

VITA FAMILIARE E CONSERVAZIONE DELLO STATO DI FIGLIO: A PROPOSITO DELLE SEZIONI UNITE SULLA (NON) TRASCRIVIBILITÀ DELL'ATTO DI NASCITA DA SURROGA DI MATERNITÀ ALL'ESTERO.

Di Antonio Gorgoni

SOMMARIO: 1. *Dal legame genetico all'affettività, dall'atto al rapporto.* - 2. *Rilevanza della relazione affettiva di tipo familiare: le fattispecie.* 3. *Tensioni normative in una società che ha arricchito il fondamento della genitorialità e della parentela.* - 4. *Genitorialità biologica e sociale: interpretazione costituzionalmente orientata del lemma «genitore».* - 5 (Segue). *Sul dovere di mantenimento e sull'esercizio della responsabilità genitoriale da parte del genitore sociale.* - 6. *Vita familiare e nozione ampia di ascendente.* - 7. *Le Sezioni Unite del 2019 sulla (non) riconoscibilità dello stato di figlio nato da surroga di maternità all'estero: due cardini della motivazione.* - 8. (Segue) *Il preminente interesse del minore: un principio a garanzia di soluzioni non astratte.* - 9 (Segue) *La surroga di maternità: un divieto recessivo rispetto alla tutela del diritto fondamentale del minore di vivere nella propria famiglia.*

ABSTRACT. *Il saggio muove dalla rilevanza giuridica del diritto del minore alla conservazione dei legami affettivi di tipo genitoriale e familiare, per svolgere un'analisi sul significato dei lemmi «genitore», «ascendente», «nipote» adoperati dal codice civile. L'evoluzione dell'ordinamento e l'irrompere di nuovi modelli familiari hanno determinato un ampliamento del fondamento della filiazione, non più costituito soltanto dalla generazione e dal legame genetico, ma anche, in certi casi, dall'assunzione della responsabilità. Ciò ha generato frizioni rispetto a una normativa, non aggiornata dal legislatore, che esige un'interpretazione ampia del termine genitore rispetto alla figura del genitore sociale, ma anche del lemma ascendente rispetto alla figura dell'ascendente sociale. Si constata nel saggio un grado decisamente maggiore della rilevanza del rapporto rispetto all'atto. Si aggiunga che sul piano del diritto internazionale privato, il diritto del minore alla stabilità della relazione familiare e il diritto di crescere nella propria famiglia sono elementi imprescindibili, operanti nella valutazione di compatibilità di un provvedimento straniero con la nozione di ordine pubblico internazionale, qualora vi sia contrasto con norme imperative interne. Sul punto viene presa in esame la sentenza della Cassazione a Sezioni unite n. 12193/2019 che ha negato, non senza esporsi a critiche sviluppate in queste pagine, la trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga biologica di maternità avvenuta all'estero.*

The essay moves from the legal relevance of the child's right to the preservation of emotional parental and familiar ties, to carry out an analysis on the meaning of the words "parent", "ascendant", "nephew" used by the civil code. The evolution of the order and the emergence of new family models have led to an expansion of the foundation of filiation, no longer constituted only by generation and genetic bonding, but also, in some cases, by the assumption of responsibility. This causes frictions with respect to legislation, not updated by the legislator, which requires a broad interpretation of the term parent with respect to the figure of the social parent, but also of the ascending lemma with respect to the figure of the social ascendant. There is a decidedly greater degree than the relevance of the relationship with the act. Add that on the level of private international law, the minor right to the stability of the family relationship and the right to grow up in one's family are indispensable elements operating in the assessment of the compatibility of a foreign provision with the notion of international public order when there is contrast with internal mandatory rules. On this point the recent sentence of the Cassation with joint Sections n. 12193/2019 which denied, not without exposing itself to criticisms developed in these pages, the transcription of the birth certificate from biological surrogate of maternity occurred abroad.



1. Dal legame genetico all'affettività, dall'atto al rapporto.

Un carattere pervasivo del diritto di famiglia è costituito dalla rilevanza giuridica del rapporto stabile e duraturo e dell'affettività¹. Si è passati, gradualmente, da un ordinamento che basava i legami familiari quasi esclusivamente sul legame genetico, su cui si innesta la parentela (art. 74 c.c.), e sull'atto ad un altro, di maggiore complessità, aperto alla dimensione concreta dei rapporti. Ciò significa che il diritto vigente è andato oltre la qualificazione formale di coniuge e di parente, riconoscendo e garantendo una vasta gamma di rapporti duraturi, incentrati sull'affettività e sulla significatività dello stare insieme.

Qualche esempio conduce subito il discorso su un piano di concretezza. Se la coppia affidataria del minore, durante un prolungato periodo di affidamento ai sensi degli artt. 2 ss. della legge n. 184/1983 («*Diritto del minore ad una famiglia*»), ha stretto con il medesimo un «legame affettivo significativo, stabile» e «duraturo», essa beneficia di una sorta di preferenza nella scelta dei coniugi adottivi da parte del tribunale ai fini dell'adozione (art. 4, co. 5-bis, l. n. 184/1983). Inoltre, l'adozione in casi particolari del minore, figlio della compagna dello stesso sesso dell'adottante, è ben possibile ai sensi dell'art. 44 let. d) legge n. 184/1983, poiché ciò che conta di più - lo ha sottolineato la giurisprudenza - è non già la presenza di due genitori di sesso diverso, ma «l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore», quindi il rapporto esistente e prefigurabile².

Segni evidenti della rilevanza del rapporto emergono, inoltre, dalla giurisprudenza sia sulla Kafalah³ sia, come si dirà più estesamente in seguito,

¹ P. FEMIA, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, in *La famiglia all'imperfetto?*, a cura di Angela Busacca, Napoli, 2016, p. 255 ss.

² N. CIPRIANI, *Le adozioni nelle famiglie omogenitoriali dopo la l. n. 76 del 2016*, in *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori. Profili di diritto internazionale e tutela dei minori*, a cura di B. E. Hernández-Truyol e R. Virzo, Napoli, 2016, p. 249 ss. e ivi R. PANE, *Unioni Same-sex e adozioni in casi particolari*, 221 ss.

³ Com'è oramai noto, la Kafalah è un istituto vigente nei Paesi di matrice islamica, i quali non ammettono, sulla base del Corano, l'adozione. Esso consiste in una affiliazione con cui un terzo affidatario, il Kafil, assume gli obblighi di mantenere, educare e proteggere un minore in stato di abbandono (makfoul), senza che si costituisca alcun reciproco rapporto di parentela e senza recisione del vincolo, ove sussista e sia conosciuto, con i genitori di sangue. Esistono due modalità di costituzione dell'istituto *de quo*: mediante provvedimento giudiziale (kafalah c.d. pubblicistica) o con accordo notarile privato (kafalah c.d. privatistica). Sulla questione del ricongiungimento familiare cfr.: Cass., 3 marzo 2008, n. 7472, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 675 ss., con nota di R. GELLI, *La kafalah tra esigenze di tutela*

sul riconoscimento del provvedimento straniero costitutivo dello stato di figlio; provvedimento la cui esecutività in Italia è subordinata alla non contrarietà all'ordine pubblico (artt. 65 e 66 l. 218/1995).

Ancora, spostando l'attenzione sul rapporto di coppia, la convivenza di fatto è una formazione sociale (*rectius*: un nucleo familiare) i cui presupposti di legge - stabile affettività e reciproco sostegno ai sensi dell'art. 1, comma 37, l. n. 76/2916 - generano situazioni meritevoli di tutela, come dimostrano i commi 42, 49, 61 e 65 dell'art. 1 l. n. 76/2016. Anche il matrimonio, come è stato autorevolmente indagato⁴, trova il proprio fondamento non tanto e non solo nell'atto ma, più propriamente, nell'affettività e nel progetto di vita comune; dunque nel rapporto.

Ciò è comprovato, senza pretesa di esaustività, dall'accezione soggettiva del requisito dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza (art. 151 c.c.)⁵, come pure dall'insufficienza, ai fini della riconciliazione (art. 157 c.c.), di ripetute occasioni di incontri e frequentazioni da parte dei coniugi, occorrendo piuttosto la prova di «una reale e concreta ripresa delle relazioni materiali e spirituali costituenti manifestazione ed effetto della rinnovata società coniugale»⁶.

Si aggiunga che la relazione affettiva stabile e duratura nella misura temporale di tre anni dalla celebrazione del matrimonio, quale elemento della convivenza come coniugi, è alla base della preclu-

del minore e rischi di aggiramento della disciplina dell'immigrazione; Cass. Sez. un. 4 settembre 2013, n. 21108, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1497 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo*, su un caso di minore affidato in kafalah ad un cittadino italiano che può ottenere il ricongiungimento familiare in forza di una riconduzione della fattispecie all'espressione legislativa ex art. 3 d. lgs. n. 39/2007 «altri familiari». Per una sintesi ragionata cfr. R. GELLI, *Rappresentanza e cura del minore sottoposto a Kafalah tra funzioni del kafil ed esclusione della tutela*, in *Fam. e dir.*, 2019, 1, p. 42 ss., la quale rileva come ciò che conta di più è «il dato effettivo dell'esistenza di un legame con un nuovo soggetto investito del ruolo parentale», sebbene occorra evitare aggiramenti della normativa sull'immigrazione attraverso le competenze della prefettura e della giurisprudenza.

⁴ V. SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 153 ss.

⁵ Cass., ord. 5 febbraio 2019, n. 26084, in *Banca dati-One legale*, afferma che la frattura tra i coniugi può «dipendere dalla condizione di disaffezione e distacco di una sola delle parti, verificabile in base a fatti obiettivi, come la presentazione stessa del ricorso ed il successivo comportamento processuale, (e in particolare alle negative risultanze del tentativo di conciliazione), dovendosi ritenere, in tali evenienze, venuto meno quel principio del consenso che, con la riforma attuata attraverso la l. n. 151/1975, caratterizza ogni vicenda del rapporto obbligatorio» (corsivo mio).

⁶ Cass., 26 luglio 2019, n. 22506, in www.ilcaso.it, conferma l'orientamento consolidato.



sione per la Corte d'appello di delibare la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario pronunciato dal tribunale ecclesiastico⁷. Vi sarebbe altrimenti un contrasto con l'ordine pubblico italiano. La convivenza "come coniugi" - affermano le Sezioni unite⁸ - è l'elemento essenziale del matrimonio-rapporto e, in quanto fonte di diritti, di doveri, di responsabilità anche genitoriali e di affidamenti legittimi, attiva posizioni giuridiche di rilievo costituzionale all'interno della cornice matrimoniale.

Da qui l'impossibilità di delibare la sentenza canonica di nullità del matrimonio «per qualsiasi vizio genetico del matrimonio accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell'ordine canonico». Ciò a condizione che il coniuge fosse a conoscenza dell'esclusione di uno dei *bona matrimonii* da parte dell'altro, e quindi della divergenza tra volontà e dichiarazione. Quest'orientamento dimostra ancora una volta l'assoluto rilievo che ha la convivenza: se entrambi i coniugi condividono (anche col silenzio) l'esclusione dei fondamenti cattolici del matrimonio, allora il giudice italiano può delibare la pronuncia⁹.

⁷ Cass., 26.11.2019, n. 30900, www.cassazione.net, ribadisce quanto già affermato da Cass. Sez. un., 17 luglio 2014, n. 16279, in *Fam. e dir.*, 2015, 3, p. 228 ss., con nota di L. GRAZIANO, *Per le Sezioni unite la stabile convivenza coniugale ultra-triennale è situazione giuridica d'ordine pubblico ostativa alla delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*; in *Giur. it.*, 2014, p. 2119 ss., con nota di N. COLAIANNI, *Convivenza "come coniugi" e ordine pubblico: incontro ravvicinato ma non troppo*. I tre anni sono stati ricavati dalle Sezioni unite in forza dell'applicazione analogica dell'art. 6, co. 4, l. n. 184/1983 che consente l'adozione solo ai «coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni». Il legislatore - affermano le Sezioni Unite sulla scorta della pronuncia della Corte cost. n. 281/1994 - ha inteso il matrimonio «non solo come "atto costitutivo" ma anche come "rapporto giuridico", vale a dire come vincolo rafforzato da un periodo di diritti e doveri», onde «il criterio dei tre anni successivi alle nozze si configura come requisito minimo presuntivo a dimostrazione della stabilità del rapporto matrimoniale».

⁸ Cass. Sez. un., 17 luglio 2014, n. 16279, cit. affronta la questione della possibile delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario, ricostruendo con ampiezza di argomenti la centralità del matrimonio-rapporto rispetto al matrimonio-atto. Nel principio di diritto si scrive che «la convivenza come coniugi deve intendersi - secondo la Costituzione (artt. 2, 3, 29, 30 e 31), le Carte Europee dei diritti (art. 8 paragrafo 1 Cedu, art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'UE) - quale elemento essenziale del "matrimonio-rapporto", che si manifesta come consuetudine di vita coniugale comune, stabile e continua nel tempo, ed esteriormente riconoscibile attraverso corrispondenti, specifici fatti e comportamenti dei coniugi, e quale fonte di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri indelegabili, di responsabilità anche genitoriali in presenza di figli, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari».

⁹ Cass. Sez. un., 17 luglio 2014, n. 16279, cit., richiama il principio di diritto consolidato il base al quale: «la dichiarazione di esecutività della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità

Insomma, tutto questo dà sostanza alle parole di apertura del discorso: la famiglia nella sua genesi, durata e anche nella sua crisi¹⁰ ruota intorno al rapporto e alla dimensione affettiva, la quale, talvolta, ha difficoltà a essere ricondotta a una precisa fattispecie legale. Ciò in quanto le disposizioni attinenti alla costituzione della filiazione e, più ingenerale, al grado di autonomia privata in ambito familiare rappresentano, in certi casi, un ostacolo all'emersione giuridica dell'affettività.

Di fronte a queste tensioni che originano dalla incontenibile fattualità, l'ordinamento non offre sempre tutte le risposte con specifiche disposizioni di dettaglio, anzi, come diremo meglio in seguito, in certi ambiti è addirittura in ritardo rispetto ad altri Paesi. Ma questo non significa che non vi siano soluzioni prospettabili, attraverso un uso corretto dei principi¹¹ e della loro peculiare forza, consistente, com'è stato ben rilevato¹², nel favorire «il mutamento e il sovvertimento infra-sistemico» dell'ordinamento.

È noto come le tensioni ordinamentali di cui si diceva sono causate soprattutto dal turismo procreativo, dalla circolazione interstatale delle famiglie e da una crescente domanda di tutela dei diritti fondamentali coinvolti nelle relazioni affettive¹³. A fronte di domande che, sulle prime, scuotono il sistema, sembra di poter rilevare come il giudice non sia solo nel governare l'incertezza semantica dei

del matrimonio concordatario per esclusione, da parte di uno dei coniugi, di uno dei *bona matrimonii*, postula che la divergenza unilaterale tra volontà e dichiarazione sia stata manifestata all'altro coniuge, ovvero che sia stata da questo effettivamente conosciuta, o che non gli sia stata nota esclusivamente a causa della sua negligenza, in quanto, qualora le menzionate situazioni non ricorrano [e allora la sentenza ecclesiastica non è delibabile, n.d.r.], la delibazione trova ostacolo nella contrarietà all'ordine pubblico italiano, nel cui ambito va ricompreso il principio fondamentale di tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole». In senso conforme cfr.: Cass., 14 febbraio 2019, n. 22771, in www.ilcaso.it e Cass., 9.12.2019, n. 32027, in www.cassazione.net, che conferma la pronuncia della Corte d'appello di Roma che aveva dichiarato l'efficacia nella Repubblica italiana della sentenza del Tribunale Ecclesiastico, poiché era stato accertato che la coniuge «conosceva, o in ogni caso avrebbe potuto conoscere con l'ordinaria diligenza, la volontà dell'altro coniuge, manifestata da indici rivelatori prima del matrimonio, di esclusione della prole».

¹⁰ A. GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, in *Persona e mercato*, 2018, 4, p. 236 ss.

