

# Famiglia

2

Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa

Rivista bimestrale di Classe A dal 2016

marzo - aprile 2024

**DIRETTA DA SALVATORE PATTI**

Tommaso Auletta, Mirzia Bianca, Lucilla Gatt (vicedirettore), Francesco Macario  
Fabio Padovini, Massimo Paradiso, Enrico Quadri, Carlo Rimini, Giovanni Maria Uda

[www.rivistafamiglia.it](http://www.rivistafamiglia.it)

## IN EVIDENZA

■ **LIMITI ALLA NEGOZIALITÀ DEL DIRITTO AL MANTENIMENTO DEI FIGLI**

*Maria Novella Bugetti*

■ **IL RUOLO DEL NOTAIO IN MATERIA DI ARBITRATO FAMILIARE**

*Massimo Saraceno*

■ **SUGGERZIONE, CAPTAZIONE E FRAGILITÀ DEL TESTATORE**

*Angelo D'Onofrio*

**Parte I****Dottrina**

|  |     |
|--|-----|
| MARIA NOVELLA BUGETTI, Limiti alla negoziabilità del diritto al mantenimento dei figli.....»     | 135 |
| MASSIMO SARACENO, Il ruolo del notaio in materia di arbitrato familiare.....»                    | 149 |
| ROBERTA BENDINELLI, Il testatore fragile.....»   | 195 |
| RITA LA MANNA, Maternità surrogata: tra inerzia legislativa e incertezze giurisprudenziali.....» | 235 |

**Parte II****Giurisprudenza**

|  |     |
|--|-----|
| ANGELO D'ONOFRIO, Suggestione, captazione e fragilità del testatore<br>(nota a Trib. Monza, sez. IV, 15 febbraio 2023, n. 366).....» | 261 |
|--|-----|



# Maternità surrogata: tra inerzia legislativa e incertezze giurisprudenziali\*

**SOMMARIO:** 1. Il riconoscimento dei nati da maternità surrogata: una giurisprudenza «frammentata» tra etica e diritto. – 2. Dignità umana e principio di auto-determinazione: tutele e limiti. – 3. Le recenti sentenze della Corte d'appello di Milano e della Corte d'appello di Brescia. – 4. L'imperativo del *best interest of the child* nella maternità surrogata. – 5. La *stepchild adoption*: una soluzione insufficiente per proteggere i diritti umani.

*Surrogacy is gaining increasing space in the work of Italian jurisprudence. In particular, the problem of the recognition of the status filiationis (status of child) in the case of surrogate motherhood has returned to the centre of attention of the Courts, raising questions that are already familiar to the pre-trial debate and highlighting with increasing insistence the need for legislative intervention. Through the analysis of the most recent judgments of the Courts of Brescia, Milan and Padua, this paper seeks to highlight the 'fragmentary' nature that characterises the jurisprudence of merit, which is split not only geographically – in the absence of a single legislative framework - but also on a purely legal, ethical and moral level.*

## 1. Il riconoscimento dei nati da maternità surrogata: una giurisprudenza «frammentata» tra etica e diritto.

La protratta inerzia del legislatore in materia di omogenitorialità, soprattutto a seguito del riconoscimento delle unioni civili (l. n. 76/2016)<sup>1</sup>, continua ad alimentare il dibattito

\* Il presente contributo è stato sottoposto a doppia valutazione in forma anonima.

<sup>1</sup> L. 20 maggio 2016, n. 76, c.d. Legge Cirinnà, dal nome della senatrice Monica Cirinnà, prima firmataria del testo da cui ha preso il via il dibattito parlamentare.

pretorio che mette in discussione i principi ispiratori dell'ordinamento italiano ed invita ad una profonda riflessione su diritti, libertà e autodeterminazione.

Lo sviluppo di affinate tecniche di procreazione eterologa costituisce oggi una risposta al desiderio di genitorialità, da interpretarsi non già come riflesso di un mero egoismo, quanto piuttosto come un desiderio – o aspirazione – di diventare genitori, nel senso offerto dalle parole della Corte Costituzionale, ossia come «espressione della fondamentale e generale libertà [della coppia] di autodeterminarsi» riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.<sup>2</sup>. D'altro canto, non va trascurato che la procreazione costituisce una delle fondamentali dimensioni dell'esistenza umana, non soltanto come strumento attraverso cui soddisfare il bisogno individuale di esprimere la propria identità, ma anche come mezzo per rispondere all'interesse collettivo della sopravvivenza del gruppo sociale. Pertanto, la salvaguardia della vita e della dignità umana necessariamente implica il riconoscimento e la garanzia del libero esercizio della funzione procreativa per ogni individuo. Conseguentemente, non può ravvisarsi un'esigenza dello Stato così preminente da giustificare una limitazione del diritto di procreare o di diventare genitore<sup>3</sup>. Rivolgendo, invece, uno sguardo al diritto europeo, l'art. 8 CEDU, nella declinazione delle scelte sulla propria «vita privata», implica il rispetto senza interferenze della decisione di avere o non avere figli<sup>4</sup>. La dimensione della «vita familiare», invece, l'aspirazione alla genitorialità, specialmente ove essa si realizzi attraverso tecniche biomediche o strumenti giuridici come l'adozione, non ha di per sé carattere assoluto e deve necessariamente bilanciarsi con altri interessi, in primo luogo riferibili al nato<sup>5</sup>.

Già negli anni Cinquanta, in occasione di una decisione in materia di disconoscimento di paternità di un figlio nato in seguito a procreazione artificiale con seme di terzo donatore e con il consenso del marito della donna, è stata sottolineata l'importanza della genitorialità non derivante da un fattore biologico. In detta occasione, infatti, si sostenne che essa non costituisce altro che una componente del rapporto di unione tra l'uomo e la donna, in virtù del quale il nato viene ad individuare il soggetto legittimato ad acquisire il ruolo sociale e giuridico di genitore<sup>6</sup>. Già allora, dunque si delineava la possibilità di con-

<sup>2</sup> Corte cost., 14 luglio 2000, n. 332, in *CorteCostituzionale.it*. Posizione opposta è espressa da G. RECINTO, *Le "istruzioni per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità"*, in *Fam. dir.*, 2023, 430 ss., per il quale «Non v'è nel sistema normativo un paradigma genitoriale fondato unicamente sulla volontà degli adulti di essere genitori destinato a concorrere liberamente con quello naturalistico» e che «l'interesse del minore non può certo rappresentare un interesse tiranno rispetto alle altre situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute o protette, che costituiscono nel loro insieme espressione della dignità della persona».

