



Segnalazione: Cass. civ., sez. I, ord. 21 gennaio 2022, n. 1842.

di Antonio Gorgoni

SURROGA DI MATERNITÀ ALL'ESTERO E STATO DI FIGLIO IN ITALIA: LA PAROLA ANCORA ALLE SEZIONI UNITE.

Sulla legittimità della delibazione della sentenza straniera (o della trascrivibilità dell'atto di nascita estero) in cui si riconosce lo stato di figlio nei confronti del "genitore d'intenzione" (*id est*: non legato geneticamente al nato), nel contesto della surroga biologica di maternità, si attende un nuovo pronunciamento della Cassazione a Sezioni Unite. A richiederlo è stata l'ordinanza della Suprema Corte n. 1842/2022, secondo la quale il diritto vivente come ricostruito dalle Sezioni Unite della Cassazione, nella sentenza n. 12193/2019, confligge con i diritti fondamentali del nato mediante la surroga di maternità: con il diritto al rispetto della vita familiare (art. 8 Cedu) e con il diritto all'identità personale (art. 2 Cost.). Diritti, questi, che esigono la conservazione – vedremo – a certe condizioni dello stato di figlio legittimamente acquisito nello Stato estero.

Due sono i cardini della rinnovata richiesta alle Sezioni Unite di un nuovo pronunciamento: 1) **il parere consultivo** (*advisory opinion*) reso dalla Corte EDU-Grande Camera il 10.04.2019 in forza del Protocollo 16 annesso alla Cedu, su richiesta dell'Adunanza Plenaria della Cassazione francese. In esso si afferma che gli Stati parte della Convenzione, al fine di tutelare il nato dalla surroga biologica di maternità, accudito da entrambi i genitori committenti, sono liberi di scegliere la soluzione più efficace. Si potrebbe utilizzare l'adozione, la quale verrebbe richiesta dal genitore d'intenzione al giudice del paese di stabilimento, purché – ecco il punto – essa consenta la costituzione *celere* di un *legame di filiazione pieno* tra adottante e adottato; 2) **la sentenza della Corte cost. n. 33/2021** in cui si sottolinea come il diritto eurounitario e la Costituzione italiana impongano di riconoscere un legame di filiazione pieno tra adottante e adottato, qualora ciò corrisponda all'interesse del nato da tecniche di procreazione medicalmente assistita effettuate all'estero¹ (cfr. anche Corte cost. n. 32/2021).

La questione della tutela del nato dalla surroga biologica di maternità è complessa, perché esige un delicato bilanciamento tra la finalità composita di *policy* legislativa di

¹Il caso sotteso alla sent. n. 33/2021 della Corte Cost. riguarda una coppia di uomini che aveva fatto ricorso in Canada alla surroga biologica di maternità, uno solo uno dei quali legato geneticamente al nato. L'intervento della Consulta è stato richiesto dalla Cassazione la quale, in forza della sentenza della Cassazione a Sezioni unite n. 12193/2019, non poteva ammettere il riconoscimento in Italia del provvedimento della Corte Suprema della British Columbia che aveva attribuito a entrambi i ricorrenti la qualifica di genitori del bambino.



disincentivare tale pratica a tutela della dignità della donna e dell'adozione e il diritto del nato alla tutela della vita familiare e a non essere strumentalizzato in nome di detta finalità.

L'errore in cui sono incorse le Sezioni unite della Cassazione – sottolineato dall'ordinanza in segnalazione – è duplice: da un lato aver ritenuto che il predetto bilanciamento fosse stato effettuato a monte dal legislatore, nel senso di escludere *a priori* la delibazione delle sentenze straniere (e la trascrizione degli atti dello stato civile di altri Paesi) che prevedano lo stato di figlio nei confronti del genitore d'intenzione; dall'altro aver sostenuto che lo stato di figlio acquisito all'estero si affievolisca necessariamente a fronte del divieto di cui all'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004 («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»). In verità, secondo l'orientamento ribadito dalla Corte costituzionale, l'affievolimento di un diritto fondamentale, qual è quello del minore di conservare la propria famiglia tenendo fermo il proprio stato, è inammissibile, posto che i diritti fondamentali devono non già annullarsi l'un l'altro ma integrarsi reciprocamente.

Certo, le Sezioni unite del 2021 non hanno ignorato la posizione giuridica del nato da surroga di maternità; tuttavia la soluzione prospettata dell'adozione in casi particolari non lo tutela adeguatamente, trattandosi di un'adozione non piena (cfr. art. 55 l. n. 184/1983 in cui si richiama l'art. 300 c.c.). Si aggiunga che la disciplina dell'adozione in casi particolari esige l'assenso del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale (art. 46 l. n. 184/1983); con la conseguenza che il mancato assenso (in caso di crisi di coppia) preclude al nato irrimediabilmente la costituzione dello stato di figlio nei confronti del genitore che si era assunto la responsabilità della nascita (è questa, secondo Corte cost. n. 32/2021, una «disarmonia nel sistema» cui il legislatore dovrebbe rimediare)².