¹¹ G. VETTORI, *La forza dei principi. Ancora un inizio*, in *Persona e mercato*, 2019, 1, p. 3 ss.; Id., *La giurisprudenza fonte del diritto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 869 ss.; Id., *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *Persona e mercato*, 2017, 2, p. 73 ss.; Id., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 3, p. 939 ss.

¹² P. FEMIA, *Tre livelli di indistinzione tra principi e clausole generali*, in *Fonti, metodo e interpretazione*, a cura di G. Perlingieri-M. D'Ambrosio, Napoli, 2017, p. 234.

¹³ C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e «status» della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 1, p. 7 ss.



principi. Come si constaterà nel prosieguo, i giudici, tendenzialmente, non hanno utilizzato in modo disinvolto o non rigoroso i principi, attingendo alla loro coscienza, ma si sono sforzati di mostrare la strada che, attraverso l'interpretazione dei principi e delle disposizioni di legge, ha condotto, volta a volta, alle soluzioni più rispondenti ai casi concreti. Del resto la norma da applicare non origina all'improvviso da un principio, ma è il frutto di una storia evolutiva dell'ordinamento, che lascia segni qua e là nel tessuto della *lex posita* e della giurisprudenza. Solo ponendosi in questa prospettiva, che è quella autorevolmente rimarcata del punto e della linea, del rapporto tra diritto e civiltà¹⁴, è possibile, com'è stato acutamente osservato¹⁵, rompere l'ordine al fine di dare continuità al diritto.

Quest'ultima affermazione sembra un ossimoro o un'ambiguità del pensiero, ma non è così. Il compito del giurista oggi, dove le dinamiche sociali sfuggono alla pronta risposta regolativa del Parlamento, è sempre più spesso quello di rompere l'ordine apparente, per mostrare un altro ordine più aderente al movimento evolutivo dell'ordinamento, sospinto dalla legge e soprattutto dalla giurisprudenza¹⁶.

Alcuni esempi in cui emerge quest'impostazione ermeneutica sono rintracciabili nella rilevanza della genitorialità sociale e dell'ascendenza di fatto. In entrambi questi casi, mancando una normativa specifica di riferimento, è difficile stabilire se vi sia spazio, rispettivamente, per riconoscere poteri al genitore sociale e per affermare il diritto dell'ascendente di fatto di mantenere rapporti significativi con i nipoti.

Non solo: come si diceva, la mobilità delle persone e il turismo procreativo spingono le coppie verso altri paesi per realizzare il loro desiderio di avere figli attraverso la procreazione medicalmente assistita. Lo spostamento altrove deriva dai divieti esistenti nel paese di provenienza, come quello italiano di surroga biologica di maternità (art. 12, co. 6, l. n. 40/2004) o di accesso alla procreazione medica per le persone dello stesso sesso (art. 5 l. n. 40/2004). I problemi sorgono quando queste fami-

glie ritornano in Italia con la prole, chiedendo allo Stato il riconoscimento, per entrambi i membri della coppia, della qualità di genitori.

Tale questione potrebbe essere liquidata con un diniego, in applicazione dei ricordati divieti, posti a tutela della dignità della donna e a salvaguardia del minore e del diritto di avere due genitori genetici di sesso diverso.

In realtà il discorso è più articolato in ragione dell'esistenza non soltanto del principio del preminente interesse del minore, ma anche di disposizioni di legge che, come si accennava, si appuntano sull'affettività; senza tacere di una significativa giurisprudenza che, per un verso, non ha accolto soluzioni precostituite dalla mera sussunzione o dal sillogismo, per un altro, ha recepito l'idea, scritta nelle norme come diremo più approfonditamente, che il fondamento della filiazione non sta più soltanto nel legame genetico e ciò ben oltre la fattispecie dell'adozione.

2. Rilevanza della relazione affettiva di tipo familiare: le fattispecie.

La filiazione e, più in generale, i rapporti di tipo familiare che coinvolgono il minore sono interessati, da tempo, da una complessa evoluzione¹⁷ sospin-

¹⁷ Sono molti gli scritti in cui si sottolinea, talvolta con accenti e visioni d'insieme diverse, l'evoluzione della famiglia e in particolare del diritto della filiazione. Un'evoluzione in cui spicca il valore della relazione affettiva stabile e duratura sia nel rapporto tra adulti sia in quello, che interessano da vicino queste pagine, tra adulto e minore con riguardo al quale si è fatta strada una genitorialità sociale oltre a quella biologica. Si segnalano almeno i seguenti lavori: V. SCALISI, *Le stagioni del diritto di famiglia dall'unità d'Italia a oggi* (parte prima), in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, p. 11043 ss. e ivi parte seconda, 2013, 6, p. 1287 ss.; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 509 ss.; M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.* 2016, 5, p. 1306 ss.; P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Tratt. Zatti, Famiglia e matrimonio. Relazioni familiari-Matrimonio-Famiglia di fatto*, a cura di Ferrando-Fortino-Ruscello, Milano, 2011, I, p. 3 ss.; F. PROSPERI, *Unicità dello «status filiationis» e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 273 ss.; ID. *Parentela e famiglia nel prisma dell'unicità dello stato di filiazione*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di R. Pane, Napoli, 2015, 19 ss.; e ivi R. PANE, *Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione*, cit., p. 25 ss.; G. SALVI, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Napoli, 2018, p. 55 ss.; S. VERONESI, *Genitore "sociale" e relazioni di fatto: riconoscere la rilevanza dell'interesse del minore a mantenere un rapporto stabile e significativo con il convivente del genitore biologico*, in *Corr. giur.* 2015, 12, p. 1549 ss.; G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016; U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 3, p. 563 ss.; G. COLLURA, *«Le famiglie degli affetti» e le nuove genitorialità*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 1, p. 37 ss.

¹⁴ P. GROSSI, *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in Paolo Grossi, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, 2011, p. 17-18.

¹⁵ P. FEMIA, *Il civile senso dell'autonomia*, in *The Cardozo electronic law bulletin*, 2019, 25, p. 4.

¹⁶ Esprime una visione realista della dinamica giuridica G. Vettori, *La forza dei principi. Ancora un inizio*, cit., p. 5, quando afferma: «Trovo poco produttivo insistere su una priorità della legge o dei giudici in presenza di una fase storica che non ha necessità di "visioni univoche e parziali", ma di una razionalità "dinamica e aperta", capace di ordinare il presente e di porsi in sintonia con il proprio tempo, con un'analisi attenta dei benefici e dei limiti dell'attività delle Corti in Italia e in Europa».



ta da diversi fattori: la perdita di centralità della famiglia fondata sul matrimonio a fronte sia dell'equiparazione completata nel 2102/2013 fra filiazione nata nel e fuori dal matrimonio sia di una pluralità di modelli familiari in cui assume rilievo decisivo la sostanza fattuale del legame¹⁸, i progressi della tecnologia riproduttiva che hanno incrementato i modi di diventare genitori, la crescente attenzione all'effettività dei diritti fondamentali¹⁹ e la circolazione delle persone con i relativi *status*. Tutto ciò, da un lato, crea tensioni tra la normativa interna e i nuovi fatti che ambiscono alla giuridicità, dall'altro, impone un confronto tra culture diverse da condurre, nella dimensione internazional-privatistica, attraverso lo strumento dell'ordine pubblico.

Come si diceva nel paragrafo precedente, c'è un dato conclamato da cui muovere, espresso dal sistema normativo, dalla giurisprudenza e da un'ampia parte della dottrina²⁰: è la rilevanza giuridica della relazione affettiva di tipo familiare. Una relazione che, tradizionalmente, si innesta sul legame di sangue e sulla parentela e che, oggi, origina dall'assunzione di responsabilità genitoriale da par-

te di chi non ha generato o dal legame affettivo che sorge tra il minore e figure diverse dai genitori, quali gli affidatari o il cosiddetto "ascendente sociale".

Plurime sono, pertanto, le fattispecie espressive di ciò che è inquadrabile come nuovo (o, se si vuole, più ampio) fondamento della filiazione; se ne indicano alcune che fungono da base del discorso.

La decisione di diventare genitori si attua anche mediante l'accesso di una coppia di coniugi o di conviventi di fatto alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo; pratica, questa, com'è noto, ammessa in Italia in forza di una pronuncia della Corte costituzionale, resa a tutela di diritti fondamentali²¹. Nell'eterologa solo uno dei membri della coppia è legato geneticamente al nato, essendo l'altro destinatario della donazione di gameti e nei cui confronti la genitorialità si costituisce in forza di un'assunzione irreversibile di responsabilità (art. 9 l. n. 40/2004).

In un'altra fattispecie una coppia di maggiorenni, magari dello stesso sesso, si avvale in un altro paese della surroga biologica di maternità e, di ritorno in Italia, chiede la trascrizione dell'atto nascita legalmente formato all'estero. Gli Ufficiali dello stato civile tendono a negarla, adducendo ora la contrarietà della surroga all'ordine pubblico, ora l'impossibilità giuridica di avere due genitori dello stesso sesso.

Ancora: un convivente di fatto o un coniuge si comporta come fosse genitore nel rapporto che instaura e consolida con il figlio rispettivamente del partner e dell'altro coniuge (c.d. famiglia ricomposta). A tal proposito, dottrina e giurisprudenza adoperano il sintagma «genitore sociale», per segnalare che la genitorialità origina da un legame familiare di fatto. Il problema si pone qualora il genitore giuridico (quello biologico), in conseguenza della separazione personale, del divorzio o della crisi della convivenza di fatto, impedisca ogni frequentazione del figlio con l'ex compagno di vita (il "genitore di fatto"). Il quale è stato ed è percepito dal figlio come vero e proprio secondo genitore.

L'elemento comune che lega le fattispecie descritte è l'assunzione volontaria della responsabilità, ora della nascita, ove vi sia un progetto condiviso di genitorialità, magari attuato in un altro paese ricorrendo a pratiche vietate in Italia (come la surroga di maternità), ora della crescita del figlio del coniuge o

¹⁸ Cfr. sia pur con accentuazione diverse: V. SCALISI, "Famiglie" e "famiglie" in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, p. 7 ss.; F. D. BUSNELLI, *Frantumati europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 767 ss., più orientato sulla centralità dell'art. 29 Cost.; R. PANE, *Dalla protezione alla promozione del minore*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1, p. 86 ss., sottolinea, invece, maggiormente la logica pluralista della Costituzione; M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 569 ss. pone in contrapposizione l'originario disegno del costituente sulla famiglia fondata sul matrimonio, in cui si distingue la sua funzione sociale, rispetto a una sempre maggiore valorizzazione degli interessi individuali. Egli aggiunge che si è verificato, per effetto della legislazione più recente, un vero e proprio rovesciamento della prospettiva costituzionale: dal matrimonio posto in posizione di centralità alla pluralità dei modelli familiari; dalla duplicità all'unicità della filiazione. Ciò induce l'Autore a constatare come l'art. 29 Cost. sia «diventato un fossile».

¹⁹ G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele*, in *Enc. dir. - Annali*, Milano 2017, p. 381 ss. e, più di recente, ID., *La forza dei principi. Ancora un inizio*, cit., 6-7; V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio personalista in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, p. 145 ss.

²⁰ Discussi sono i limiti entro cui far valere tale rilevanza giuridica. Cfr. più di recente: R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 3, p. 953 ss.; M. CINQUE, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, in *Riv. dir. civ.* 2017, 6, p. 1475 ss.; M. G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in www.comparazioneDirittocivile.it, p. 8; R. PANE, *Dalla protezione alla promozione del minore*, cit., 88, sottolinea che il «dato unificante [sta] nell'effettività e significatività delle relazioni familiari» (cfr. anche pp. 99-100); A. CORDIANO, *Affidamenti e adozioni alla luce della legge sul diritto alla continuità affettiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 255 ss.; A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017, *passim*.

²¹ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.* 2014, 8-9, p. 262 ss., con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale*; in *Fam. e dir.*, 2014, 8-9, p. 753 ss., con nota di V. CARBONE, *Sterilità di coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, legge n. 40 del 2004, rendendo così nuovamente possibile (lo era già prima del 2004) la procreazione eterologa.



del convivente di fatto attraverso la libera assunzione dei doveri genitoriali di cui agli artt. 30, co. 1, Cost. e 315-bis c.c.

A questa elencazione deve aggiungersi, come si accennava sopra, il caso emerso ultimamente in giurisprudenza dell'ascendente di fatto²², ossia di chi si comporta come fosse nonno o nonna pur mancando il vincolo di parentela. Una tale situazione accade quando l'ascendente giuridico (*id est*: il parente in linea retta) si risposi (o inizi una nuova convivenza) e il nuovo coniuge (o convivente) assunse, di fatto, il ruolo di nonno/nonna nei confronti del nipote del proprio coniuge (o convivente). Il problema si determina quando i genitori del minore, a seguito della crisi di coppia, precludano al figlio ogni rapporto con il "nonno (nonna) sociale", adducendo, *sic et simpliciter*, la mancanza del vincolo giuridico.

Il codice civile non ha disciplinato espressamente quest'ultimo caso, ma, come vedremo, i diversi formanti normativi, interni e internazionali, consentono di attribuire rilevanza a siffatta relazione di tipo familiare.

3. Tensioni normative in una società che ha arricchito il fondamento della genitorialità e della parentela.

In ragione di questo sintetico quadro casistico, è quanto mai attuale svolgere una riflessione sul concetto di genitore e di ascendente, come codificato e modificatosi dal 1942 ad oggi. Soprattutto perché le disposizioni del codice civile, a fronte delle questioni giuridiche sopra accennate, non contemplano specificamente la relazione familiare di tipo fattuale. Esse, quando utilizzano i lemmi «genitori», «ascendenti», «parenti», «nipoti» si riferiscono, almeno secondo l'intenzione del legislatore, a una genitorialità e a un'ascendenza fondata sull'esistenza del legame di sangue e dello stipite in comune in base alla nozione di parentela (art. 74 c.c.).

Se ci si fermasse a questa considerazione, si dovrebbe concludere che il minore non ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con il genitore sociale, essendo inapplicabile l'art. 337-ter, co.1, c.c. Sarebbe di conseguenza illegittimo un affidamento condiviso tra il genitore giuridico e quello sociale, i quali hanno vissuto insieme quali conviventi di fatto. Come pure dovrebbe escludersi, ai sensi dell'art. 317-bis, co. 2, c.c., la legittimazione attiva per il nonno "di fatto" a far valere il «diritto di mantenere rapporti significativi

²² Cass., ord. 25 luglio 2018, n. 19780, in *Fam. e dir.*, 2019, 4, p. 378 ss., con nota di S. CAPPUCIO, *La rilevanza del rapporto affettivo con il nonno sociale: la lettura evolutiva dell'art. 317-bis c.c.*

con i nipoti minorenni». Insomma, il genitore e l'ascendente di fatto, in mancanza di un'apposita disciplina che li contempri, non avrebbero alcuna possibilità di giuridicizzare il loro rapporto con il minore.

Infine, e con più forti argomenti, dovrebbe ritenersi, come hanno deciso le Sezioni Unite della Cassazione nel 2019²³, assolutamente contraria all'ordine pubblico la trascrivibilità dell'atto di nascita straniero, formato sulla base di una surroga biologica di maternità, che costituisca lo stato di figlio nei confronti dei genitori committenti privi del legame genetico con il nato.

Si dirà che i problemi sollevati dalle predette fattispecie devono essere trattati e risolti in modo diverso, poiché ognuno di essi si colloca in un sistema specifico di norme. Certamente l'approccio del giurista deve essere quello di distinguere i casi, cogliendone le peculiarità al fine di trarre dal reticolo delle fonti la soluzione più coerente²⁴. La casistica menzionata è, tuttavia, dominata da due questioni di fondo, attinenti l'una all'individuazione delle conseguenze giuridiche della stabile relazione affettiva (di tipo genitoriale/parentale) con il minore, l'altra al modo di operare del principio costituzionale del *best interest of the child*; interesse che, applicandosi in tutte le vicende riguardanti il minore, può innescare, come vedremo, conflitti (apparenti) con il principio di legalità²⁵.