<sup>3</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritti e giustizia*, Torino, 1992, 138.

<sup>4</sup> Corte EDU, GC, 22 gennaio 2008, *E.B. c/ Francia*; Corte EDU, GC, 10 aprile 2007, *Evans c/ UK*; Corte EDU, GC, 16 dicembre 2010, *A, B, C c/ Irlanda*; Corte EDU, 26 maggio 2011, *R. R. c/ Polonia*; Corte EDU, 30 ottobre 2012, *P. e S. c/ Polonia*.

<sup>5</sup> Circa l'adozione, Corte EDU, GC, 22 gennaio 2008, *E.B. c/ Francia*, esclude che l'art. 8 escluda che l'art. 8 possa garantire il diritto pieno a fondare una famiglia o ad adottare un minore; Corte EDU, 28 giugno 2007, *Wagner e J. M., W. L. c/ Lussemburgo*, afferma che in materia di adozione gli Stati godono di ampio margine di discrezionalità. Per un approfondimento del tema del diritto alla genitorialità attraverso le tecniche di procreazione assistita nello scenario europeo, v. C. SGROI, *Procreazione medicalmente assistita e gestazione per altri in Il diritto europeo e il giudice nazionale, II.1. La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale*, Milano, 2023, 644 ss.

<sup>6</sup> A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giur. it.*, 1957, 218; cfr. V. SGROI, *Riflessi sulla fecondazione artificiale*, in *Giust. civ.*, 1956, 1613.

siderare genitori coloro che si assumono la responsabilità di esserlo con tutto ciò che da questo deriva in termini di diritti e doveri, in quanto la scelta di avere un figlio si pone alla base della procreazione, costituendone un elemento determinante ed essenziale<sup>7</sup>. Storicamente, andava già ad insediarsi nel tessuto giuridico una nozione di genitorialità sganciata dalla presenza di dati di natura puramente biologica, per favorire una nuova interpretazione legata, piuttosto, ad un atto socialmente rilevante di assunzione di responsabilità.

Tuttavia, l'inquadramento dogmatico del diritto a procreare pone la difficoltà di definire se esso debba considerarsi un diritto di libertà ovvero un diritto di prestazione<sup>8</sup>. *Nulla quaestio* nel riconoscere il diritto di procreare come un diritto di libertà, una garanzia pre-sidiata dal divieto di ingerenza statale come confermato dalla citata pronuncia della Corte Costituzionale (n. 332/2000). Ancora deve accogliersi la prima soluzione, ove si consideri che «lo Stato assume [...] un dovere di astenersi, di lasciare che il cittadino compia indisturbato certe attività di cui mediante questi diritti gli si vuole assicurare il libero esercizio»<sup>9</sup>, salvo che il legislatore non ravvisi l'esigenza di bilanciare tali diritti con altri interessi o beni costituzionalmente protetti, in ogni caso senza intaccare il contenuto essenziale del diritto di libertà<sup>10</sup>.

Ciononostante, non bisogna trascurare la possibilità di un'interpretazione sistematica delle norme costituzionali in materia, attraverso la quale giustificare l'altra diversa impostazione che ricostruisce il diritto di procreare (anche) come diritto di prestazione. Occorre dunque tenere presente il dettato dell'art. 31 Cost., secondo cui «la Repubblica agevola con misure economiche ed altre provvidenze la formazione della famiglia». Se è riconosciuto il diritto a formare una famiglia, comprensivo anche del diritto a divenire genitori quale espressione della dimensione affettiva, il diritto di avere accesso a misure economiche e ad altre provvidenze dovrà ritenersi esteso altresì al diritto di procreare<sup>11</sup>. In questo senso, il diritto a diventare genitore può essere interpretato come diritto a prestazioni positive, ossia come diritto di pretendere quelle misure e quegli strumenti che ne assicurano l'effettiva realizzazione ed il concreto esercizio.

<sup>7</sup> G. FERRANDO, *Il "caso Cremona": autonomia e responsabilità nella procreazione*, in *Giur.it.*, 1994, 996 ss.

<sup>8</sup> Quanto alla ricostruzione del diritto alla genitorialità come diritto di prestazione, la proposta della dottrina è quella di leggere le libertà costituzionali secondo il paradigma della libertà «positive». Sul punto, v. A. ALBERTI, *La vita nella costituzione*, Napoli, 2021, 183 ss.; A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, 1975, 50; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 10; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 79 ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in N. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, 3 ss. e 47 ss.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, 12 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali*, Padova, 1990, 34 ss.

<sup>9</sup> P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, prefazione alla ristampa di F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze, 1946.

<sup>10</sup> Cfr. A. ALBERTI, *op. cit.*, 183.

<sup>11</sup> Procedendo al combinato disposto dell'art. 31 Cost. con il successivo art. 32 Cost., primo comma, nonché con l'art. 2 Cost., viene in rilievo il diritto costituzionale alla salute. Sicché, se l'incapacità a procreare è causata da una malattia fisica ovvero psichica, sarà compito dello Stato rimuovere gli ostacoli alla procreazione. In questo senso, le «altre provvidenze» (art. 31 Cost.) ricomprendono anche quelle di natura sanitaria.

Un altro tema che viene in rilievo è quello del riconoscimento del diritto alla genitorialità e, in particolare, se questo si configuri in capo alla coppia ovvero al singolo<sup>12</sup>. Parte della dottrina, ritiene possa individuarsi finanche una terza posizione: nella fase iniziale il diritto di procreare è della coppia, per poi diventare, dopo il concepimento, un diritto della donna<sup>13</sup>.