Orbene la Cassazione, nell'ordinanza che qui si segnala, ha giustamente rilevato quanto segue: se la Corte Costituzionale, con la sent. 33/2021 pur d'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, ha invitato il legislatore a intervenire per conformare la tutela del minore al diritto eurounitario e costituzionale, il giudice deve, nel frattempo, superare il diritto vivente come erroneamente ricostruito dalle Sezioni

² Il caso che ha sollecitato la sentenza della Corte cost. n. 32/2021 attiene a una coppia di donne legate affettivamente che avevano fatto ricorso all'estero alla procreazione assistita eterologa, con nascita di due gemelle in Italia legate geneticamente solo alla donna che aveva partorito. Quando il rapporto di coppia è entrato in crisi, il genitore intenzionale aveva chiesto che fosse dichiarato lo *status filiationis* anche nei suoi confronti. Ma in tal caso l'adozione in casi particolari è impraticabile, mancando il consenso della madre biologica. La Corte costituzionale ha dichiarato, tuttavia, inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 e 250 c.c., lasciando così aperto il problema della tutela del nato.



unite. Offrirne un'altra interpretazione, per una ragione evidente: «non può essere concepita una categoria di diritti inviolabili e fondamentali [di cui è titolare il minore], sospensivamente condizionata *sine die* all'intervento del legislatore»³.

La Cassazione ha perciò rimesso gli atti al Primo Presidente affinché le Sezioni unite rivedano la loro precedente sentenza, nel senso di ammettere, a certe condizioni, la delibazione del provvedimento straniero (e la trascrivibilità dell'atto di nascita) qualora, così disponendo giudizialmente (artt. 64 ss. l. n. 218/1995), si realizzi compiutamente l'interesse del minore. Questa soluzione tiene conto – qui il suo pregio – non solo della più efficace tutela del minore, ma anche delle esigenze sottese al divieto di surroga biologica di maternità.

La possibilità di delibare e di trascrivere è stata motivata dalla Cassazione attraverso una ricostruzione rigorosa ed equilibrata dell'ordine pubblico internazionale, in un quadro articolato di interessi contrapposti da bilanciare. Tant'è che è stato ammesso il riconoscimento in Italia dello stato di figlio nei confronti del genitore d'intenzione non già in ogni caso, ma solo se **non vi siano le seguenti circostanze di fatto** che determinerebbero ora una lesione della dignità della donna, ora un pericolo di sfruttamento del minore. Esattamente: 1) una violazione da parte della coppia committente – la quale in Italia non integra i requisiti dell'adozione piena – della legge del Paese estero che disciplina la surroga biologica di maternità; 2) un accordo di surrogazione di maternità a titolo oneroso che postula inevitabilmente la mancanza di libertà e consapevolezza da parte della madre surrogata.

In positivo occorre, invece, che uno dei membri della coppia sia legato geneticamente al nato e che la disciplina estera preveda la facoltà per la madre surrogata di revocare il consenso alla rinuncia allo status di genitore fino alla nascita del bambino.

In mancanza dei predetti elementi negativi e in presenza di quelli positivi, il giudice italiano dovrà delibare il provvedimento straniero che riconosce quale genitore anche il cosiddetto “genitore d'intenzione”. Questa soluzione è il frutto maturo di una rinnovata

³La sentenza della Corte cost. n. 33/2021 appartiene alla tipologia delle c.d. “decisioni monitorie” della Corte costituzionale. Queste decisioni contengono un invito al legislatore a intervenire su una questione delicata che pone un problema di costituzionalità; all'invito può affiancarsi o meno l'assegnazione di un termine entro cui il Parlamento deve pronunciarsi, scaduto il quale la Consulta preannuncia, nella decisione monitoria, che dichiarerà l'incostituzionalità di una determinata disposizione di legge con una pronuncia successiva. La sentenza qui citata n. 33/2021 invita il legislatore, ma non lo pressa con la previsione di un termine entro cui approvare una legge. Ciononostante questi tipi di pronunce, come la n. 33/2021, seppur di inammissibilità, contenendo un accertamento di incostituzionalità, assumono «sempre un effetto, sia pure differito nel tempo, di modificazione diretta del quadro normativo ritenuto in conflitto con le norme e i principi di rango costituzionale» (così Cass. n. 1842/2022).



valutazione di coerenza rispetto all'ordine pubblico della delibazione/trascrizione; valutazione che costituisce l'asse portante dell'ordinanza della Cassazione.