Preme subito rilevare come vi sia un indirizzo ermeneutico, incentrato sulla gerarchia dei valori, che si ritiene di adottare al fine di risolvere le questioni sopra accennate. Un indirizzo che muove dalle seguente considerazione: se il diritto del minore alla stabilità dei rapporti di tipo genitoriale/affettivo è un diritto di derivazione costituzionale, essendo strettamente legato all'identità personale e alla salute, tant'è che il principio di verità dello stato di figlio può essere mitigato da quel diritto finanche

²³ Cass. Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. e dir.*, 2019, 7, p. 653 ss., con note di M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, e di FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, p. 737 ss., con nota di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*.

²⁴ Tra l'altro quest'approccio è uno dei tratti più qualificanti della recente pronuncia delle Sezioni Unite sulla surroga biologica di maternità. In essa si invita il giudice a non estraniare dal caso concreto il principio di diritto affermato dal precedente della Cassazione, onde evitare indebite generalizzazioni.

²⁵ L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, p. 86 ss. (versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*); ID., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, p. 148 ss.



nell'applicazione delle azioni di stato²⁶, diventa difficile, attraverso il bilanciamento, cancellarlo o farlo arretrare eccessivamente rispetto ad altri valori, pure di rilievo costituzionale.

L'interprete è, dunque, chiamato a un compito delicatissimo: bilanciare nella consapevolezza che le soluzioni prospettabili sono strette tra gli elementi del fatto che si vorrebbero valorizzare e la salvaguardia irrinunciabile della tenuta del sistema, anche in chiave - è bene sottolinearlo - di una sua più corretta e aggiornata rilettura²⁷.

Un primo passo per sviluppare il discorso è forse cercare di rispondere ad alcune domande. Se ne pongono almeno tre. La prima: quali sono le disposizioni di legge che, nelle predette fattispecie, contribuiscono a delineare il diritto del minore alla continuità dei rapporti affettivi e alla conservazione dello stato di figlio con chi tecnicamente non è né genitore né ascendente? Questo diritto, ove esistente a livello costituzionale, entrerebbe con forza nelle vicende che interessano il minore.

La seconda: quali sono gli strumenti o gli istituti attuativi di tale diritto? Infine, la terza: il bilanciamento effettuato dal legislatore tra l'interesse del minore in astratto e altri valori dell'ordinamento è vincolante per l'interprete? In altri termini: c'è un bilanciamento legale cui l'interesse concreto del minore deve sottostare?

²⁶ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corr. giur.*, 2018, 4, p. 446 ss., con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.* 2018, 4, p. 540 ss., con nota di A. GORGONI, *Art. 263 c.c.; tra verità e conservazione dello status filiationis*, e ivi con commento di U. SALANITRO, p. 552 ss., *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*. Cfr. anche O. CLARIZIA, *Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità: interesse del minore alla conservazione dello stato di figlio in seguito a violazione del divieto di surroga di maternità*, in *Foro nap.* 2018, 1, c. 244 ss. Osserva la Consulta, nel fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 263 c.c., che la propria giurisprudenza ha «riconosciuto, da tempo, l'immanenza dell'interesse del minore nell'ambito delle azioni volte alla rimozione delle azioni di stato». Analogamente, con riguardo all'azione di disconoscimento della paternità (e segnatamente dell'art. 244 ult. co., c.c.), cfr. Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, in *Fam. e dir.*, 2017, 10, p. 845 ss., con nota di M. N. BUGETTI, *Favor veritatis, favor stabilitatis, favor minoris: disorientamenti applicativi*.

²⁷ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 48 ss. F. PROSPERI, *Presentazione*, in *La genesi della sentenza*, di P. Rescigno e S. Patti, Bologna, 2016, p. 20, afferma che «il compito del giurista non è quello di assicurare la coerenza formale del sistema, ma di intenderlo nel modo più idoneo a rispondere alle esigenze sociali, al fine di assicurare che la funzione per la quale il sistema è stato concepito e posto sia realizzata». Che il sistema sia funzionale alla realtà sociale, così da essere considerato quale esito e non presupposto dell'attività ermeneutica è chiarissimo in N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 11-43, in part. pp. 25, 31, 33, 42.

4. Genitorialità biologica e sociale: interpretazione costituzionalmente orientata del lemma «genitore»

Quanto alla risposta alla prima domanda, il legislatore ha valorizzato l'affettività oltre il matrimonio e la parentela, sebbene non abbia disciplinato la figura del genitore sociale. Vi sono tuttavia alcune disposizioni che esprimono implicitamente la rilevanza del rapporto di filiazione non genetico.

Un primo articolo è il 244, co. 4, c.c. che, nel prevedere un termine di proponibilità dell'azione di disconoscimento della paternità, decorrente «in ogni caso» (salvo che per il figlio) dalla nascita, dà rilievo al rapporto duraturo e alla conservazione dello status, postulando la relatività del principio del *favor veritatis*. Analogamente dispone l'art. 263. ult. co., c.c. con riguardo all'azione di impugnazione per difetto di veridicità.

Perspicuo è anche il richiamo dell'art. 4, co. 5-bis, l. n. 184/1983 («*Diritto del minore ad una famiglia*»), introdotto dalla legge n. 173/2015, che attribuisce alla famiglia affidataria, dotata dei requisiti soggettivi di cui all'art. 6 l. 184/1983, una priorità nell'adozione se, durante l'affidamento di cui agli artt. 2 ss. l. 184/1983, siano sorti «*legami affettivi significativi*» e «un rapporto stabile e duraturo consolidatosi» con il minore. Significatività del legame che viene salvaguardata anche dal comma 5-ter del medesimo art. 4, ai sensi del quale se l'affidamento familiare raggiunge il suo scopo di far ritornare il minore nella famiglia di origine o se egli è affidato a (o adottato da) un'altra famiglia, va assicurata la tutela «[del]la continuità delle positive *relazioni socio affettive consolidate* durante l'affidamento» se rispondente all'interesse del minore.

Nello stesso solco della salvaguardia della relazione affettiva esistente, si colloca l'art. 11, co. 1, l. n. 184/1983 che subordina la dichiarazione dello stato di adottabilità all'inesistenza di parenti entro il quarto grado del minore che abbiano con quest'ultimo «*rapporti significativi*»; stato di adottabilità precluso altresì qualora vi siano istanze di adozione in casi particolari. Istituto, quest'ultimo, volto a giuridicizzare la relazione affettiva stabile già in essere con il minore [cfr. art. 44 lett. a), b), d)].

Orbene se si coordinano queste disposizioni con il principio del preminente interesse del minore e con il diritto fondamentale all'identità personale, si delinea, come si accennava sopra, il diritto costituzionale del minore alla conservazione della relazione affettiva, di tipo genitoriale, consolidata in un



sistema aperto di diritti inviolabili (artt. 2 e 30 Cost.).

Rispetto a siffatto quadro normativo, appare coerente il tentativo ermeneutico di ampliare la nozione giuridica di genitore, legata non più esclusivamente alla generazione ma anche al legame fattuale di tipo genitoriale, come ha riconosciuto la giurisprudenza in più occasioni²⁸. Questo dato evolutivo è utilissimo per risolvere il problema della formalizzazione del rapporto affettivo stabile e continuativo con il minore, esistente solamente sul piano del fatto; di un fatto, certo, rilevante. Occorre allora individuare l'istituto che consenta di valorizzarlo.

E veniamo così alla seconda domanda sopra posta sugli effetti giuridici della rilevanza del legame familiare instaurato con il minore.

Se il quadro giuridico consente - come sembra a chi scrive - un'interpretazione costituzionalmente orientata del lemma genitore, si potrebbe ritenere che, in caso di crisi della coppia di fatto (o di coniugi) e della volontà arbitraria del genitore giuridico di precludere ogni rapporto tra il figlio e l'ex partner o coniuge separato o divorziato, il quale abbia assunto il ruolo di genitore di fatto, quest'ultimo sia legittimato a chiedere l'affidamento condiviso ai sensi dell'art. 337-ter co. 2, c.c. Una domanda, questa, funzionale ad attuare il diritto del figlio, previsto dal comma 1 del medesimo articolo, di «mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore»²⁹ (*causa petendi*).

Questa soluzione, non lo si può negare, si espone all'obiezione secondo cui la responsabilità genitoriale e il suo esercizio congiunto da parte dei genito-

ri - quale perno dell'affidamento condiviso - postulano lo stato di figlio nei confronti di entrambi i genitori; ciò che manca nel rapporto tra il minore e il genitore sociale. Il giudice, perciò, non potrebbe attribuire al genitore sociale quel potere di rappresentanza e di amministrazione dei beni del minore proprio del genitore nei cui confronti è costituito lo stato di figlio; potere che, del resto, prima della crisi di coppia, non sussisteva affatto in capo al genitore di fatto. Saremmo in un campo di stretta pertinenza del legislatore³⁰.

Se così è si palesa una grave lacuna dell'ordinamento, che dovrebbe indurre il legislatore a intervenire senza indugio, stante l'importanza della conservazione della genitorialità sociale per lo sviluppo della personalità del minore. La genitorialità, anche quella sociale, del tutto scissa dall'esercizio della responsabilità, finisce per svuotarsi di contenuto, come dimostra il nuovo art. 337-*quater ult. co.* c.c. che ha recuperato alla responsabilità genitoriale il genitore non affidatario.

Vero è che se intervenisse una legge sulla genitorialità sociale, l'ordinamento avanzerebbe senz'altro in quel cammino volto ad attuare quella «svolta culturale», propugnata da un'attenta studiosa³¹, consistente nel «fondamentale passaggio da una prospettiva protezionistica ad una promozionale» del minore.

5. (Segue) Sul dovere di mantenimento e sull'esercizio della responsabilità genitoriale da parte del genitore sociale.

In attesa della legge, deve ammettersi, come si accennava sopra, che se la genitorialità sociale si è costituita sulla base degli elementi quali la durata, la significatività e la stabilità del legame affettivo, nonché non ultima in ragione dell'assunzione dei doveri di cui all'art. 30 Cost., essa non è separabile da un certo grado di responsabilità genitoriale. Opinando diversamente, la genitorialità sociale verrebbe degradata a indistinto rapporto affettivo tra due persone, quando, invece, si tratta di un legame che,

²⁸ Così Cass. 21 aprile 2016, n. 8037, in *Fam. e dir.* 2017, 4, p. 329 ss., con nota di L. LA BATTAGLIA, *Il danno non patrimoniale da perdita del figlio del partner: variazioni sul tema della famiglia di fatto*; in *Danno e resp.* 2017, 1, p. 30 ss., con nota di A. GARIBOTTI, *Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito delle famiglie ricostituite e delle unioni civili*. Il problema riguardava la posizione giuridica del partner rispetto all'uccisione del figlio della propria compagna. Viene in rilievo la vita familiare del partner (art. 8 CEDU), atteso che in tale nozione rientra anche il rapporto tra il minore e il compagno del genitore. Se tale rapporto viene distrutto dall'uccisione del minore, colui che assume di essere stato il genitore sociale avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale qualora egli provi di aver «concretamente assunto il ruolo morale e materiale di genitore, ad esempio dimostrando di aver condiviso con la compagna le scelte educative nell'interesse della minore, ovvero di aver contribuito a fornirle i mezzi per il mantenimento della ragazza». Cfr. anche Corte d'App. di Napoli 4 luglio 2017, n. 165, in www.cassazione.net, su un caso di un progetto di genitorialità condiviso tra due donne unite civilmente, di cui solo la gestante era legata biologicamente al nato.

²⁹ Trib. Palermo, decr. 6 aprile 2015, in *Fam. e dir.* 2016, 1, p. 40 ss., con nota di A. ARDIZZONE, *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*. Nel caso di specie, due donne avevano realizzato all'estero il loro progetto di aver un figlio tramite la procreazione medicalmente assistita.

³⁰ M. CINQUE, *La famiglia si allarga ai «nonni sociali»*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 1, p. 58 afferma che «il comma 1 dell'art. 337-ter, ... per i genitori contiene pure diritti-obblighi verso il figlio che non sembra possano essere dedotti in via interpretativa per il genitore sociale, ossia quelli a offrire «cura, educazione, istruzione e assistenza morale». L'Autrice ribadisce questa tesi a p. 60, ragionando sul rispetto della vita familiare, diritto quest'ultimo solitamente adoperato quando sono i terzi a ostacolare il rapporto affettivo; il che non consentirebbe di estendere al rapporto di fatto quelle disposizioni che contemplano diritti e obblighi che riguardano invece le parti.

³¹ R. PANE, *Dalla protezione alla promozione del minore*, cit., p. 103.



benché di fatto, reca con sé la sostanza di quello tra genitore biologico e figli.

Oltretutto occorre chiedersi se, a fronte di una filiazione di fatto già in essere, il genitore sociale abbia non solo il diritto ma anche il dovere di mantenere, educare ed istruire. Se diritto e dovere sono inscindibili nella genitorialità (art. 30 Cost.), egli non potrà interrompere ogni rapporto con il minore, adducendo di non essere il genitore giuridico. Non si può uscire *ad libitum* dalla filiazione di fatto, allo stesso modo in cui non si può eliminare lo stato di figlio incentrato sulla generazione.

In altri termini, se sussiste la filiazione, formalizzata nell'atto di nascita o emergente dai fatti, essa non può essere dismessa se non nei limiti di legge. Ora, poiché la filiazione di fatto ha la sostanza della filiazione di diritto, appare coerente l'applicazione analogica degli artt. 244, co. 4 e 263, co. 3, c.c., onde il genitore sociale non sarebbe legittimato a eliminare il proprio impegno genitoriale decorsi cinque anni da quando è stato volontariamente assunto.

Se è ragionevole e congruente con il sistema ritenere che il genitore di fatto sia, in quanto tale, obbligato a mantenere il figlio almeno dopo un certo tempo, dovrebbe ammettersi anche l'applicazione estensiva dell'art. 316-bis c.c., che pone la regola del concorso nel mantenimento da parte dei «genitori». Lemma, quest'ultimo, da interpretare ancora una volta in senso ampio. Di conseguenza, il genitore giuridico potrà chiedere, in caso di inadempimento da parte del genitore di fatto, la distrazione di una quota dei redditi di quest'ultimo da versare direttamente sul proprio conto corrente (art. 316-bis, co. 2, c.c.).

Insomma, se vi è una filiazione di fatto non la si può collocare su un piano giuridico troppo distante da quello della filiazione giuridica. Ecco perché si espone a qualche rilievo critico la soluzione cui è pervenuta la Corte costituzionale, secondo la quale sarebbe applicabile non già l'art. 337-ter c.c. (riguardante, a dire della Consulta, «soggetti comunque legati al minore da un vincolo parentale»³²), bensì l'art. 333 c.c. Quest'articolo fa sì che il giudice, attraverso i «provvedimenti convenienti», possa

disporre la conservazione della relazione significativa che il minore abbia instaurato con «soggetti che non siano parenti»³³.

Ma è riduttivo affermare che, nel caso di specie, venga in rilievo semplicemente una relazione con un soggetto che non sia parente; si tratta piuttosto di un rapporto che ha i tratti sostanziali di quello genitoriale. Perciò la tutela non è effettiva rispetto a un provvedimento del giudice che, in caso di contrasto tra genitore giuridico e sociale, si limiti a stabilire qualche incontro mensile/settimanale tra il genitore sociale e il minore. La genitorialità sociale va apprezzata a tutto tondo, legandola alla titolarità e all'esercizio della responsabilità genitoriale³⁴. Ciò quanto meno nell'ipotesi in cui il genitore sociale sia il secondo genitore, mancando l'altro genitore genetico (deceduto o decaduto dalla responsabilità genitoriale)³⁵. Diversamente, qualora vi sia il secondo genitore giuridico, quello sociale sarebbe il terzo genitore; nondimeno anche in tal caso si porrebbe il problema dell'attribuzione e della regolazione dell'esercizio della responsabilità per il genitore sociale.

Non è un caso che nell'ordinamento francese in cui vi è l'istituto della *délégation de l'autorité parentale*, la giurisprudenza abbia esteso la *délégation partage*, istituto che prevede la condivisione graduabile di poteri tra il genitore di fatto e i genitori giuridici, all'ipotesi della crisi della coppia genitore biologico-genitore sociale. Ai sensi dell'art. 377-1 *code civil*, il *juge aux affaires familiales* può prevedere la condivisione, in tutto o in parte, dell'esercizio dell'*autorité parentale* con un terzo delegatario.