Ferme le posizioni dubbie in dottrina, maggiore certezza sembra essere stata raggiunta in merito alla impossibilità di assimilare il ruolo dell'uomo a quello della donna in materia di concepimento, anche ove questo avvenga attraverso tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA). Ebbene, come in materia di aborto il diritto alla salute della madre gestante attribuisce a quest'ultima una posizione di preminenza rispetto a quella del padre, allo stesso modo, nel caso di procreazione medicalmente assistita è la donna a scegliere se accogliere o meno l'impianto di embrioni *in vitro*. È chiaro dunque che, come sostenuto da dottrina maggioritaria, si registra una sostanziale asimmetria tra i sessi nella riproduzione<sup>14</sup>: mentre l'uomo è titolare, assieme alla donna, del diritto di formare una famiglia (e dunque di procreare, attraverso la donazione dei gameti), alla donna spetta il diritto di procreare e di ottenere assistenza e tutela nelle fasi successive all'impianto dell'embrione, anche esercitando il diritto a rifiutare l'impianto a tutela della propria salute<sup>15</sup>.

La disciplina vigente solleva comunque numerosi quesiti: le questioni poste sono, in buona parte, quelle tipiche dell'incidenza delle tecnologie nella sfera dei diritti individuali<sup>16</sup>. Ricorrono infatti problematiche che vanno ben oltre l'ambito della regolamentazione giuridica, posto che il legislatore è ben consapevole dei limiti del suo intervento e, pertanto, di non poter incontrare un assoluto consenso da parte della società. Soprattutto, ove si ponga mente alla circostanza che si tratta di materie contenenti elementi di libertà e responsabilità che si incontrano ed intrecciano fra loro, e non riescono ad essere costretti nel quadro rigido dell'ordinamento<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> A favore della prima posizione, si pongono A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1996, 192 ss.; M. OLIVETTI, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, in *Guida al dir.*, n. 3/2004, 51; A. PACE, *op. ult. cit.*

<sup>13</sup> Cfr. A. ALBERTI, *op. cit.*, 185 ss. Tuttavia, altra parte della dottrina ha criticato la tesi in esame evidenziando che essa non solo risulta priva di agganci nel testo costituzionale [per la critica, v. A. RUGGIERI, "Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sanati) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota "a prima lettura" di Corte Cost. nn. 45-49 del 2005)", online al link [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 1 ss.], ma anche che l'art. 30, prima comma, Cost. tutela espressamente i figli nati fuori dal matrimonio, i quali verrebbero fatti rientrare – a giudizio di detto orientamento – nell'area affettiva e procreativa di un singolo genitore (sul punto v. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Certezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 155). Inoltre, si è replicato che così come la donna, anche se coniugata, è la sola titolare del diritto di interrompere la gravidanza, analogamente il diritto a procreare non può che avere natura personale (così P. VERONESI, *op. cit.*; ma anche F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celsio*, Padova, 1995, 513).

<sup>14</sup> B. PEZZINI, *Il corpo della differenza: una questione costituzionale nella prospettiva dell'analisi di genere*, in *Rivista di BioDiritto*, 2019, 622.

<sup>15</sup> Cfr. A. ALBERTI, *op. cit.*

<sup>16</sup> Per un approfondimento sul tema delle incidenze delle nuove tecnologiche nelle legislazioni europee, v. S. PERRINO, *Gli statuti giuridici degli embrioni umani*, Pisa, 2024, 15 ss.

<sup>17</sup> S. RODOTÀ, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, 139 ss.

Basti pensare che nel complesso dibattito relativo alle nuove tecnologie procreative, la maternità surrogata agita anche il movimento femminista che assume posizioni divergenti<sup>18</sup>. Il tema della maternità surrogata, infatti, è quello che, nell'ambito delle problematiche legate alle tecniche di procreazione, mette più in discussione il concetto di maternità e frammenta tanto la relazione madre - figlio quanto il rapporto gestazionale<sup>19</sup>. Se da un lato, la maternità per sostituzione diviene uno strumento attraverso cui riconoscere all'autodeterminazione femminile margini ancora più ampi di esplicazione – si pensi alla donazione di ovuli, alla messa a disposizione dell'utero, alla cooperazione e solidarietà femminile, alle nuove forme di maternità – dall'altro, vi è chi ravvisa in tali tecniche il pericolo della «deflagrazione» della maternità e di una «parcellizzazione» del corpo femminile, destinato addirittura ad essere considerato pura materia manipolabile<sup>20</sup>.

Ulteriori profili critici si inseriscono nella relazione tra madre e figlio, invitando ad una riflessione sul concetto di maternità e sulla individuazione di chi debba considerarsi madre, una volta che si sia fatto ricorso alla maternità surrogata. L'interrogativo deve necessariamente confrontarsi con il principio «*mater est quam gestatio demonstrat*», il quale, applicato alle tecniche di PMA, ricondurrebbe alla maternità della donna che abbia prestato il proprio utero per la gestazione. Tuttavia, si impone una lettura dell'antico brocardo alla luce dei nuovi strumenti procreativi: vi è, infatti, chi ritiene che detto principio debba essere temperato con altri vigenti nel nostro ordinamento, e, in particolare con quello del *best interest of the child*, e chi, invece, ritiene che esso costituisca l'unica forma di tutela per la madre e pertanto appare fondamentale mantenerlo saldo a protezione dei diritti della madre. Sulla stessa scia, anche il celebre brocardo «*mater semper certa est*» è considerato da numerose «femministe» come conferma del diritto della madre gestante di tenere con sé il figlio partorito, altresì inteso come protezione dalla rivendicazione di un uomo o di un'altra donna di considerare i figli come propri sulla base di un mero progetto procreativo: esso, dunque, assurgerebbe a vero e proprio presidio della posizione della donna nel diritto di famiglia<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, 17 ss. Per una più ampia letteratura del pensiero femminista sul tema, v. anche J. BRIDGEMAN, S. MILLNS, *Feminist perspectives on law. Law's engagement with the female body*, Londra, 1998, 108 ss.; M. STANWORTH, *Reproductive technologies and the deconstruction of the motherhood*, in M. STANWORTH, *Reproductive technologies: Gender, Motherhood and Medicine*, Cambridge, 1987, 10 ss.; D. MORGAN, *Framework of analysis of feminisms' accounts of reproductive technology*, in S. SHELDON e M. THOMSON, *Feminist perspectives on health law*, Londra, 1998, 189 ss. Con riferimento al pensiero femminista italiano, v. Atti Camera dei Deputati - Gruppo progressisti Federativo, *Il potere di generare. Il limite della legge. Ordine e norme per la riproduzione assistita*, Roma, 8 maggio 1995; M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *Leclissi della madre. Fecondazione artificiale. Tecniche, fantasie e norme*, Milano, 1998; L. BATTAGLIA, *Il punto di vista delle donne nelle pratiche di procreazione assistita*, in P. CATTORINI (a cura di), *Procreazione assistita e tutela del figlio*, Milano, 1996, 13 s.; F. PIZZINI, *Maternità in laboratorio*, Torino, 1992, 119 ss.

