dovrebbe essere subordinata all'esistenza di relazioni familiari concretamente consolidate con il minore, affidate a modalità di attestazione del suo benessere da parte del giudice; si dovrebbe, inoltre, prevedere l'introduzione, come suggerito dalla dottrina, di test che mirino a rendere «operativo il favor per il legame materno, con la verifica del non anonimato della madre di nascita e della garanzia per il minore di conoscerla e intrattenere relazioni con lei»²⁹, misure che restituirebbero effettività non solo alla valorizzazione della relazione materna, ma anche al divieto di maternità surrogata previsto dalla legge.

Infine, l'ultimo elemento di rilievo utile, a parere di chi scrive, a configurare soluzioni per dare risposta al desiderio di genitorialità omoaffettiva si ricava dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento. La Suprema corte sembra indicare al legislatore la strada dell'apertura, anche per le coppie omoaffettive, dell'adozione sociale. Tale possibilità avrebbe certamente il pregio di consentire la realizzazione di desideri e progettualità familiari nel pieno rispetto dei principi costituzionali e in

²⁷ *Ibid.*

²⁸ In tal senso, da ultimo, si veda Cass. civ., sez. I., sent. 23319/2021.

²⁹ S. Nicolai, *Diritto delle persone omosessuali alla genitorialità a spese della relazione materna?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, p. 1179.

Francesca Angelini

Adozione sociale versus surrogazione di maternità. Quando il desiderio di genitorialità incontra la solidarietà non ci sono limiti di ordine pubblico

primis del principio di solidarietà. Certamente questa soluzione implicherebbe un'impegnativa revisione della disciplina delle adozioni, finalizzata a ripensare le scelte fondamentali che l'hanno ispirata a cominciare dal riconsiderare proprio i soggetti ammessi all'adozione che, oltre alle famiglie omoaffettive, potrebbero ben ricomprendere anche i single. Si tratterebbe di una riforma impegnativa per il legislatore, ma che certamente sarebbe in grado di restituire senso alla funzione sociale della famiglia e al valore costituzionale della solidarietà.

ABSTRACT: The article comments judgment n. 9006 of 2021 of the Italian Court of Cassation in its highest composition, regarding the effectiveness of a judicial decision concerning so-called legitimizing adoption by a homosexual couple. The article draws upon judgments n. 32 and 33 of 2021 of the Italian Constitutional Court, also regarding cases of homosexual couples. The systematic interpretation of the three decisions indicates possible solutions to lawmakers, who are called upon to protect the best interest of the child within parenthood projects arising from surrogacy (in cases of male homosexual and heterosexual couples) and from assisted procreation in cases of female homosexual couples.

KEYWORDS: Homosexual parenthood - adoption - public order - surrogacy - best interest of the child

Francesca Angelini – Professoressa associata confermata di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Roma – “La Sapienza” (francesca.angelini@uniroma1.it)