L'istituto in parola - ha osservato la dottrina francese - si è dimostrato particolarmente versatile

³² Così Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *Foro it.* 2016, I, c. 3329 ss., con nota di G. CASABURI; in *Corr. giur.* 2017, 2, p. 175 ss., con nota di G. DE MARZO, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'ex compagna della genitrice biologica*; in *Fam. e d.* 2017, 4, p. 305 ss., con nota di F. TOMMASEO, *La Corte costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo*. La Consulta, pur dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 337-ter c.c., nella parte in cui non consente al genitore di fatto di far valere il diritto del figlio del proprio ex partner di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con sé medesimo, conferma la rilevanza dei rapporti significativi tra il minore e le figure non parentali come quella del genitore di fatto.

³³ Corte cost., 20 ottobre 2016, cit.

³⁴ Si aggiunga che applicando l'art. 333 c.c. in luogo dell'art. 337-ter c.c. il genitore sociale cui venga precluso ogni rapporto con il figlio dell'ex partner è, ai sensi dell'art. 336 c.c., privo della legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di cui all'art. 333 c.c., potendo soltanto sollecitare - come ha riconosciuto la Corte cost. nella citata sentenza n. 225/2016 - l'attenzione del p.m. all'esercizio dell'azione, a tutela del diritto del minore di conservare il rapporto con il genitore sociale. Tuttavia, per quanto sostenuto *supra* testo, «l'altro genitore», cui fa menzione l'art. 336 c.c., potrebbe essere inteso in un'accezione più ampia, comprendente anche quello sociale.

³⁵ M. CINQUE, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, *op. loc. ult. cit.*, distingue il caso di genitore sociale-secondo genitore da quello di genitore sociale-terzo genitore presente nella famiglia ricomposta. Il problema della regolamentazione della genitorialità sociale è più ampio e attiene anzitutto alla fase della fisiologia dei rapporti tra i genitori (due o tre che siano). G. COLLURA, *«Le famiglie degli affetti» e le nuove genitorialità*, cit., p. 41, parla di «genitori aggiuntivi», il cui *status* deve essere disciplinato dal legislatore.



per dare rilievo alla figura del genitore sociale, anche omosessuale, in diverse fattispecie³⁶.

L'ordinamento italiano, invece, a fronte della mancanza di una normativa specifica, fatica a trovare soluzioni soddisfacenti.

È di particolare interesse una pronuncia del Tribunale di Como, con la quale viene confermato l'affidamento della minore al Servizio sociale, con *collocazione prevalente della stessa presso il padre sociale*. Un padre non biologico perché egli, prima della riassunzione del procedimento di separazione personale, era risultato soccombente nel giudizio di disconoscimento della paternità promosso dalla moglie. Il tribunale, tuttavia, stante l'inidoneità genitoriale della madre e considerato il buon rapporto della minore con il padre sociale, ha valorizzato la pregressa relazione, riducendo al minimo gli incontri con la madre giuridica (psichicamente instabile).

È significativo che il Tribunale di Como abbia posto a carico del padre sociale il mantenimento diretto della figlia (di fatto) e il 50 % delle spese straordinarie. È vero che in questo caso l'affidamento non è stato disposto a favore del padre non biologico bensì del Servizio sociale; tuttavia se è stato posto a carico del padre sociale il mantenimento diretto e la metà dell'importo delle spese straordinarie, non sembra preclusa la strada dell'affidamento condiviso con il medesimo soggetto.

Fin qui la giurisprudenza non si è ancora spinta, sebbene i margini interpretativi, pur stretti, appaiano esserci.

6. Vita familiare e nozione ampia di ascendente.

È indubbio che la personalità e l'equilibrio psico-fisico del minore si costruiscano attraverso il rapporto non solo con i genitori, ma anche con i

nonni di entrambi i rami genitoriali³⁷. Una verità, questa, fatta propria dal legislatore, anzitutto attraverso la previsione di cui all'art. 337-ter, co. 1, c.c., secondo la quale, in caso di crisi tra i genitori coniugati o conviventi di fatto, il figlio minore ha diritto «di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale» (cfr. anche art. 315-bis co. 2 c.c.).

Più di recente, con la riforma 2012/2013 della filiazione, è stato introdotto all'art. 317-bis, co. 1, c.c. il diritto degli ascendenti «di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni». Con tale ultima disposizione non si è determinato, come potrebbe sembrare, un capovolgimento della gerarchia delle posizioni: dal minore ai nonni. L'attribuzione agli ascendenti del diritto di non perdere il rapporto con i nipoti è funzionale a garantire a questi ultimi una più efficace attuazione del diritto di continuare a frequentare i nonni. Ciò è suffragato dal secondo comma dell'art. 317-bis c.c., in cui si stabilisce che, a fronte di un impedimento posto dai genitori all'esercizio del diritto dei nonni, il giudice decide «nell'esclusivo interesse del minore». Rimane intatta, quindi, la preminenza della posizione del minore rispetto all'esigenza dei nonni³⁸, pure considerata dal legislatore, di non vedersi preclusa, arbitrariamente, la frequentazione con i nipoti.

Anche qui si ripropone il problema di una normativa che, presa a sé, utilizza la parola «ascendente» senza considerare la situazione in cui il rapporto sia in essere con un nonno/nonna di fatto. L'ascendente contemplato dal codice civile è il parente del minore, che è tale solo se vi sia discendenza da uno stesso stipite (art. 74 c.c.). Eppure è ormai chiaro che la pluralità delle strutture familiari contempli anche la situazione in cui la coniuge o la convivente del nonno, pur non componendo la linea ascendente del minore, si comporti nei confronti di questi ultimo come una vera e propria nonna di fatto.

Ora, nel caso dell'ascendente di fatto, se a seguito della crisi tra i genitori, questi impediscano ogni frequentazione dei figli con il nonno/nonna di fatto, ci si trova, a primo acchito, di fronte a una lacuna

³⁶ A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, LGDDG, 2018, p. 480, afferma che la *délégation volontaire* «trouve une application contemporaine dans le cas de couples homosexuels: s'il est refusé quel es enfants de l'un soient adoptés par l'autre, la jurisprudence récente admet qu'une délégation à cet autre permette au couple d'élever ensemble ces enfants». Cfr. anche: A. GOUTTENOIRE-CORNUT-P. MURAT, *L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant*, in *Droit de la famille*, 2003, 1, p. 4 ss.; L. HAUSER, *Détournements de délégation: à quoi bon légiférer*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, avril 2006, 1, p. 297 ss.; P. MURAT, *La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale: bref regard critique sur la diversité des situations*, in *Droit de la famille*, juillet 2006, 7, p. 11 ss.; L. DELPRAT, *L'autorité parentale*, Sdyrama, 2006, 150 ss. Per una sintesi dell'istituto della *délégation de l'autorité parentale* cfr. *Sub art. 377*, in *Code civil annoté*, Dalloz, 2017, p. 611 ss.

³⁷ M. BIANCA, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 2, p. 155 ss.; M. CINQUE, *La famiglia si allarga ai «nonni sociali»*, cit., p. 49 ss. Per un discorso più ampio, finemente condotto, sulla rilevanza dell'affettività cfr. P. FEMIA, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, in *La famiglia all'imperfetto?*, a cura di A. Busacca, Napoli, 2016, p. 262 ss.

³⁸ Nell'ambito di una sempre maggiore rilevanza della volontà del minore nelle questioni che lo riguardano (art. 315-bis, co. 2, c.c.), il giudice deve dare coerente seguito alla volontà consapevolmente espressa dai nipoti di non frequentare i nonni. Nel caso di netta e coerente opposizione dei nipoti, il diritto dei nonni di cui all'art. 315-bis, co. 1, c.c. non trova attuazione.



legislativa, dalla quale trarre la seguente conclusione. Il nonno/nonna di fatto, non essendo ascendente in senso tecnico, non avrebbe legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 317-*bis*, co. 2, c.c.

Ma è evidente, già per quanto detto fin qui, che siffatta conclusione non sia da accogliere. L'interpretazione della Corte EDU del sintagma vita familiare di cui all'art. 8 Cedu e gli indici normativi sopra indicati, espressivi della rilevanza dei rapporti stabili di tipo familiare vissuti dal minore, svalutano l'argomento formalista secondo cui ascendente è soltanto il parente.

Se è oramai indiscussa la rilevanza giuridica della genitorialità sociale, parimenti deve valere per l'ascendente di fatto. Le due situazioni condividono l'esistenza di un rapporto affettivo stabile, duraturo e di fiducia che, essendo di assoluto rilievo per la vita del minore, deve essere tutelato da un ordinamento come il nostro incentrato sul primato della persona e sulla promozione dello sviluppo della personalità del singolo individuo (art. 3, co. 2, Cost.)³⁹.

La Cassazione, cui va il merito di aver colto ed esteso la linea evolutiva dei rapporti familiari di fatto, ha coerentemente affermato che l'art. 317-*bis* c.c. deve essere interpretato sistematicamente, alla luce della Costituzione (artt. 2 e 30) e delle disposizioni del diritto europeo (art. 24 Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE) e internazionale (art. 8 Cedu), che formano il quadro normativo multilivello di riferimento (art. 117 Cost.)⁴⁰.

Si deve prendere atto, ad avviso di chi scrive, della pervasività della nozione europea di vita familiare, la cui esistenza o meno è «essenzialmente una questione di fatto che dipende dalla sussistenza di legami personali stretti tra i soggetti che appartengono ad un certo nucleo familiare»⁴¹. L'ampiezza di

questa nozione comporta che la rilevanza giuridica dei legami familiari sia una prerogativa non soltanto del genitore di fatto, ma anche dell'ascendente di fatto.

Il dato giuridico sostanziale, consolidato nel diritto interno ed europeo, è sintetizzabile con l'espressione «famiglia oltre il coniugio e la parentela». Perciò ogni Stato è tenuto ad assicurare il rispetto effettivo della vita familiare, attraverso l'osservanza non soltanto degli obblighi negativi di non ingerenza arbitraria, ma anche degli obblighi positivi (art. 8 Cedu). I quali vincolano gli Stati ad adottare misure concrete volte a garantire una tutela effettiva - reale e non formale - del diritto al rispetto della vita familiare.

La teoria degli obblighi positivi, enucleata dalla Corte Edu⁴², ha rappresentato un efficace strumento ermeneutico con cui si è garantita una maggiore protezione dei diritti fondamentali⁴³. In forza di tali

Corte Edu 26 maggio 2014, *Labassee c. France*, ric. n. 65941/11; Corte Edu 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/2012; Corte Edu, Grande Camera, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, tutte in www.echr.coe.int.

⁴² Corte Edu, caso *S.H. v. Italy*, 13 ottobre 2015, ric. n. 52557/14; Corte Edu, caso *Akinnibosun c. Italia*, 16 luglio 2015, ric. n. 9056; Corte Edu, caso *Zhou c. Italia*, 21 gennaio 2014, ric. n. 33773/11, tutte in www.echr.coe.int di condanna dell'Italia. Queste pronunce enucleano due principi dall'art. 8 Cedu: 1) gli Stati devono favorire il rispetto dei legami affettivi stabili che riguardano il minore (ad es: con gli affidatari); 2) le misure volte a rompere i legami con la propria famiglia di origine si applicano in casi eccezionali [di *extrema ratio*, come accade se vi è particolare indegnità dei genitori (violenza, maltrattamento fisico o psichico, abusi sessuali)] o se vi è un'esigenza primaria attinente all'interesse superiore del minore. L'eccezionalità pone in primo piano gli obblighi positivi: «l'art. 8 implica il diritto di un genitore di ottenere misure idonee a riunirlo al figlio e l'obbligo per le autorità nazionali di adottarle» (*S.H. v. Italia*, § 42). E l'adeguatezza della misura si valuta tenendo conto del grado di impegno dello Stato nel favorire una tale riunione, della rapidità nell'attuazione della misura e della volontà consapevole del minore (si pensi al rifiuto dei figli di vedere in genitori). Nel caso del genitore vulnerabile in cui le autorità devono dare prova di un'attenzione particolare, [assicurando] loro una «maggiore tutela» cfr. Corte Edu, caso *Todorova c. Italia*, 3 gennaio 2009, ric. n. 33932/06, in www.echr.coe.int, in cui si riconduce all'art. 8 Cedu anche la «vita familiare in progetto» (come nel caso in cui la madre inizialmente dichiara di non voler essere nominata nell'atto di nascita, successivamente mostra segni di pentimento, ma il trib. per i minorenni non le consente comunque di interloquire nel procedimento).

⁴³ Cass., ord. 25 luglio 2018, n. 19780, cit., coglie un altro profilo che ha una valenza ermeneutica significativa: se uno Stato interviene con un provvedimento legislativo o giudiziario sulla vita familiare, questo deve garantire «un giusto equilibrio tra gli interessi concomitanti dell'individuo e della società nel suo insieme, tenendo conto in ogni caso che l'interesse superiore del minore deve costituire la considerazione determinante» del provvedimento stesso. In altri termini, quando l'intervento statale sulla famiglia coinvolge il minore, la correttezza dell'equilibrio è influenzata dal fattore di diritto positivo del

³⁹ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, in *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 140 ss.

⁴⁰ Cass., ord. 25 luglio 2018, n. 19780, cit. respinge con forza la conclusione del giudice d'appello, secondo cui l'appellante, non essendo nonna biologica delle due gemelline, non è legittimata ad agire in giudizio per far valere il diritto che l'art. 317-*bis*, comma 1, c.c. attribuisce agli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i minorenni. Afferma la Corte d'appello che «non può essere condiviso, dovendo la norma succitata essere interpretata sistematicamente, alla luce delle disposizioni costituzionali (artt. 2 e 30 Cost.), europee (art. 24 Carta di Nizza) ed internazionali (art. 8 Cedu), che formano il nuovo quadro normativo di riferimento multilivello (art. 117 Cost.), dal quale non si può prescindere nell'interpretazione della legge ordinaria nazionale».

⁴¹ Così Cass., ord. 25 luglio 2018, n. 19780, cit., sulla scorta di molte pronunce della Corte EDU, tra le quali sono da richiamare almeno le seguenti: Corte Edu, caso *Marckx v. Belgium*, 13 giugno 1979, ric. n. 6833/78; Corte Edu, caso *Mikulic v. Croazia*, 7 febbraio 2002, ric. n. 53176/99; Corte Edu 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ric. n.16318/2007; Corte Edu, 26 giugno 2014, *Menesson c. France*, ric. n. 65192/11;



obblighi, lo Stato non deve limitarsi a non ingerirsi arbitrariamente nella vita familiare latamente intesa, ma deve assicurare l'attuazione dei diritti previsti dalla Convenzione, qualora questi siano minacciati, adottando strumenti giuridici adeguati e sufficienti allo scopo. Da questo punto di vista si giustifica ancor di più l'interpretazione estensiva della nozione di ascendente, compiuta in funzione attuativa proprio del diritto fondamentale del minore alla conservazione della relazione familiare stabile con il nonno/nonna di fatto (art. 8 Cedu)⁴⁴.

Deve ammettersi allora che il nonno sociale, in quanto titolare del diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni⁴⁵ - un diritto strettamente intrecciato con quello speculare del minore - possa adire il tribunale per i minorenni affinché vengano adottati i provvedimenti più idonei qualora gli venga impedita la frequentazione dei nipoti di fatto (art. 38, co. 1, disp. att. c.c.).

Siamo, come direbbe Paolo Grossi, in piena invenzione del diritto nel senso latino di *invenire* (trovare la regola e non crearla autonomamente)⁴⁶, lad-

superiore interesse del minore. Su ciò si tornerà più avanti nell'esaminare la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 2019 sulla surroga biologica di maternità praticata all'estero.

⁴⁴ Corte Edu, caso *Akinnibosun c. Italia*, cit. afferma al § 60 che «laddove è accertata l'esistenza di un legame familiare, lo Stato deve in linea di principio agire in modo tale da permettere a tale legame di svilupparsi». In questo caso l'Italia viene condannata al risarcimento del danno morale al ricorrente, poiché le autorità hanno omesso di attivare misure volte al recupero del rapporto tra padre e figlia, rapporto interrotto da una ingiusta detenzione del primo.