<sup>19</sup> Si fa interamente riferimento a I. CORTI, *op. cit.*, nota n. 47, dove si legge che sulla donazione di ovuli le opinioni sono diverse. Secondo il *Warnock Report* la donazione di ovuli è equiparabile alla donazione di seme maschile e pertanto «quando una donna dona un ovulo deve essere trattata in modo assolutamente uguale ad un donatore maschio: essa non deve pertanto essere ritenuta portatrice di diritti e di doveri nei confronti dell'essere sviluppatosi dall'ovulo».

<sup>20</sup> I. CORTI, *op. cit.*, 18.

<sup>21</sup> D. MORGAN, *op. cit.*, 57.



In ogni caso, va considerato che l'avanzamento delle tecniche procreative apre la strada a nuovi concetti di maternità, paternità e genitorialità responsabile, che trovano ragione e legame in una più ampia accezione di libertà procreativa.

In questo contesto, preme sottolineare che, nonostante il diffondersi di una sensibilità sociale sempre più attenta al tema delle coppie *same sex*, il quadro giuridico italiano sembra essersi paralizzato all'ingresso del nuovo istituto delle unioni civili, confinando l'omogenitorialità nella piena anomia. Un arresto paradossale posto che tale sviluppo riflette istanze di diritti e libertà, per le quali, come scrive Rodotà, «il diritto deve essere pronto a lasciare il posto al non diritto»<sup>22</sup> quando esso si trova di fronte alla vita di cui l'amore è parte. Pertanto, appare ragionevole l'ammonimento della Corte Costituzionale al legislatore di «farsi carico di colmare tale lacuna», ritenendo indifferibile la previsione di un rimedio idoneo che garantisca la tutela del minore<sup>23</sup>.

Si assiste al contraddittorio atteggiamento del legislatore che, da un lato, si apre al riconoscimento delle unioni civili, dall'altro vieta la maternità surrogata – quale tecnica di fecondazione eterologa – configurandola addirittura come reato ed impedendo alle coppie *same sex* di esprimere la propria dimensione affettiva e di accedere a quegli strumenti attraverso cui la genitorialità<sup>24</sup>, quale riflesso di detta unione, viene a spiegarsi. Sembra lontana una consapevole apertura del nostro ordinamento alla luce delle indicazioni della dottrina che, mostratasi assai sensibile alle questioni biogiuridiche, ha da subito messo in luce come non vi siano ragioni per imporre un divieto assoluto di maternità surrogata, in particolare quando si ravvisa nella gestazione per altri l'espressione di principi di diritto caratterizzati da ispirazioni solidaristiche<sup>25</sup>.

L'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 sanziona penalmente chiunque, in qualsiasi forma, realizza – o pubblicizza – la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità. La Corte Costituzionale – seguita da ripetute decisioni delle Sezioni Unite della Cassazione – ha ravvisato nella gestazione per altri (GPA) «un'offesa intollerabile alla dignità della donna, che mina nel profondo le relazioni umane»<sup>26</sup>. Ad avviso della Corte, gli accordi di maternità surrogata implicano un rischio di sfruttamento molto più accentuato nelle donne che versano in condizioni sociali ed economiche svantaggiate, le quali

<sup>22</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto d'amore*, Roma, 2015, 1.

<sup>23</sup> Corte Cost., 28 gennaio 2021, n. 33, in *G.U.* n. 10/2021.

<sup>24</sup> Il divieto è espresso all'art. 12, l. n. 40/2004, eccettuando le ipotesi di cui all'art. 5 della disposizione ove si ammettono alla procreazione medicalmente assistita le sole coppie composte da soggetti maggiorenni di sesso diverso, coniugati o conviventi, in età potenzialmente fertile ed entrambi viventi, affetti da una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute o irreversibili. Per l'ipotesi eccezzuativa, v. Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.* 2014, 1062 ss.

<sup>25</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, spec. 277 ss.; P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009, 205 ss.

<sup>26</sup> Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corr. giur.* 2018, 540 ss.; con nota di A. GORGONI, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis*, 540 ss. e commento di U. SALANITRO, *Azioni di Stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, p. 552 ss.; in *Corr. giur.*, 2018, 446 ss., con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento ed interesse del minore*; in *Giur. it.*, 2018, 1830 ss. con nota di E. FALLETTI, *Il riconoscimento in Italia dello status di figlio nato da surrogacy straniera*.

verrebbero pertanto influenzate nella scelta di intraprendere un percorso di maternità per conto di altri<sup>27</sup>.

Sotto questo punto di vista, è purtroppo da considerare che la realtà sociale denuncia uno sfruttamento di donne appartenenti a classi sociali ed economiche diverse e, attualmente, sembra indirizzarsi verso donne povere, senza lavoro o, comunque, beneficiarie dell'assistenza pubblica (circa il 40% delle prestanti il proprio consenso)<sup>28</sup>.