Lo sforzo ermeneutico è stato giustamente proteso a inverare l'effettività del principio del preminente interesse del minore; un principio, questo, che, nella sua valenza applicativa, implica non già la predominanza nel bilanciamento, divenendo così "tiranno", bensì avere uno «speciale "peso"» (Corte cost. n. 33/2021 § 5.5). Con una duplice avvertenza sul piano metodologico: la valutazione giudiziale di coerenza con l'ordine pubblico «deve essere compiuta non in astratto ma con riferimento al singolo caso concreto sia pure alla luce di criteri che abbiano validità generale»; inoltre i valori costituzionali coinvolti devono essere "inerenti" alla fattispecie concreta e il loro bilanciamento orientato dai principi di proporzionalità e ragionevolezza⁴.

Proprio il criterio dell'inerenza ha indotto la Cassazione a rilevare che se la madre surrogata è stata libera e consapevole nell'accettare il proprio contributo alla procreazione, non vi è alcuna violazione della sua dignità. Perciò evocare la dignità, come hanno fatto le Sezioni unite nel 2021, non è inerente a questa fattispecie. Sotto un altro profilo, la mancanza della controprestazione economica scongiura la mercificazione del minore e ogni attentato all'adozione, pertanto anche l'argomento della salvaguardia dell'adozione quale strumento di tutela del minore non è sempre pertinente.

A siffatti rilievi si aggiungono due acquisizioni consolidate nella giurisprudenza: il *favor veritatis* non è un principio costituzionale assoluto (art. 30, comma 4, Cost) e l'omosessualità non osta all'acquisizione dello status di genitore (Cass. Sez. un. n. 9006/2021⁵ e Cass. n. 12962/2016⁶).

In definitiva se il diritto vivente promosso dalla Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n. 12193/2021 confligge con la Costituzione e se l'adozione in casi particolari non è un istituto che garantisca adeguatamente i diritti fondamentali del minore, occorre che le Sezioni unite, nuovamente sollecitate dalla Cassazione, accolgano la soluzione proposta da quest'ultima. Il giudice, pertanto, dovrà valutare volta per volta il caso concreto, le sue specificità, rapportandolo al quadro ermeneutico come riconfigurato

⁴Sulla funzione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità cfr., di recente, G. VETTORI, *I principi, le parole e la dogmatica. Effettività, ragionevolezza, proporzionalità*, in *Ars interpretandi*, 2021, 2, p. 92, il quale afferma che «la ragionevolezza appartiene alla costruzione della regola e non già alla soluzione del conflitto, contempera interessi in concreto alla luce di una data *ratio legis* già definita (...)».

⁵Secondo questa pronuncia è legittimo il riconoscimento di efficacia in Italia di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione piena – nella specie: «l'*order of adoption*» emesso nello Stato di New York – di un minore da parte di una coppia omoaffettiva, purché nel paese estero vi sia stato il consenso dei genitori biologici e la valutazione di idoneità genitoriale degli adottanti.



dalla stessa Cassazione; così andrà riconosciuto lo stato di figlio nei confronti del genitore d'intenzione tutte le volte in cui non vi siano quelle circostanze negative sopra riportate e in presenza di quelle positive.

L'ordinanza della Cassazione è dunque da accogliere con favore, poiché in essa viene svolta un'argomentazione che, coniugando con equilibrio regole, principi e diritti, rafforza la tutela del minore senza negare al contempo la salvaguardia della dignità della madre surrogata, né la protezione dei minori sottesa alla disciplina dell'adozione.

Non c'è da stupirsi se la pronuncia della Cassazione a Sezioni unite del 2021 sia stata superata da un susseguirsi di pronunce che hanno impresso un nuovo orizzonte di senso all'ordinamento. Com'è stato acutamente rilevato⁷ in un libro prezioso, «la verità del diritto» non è fissa ma emerge nel «*percorso* veritativo dell'inesauribile cammino ermeneutico. Di una verità *trovata* e sempre di nuovo ricercata».

⁶Con questa sentenza la Cassazione ha ricondotto a sistema il risultato interpretativo cui era già pervenuto il Tribunale per i minorenni di Roma, ammettendo l'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44 let. d) l. n. 184/1983 del figlio del partner dello stesso sesso (c.d. *step child adoption*). Ciò è stato possibile attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata e arricchita dalla cornice giuridica sovranazionale del sintagma «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» di cui all'art. 44 let d); sintagma da intendersi come impossibilità non solo di fatto ma anche di diritto (ossia senza che sia necessario lo stato di abbandono del minore). Alla previsione contenuta in quest'articolo della legge 184/1983 è stata attribuita la funzione di *clausola di chiusura del sistema*, intesa a consentire l'adozione ogniqualvolta occorra salvaguardare il rapporto affettivo ed educativo esistente tra adottante e adottato.

⁷G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, p. 255, sintetizza l'idea del Suo libro con questa frase: «l'ermeneutica non è scoperta di verità già conformate, è percorso veritativo esistenziale nel divenire della storia»; è, con altre parole dell'illustre Autore, «sintesi tra ontologia ed epistemologia».