⁴⁵ La prova della significatività del rapporto è a carico del nonno/nonna sociale. Secondo la Cass. ord. 25 luglio 2018, n. 19780, cit., utili a provare l'importanza della relazione e la frequentazione abituale con i nonni sono le seguenti circostanze: la presenza di una cameretta piena di giochi nella casa dei nonni, appositamente preparata per le nipoti, l'esistenza di foto con i nonni, la disponibilità acclarata dei genitori a favorire la frequentazione con i nonni, pur subordinata alla loro presenza. Quest'ultimo elemento, secondo la Cass., va valutato quale «atteggiamento certamente significativo di un riconoscimento dell'esistenza di un interesse affettivo reciproco tra la coppia di anziani e le due bambine».

⁴⁶ Sul questo punto il pensiero di illustri Maestri sembra per lo più convergere. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 84-85; ID., *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018, pp. 90-91, 104-105. P. PERLINGIERI, «Principi generali» e «interpretazione integrativa» nelle pagine di Emilio Betti, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1, p. 111, sottolinea l'osmosi tra la fattispecie concreta, di cui vanno ritrovati «i lineamenti rilevanti», e la norma colta nella sua attualità nel quadro dei valori connotanti l'ordinamento. Fatto e valutazione si influenzano a vicenda al fine di giungere al trattamento giuridico più adeguato. Afferma a pag. 111 Perlingieri, riprendendo Betti: «non si può non sottolineare che l'elemento "valutativo e assiologico è immanente alla norma stessa da interpretare" ma pur sempre dipendente dalla "specificazione e applicazione che deve farsene". Si tratta, quindi, non di "creazione autonoma, originaria e libera, ma di un ricercare subordi-

dove, sebbene le parole delle disposizioni di legge restino le stesse, ne muta profondamente il significato sotto la pressione dei fatti, delle nuove leggi e dell'ambiente socio-culturale in cui opera il giurista⁴⁷. Fatti i quali vanno ricondotti al sistema delle fonti e ai valori fondanti la società, anch'essi colti nel loro divenire e oggetto di valutazione, giammai cedendo, come ammonisce la dottrina, ad una esaltazione del «mero (o nudo) fatto» che finisca per scambiare l'essere con il dover essere⁴⁸.

Seguendo quest'impostazione metodologica, c'è spazio per intendere la famiglia - quella in cui il minore ha il diritto fondamentale di crescere (art. 315-bis, co. 2, c.c. e l'art. 1, co. 1, l. n. 184/1983) - in un'accezione più ampia rispetto a quella di famiglia originaria e genetica⁴⁹, il che apre alla rilevanza degli ascendenti sociali, i quali non siano legati biolo-

nato, derivato, vincolato ad una oggettività (alterità) irriducibile". In tale attività argomentativa i principi generali del diritto sono ad un tempo limite alla discrezionalità e forza virtuale di espansione "non meramente logica ma assiologica". Analogamente a pag. 112 si discorre di una «discrezionalità vincolata alla peculiarità dei fatti e ai fondamenti normativi adottati nell'argomentazione che ne motiva il trattamento» (pag. 112). È chiaro - e lo sottolinea fin dal titolo G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino 2014, 251 ss., anch'Egli fine studioso di Betti - che l'espansione dell'ordinamento dipende dalla sensibilità del giurista nei confronti della «forza di espansione assiologica» dei principi e delle esigenze sociali. L'interprete sta dentro il circolo ermeneutico e la sua soggettività esistenziale, condizione di possibilità del comprendere, è guidata e orientata dalla metodica con i suoi statuti epistemologici. L'interprete individua il testo (che è già per lui un limite) che ha legami col caso concreto e se ne coglie il senso nel divenire della storia mediante gli statuti epistemologici della scienza giuridica (p. 261).

⁴⁷ P. PERLINGIERI, «Principi generali» e «interpretazione integrativa» nelle pagine di Emilio Betti, cit., p. 115, insiste efficacemente su questo punto, da cui consegue che «diventa inevitabile intendere la legge nell' "orizzonte dell'attualità" e impossibile - come [Betti] ci insegna - interpretarla senza integrarla, adattarla, adeguarla».

⁴⁸ G. VETTORI, *Giuseppe Benedetti Maestro di ragione e verità*, in *Persona e mercato*, 2019, 2, p. 46. F. PROSPERI, *Presentazione*, in *La genesi della sentenza*, cit., p. 20, rileva come anche il fatto sia oggetto di una valutazione giudiziale volta ad attribuirgli un significato e un valore sulla base delle categorie di significato e di valore. Anche S. PATTI, *La «costruzione» del fatto nel processo*, in *La genesi della sentenza*, cit., p. 35, 37, 43, 47, pone l'attenzione sull'accertamento e sulla costruzione del fatto, il quale, non essendo una componente separata dal diritto, da quest'ultimo è influenzato sotto molteplici profili soprattutto probatori nell'attribuzione di senso.

⁴⁹ M. PARADISO, *Sussidiarietà e limiti all'autoregolazione dei rapporti familiari*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 1, pp. 178 ss., nel ragionare sui due assi portanti della famiglia, la libertà e la responsabilità, declinati diversamente nel matrimonio, nella convivenza di fatto e nella filiazione, invita, nell'attività di bilanciamento flessibile occorrente nelle nuove fattispecie, ad «affidarsi alle scelte che emergono dall'assetto complessivo del sistema, dai diversi formanti normativi - legislativi e fattuali - che oggi concorrono a disciplinare la materia dei rapporti familiari».



gicamente ai genitori del nipote di fatto⁵⁰. Ciò ha una valenza di primissimo piano non solo per la soluzione delle questioni esaminate, ma anche di quelle che promanano dalla surroga biologica di maternità praticata all'estero, di cui si tratterà nei prossimi paragrafi.

Non prima di aver sottolineato come la natura fondamentale dei diritti abbia inciso anche sulla ricostruzione e sull'ammissibilità dei mezzi di impugnazione. In questo ambito non solo va calibrata la modificabilità/revocabilità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione, ma va garantito il ricorso il Cassazione. È da condividere l'orientamento della Suprema Corte che si va affermando⁵¹, secondo cui i provvedimenti di cui all'art. 317-bis c.c., cui si applica per espressa disposizione del comma 2 il procedimento camerale di cui all'art. 336, co. 2 c.c., sono modificabili o revocabili ai sensi dell'art. 742 c.p.c. soltanto limitatamente «alla valutazione dei soli vizi di merito o di legittimità sopravvenuti, con esclusione di una nuova valutazione di circostanze o fatti preesistenti»⁵². In tal modo si ottiene, da un lato, una maggiore stabilità dei diritti fondamentali coinvolti, all'altro, si garantisce più efficacemente la certezza nei rapporti familiari.

Queste stesse *rationes*, continua l'orientamento in esame⁵³, sono alla base dell'ammissibilità del ricorso straordinario in Cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 7, Cost. Ricorso possibile decorsi i termini per il reclamo di cui all'art. 739 c.p.c., momento in cui i provvedimenti in tema di filiazione acquistano definitività sia pur come giudicato *rebus sic stantibus*.

7. Le Sezioni Unite del 2019 sulla (non) riconoscibilità dello stato di figlio nato da surroga di maternità all'estero: due cardini della motivazione.

⁵⁰ M. CINQUE, *La famiglia si allarga ai «nonni sociali»*, cit., p. 63-64, coglie bene questa linea evolutiva del sintagma «vita familiare», ipotizzando due casi di ascendenza di fatto: 1) i genitori del genitore sociale che si compongono come nonni; 2) due anziani, senza nipoti né figli, che aiutano una coppia di vicini assumendo nella sostanza il ruolo di nonni della loro figlia.

⁵¹ Quanto ai provvedimenti *de potestate*, ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale, era già stata affermata la loro attitudine al giudicato *rebus sic stantibus*: Cass., 29 gennaio 2016, n. 1743, Cass., 29 gennaio 2016, n. 1746, entrambe in *Fam. e dir.*, 2016, 12, p. 1135, con nota di E. RAVOT, *Responsabilità genitoriale e provvedimenti de potestate*; Cass., 21 novembre 2016, n. 23633, in *Fam. e dir.*, 2017, 3, p. 225 ss., con nota di R. DONZELLI, *Sulla natura decisoria dei provvedimenti in materia di abusi della responsabilità genitoriale: una svolta nella giurisprudenza della Cassazione*. Con specifico riguardo ai provvedimenti ex art. 317-bis, co. 2, c.c. cfr. Cass., ord. 25 luglio 2018, n. 19780, cit.

⁵² Cass., ord. 25 luglio 2018, n. 19780, cit.

⁵³ Cass., ord. 25 luglio 2018, n. 19780, cit.

Il diritto fondamentale del minore di crescere in famiglia e di conservare lo stato di figlio al di là del legame di parentela rischia di non essere adeguatamente tutelato nel caso della surroga biologica di maternità praticata all'estero. Ciò soprattutto quando non risulta esservi un legame genetico tra il nato e uno o entrambi i cosiddetti genitori committenti. In tal caso il principio del preminente interesse del minore deve confrontarsi con l'ordine pubblico internazionale, posto che l'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004 commina, come si ricordava sopra, una sanzione penale a carico di chi «realizza, organizza, pubblicità (...) la surrogazione di maternità».

Nello specifico il problema si compendia come segue: stabilire se un provvedimento straniero che attribuisca la genitorialità a due soggetti non legati biologicamente al nato (o dei quali solo uno lo sia) sia trascrivibile in Italia. La questione è di massima importanza; c'è un precedente di merito in cui la trascrivibilità è stata ammessa⁵⁴ e vi sono provvedimenti giudiziali che hanno ordinato la trascrivibilità di atti di nascita (non da surroga) da cui risultavano due genitori dello stesso sesso⁵⁵.

Opportunamente una pronuncia della Cassazione ha sollecitato, tramite la rimessione delle cause al Primo Presidente⁵⁶, l'intervento delle Sezioni Unite.

⁵⁴ Corte d'App. Trento, 23 febbraio 2107, in www.ilcaso.it e già Trib. Napoli, decr. 1° luglio 2011, in *Giur. merito*, 2011, p. 2695. *Contra* Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Nuova giur. civ. comm.* 2015, 3, p. 1235 ss., con nota di C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Corr. giur.* 2015, 4, p. 471 ss., con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Foro it.* 2014, I, c. 3414 ss., con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*.

⁵⁵ Quanto a Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.* 2017, 2, p. 181 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Nuova giur. civ. comm.* 2017, 3, p. 362 ss., con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, si trattava di due donne ammesse in Spagna alla procreazione medicalmente assistita. Il nato era legato biologicamente ad entrambe le donne, avendo l'una partorito, l'altra fornito gli ovuli. Cfr. anche Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, in *Fam. e dir.* 2018, 1, p. 5 ss., con nota di F. LONGO, *Le «due madri» e il rapporto biologico*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2107, 12, p. 1708 ss., con commento di G. PALMERI, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*. In questo caso, sebbene una delle due donne non fosse legata biologicamente al nato, il parto era avvenuto nell'ambito della coppia che conduceva il progetto di genitorialità.

⁵⁶ Cass. 22 febbraio 2018, n. 4382, in *Corr. giur.* 2018, 10, p. 1204 ss., con nota di I. BARONE, *La trascrivibilità dell'atto di nascita formato all'estero da una coppia same sex tra legalità costituzionale e ordine pubblico internazionale*, ha ritenuto che Sezioni unite avrebbero dovuto stabilire se la nozione di ordine



Le quali hanno, di recente, emesso una sentenza negativa⁵⁷, corredata da un'articolata motivazione, incentrata su un'attenta lettura della giurisprudenza di legittimità e costituzionale. Una sentenza che si espone, tuttavia, a qualche rilievo critico da sviluppare nei prossimi paragrafi, non prima di avere ripreso alcuni passaggi della motivazione.

Due sono i cardini su cui poggia il *decisum*: 1) la nozione di ordine pubblico internazionale; 2) la corretta lettura della giurisprudenza di legittimità e costituzionale rispetto alle specificità del caso concreto. Il caso riguardava due uomini sposati tra loro di cui uno soltanto legato biologicamente al nato, paritorito da una madre surrogata per spirito di solidarietà. Quest'ultima si era limitata a offrire il proprio ventre, essendo gli ovuli di provenienza donativa da una terza donna (c.d. surroga biologica portante).

Sul primo cardine della motivazione si può richiamare quanto segue con una premessa. Com'è noto un provvedimento straniero trova applicazione in Italia soltanto se i suoi effetti non sono contrari all'ordine pubblico (artt. 16 e 65 l. n. 218/1995 e art. 18 d.P.R. n. 396/2000). Ed è proprio su quest'ultima nozione che le Sezioni Unite si soffermano, integrando il più recente approdo giurisprudenziale della Cassazione.

Nella pronuncia delle Sezioni unite si muove dalla constatazione che si è passati da una nozione ampia a un'altra più ristretta di ordine pubblico internazionale. Viene richiamata una nota sentenza del 2016 della Cassazione⁵⁸, secondo la quale l'ordine pubblico internazionale non coincide *sic et simpliciter* con le norme imperative di diritto interno; esso è costituito e alimentato da quelle disposizioni che prevedono diritti e principi fondamentali contenuti nella Costituzione, nei Trattati fondativi, nella Carta dei Diritti Fondamentali e nella Cedu.

La sentenza del 2016, con precedenti conformi⁵⁹, ha ampliato la recettività del nostro ordinamento ri-

pubblico internazionale comprendesse non solo i principi supremi della Carta costituzionale, ma anche quelle disposizioni costituenti esercizio della discrezionalità legislativa. Il caso riguardava la legittimità del riconoscimento in Italia di una pronuncia della *Superior Court of Justice* dell'Ontario (Canada), che aveva ordinato l'integrazione dell'atto di nascita con l'indicazione, come secondo genitore, del coniuge dell'altro genitore (coppia dello stesso sesso) non legato biologicamente al nato.

⁵⁷ Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

⁵⁸ Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

⁵⁹ Cass., 21 gennaio 2013, n. 1302 (rapporto di lavoro), Cass., 22 agosto, 2013, n. 19405 (risarcibilità dei danni parentali), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 2, p. 139 ss., con nota di M. MAZZOLA, *Danno morale da lesione del rapporto parentale e ordine pubblico internazionale (obliando il principio iura novit curia)*; Cass., 4 maggio 2007, n. 10215 (rapporto di lavoro), in *Riv. dir. internaz., priv. e proc.*, 2008, 1, p. 214, ss. e Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592 (riconoscimento del figlio adulterino), in *Fam. e dir.*, 2007, 12, p. 1113, con nota di F. TOMMASEO-E.

spetto al diritto di altri Paesi, conformemente a quell'apertura al diritto alieno espressa dagli artt. 10, 11 e 117, co. 1, della Costituzione. Tale ampliamento è stato successivamente confermato - ne danno atto le Sezioni Unite *de quibus* - da una sentenza della Cassazione sempre a Sezioni Unite sui danni punitivi⁶⁰. La quale, da un lato, ha ribadito che l'ordine pubblico internazionale è il portato normativo delle fonti apicali dell'ordinamento interno ed europeo, dall'altro, ha aggiunto il riferimento a «quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale»⁶¹.

Non è perciò la norma imperativa di per sé a comporre il tessuto dell'ordine pubblico internazionale; lo compongono piuttosto la Costituzione e le leggi attuative di essa. Di tal ché queste fonti costituiscono il parametro di riferimento giudiziale per valutare la compatibilità della normativa straniera con l'ordine pubblico⁶². Onde quest'ultimo svolge in definitiva la funzione non solo di limite alla riconoscibilità dei provvedimenti stranieri, ma anche di garanzia di libertà della persona nei confronti dello Stato di ingresso.

Questo nuovo orientamento, come si accennava sopra, è stato confermato e integrato dalle Sezioni unite del 2019, attraverso la sottolineatura del ruolo fondamentale ricoperto dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità nell'attuare i valori costituzionali che possono essere stati inverati nella legge ordinaria. L'interpretazione giurisprudenziale delle fonti apicali e di quelle subordinate attuative dei valori supremi dell'ordinamento è, dunque, una

DE FEIS, *Contrarietà all'ordine pubblico del divieto islamico di riconoscere figli naturali*.