Il divieto sopra indicato ha condotto a quel fenomeno che taluni studiosi hanno definito «turismo procreativo»<sup>29</sup>, formula che vuole indicare il progetto, prevalentemente di soggetti che versano in «un'adeguata disponibilità economica, di ricorrere alla surrogazione di maternità nei Paesi che hanno regolamentato e consentito questa tecnica di procreazione»<sup>30</sup>. Premesso che gli accordi vengono legittimamente conclusi all'estero, profili problematici concernono l'ingresso nel nostro ordinamento del provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra il nato in seguito a maternità surrogata e il genitore d'intenzione. Infatti, l'ordinamento giuridico deve garantire, effettivamente e nel tempo più breve possibile, al di là del contesto familiare, etero-omo affettivo, il diritto alla bigenitorialità anche al nato da maternità surrogata<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *Fam. dir.*, 2021, 677 ss. Va tuttavia precisato che l'argomentazione della Corte, così posta, sembrerebbe perimetrare il divieto alle sole donne che versino in condizioni di vulnerabilità, escludendo di riflesso tutte quelle che non si trovino in tale stato al fine di ostacolare che la pratica sia condotta per ragioni puramente commerciali.

<sup>28</sup> Trasportando detti parametri al di fuori della nostra nazione, uno scenario piuttosto preoccupante sembrerebbe descriversi in Russia e in Ucraina, dove la tecnica della GPA è considerata legale anche per finalità economiche. È in questo panorama che il fattore della vulnerabilità allarma gli studiosi, ponendo mente che le donne lì stabilite sono esposte ad uno stato di vulnerabilità economico e psicologico ancora più elevato all'indomani del conflitto che vede protagoniste le due nazioni. Sul tema, v. anche le osservazioni critiche poste da V. GARRAFA, *Usi e Abusi del corpo umano*, in S. RODOTÀ, *Questioni di bioetica*, Roma-Bari 1999; v. anche G. BERLINGUER, *Il corpo come merce o come valore*, Milano, 1997, 74. Per un confronto con la letteratura internazionale sul tema, Law Reform Commission of Canada, 1992, c. Surrogacy, Working Paper; no. 65. RG133.5.L.38, 1992; M.J. RADIN, *Market Inalienability*, in *Harvard Law Rev.*, 1987, 1849.

<sup>29</sup> Cfr. M. SESTA, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 392; I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *Genlus*, n. 2/2017, 20 ss.; M. DI MASI, *La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale*, in *Minori giust.*, n. 1/2017, 41 ss. In realtà, la formula utilizzata dall'Autore presagisce un fenomeno molto frequente nella realtà, dove si osserva che, in base all'elemento della «disponibilità economica», viene a descriversi una preferenza delle mete dove eseguire la pratica (legalmente) in base ai costi previsti per la sua esecuzione. Pertanto si passa da Paesi in cui si registra un turismo procreativo *low cost* (è il caso dell'Ucraina), a quelli in cui le spese sono decisamente più elevate, come ad esempio negli Stati Uniti d'America (v. le indagini condotte da *GlobalSurrocracy* - Agenzia internazionale di maternità surrogata). Tuttavia, occorre precisare che la regolamentazione legislativa della *surrogacy* è espressione di un favorevole consenso a tale tecnica, benché sia frequente che tale scelta sia alimentata da interessi economici opportunistici perseguiti dallo Stato, nel senso di inserire la maternità surrogata nella logica di un mercato virtuoso.

<sup>30</sup> Cass. civ., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

<sup>31</sup> Sul tema della GPA, i precedenti di riferimento sono costituiti dalla pronunce gemelle *Mennesson c/ Francia* e *Labassee c/ Francia* del 26 giugno 2014. Nei casi citati, le parti ricorrevano per la violazione delle garanzie convenzionali per il rifiuto della trascrizione da parte delle autorità nazionali degli atti di nascita di minori nati all'estero attraverso la tecnica della maternità surrogata, in fattispecie in cui esisteva una relazione biologica soltanto con il padre e non con la madre c.d. sociale. La decisione della Corte EDU si è sviluppata lungo una traiettoria volta a diramare le posizioni coinvolte: 1) volgendo uno sguardo alla posizione dei genitori, escludendo che il diniego di trascrizione integrasse una violazione dell'art. 8 CEDU ed alla stregua del margine dell'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati membri dell'Unione in materia di GPA; 2) con riferimento alla posizione del minore, l'impossibilità di costituire una relazione giuridica tra questo e il genitore biologico è stata considerata dalla Corte una ingerenza sproporzionata, stante l'esclusione dei diritti relativi allo *status filiationis* anche nei riguardi del genitore con cui sussiste il legame biologico. La Corte EDU ha ravvisato la violazione dell'art. 8 CEDU solo in relazione alla posizione del minore, in quanto il mancato riconoscimento

Si osserva dunque come il dibattito giuridico si sia modificato e non concerne più la vincolatività o meno dei contratti di *surrogacy* (in Italia sono nulli perché contrari alla legge), quanto l'attribuzione della responsabilità genitoriale «intenzionale» al soggetto che non ha contribuito biologicamente alla nascita del minore<sup>32</sup>.

## 2. Dignità umana e principio di autodeterminazione: tutele e limiti.

La l. n. 40/2004, limitandosi a punire la maternità surrogata, lascia aperti diversi profili problematici. Tra questi, assume particolare rilevanza la questione circa l'individuazione di strumenti giuridici che consentano di estendere il rapporto di filiazione con il genitore intenzionale, dal momento in cui l'unico vincolo giuridico trascrivibile nei registri di stato civile italiani è quello puramente biologico, relativo al rapporto intercorrente tra il nato da maternità surrogata ed il membro della coppia che ha fornito il proprio contributo genetico<sup>33</sup>. La trascrizione di tali atti di nascita, infatti, è considerata contraria all'ordine pubblico internazionale<sup>34</sup>, con l'obiettivo di tutelare i contrapposti interessi che vengono in rilievo in questa materia: da un lato, l'esigenza di proteggere la dignità umana e stigmatizzare l'utilizzo del corpo della donna per funzioni procreative, dall'altro tutelare la posizione dei bambini esposti ad una pratica che determina incertezze sul loro *status* di figlio e, quindi, sulla loro identità sociale.

Sebbene il perseguimento di detti obiettivi costituisca il riflesso immediato del riconoscimento dei principi ispiratori dell'ordinamento giuridico italiano, non va trascurato che

---

del legame giuridico tra il minore e la coppia non limita i proprie effetti ai *partners*, quanto piuttosto la sfera giuridica del minore, incidendo sulla vita e sulla identità di questi. Così viene specificato dalla Grande Camera della Corte EDU nel parere consultivo, ex Protocollo 16, P16-2018-001 del 10 aprile 2019. Tale principio, in ogni caso, non deve considerarsi scalfito dalle successive pronunce della stessa Corte in materia di GPA, in casi in cui l'Italia è figurata come parte, nelle quali la *Cour* ha riconosciuto la adozione in casi particolari come idoneo strumento a tutelare la vita privata e familiare del minore. Tuttavia i presupposti all'adozione in casi particolari individuati nella l. n. 183/1984 non solo risultano molto rigorosi ma questi, se pur soddisfatti, vengono a combinarsi con le note lungaggini del procedimento di adozione, scoraggiando così il ricorso a tale strumento. Sul tema, v. C. SGROI, *Procreazione medicalmente assistita e gestazione per altri in Il diritto europeo e il giudice nazionale, II.1. La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale*, Milano, 2023, 647 ss.

<sup>32</sup> I dati demografici offerti dalle indagini ISTAT hanno mostrato la creazione di un vero e proprio circolo virtuoso, per il quale i cambiamenti demografici, impattando sul tessuto sociale, vengono ad incidere sulla cellula famiglia, venendo a mutarne i connotati classici. Allo stesso modo, i cambiamenti riscontrati nel nucleo familiare generano nuovi paradigmi scientifici e culturali, alimentando così gli input delle indagini demografiche. L'emersione dei nuovi modelli familiari ha soprattutto condotto all'affermarsi, negli ultimi decenni, di un vero e proprio *tertium genus* di famiglia, in cui non i dati biologici ma l'autodeterminazione, l'auto-responsabilità e l'interesse preminente del minore divengono canoni indispensabili ed inderogabili per la determinazione della genitorialità (cfr. M. DI MASI, *Spunti critici in tema di gpa e minori*, 160, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2023, Napoli).

<sup>33</sup> Cfr. R. DEL GIUDICE e M. ZOLLO, *Le famiglie "arcobaleno" e i diritti dei figli minori: storia di una profonda trasformazione della società e del diritto* in *L'osservatorio sul diritto di famiglia. Dir. e proc.*, n. 2/2023, 25 ss.

<sup>34</sup> Cass. civ., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Altalex*, 2019, 740, con commento di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, 737 ss.; in *Fam. dir.*, 2019, 753, con note di G. FERRANDO, M. DOGLIOTTI; in *Familia*, 2019, 369, con nota di M. BIANCA. V. anche Cass. civ., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

le modalità con cui tale tutela si concretizza sono connotate da posizioni aprioristiche assunte dal nostro legislatore. Ad esempio, avrebbe dovuto anzitutto essere chiarito il significato di «dignità umana», ancor prima di «surrogarsi» alla morale del singolo e definire, in maniera netta, quali condotte contrastano con essa. Tale riflessione appare necessaria, soprattutto, ove si ponga mente al fatto che il potere di autodeterminazione – altresì nell’accezione di disposizione del proprio corpo – non necessariamente determina una lesione della dignità personale.

All’inizio degli anni Settanta, i primi sviluppi delle tecnologie riproduttive, stimolavano molte donne giuriste, di stampo «femminista», ad interrogarsi sul fatto se le nascenti tecniche costituissero strumenti liberatori o nuovi metodi di controllo della società patriarcale<sup>35</sup>. In particolare, ci si chiedeva se la riproduzione artificiale permettesse ad ogni donna di affrancarsi dal peso della maternità biologica, interpretata come fonte originaria della oppressione femminile. Tale opinione, molto diffusa nel pensiero femminista, considerava le nuove tecniche riproduttive come riflesso di una rivoluzione biologica<sup>36</sup>: in questo senso, contraccezione, aborto e riproduzione artificiale costituivano valide armi per il raggiungimento dello stato di liberazione delle donne soprattutto quando l’acquisizione del «potere» materno provenisse da donne *single*<sup>37</sup>. Coerente con questa corrente di pensiero, è certamente quella che eleva la maternità ad elemento basilare della cultura patriarcale e ritiene pertanto opportuno che le donne rivendichino il proprio controllo: in questa chiave, non è la disegualianza tra uomo e donna a dover essere superata ma una visione della società che spoglia le donne del proprio potere e valore anche in qualità di madri.

Orientamento di segno opposto è chiaramente quello che ravvisa nella fecondazione *in vitro* una forma di sfruttamento e mercificazione del corpo della donna, sottoposta così non soltanto al potere del compagno ma anche al potere medico. In questa diversa lettura, le correnti femministe considerano le tecniche di procreazione eterologa come un ulteriore passo della guerra patriarcale contro le donne, qualificando quelle impossibilitate a

<sup>35</sup> Cfr. F. PIZZINI, *Le nuove tecnologie riproduttive. Un confronto internazionale*, 1988, in *Memoria. Rivista di storia delle donne* n. 23, 119. L’Autrice assume un atteggiamento molto critico nei confronti del mondo medico, percepito come espressione di un potere maschile e come settore strettamente legato alla politica. In particolare, si evidenzia un rapporto carente tra il mondo scientifico e le donne, trascurando un’attenta analisi delle cause psicologiche e delle pressioni sociali che portano le donne sterili a rivolgersi ai professionisti delle tecniche di procreazione assistita (NTP) e a instaurare con loro una sorta di complicità, rendendole invece inconsapevoli delle violenze che possono derivarne.