⁶⁰ Cass. civ., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, 8-9, p. 1787 ss., con nota di A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*; in *Foro. it.* 2018, I, c. 2504 ss., con nota di C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*; e ivi 2017, I, c. 2630, con nota di PALMIERI - PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*; in *Danno e resp.* 2017, 4, p. 419 ss., con note di P. G. MONATERI, *Le Sezioni unite e le funzioni della responsabilità civile*, G. CORSI, *Le Sezioni unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*, G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato* e di M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*. Cfr. più di recente M. TESCARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in corso di pubblicazione in *Nuovo dir. civ.*

⁶¹ Cass. civ., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

⁶² Per un'accurata ricostruzione dei diversi orientamenti succedutisi sull'ordine pubblico internazionale e sulle sue applicazioni di quest'ultimo cfr. l'ampio saggio di V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 2, p. 403 ss.



componente essenziale dell'ordine pubblico internazionale ove costituisca diritto vivente.

Su questa prima parte della motivazione si innesta il secondo cardine della sentenza *de qua*, con cui si è inteso valorizzare, al fine di negare la trascrivibilità dell'atto straniero, proprio il diritto vivente formatosi in tema di surroga di maternità. Secondo le Sezioni Unite, l'esame della pregressa giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale induce a formulare due conclusioni.

La prima: nei casi in cui è stato riconosciuto il provvedimento straniero, anche in mancanza del legame genetico con uno dei due genitori⁶³, non si è mai trattato di una surroga di maternità. La seconda: la surroga di maternità è sempre stata stigmatizzata sia dalla Cassazione che dalla Corte costituzionale quale pratica contraria ai valori fondamentali dell'ordinamento. Il divieto di surroga e la sanzione penale che lo presidia tutelano, da un lato, la dignità umana della gestante, proteggendola dallo sfruttamento economico e dalla condizione psicologica insostenibile di non vivere liberamente il legame affettivo che si crea durante la gravidanza, dall'altro, il nato, scongiurando gli effetti negativi di una scissione innaturale tra gestazione e maternità non governata dalla legge, come, invece, nella fattispecie dell'adozione. La sanzione penale tutela dunque la donna e il nato.

Le Sezioni Unite insistono sulla posizione giuridica del nato attraverso la sottolineatura di un dato connotante il sistema della filiazione: prescindere dal legame genetico con i genitori esige di passare attraverso la garanzia del procedimento di adozione; l'unico procedimento, questo, che consentirebbe «la realizzazione di progetti di genitorialità privi di legami biologici col nato»⁶⁴. Il divieto di surroga puntella, perciò, nella interpretazione delle Sezioni Unite, l'equilibrio normativo tra la libertà di avere figli, delimitata dalla legge n. 40/2004 e il fondamento genetico della filiazione⁶⁵. Un equilibrio scelto dal legislatore e avallato da due pronunce della Corte costituzionale, riprese in alcuni passaggi dalle Sezioni Unite.

Nella prima, sulla procreazione eterologa⁶⁶, la Consulta ha constatato che «il dato della provenien-

za genetica non costituisce un requisito imprescindibile della famiglia», sebbene il diritto di procreare non sia senza limiti; uno dei quali è dato proprio dal divieto della surroga di maternità.

Nella seconda, sull'art. 263 c.c.⁶⁷, la Corte costituzionale, dopo aver affermato che spetta al giudice bilanciare il principio del *favor veritatis* con l'interesse concreto del minore alla conservazione del proprio stato di figlio, ha rilevato come, talvolta, tale bilanciamento sia stato effettuato dal legislatore. Di certo, continua la Corte, un esempio di bilanciamento legislativo è dato proprio dal divieto di surroga di maternità, dove si imporrebbe per legge la verità biologica, essendo il divieto *de quo* «correlato ad una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

La trama ricostruttiva del sistema, intessuta dalle Sezioni Unite, è chiara: l'interesse superiore del minore esige sì un bilanciamento giudiziale tra *favor veritatis* e diritto alla stabilità del rapporto di filiazione (art. 24, co. 2, Carta dei Diritti UE), ma tale *favor* talvolta è fissato nei suoi termini disciplinari specifici dalla legge in funzione attuativa di principi e valori costituzionali⁶⁸. Proprio questo si sarebbe verificato con il divieto di surroga di maternità.

In siffatto ragionamento che vede prevalere in ogni caso la verità appositamente fissata dal legislatore, le Sezioni Unite recuperano comunque la rilevanza costituzionale del diritto del minore alla stabilità del rapporto di filiazione, richiamando l'«interesse del [medesimo di] vedere comunque realizzata la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale». Lo strumento, secondo le Sezioni Unite, è l'adozione in casi particolari nella fattispecie di cui all'art. 44, let. d) l. n. 184/1983, previa verifica da parte del tribunale per i minorenni dell'interesse preminente del minore, dell'idoneità affettiva e della capacità dell'adottante di assumere

⁶⁷ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

⁶⁸ Sull'assoluta inderogabilità di questi valori si sono espressi, ponendosi, perciò, su una linea argomentativa analoga a quella delle Sezioni Unite: R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà*, cit., p. 954 ss. e A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., p. 422 ss. Ma cfr., in chiave critica a questa impostazione, G. PERLINGIERI-G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 109, nota 191, in cui si sottolinea, riprendendo il pensiero di M. G. Stanzione, il mutamento che ha interessato il diritto di famiglia «incentrato sempre meno sul dato formale della verità di angue, e sempre di più sulla considerazione che esistono diversi ordini di verità, tra i quali un posto di rilievo è occupato dal rapporto di fatto che si svolge tra il genitore e il figlio». Ciò induce gli Autori ad escludere la correttezza di soluzioni precostituite da applicare ad ogni fattispecie concreta, apparentemente identica, che coinvolga il minore.

⁶³ Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, cit. e Cass., n. 19599/2016, cit.

⁶⁴ Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.

⁶⁵ Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., afferma che il divieto di surroga di maternità «viene a configurarsi come l'anello necessario congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione, segnando il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica, e torna ad operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica».

⁶⁶ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit.



di doveri genitoriali (art. 57 co. 1 n. 2 e co. 2 let. a l. n. 184/1983).

La pronuncia *de qua*, come sarà emerso, è di particolare interesse perché, pur confermando sostanzialmente la nozione ristretta di ordine pubblico internazionale, inserisce il divieto di surroga di maternità nella dinamica giuridica tra verità e intenzionalità della filiazione, blindando la prima e aprendo alla seconda. Ciò sembra ragionevole: non si aggirano valori di fondo della Repubblica, né le scelte legislative proibitive attuative della Costituzione⁶⁹, tenendo conto al contempo dell'interesse del minore, seppur attraverso un'unica soluzione.

Ma è proprio questa unidirezionalità della tutela a suscitare qualche perplessità. A ben vedere la dinamica tra verità e intenzionalità è non già statica ma complessa e mobile, pervasa com'è dal principio del preminente interesse del minore e dalle *policies* legislative a tutela del minore stesso e della certezza dei rapporti familiari. Ed è in ragione di questa complessità che si intende muovere qualche obiezione alla pronuncia delle Sezioni Unite.

8. (Segue) Il preminente interesse del minore: un principio a garanzia di soluzioni non astratte.

Qualche obiezione alla sentenza effettivamente è possibile, ma si parta da un dato. Il nostro ordinamento nega validità al contratto di surroga biologica di maternità. Tale divieto non è certo fine a sé stesso, ma è espressivo di una linea di fondo della filiazione secondo la quale il parto e l'attribuzione della qualifica di madre a colei che ha partorito non sono scindibili, se non nei limiti del diritto al parto anonimo e dell'adozione (art. 269, co. 3, c.c., art. 30 Cost.).

Questa *policy*, sorretta da radici culturali profonde, non la si può negare. Perciò le Sezioni Unite non sono censurabili per averla posta in risalto. Lo sono per non aver lasciato alcuno spazio operativo al

⁶⁹ A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, p. 746, nel ragionare sulla nozione di ordine pubblico, sottolinea, in particolare, il profilo dell'attuazione dei principi fondamentali da parte della legge ordinaria. Un'attuazione, questa, che non può essere svuotata dall'interprete attraverso una nozione evanescente di ordine pubblico. La considerazione dell'Autore vale di certo come punto fermo per l'interprete e, infatti, in questo senso si sono espresse le Sezioni unite sulla surroga biologica di maternità, ma il problema, talvolta, è più articolato rispetto alla sola individuazione di ciò che sia reputato espressione dell'ordine pubblico. Esso coinvolge la fattispecie in cui siano coinvolti principi e valori diversi i quali, pur contrassegnando tutti insieme l'ordine pubblico, possono confliggere l'uno con l'altro e allora la soluzione non può prescindere da un criterio gerarchico pure operante al massimo grado delle fonti del diritto.

giudice di riconoscere, in ragione delle peculiarità del caso concreto, il provvedimento straniero attributivo della genitorialità al genitore di intenzione⁷⁰. Un riconoscimento che avrebbe potuto basarsi sul preminente interesse del minore; principio, questo, che, come tutti i principi ad «alta densità assiologica»⁷¹, mal tollera regole assolute che lo comprimano una volta per sempre. Ciò è dimostrato, tra l'altro, da due sentenze della Corte costituzionale⁷² che hanno eliminato l'automatismo della sanzione accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale, a fronte dei reati di alterazione e di soppressione dello stato di figlio; una sanzione da irrogare, invece, - ritiene la Consulta - volta per volta a seconda del concreto e prevalente interesse del minore.

Sia chiaro: non si vuol affatto sostenere che l'interprete possa trarre dal principio del preminente interesse del minore qualunque soluzione egli ritenga più giusta. Ciò, come ammonisce un'autorevole dottrina⁷³, rischia di essere eversivo rispetto alla coerenza del sistema giuridico e del principio di separazione dei poteri. Il monito è da tenere senz'altro in considerazione, purché non si traduca nel ridimensionamento applicativo del principio a svantaggio della soluzione più coerente con il quadro giuridico di riferimento. Piuttosto, come si è sottolineato in precedenza, massima attenzione va riservata all'uso corretto dei principi, i quali si legano, in particolare nel nostro ambito di analisi, ai diritti fondamentali del minore, oggetto anch'essi di evoluzione e di un rinnovato impiego da parte della giurisprudenza⁷⁴.

⁷⁰ G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. e fam.*, 2019, 2, pp. 337 e 343, pur non senza respingere la soluzione accolta dalle Sezioni unite della Cassazione, ne individua un limite macroscopico nel «mancato invito [da parte delle Sezioni unite] all'interprete di tener conto delle peculiarità del «caso concreto». Osserva l'Autore che - a ben vedere - «la stessa soluzione delle Sezioni unite ... è il risultato di un bilanciamento tra interessi e valori, di una composizione tra istituti coinvolti, si che appare ingenuo affermare che il bilanciamento è di competenza del solo legislatore e «il giudice non può sostituire la propria valutazione», in quanto l'interpretazione nel momento applicativo, come dimostra implicitamente la stessa Cassazione, è sempre «valutazione».

⁷¹ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, p. 405 ss. (v. p. 13 versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*)

⁷² Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31 e Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, entrambe in *Banca dati-Leggi d'Italia*.

⁷³ F. D. BUSNELLI, *Il problema della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 6, p. 1447 ss. (p. 10 versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*).

⁷⁴ L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 8, nel porsi il problema del rapporto tra l'interesse del minore e i diritti fondamentali, colloca all'apice delle molteplici dinamiche che possono determinarsi, anche in contrapposizione con



Ebbene, tenendo stretto questo collegamento tra interesse del minore e sviluppo normativo e interpretativo dell'ordinamento, si evita di fare del primo «uno dei più inquietanti nuovi dogmi»⁷⁵, ed al contempo di imboccare la strada dell'astrazione in luogo della tutela effettiva dei valori in gioco all'esito di un bilanciamento ragionevole che non può prescindere dal caso concreto.

Vero è che il ragionamento giuridico condotto in astratto non è quasi mai soddisfacente. Ancor meno lo è quando il destinatario della soluzione giurisprudenziale sia il minore. A tal proposito non si può negare che la tutela della dignità della donna, valore posto dalle Sezioni Unite a fondamento del divieto di surroga, finisca con l'essere una tutela evanescente, lontana dalla madre surrogata. L'Italia, negando lo Stato di figlio nei confronti del genitore committente non biologico, non salvaguarda affatto la dignità della madre surrogata, la quale, in un altro paese, abbia offerto il proprio ventre per spirito di solidarietà o magari dietro corrispettivo di un prezzo (così in alcuni Stati americani)⁷⁶.

E allora appare sproporzionata e irragionevole⁷⁷ una soluzione che a tutela di un valore, apprezzabile solo in astratto, sacrifichi comunque l'interesse concreto e attuale del minore alla conservazione del proprio *status*⁷⁸.

diritti fondamentali del minore, il diritto di quest'ultimo a che il suo benessere sia perseguito in via prioritaria nelle decisioni che lo riguardano. Decisioni – continua l'Autore – da assumere «a conclusione di una valutazione personalizzata delle circostanze». Posto che la veridicità di quest'affermazione è incontestabile, diventa difficile non trovare crepe nel *decisum* delle Sezioni Unite su cui si sta riflettendo.

⁷⁵ F. D. BUSNELLI, *Il problema della famiglia*, cit., p. 11.

⁷⁶ C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, *passim*.

⁷⁷ Sull'importanza e sul ruolo della ragionevolezza nell'attività ermeneutica cfr. G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 3, 716 ss.

⁷⁸ Il modo di ragionare delle Sezioni unite postula una nozione di interesse del minore parametrata in generale, giacché è lo stesso legislatore che, talvolta, pone un divieto al fine di tutelare la condizione di minore età in quanto tale. Un esempio è dato proprio dal divieto di surroga biologica di maternità rispetto alla via legittima dell'adozione. In dottrina L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 6, enuclea due significati di interesse del minore; uno esprime appunto il favore legislativo per i minori in generale; l'altro «permette al giudice di disapplicare una regola generale per esigenze di giustizia del caso concreto. Questa distinzione, indubbiamente ben colta dall'Autore, non mi sembra avere un valore giuridico assoluto stante il principio del preminente interesse del minore. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., p. 14, parla di «bilanciamento ineguale, per significare che nella comparazione l'interesse del minore non sta con gli altri coesistenti o concomitanti interessi (familiari e non) su di un piano di perfetta parità ma neppure in correlazione di regola-eccezione, bensì piuttosto in rapporto quanto più possibile di preferenzialità, nel senso che, nei casi dubbi o di difficile soluzione (ad es., interessi difficilmente conciliabili), il superiore

Sulla stessa linea critica si aggiunga come non convinca appieno neppure l'altro passaggio della motivazione delle Sezioni Unite: quello secondo cui la verità della filiazione, cui tende il divieto di surroga, si imporrebbe in ogni caso perché così ha deciso il legislatore in attuazione di principi costituzionali. Ne uscirebbe confermato - sottolineano le Sezioni Unite - il principio secondo cui soltanto l'adozione può determinare la scissione della gestazione dalla maternità⁷⁹ in casi, tra l'altro, del tutto eccezionali a fronte del diritto del minore di crescere nella *propria* famiglia (art. 1 l. n. 184/1983)⁸⁰.

In verità non è soltanto l'adozione ad avere questa prerogativa, se si considera l'evoluzione del fondamento della filiazione. Al legame genetico si è affiancata la rilevanza dell'assunzione di responsabilità della nascita e/o dei doveri genitoriali. Si pensi, più di recente, come già sopra rilevato, alla dichiarazione di incostituzionalità del divieto della procreazione eterologa, agli indici normativi espressivi della rilevanza della filiazione di fatto o dello stato di figlio falso ma duraturo, non più impugnabile ai sensi degli artt. 244, comma 4, c.c. e 263, comma 3, c.c.⁸¹ e, infine, alla nozione di vita fami-

interesse del minore beneficia pur sempre, in linea di principio, di una considerazione determinante e prevalente ai fini della più appropriata decisione da adottare».