<sup>36</sup> Secondo la tesi di S. FIRESTONE, *The Dialectic of Sex*, London 1971, 6 ss., il patriarcato trova origine nella differenza biologica di sessi e nella considerazione, storicamente tramandata, della strumentalità della donna a fini produttivi. L’A. rielabora in chiave femminista la teoria del materialismo storico di Marx e Engels e sostiene che la distinzione di classe originale è quella tra uomini e donne (c.d. the sex class) e di conseguenza sono i rapporti basati sulla riproduzione, piuttosto che quelli sulla produzione, ad essere la forza di comando nella storia. La ragione della disegualianza tra uomo e donna ha natura strettamente biologica (e non economica) ed origina non già dalla differenza di sesso in quanto tale ma dal diverso ruolo riproduttivo che conduce «to the first division of labor at the origins of class, as well as furnishing the paradigm of caste discrimination based on biological characteristics». Pertanto, le donne per raggiungere uno stato di liberazione, devono appropriarsi del controllo dei mezzi di riproduzione e, dunque, della tecnologia.

<sup>37</sup> V.H.E. BABER, *For the Legitimacy of Surrogate Contracts*, in H.B. RICHARDSON, *On the Problem of Surrogate Parenthood: Analyzing the Baby M. Case*, New York, 1987, 31 ss.

procreare come prive di uno scopo essenziale al loro essere nella società<sup>38</sup>. In conclusione, secondo questa teoria critica, un sistema di eccessiva medicalizzazione della procreazione, resa ancora più incidente e penetrante dalle nuove tecnologie, segna un controllo maggiore sul corpo e quindi sulla vita delle donne, limitandone l'autonomia<sup>39</sup>.

Tuttavia, il timore di un controllo sull'autonomia della donna può essere agevolmente superato ove si ponga mente alla circostanza che le nuove tecniche di riproduzione offrono indubbe possibilità di scelta e di realizzazione che possono essere espresse attraverso un consenso informato e validamente assunto.

Le diverse ideologie diffuse in materia di biodiritto non sembrano trovare un punto di convergenza: il conflitto tra le pretese della ragione e l'imposizione della legge può suscitare gravi tensioni nella coscienza individuale e nell'intera società, portando alla disapplicazione episodica o diffusa della legge. Come illustra Pietro Rescigno, viene a porsi lo storico conflitto tra il valore della certezza e il valore della giustizia, per rimediare al quale si pone l'esigenza che l'interprete, prima di rifiutare una norma in contrasto con le proprie convinzioni morali, conduca un'analisi dettagliata della disposizione all'interno dell'intero ordinamento in cui si inserisce, procedendo alla disapplicazione solo nell'ipotesi di conflitto con il sistema giuridico di riferimento<sup>40</sup>.

Se, infatti, per Kelsen «Il dover essere, la norma, è il senso di un volere, di un atto di volontà e se la norma è un precetto, un comando, nel senso di un atto diretto al comportamento di altri, e cioè di un atto secondo cui un altro soggetto (o altri soggetti) deve (o debbono) comportarsi in un certo modo»<sup>41</sup>, opposta è la posizione di Ross, per il quale: «Non vi è legislatore nel campo della moralità o della convenzione, quindi non vi è neanche un giudice. Ogni individuo decide da sé cosa considerare morale o conveniente»<sup>42</sup>.

Al riguardo rilevano le parole della Corte Costituzionale, la quale ha affermato che «In un ordinamento democratico e pluralista la libertà di disporre della propria sessualità non potrebbe spingersi, in effetti, sino al punto di incidere sulla stessa dignità della persona umana. Né sarebbe condivisibile la distinzione tra la dignità in senso oggettivo – intesa come un qualcosa di esterno alla volontà del soggetto e derivante da parametri di tipo sociale e morale desumibili dall'opinione collettiva o dalle norme di cultura di una certa società – e la dignità in senso soggettivo, in base alla quale ciascuna persona capace di

<sup>38</sup> G. COREA, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial womb*, New York, 1985, 172, 173; M. BRAZIER, *Reproductive Rights: Feminism or Patriarchy*, in *Medical law review*, nr. 7, 1999, 76.

<sup>39</sup> In tal senso, v. M.L. BOCCIA, G. ZUFFA del gruppo lavoro CRS «*La legge e il corpo*», presentato in occasione del convegno «*Il potere di generare. Il limite della legge. Ordine e norme per le tecnologie della riproduzione assistita*», Roma, 8 maggio 1995.

<sup>40</sup> P. RESCIGNO, *Diritto privato italiano*<sup>7</sup>, 1986, Napoli, 12, più precisamente: «L'interprete, prima di rifiutare una norma ripugnante le sue convinzioni morali, compia sempre un'indagine larga e profonda, fino alle radici dell'ordinamento, arrivando alla disapplicazione e motivandola solamente quando ravvisi l'incoerenza di quella singola previsione con l'intero sistema in cui si inserisce».

<sup>41</sup> H. KELSEN, *La teoria generale delle norme*, Vienna, 1979, 4. Occorre precisare che l'Autore, pur riconoscendo l'influenza dei principi morali, etici e politici sulla produzione di norme giuridiche, al contempo argina questi stessi principi ribadendo che essi vanno nettamente distinti dalle norme giuridiche, in quanto essi, pur potendo diventare principi giuridici, non diventano diritto.

<sup>42</sup> A. ROSS, *On law and Justice*, trad. it. *Dir. e giust.*, Torino, 1990, 59.

autodeterminarsi avrebbe un «suo» concetto di dignità, diverso da soggetto a soggetto. Alla luce della posizione di preminenza che la dignità assume fra i beni protetti dalla Costituzione, sarebbe più corretto ritenere che si tratti di un valore oggettivo e inderogabile da preservare<sup>43</sup>.

Ciononostante, la giurisprudenza è risultata piuttosto altalenante nel definire il bilanciamento tra i due principi, mostrando talvolta un atteggiamento restrittivo, altre volte più flessibile nell'interpretazione del concetto di dignità umana e dell'espressione «vivere dignitosamente»<sup>44</sup>.

La suddetta riflessione, traslata in materia di maternità surrogata, ha condotto al risultato che anche la giurisprudenza della Suprema Corte ha confermato il dettato legislativo: in mancanza di qualsivoglia legame biologico, non è possibile nel nostro ordinamento riconoscere giuridicamente il legame intercorrente tra il minore e il genitore intenzionale; né potrebbe addivenirsi a questo risultato mediante la trascrizione nei registri di stato civile dell'atto di nascita emesso all'estero, essendo la maternità surrogata considerata contraria all'ordine pubblico internazionale<sup>45</sup>.