⁷⁹ Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit. afferma che «soltanto a tale istituto [*id est*: all'adozione], governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato».

⁸⁰ L. LENTI, *L'adozione e la Corte europea dei diritti dell'uomo. A proposito di Cass. 2954/2018*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2019, 1, p. 61 ss. Cfr. anche M. PEZZOLA, *Diritto dei figli di essere amati?*, in *Persona e mercato*, 2018, 4, p. 28 ss., che svolge un'interessante ricostruzione sistematica, con ricadute sulla nozione di stato di abbandono e di diritto di crescere in famiglia, muovendo dal diritto del figlio di essere assistito moralmente dai genitori.

⁸¹ Sul rilievo delle relazioni familiari al di là del titolo fondante cfr.: F. PROSPERI, *Parentela e famiglia nel prisma dell'unicità dello stato di filiazione*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 19 ss., il quale, nel constatare la difficoltà attuale di «racchiudere il fenomeno familiare entro un unico schema predeterminato» (cfr. pp. 24-25, sull'interpretazione dell'art. 29 Cost.), riconosce carattere familiare al rapporto tra il partner o il coniuge e i figli dell'altro; R. PANE, *Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione*, cit., p. 26 ss.; A. DI FEDE, *La famiglia legittima e i modelli familiari diversificati: luci e ombre, scenari e prospettive*, in *Nuove frontiere della famiglia*, cit., 52-53, in particolare sull'interpretazione dell'art. 29 Cost. in combinato disposto con l'art. 2 Cost. sulla scorta del pensiero di P. Perlingieri; G. RECINTO, *La genitorialità tra favor legitimitatis, veritatis e affectionis*, in *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, a cura di R. Pane, Napoli, 2017, p. 61 ss., il quale nega ogni automatismo delle possibili soluzioni nell'interesse del minore; G. CHIAPPETTA, *Riflessioni sul novellato sistema delle azioni di stato*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 116 ss., proprio al fine di valorizzare l'effettività dell'interesse del mi-



liare che ha radici nella fattualità del legame oltre che nelle qualificazioni giuridiche⁸².

Non va neppure dimenticato che la stabilità e la significatività del legame affettivo si intrecciano con l'identità personale del minore, identità legata a sua volta al diritto al rispetto della vita privata.

Un intreccio, questo, che ogni Stato Parte della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo deve salvaguardare, attraverso il riconoscimento della trascrivibilità dell'atto straniero o dell'adottabilità da parte della «*intended mother*», come ha ben sottolineato la Corte Europea dei diritti dell'uomo nell'*Advisory opinion* del 10 aprile 2019⁸³. Ma l'adozione - aggiunge la Corte - si dimostra idonea se «*the conditions which govern are appropriate and the procedure enables a decision to be taken rapidly, so that the child is not kept for a lengthy period in a position of legal uncertainty as regards the relationships. It is self-evident that these conditions must include an assessment by the courts of the child's best interests in the light of the circumstances of the case*»⁸⁴.

Secondo quest'*Advisory opinion*, quindi, la filiazione non genetica, nel caso che ci occupa, può essere salvaguardata dalla trascrizione dell'atto stra-

niero, critica non già la rilevanza della filiazione di fatto, ma la rigidità del termine di cui all'art. 244, comma 4, c.c.

⁸² Cfr. *supra* la giurisprudenza della Corte EDU citata nella nota 41.

⁸³ Corte EDU, Grande Camera, *advisory opinion*, 10 aprile 2019, in www.altalex.com, afferma che «*In reality, the issues at stakes in the context of recognition of a legal parent-child relationship between children born through surrogacy and the intended parents go beyond the question of the children's identity. Other essential aspects of their private life come into play where the matter concerns the environment in which the live and develop and persons responsible for meeting their needs and ensuring their welfare ... This lends further support to the Court's finding regarding the reduction of the margin of appreciation*». La Corte afferma altresì che lo Stato Parte deve attuare i diritti del minore non necessariamente attraverso la trascrizione dell'atto di nascita straniero, essendo sufficiente individuare un'altra soluzione funzionale allo scopo qual è l'adozione da parte della «*intended mother*», sempre, però, valutando le circostanze del caso concreto.

⁸⁴ A. G. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, p. 757 ss., ripercorre il parere reso dalla Corte EDU il 10.4.2019 («*concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*») in applicazione del protocollo n. 16 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che consente ai tribunali superiori nazionali di chiedere alla Corte EDU di fornire un parere su una fattispecie concreta sottoposta alla loro attenzione e connessa all'interpretazione di diritti e libertà riconosciuti dalla Cedu. L'Autore segnala che l'*advisory opinion* è una giurisdizione consultiva, uno strumento simile al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia di cui all'art. 267 TFUE, utile in chiave di dialogo tra le Corti e di promozione del «ruolo "costituzionale" della Conv. eur. dir. uomo».

niero oppure dall'adozione, purché, però, quest'ultima sia disposta rapidamente e appaia la soluzione più appropriata rispetto alle peculiarità del caso concreto. Ogni Stato parte potrà decidere, secondo la Corte europea, quale strada percorrere, ma senza automatismi (ciò è sfuggito alle nostre Sezioni unite). E allora se è interesse del minore conservare lo stato di figlio nei confronti del genitore committente non genetico⁸⁵, non si vede perché il giudice, in attuazione del principio del preminente interesse del minore, coordinato con la rilevanza della filiazione non genetica, non possa riconoscere il provvedimento straniero, ordinandone la trascrizione⁸⁶. Non vi è, infatti, una preclusione assoluta da parte dell'ordinamento.

Non è un caso che le Sezioni Unite, stante il rilievo costituzionale del diritto alla stabilità del rapporto di filiazione (pur non genetico), abbiano cercato un punto di tenuta del sistema, indicando la strada dell'adozione in casi particolari. Ma questa soluzione, in linea di principio, non appare sempre adeguata rispetto al dato normativo della priorità dell'interesse del minore e dei diritti di cui egli è titolare⁸⁷. Di più: essa finisce col discriminare il na-

⁸⁵ L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 2, stigmatizza gli «impieghi taumaturgici» dell'interesse del minore, laddove la correttezza del pronunciamento del giudice si desuma semplicemente dal riferimento a tale interesse. Ugualmente inaccettabili - continua l'Autore - sono gli impieghi dell'interesse del minore in funzione eversiva dell'ordinamento. Certo, Lenti ha ragione. Le clausole generali sono sì volte a perseguire la giustizia nel caso concreto, ma nell'orizzonte di compatibilità con l'ordinamento giuridico. A questa compatibilità non fa eccezione l'interesse del minore, che, pur dovendo avere una considerazione preminente, è oggetto di bilanciamento. Nel caso della surroga praticata all'estero, la tensione con il principio di legalità è molto forte, ma coordinando la superiorità/preminenza della posizione del minore con i suoi diritti fondamentali si può giustificare, senza strappi al principio di legalità, la conservazione dello stato di figlio. Si consideri che il divieto di surroga non è stato violato in Italia; in Italia si discute soltanto della possibilità di recepire lo stato di figlio nei confronti del genitore non genetico, senza mettere in discussione il divieto legislativo di surroga.

⁸⁶ V. SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 5, p. 1097 ss. e E. LUCCHINI GUASTALLA, *Maternità surrogata e best interest of the child*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 12, p. 1722, aprono al superamento, in certi casi, della regola che impone la coincidenza tra chi ha partorito e chi ha generato in forza del *best interest of the child*.

⁸⁷ La Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit., muove dalla considerazione che il preminente interesse del minore debba essere temperato con altri «valori considerati essenziali ed irrinunciabili dall'ordinamento». Essa soggiunge che la considerazione di tali valori «può ben incidere sull'individuazione delle modalità più opportune da adottare [per la realizzazione del predetto interesse], soprattutto in materie sensibili come quella in esame, che interrogano profondamente la coscienza individuale e collettiva, ponendo questioni delicate e complesse, suscettibili di soluzioni differenziate». L'idea del temperamento è condivisibile, senza però dimenticare che se



to da surroga biologica rispetto al nato in altre circostanze, che configurano fattispecie comunque non ammesse nel nostro ordinamento. Si pensi all'adozione piena effettuata all'estero da parte di persone dello stesso sesso⁸⁸ o all'adozione internazionale ottenuta da cittadini italiani in coppia *same sex* residenti all'estero⁸⁹, dove i rispettivi provvedimenti stranieri sono stati riconosciuti in Italia sebbene l'adozione piena sia riservata ai coniugi (art. 6 l. n. 184/1983).

La discriminazione, più esattamente, sta nel fatto che, com'è noto, gli effetti dell'adozione in casi particolari sono quelli più contenuti in punto di parentela propri dell'adozione dei maggiorenni (art. 55 l. n. 184/1983 nel richiamo all'art. 300 c.c.); effetti ben diversi dallo stato di figlio dell'adozione piena (art. 27 l. n. 184/1983). Si aggiunga che l'applicazione del regime giuridico dell'adozione dei maggiorenni al caso della surroga di maternità è una forzatura, atteso che in quest'ultima non vi è alcuna posizione di rilievo della «famiglia di origine» cui fa menzione l'art. 300, co. 1, né vi è alcuna «famiglia dell'adottato» di cui tenere conto ai sensi dell'art. 300, co. 2, c.c.

Ma c'è un ulteriore dato di cui tener conto che rende non pertinente l'adozione in casi particolari. Indubbiamente l'adozione è l'istituto che garantisce il minore quando egli non sia legato geneticamente a chi assuma di essere genitore (cfr. art. 74 l. n. 184/1983). Di conseguenza, in linea di principio, non è errata la pronuncia della Cassazione n. 24001/2014 che ha confermato lo stato di adottabilità del nato da surroga biologica di maternità senza che vi fosse - in violazione peraltro della legge ucraina - il legame genetico con alcuno dei genitori committenti.

Non può sfuggire, però, che il caso sotteso alle Sezioni unite è diverso; in questo vi era il legame genetico con uno dei committenti e il nato veniva accudito da diversi anni da entrambi i genitori, in attuazione di un progetto condiviso di genitorialità. Il figlio, almeno nella sostanza, aveva già due geni-

tori. E allora l'adozione non viene in rilievo, perché si adotta il figlio altrui, non il figlio che è, nel caso *de quo*, già, anche in fatto, della coppia committente non essendovi altri genitori.

Insomma, ritenere che nel caso in cui - si ribadisce - vi sia il legame genetico solo con uno dei genitori, opererebbe un principio di ordine pubblico che imponga inderogabilmente l'adozione pare un esito interpretativo piuttosto discutibile⁹⁰.

L'alternativa più coerente per il giudice investito della questione è, ad avviso di chi scrive, quella tra riconoscere o non riconoscere il provvedimento straniero, a seconda delle circostanze del caso concreto e delle esigenze di tutela che vengono in rilievo. Anche perché, evocando quale unica via l'adozione in casi particolari, dovrebbe ammettersi la sua applicabilità - come è stato giustamente osservato⁹¹ - pure nel caso in cui il nato da surroga di maternità non sia legato geneticamente a nessuno dei due genitori, altrimenti si avrebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra minori⁹².

Preme sottolineare come ammettere la riconoscibilità del provvedimento straniero che riconosca lo stato di figlio nei confronti del genitore di intenzione non significhi affatto affermare il «diritto alla genitorialità» quale diritto assoluto, che tale non è⁹³, né assumere una prospettiva «adultocentrica», né sposare l'equazione '*favor affectionis* + 'superiore interesse del minore' = 'rapporto di filiazione'⁹⁴, ma

⁹⁰ G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero*, cit., p. 10 (nota 103), sottolinea acutamente come l'adozione in casi particolari non è certo la soluzione in grado di garantire quella tutela «pronta ed effettiva» che la Corte EDU ha richiesto anche in caso di gestazione per altri.

⁹¹ G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale*, cit., pp. 341-342, osserva che, escludendo l'applicabilità dell'adozione in casi particolari nel caso indicato sopra nel testo, «a parità di condizioni e in presenza delle medesime esigenze (impossibilità di affidamento preadottivo, salvaguardia dell'interesse del minore e semmai interesse a conservare la relazione affettiva ed educativa di chi già se ne è preso cura), si creerebbe una disparità di trattamento irragionevole tra minori legati biologicamente con almeno uno dei due genitori (in quanto tali senz'altro adottabili secondo la Suprema Corte) e minori semmai non legati biologicamente con nessuno dei soggetti che aspirano al rapporto genitoriale».

⁹² N. CIPRIANI, *Le adozioni nella famiglie omogenitoriali in Italia dopo la l. n. 76 del 2016*, cit., p. 273 ss. (in part. p. 276)

⁹³ G. RECINTO, *La decisione delle sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere filiazione*, in *Dir. succ. e fam.*, 2019, 2, pp. 349 ss., svolge appropriate considerazioni sul diritto alla genitorialità, ritenuto nient'affatto generale.

⁹⁴ G. RECINTO, *La decisione delle sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata*, cit., p. 354, ritiene che la sentenza delle Sezioni unite sia da apprezzare avendo spezzato siffatta equazione. Di grande interesse sono le considerazioni di M. PARADISO, *Sussidiarietà e limiti all'autoregolazione dei rapporti familiari*, cit., p. 171, sul carattere giuridico della relazioni familiari e sulla eccessività delle «tante affermazioni correnti su «affettività e de-istituzionalizzazione» come parole d'ordine

l'interesse del minore è «preminente», esso, per definizione, non può arretrare fino al punto in cui il minore esca danneggiato dalla decisione che lo riguarda. Eppure - così pare a chi scrive - proprio questo è stato l'esito prodotto dalla sentenza delle Sezioni Unite, rispetto a una fattispecie che è di diritto internazionale privato e non di diritto interno. Si consideri che nel caso *de quo* non opera la sanzione penale di cui all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 a tutela dei valori di cui le Sezioni Unite invocano la protezione. Se, come osserva LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, p. 3, all'interesse del minore «resta pur sempre attribuita un'indubbia priorità», quest'ultima deve poter essere fatta valere, ma la soluzione assoluta adottata dalle Sezioni unite non sempre consente l'emersione di tale priorità.

⁸⁸ App. Milano, 16 ottobre 2015, in *www.ilcaso.it* e App. Napoli, ord. 30 marzo 2016, in *www.centrostudilivativo.it*.

⁸⁹ Trib. min. Firenze, decr., 17 marzo 2017, in *www.ilcaso.it*.



piuttosto essere aperti all'effettività del diritto del minore alla conservazione del proprio stato ove ciò realizzi il suo reale interesse. Un interesse, come ha sottolineato la Corte costituzionale, che «non è cancellato» neppure quando - le Sezioni unite non hanno colto questo aspetto⁹⁵ - la valutazione comparativa degli interessi sia stata fatta dalla legge.

9. (Segue) La surroga di maternità: un divieto recessivo rispetto alla tutela del diritto fondamentale del minore di vivere nella propria famiglia.

Le Sezioni Unite, con la loro soluzione rigidamente negativa, pongono il minore in una posizione deteriore⁹⁶ rispetto sia alla madre surrogata, di cui se ne vorrebbe tutelare la dignità (in concreto nient'affatto tutelata), sia al genitore committente non biologico, il quale in Italia verrebbe liberato dalla responsabilità genitoriale assunta *ab initio* attraverso la condivisione del progetto genitoriale. Con un esito alquanto irragionevole: si tutela il minore in astratto e si impone un modello familiare, quello incentrato sull'adozione, che, da un lato, non corrisponde all'intento dei protagonisti della vicenda procreativa, e che, dall'altro (ciò che conta di più), non è l'unico che possa determinare la separazione tra procreazione e genitorialità. Ancora: si preferisce tutelare una generica dignità della madre surrogata rispetto al concreto interesse del minore. Generica perché non si tengono in alcun conto le ragioni della surroga che, nel caso concreto, affondano nella solidarietà⁹⁷.

della famiglia moderna, che rinuncia al diritto tenta di teorizzare un «amore senza norme» quale reazione alle «norme senza amore» della visione borghese (...). E se così è, il diritto che può soltanto lambire le sponde dell'isola famosa è il diritto di fonte eteronoma, che deve non solo rispettare ma anche garantire le autonome forme e capacità organizzative delle singole comunità».

⁹⁵ G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero*, cit., p. 7 (versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*), coglie, invece, questo passaggio della motivazione della sentenza della Corte cost. n. 272/2017, cit.; un passaggio a mio avviso importantissimo perché, nello scandire la gerarchia di valori che viene in rilievo, colloca esattamente l'interesse del minore in una posizione - come ha affermato V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., 14 - di preferenza (non già di dominio) rispetto ad altri interessi.

⁹⁶ L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., p. 6, dà atto della complessità di un quadro normativo che solo in casi specifici precluderebbe il bilanciamento tra l'interesse del minore e altri valori; tuttavia è pacifico - e ne dà atto l'Autore - che tale interesse costituisca il parametro prioritario di giudizio. E ciò non sembra essere stato rispettato dalla Cass. Sez. Un., 12193/2019, cit.

⁹⁷ M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Famiglia*, 2019, p. 378 ss., afferma che la lesione della dignità

E qui si pone una questione piuttosto delicata, che evoca la terza domanda posta sopra nel terzo paragrafo: come si governa correttamente la contrapposizione tra interesse del minore e principio di legalità?

La domanda rischia di fuorviare, perché non vi può essere una soluzione contrastante con il principio di legalità. Lo sforzo dell'interprete è di ricostruire rigorosamente e coerentemente l'ordinamento del caso concreto. E solo ove il bilanciamento conduca a un esito attuativo di valori e diritti che risultino prevalenti nella vicenda specifica si avrà piena conformità alla legalità; una legalità che non si appaga della certezza formale del diritto, protesa com'è ad attuare, tramite l'ermeneutica, valori preminenti espressivi dell'assiologia del sistema.

Il bilanciamento piuttosto può determinare - ne è consapevole la Corte costituzionale⁹⁸ - l'arretramento del principio della verità legale o di un valore di ordine pubblico⁹⁹. Anche il legislatore europeo conosce la possibile frizione tra interesse del singolo minore e talune disposizioni di legge. L'art. 23, co. 1, lett. a) Reg. CE n. 2201/2003 del Consiglio in materia matrimoniale e di responsabili-

della gestante nella surroga di maternità deve essere riconosciuta a prescindere della natura onerosa o gratuita del contratto. D'accordo A.M. GAMBINO-T. PASQUINO, *Gestazione surrogata: altruismo o costrizione?*, in *L'Arco di Giano*, 2016, p. 92.

⁹⁸ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., afferma che: «pur dovendosi riconoscere un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione, va escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento. (...) In tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità 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 di legge da applicare al caso in esame [qui la disposizione in esame era l'art. 263 c.c.].» Si dirà che qualora il bilanciamento sia stato effettuato dal legislatore, come nel caso dell'art. 12, co. 6, l. 40/2004, l'interprete non ha spazio ermeneutico. Ma che sia così v'è da dubitare, posto che, per ammissione della stessa Consulta, quando due posizioni riguardanti il minore confliggono, «preminenti sono le garanzie per il nuovo nato» secondo il diritto interno, europeo e internazionale (cfr. § 4.1.3/4.1.4 della sentenza). Ma allora perdoni di forza le soluzioni interpretative propugnate una volta per tutte.

⁹⁹ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., p. 10 ss., rileva un utilizzo, che Egli ritiene legittimo, del preminente interesse del minore quale «vera e propria fonte di una nuova e diversa giuridicità oltrepasante e anzi sostituita quella legale» (p. 11). Certamente l'illustre Maestro coglie nel segno osservando che l'interesse del minore può fondare una nuova giuridicità, la quale, però, a mio avviso, non può essere considerata «non legale» (così ancora Scalisi a p. 12). Cfr. sull'utilizzo del principio del preminente interesse del minore le considerazioni di P. STANZIONE, *La genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 668 ss.



tà genitoriale impone di tenere in considerazione l'interesse del minore sebbene rilevi l'ordine pubblico.

Nella stessa logica di una priorità assiologica della posizione del minore si dispiega l'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori. In esso si indicano taluni casi in cui l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto non è tenuta a ordinare il ritorno del minore nello Stato da cui è stato allontanato illegittimamente, essendo criterio guida il «*best interest of the child*»¹⁰⁰.

Anche la recente legge n. 47/2017 sui minori stranieri non accompagnati promuove il pieno riconoscimento dei diritti fondamentali di tale categoria di soggetti deboli, prevedendo diverse garanzie ed interventi e disattivando le disposizioni sui respingimenti alla frontiera (artt. 3 e 8).

Si aggiunga che la Corte EDU nel caso *Paradiso e Campanelli contro Italia* ha ammesso la non assolutezza del principio di legalità¹⁰¹ e la riconoscibilità, in presenza di certe circostanze, dell'efficacia di un provvedimento straniero assunto in violazione della legge dello Stato in cui lo si intenda attuare¹⁰².

¹⁰⁰ Così Corte Edu, caso *Maumousseau and Washington v. France*, 6 dicembre 2007, ric. n. 39388/05, che si sofferma sul rapporto tra l'interesse del minore e l'art. 13 della HCCH (ritenendo corretto l'ordine di rientro del minore); analogamente centrata sull'interesse del minore allontanato illegittimamente dallo Stato di Israele (ove il minore, secondo la Corte EDU, non deve ritornare) è Corte Edu, caso *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, 6 luglio 2010, ric. n. 41615/07. In un'altra pronuncia viene condannata l'Italia per non aver tenuto conto del superiore interesse del minore nell'ordinare il rimpatrio in Italia (Corte Edu, caso *Sneerson and Kampanella v. Italy*, 17 luglio 2011, ric. n. 14737/09), tutte in www.coe.int. In dottrina cfr. R. GELLI, *La sottrazione internazionale del minore tra libertà di circolazione delle persone e tutela del fanciullo*, in *Fam. e dir.*, 2018, 5, p. 458 ss.

¹⁰¹ Lo rileva esattamente LENTI, *Ancora sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, cit., 498 ss., il quale svolge un penetrante ragionamento sulla differenza di approccio della Corte Edu nei casi in cui venga in rilievo la violazione della normativa degli Stati sull'adozione o quella sulla surroga biologica di maternità. In sintesi: mentre nel primo caso, dove rileva «l'interesse generale dell'intera categoria dei minori privi di una famiglia adeguata», le illegalità compiute dagli aspiranti adottanti sono decisamente gravi, nel secondo, venendo in rilievo l'interesse del singolo minore a vedere rispettato l'assetto familiare consolidato, accade che «la tutela dell'interesse del minore finisca per prevalere sul principio di legalità e permetta di aggirare il divieto della surroga di maternità, poiché aiuta i privati a raggiungere in gran parte il risultato desiderato». Anche Lenti, come Scalisi, ravvisa un utilizzo dell'interesse del minore in contrasto con la legalità del singolo Stato.

¹⁰² Il fatto che il principio di legalità debba confrontarsi con la nozione di ordine pubblico internazionale si è palesato anche riguardo alla questione del diritto di circolazione a fronte del divieto statale del matrimonio omosessuale. Sul «diritto di soggiorno derivato» di un cittadino di uno Stato terzo (Stati Uniti) in uno Stato membro dell'UE (Romania) in qualità di

Il senso di quest'affermazione è quello, non già di aggirare il principio di legalità (che non può essere), ma di attuare una legalità assiologicamente superiore a quella espressa da una singola disposizione di dettaglio che esprima un interesse o una posizione giuridica di rango però inferiore a quella propria del minore.

Insomma, nei casi predetti è lo stesso legislatore a indicare una gerarchia di valori attraverso la prevalenza di un interesse (quello del minore) su un altro interesse. Se è una questione di prevalenza, l'accento va posto sull'interpretazione conforme ai valori e ai principi fondamentali dell'ordinamento in un quadro unitario e coerente rispetto al singolo caso concreto¹⁰³. Interpretazione che, al di là di uno specifico divieto legislativo, appaia la più idonea ad attuare l'ordinamento al massimo livello gerarchico delle sue fonti del diritto.

Ciò può legittimamente accadere a scapito di un divieto espresso dalla lettera della legge e finanche di un contrapposto principio fondamentale, qualora il non riconoscimento degli effetti di un provvedimento straniero comporti «la lesione di un altro principio fondamentale ancor più significativo o in concreto prioritario»¹⁰⁴. Questa delicata e ineludibile valutazione comparativa tra principi e *rationes* diverse conduce all'individuazione della regola del caso concreto, senza alcun attentato alla legalità, purché il bilanciamento sia ispirato al rispetto dei valori e dei principi fondanti il sistema e ritenuti «normativamente prevalenti»¹⁰⁵.

coniuge di un cittadino di tale Stato membro cfr. Corte di Giustizia, 5.6.2018, causa C-673/16, *Coman-Hamilton v. Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne*; sulla nozione di diritto di visita di cui al Reg. n. 2201/2003 cfr. Corte di Giustizia, 31 maggio 2018, causa C-335/17, *Valcheva v. Babanarakis*, entrambe in www.curia.europa.eu

¹⁰³ P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. delle succ. e della fam.*, 2015, p. 230 ss., ID., *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 2, 607, invita giustamente, sotto un profilo metodologico e assiologico, a non contrapporre l'ordine pubblico interno a quello internazionale, promuovendo una ricostruzione unitaria dell'ordine pubblico rispetto al caso concreto. Quando l'ordinamento interno viene in contatto con norme di provenienza esterna (di un altro Stato e dell'Unione europea) si hanno non già più ordinamenti ma più fonti del diritto che vengono in contatto. Queste norme entrano nel sistema italiano come «parte integrante del diritto positivo, complesso sì, ma unificato dai principi costituzionali di vertice, che costituiscono l'identità dell'ordinamento» (ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1, 205). In sostanza se la norma esterna produce effetti in Italia, significa che essa è conforme ai diritti e ai principi fondamentali dell'ordinamento che vengono in rilievo con riguardo a quella fattispecie concreta.

¹⁰⁴ G. PERLINGIERI-G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., 47.

¹⁰⁵ P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, cit., p. 214.



Da questa prospettiva appare corretto sottolineare due elementi in diritto: il primo attiene all'indicazione normativa di riservare una considerazione preminente all'interesse concreto del minore; il secondo riguarda il modo di operare dell'ordine pubblico. Se quest'ultimo è una clausola generale da riempire di contenuto con i principi e i diritti fondamentali rilevanti nel caso concreto¹⁰⁶, non è ontologicamente possibile fornire risposte definitive *a priori*, come hanno fatto le Sezioni unite nella pronuncia del 2019¹⁰⁷. Ancor di più non lo è in materia di filiazione dove, come si è cercato di dimostrare, l'interesse pubblico alla verità biologica e l'inscindibilità della gravidanza dalla maternità non si impongono in modo assoluto.

Sarebbe stato preferibile lasciare quanto meno socchiusa la porta del riconoscimento del provvedimento straniero, delimitando la fattispecie con quelle circostanze di fatto già valorizzate dalla consolidata giurisprudenza della Corte EDU e dei giudici interni: durata, significatività e stabilità del rapporto di filiazione in un contesto normativo in cui spicca la necessità di evitare al minore un pregiudizio irreparabile¹⁰⁸. Tali circostanze promuovono il diritto alla conservazione dello stato di figlio e legittimano la prevalenza nel caso concreto dell'interesse del minore. Una conservazione che attua la gerarchia valoriale della Costituzione, che vede la persona, e segnatamente il minore con i suoi

diritti fondamentali, in una posizione di assoluta centralità.

I margini interpretativi c'erano e, ove colti, avrebbero disvelato il significato più profondo nonché il rango del diritto del minore «di crescere nella propria famiglia» di cui all'art. 1 l. n. 184/1983: salvaguardare prioritariamente e con il massimo sforzo la famiglia che egli ha già, anche, se del caso, quella formata all'estero, quale imperativo categorico posto all'apice della scala dei valori¹⁰⁹.

La soluzione dell'adozione accolta dalle Sezioni unite della Cassazione - respinta dalla *Cour de Cassation* francese¹¹⁰ - come l'unica praticabile, da un lato espone il minore ai rischi dei tempi lunghi del procedimento e all'inerzia del genitore di intenzione, dall'altro non appare sempre congruente, perché se la famiglia esiste già, formalmente secondo il diritto di un altro paese e sostanzialmente in considerazione del legame affettivo esistente e dell'assunzione dei doveri genitoriali, non vi è necessità di ricorrere a un istituto che è funzionale ad attribuire una famiglia a chi non l'ha.

¹⁰⁶ G. PERLINGIERI-G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale, passim*, è la tesi sostenuta e ben argomentata dagli Autori.

¹⁰⁷ G. PERLINGIERI-G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., pp. 114-155, avversano l'idea secondo cui si possa affermare che «l'ordinamento italiano abbia una preclusione a priori verso il riconoscimento di questo tipo di situazioni [la surroga] generatesi all'estero». Anche V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 435 ss., non esclude che, con riguardo a un determinato caso concreto di surroga biologica di maternità, possa ritenersi conforme all'ordine pubblico internazionale il riconoscimento dello status di figlio nato da tale pratica. Diversa è, invece, la posizione di M. TESCARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, cit. (in corso di pubblicazione), il quale ritiene che, in tema di surroga di maternità, stante la nozione di ordine pubblico da ritenersi comprensiva della legge ordinaria attuativa della Costituzione, non vi sia spazio per una valutazione giudiziale del caso concreto, poiché è il legislatore a essere direttamente intervenuto in modo specifico al fine di attuare valori costituzionali e bilanciando interessi diversi.

¹⁰⁸ G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero*, cit., p. 9, afferma che «anche nel nostro caso [quello sotteso a Cass. Sez. un. n. 12193/2019] il giudice non si poteva sottrarre ad un bilanciamento: a maggior ragione se si considera che l'interesse del minore non può essere oggetto di valutazione astratta, ma deve invece essere apprezzato in concreto, tenuto conto delle circostanze del caso, dell'intensità/durata del legame esistente con il genitore intenzionale, della possibilità o meno di costituire lo status nei confronti del «vero» genitore [che nel caso *de quo* non vi è] e delle altre circostanze rilevanti».

¹⁰⁹ È auspicabile un intervento legislativo che, in caso di surroga di maternità effettuata per spirito di solidarietà (grazie alla disponibilità della madre, della sorella o di una cara amica di famiglia), regoli almeno gli effetti giuridici nei confronti dei soggetti coinvolti. Non si può eludere, al fine di ben calibrare le conseguenze giuridiche, la distinzione tra la surroga di maternità a titolo oneroso e per spirito di solidarietà. Mentre la prima è una pratica che confligge apertamente con il valore costituzionale della dignità della donna e del divieto posto dal diritto sovranazionale di fare del corpo umano una fonte di lucro [art. 3, co. 2, let. c) Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE e art. 21 Convenzione sui Diritti dell'uomo e la biomedicina, Oviedo, 1996], la seconda non ha questo tratto di contrapposizione frontale ai valori costituzionali; non vi sarebbe alcuna lesione della dignità della donna. Da questo punto di vista, appare non priva di pregnanti argomenti la tesi di A. G. GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in TCRS, 2018, 2, *Teoria e critica della regolazione sociale*, a cura di A. Amato, pp. 161 ss., secondo cui è possibile un'interpretazione restrittiva costituzionalmente orientata dell'art. 12 comma 6 l. n. 40/2004 in forza della quale la disposizione ivi contenuta non vieterebbe la surrogazione di maternità solidale, ma solo quella effettuata verso un corrispettivo in denaro.

¹¹⁰ *Cour de Cassation, Assemblée plénière*, 4.10.2019, n. 648, in www.courdecassation.fr/jurisprudence, non afferma che l'unica soluzione possibile sia l'adozione; quest'ultima è praticabile soltanto se è in grado di garantire celermente l'interesse superiore del minore. Ma un tale esisto è stato escluso dalla Corte francese. Particolarmente significativa è quella parte della sentenza in cui si nega l'applicabilità del possesso di stato, non fornendo quest'ultimo mezzo di prova della filiazione sufficienti garanzie al minore. Così la *Cour de Cassation*, in considerazione anche del tempo trascorso dalla nascita, rigetta la domanda di annullamento della trascrizione dell'atto di nascita effettuata nei registri dello stato civile di Nantes.