Ancora più netta, la posizione espressa dal giudice costituzionale, perentoria nel negare *tout court* l'accesso alla pratica della maternità surrogata, soprattutto alla luce di una comparazione con le legislazioni europee ed internazionali che anche hanno mirato alla tutela della dignità della donna nella *surrogacy*.

Guardando all'esperienza anglosassone, infatti, la regolamentazione della pratica attraverso il c.d. *Surrogacy Agreement Act* (1985) ha consentito di introdurre la maternità surrogata disciplinandola con apposite cautele, poste a garanzia della dignità della donna. Si prevede, infatti, che la maternità giuridica sia attribuita alla madre gestazionale, salva l'ipotesi di rinuncia e contestuale disponibilità dei genitori intenzionali di procedere al c.d. *parental order*. Inoltre, la madre surrogata non può rinunciare alla maternità giuridica prima di sei settimane dopo il parto («lasso di tempo funzionale ad un periodo di riflessione»), sicché il trasferimento della genitorialità in capo ai genitori committenti è subordinata ad una valutazione responsabile di tutte le parti ed è dichiarata *ex post* dal giudice. Una disciplina che, pur riconoscendo le istanze di tutela della madre surrogata, interpreta la

<sup>43</sup> Corte Cost., 22 novembre 2019, n. 242, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>44</sup> R. Bin, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *Rivista di biodiritto*, 2019, in <https://teseo.unitn.it/biolaw/article/view/1388>. Sul tema, l'A. confronta l'atteggiamento della Corte Costituzionale tenuto in occasione, da un lato, del c.d. Caso Cappato (v. la sentenza Cappato, n. 242 del 22 novembre 2019), dall'altro in materia di prostituzione (v. sentenza n. 141 del 7 giugno 2019). Nel primo caso, infatti, la Consulta ha inteso la «personale visione della volontà del morire» come «limite alle scelte legislative» e ha valutato la dignità umana come valore intrinseco alla autodeterminazione, nocciolo duro dell'identità personale. Nel secondo, invece, la Corte Costituzionale ha legittimato l'attività di prostituzione invitando il legislatore a superare i personali apprezzamenti morali, così da scongiurare il pericolo che dietro l'apposizione di un divieto possano annidarsi «paternalismi morali» contrari ad un ordinamento democratico.

<sup>45</sup> Cass. civ., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Fam. dir.*, 2021, 992.



scelta di «prestare l'utero in affitto»<sup>46</sup> come un atto di amore e solidarietà nei confronti di coppie, omo o etero affettive, impossibilitate a procreare.

Certo è che la disciplina inglese limita la *surrogacy* alle sole ipotesi di maternità surrogata a titolo gratuito, in modo da scongiurare il pericolo di accordi di maternità e, di conseguenza, pratiche di maternità surrogata a fini commerciali.

La distinzione tra maternità surrogata a titolo oneroso o gratuito rileva in misura particolare in riferimento al problema della «mercificazione del corpo della donna» che effettua la surrogazione di maternità, posto che tale rischio diviene certamente più elevato nell'ipotesi in cui si acceda alla tecnica procreativa per ragioni puramente economiche. In questo senso, alla lesione della dignità della donna si collegherebbe l'ulteriore rilievo della immoralità del fatto che persone trattino altri esseri umani come semplici mezzi per raggiungere i propri scopi<sup>47</sup>.

Sul tema, la commissione Warnock si è espressa affermando che il solo pericolo di sfruttamento di una persona nei confronti dell'altra configura una situazione di disvalore per la quale ogni beneficio, eventualmente correlato, non può dirsi preminente o sufficiente. La circostanza che gli esseri umani possano reciprocamente trattarsi come mezzi per raggiungere i propri fini è, secondo la Commissione, immorale in ogni caso e, in misura ancor più considerevole, quando sono presenti interessi economici<sup>48</sup>. Da altro punto di vista, invece, si sostiene che il pagamento – o meglio un equo pagamento – determinerebbe uno sfruttamento minore rispetto a quello che verrebbe a descriversi in mancanza di ogni corrispettivo<sup>49</sup>.

Tuttavia, se parte della dottrina ritiene che l'elemento della gratuità sia essenziale per negare il contrasto con l'ordine pubblico internazionale poiché esso escluderebbe la «mercificazione» del corpo della donna<sup>50</sup>, altro orientamento, invece, sostiene che l'introduzione di un trattamento che distingua il minore nato da maternità surrogata «mercificata» da quello nato da maternità surrogata «oblativa» determinerebbe un'inammissibile disparità di

<sup>46</sup> L'espressione può suscitare alcune perplessità. Se, infatti, la locuzione «utero in affitto», richiama immediatamente l'idea di una pratica di commercializzazione del corpo femminile, tra i significati del verbo «prestare» si legge «dare, accordare, o porgere, offrire», dunque, rievocare scopi e principi solidaristici o gratuiti. L'espressione, così combinata, sembrerebbe quasi comporre un ossimoro. Eppure, ad avviso di chi scrive, il frequente utilizzo della stessa nei dibattiti in tema di *surrogacy*, è teso ad un'immagine onnicomprensiva dell'istituto, sì da ricomprendervi tanto le ipotesi di maternità surrogata a titolo oneroso (richiamata dall'espressione «in affitto»), quanto quelle a titolo oneroso («prestare»).

<sup>47</sup> Si pensi alla lettura offerta da M. FREEMAN, *Is surrogacy exploitative?*, Chelmsford, 1989, 170. L' A. sostiene che la libera disposizione del proprio corpo sia un diritto centrale nel diritto di libertà. In questo senso, la madre surrogata ha il diritto di usare il proprio corpo per dare alla luce il bambino di un altro; negarle tale decisione significherebbe violare il suo diritto di essere libera. D'altro canto, un eccessivo ricorso a tale tecnica, giustificato anche da ragioni puramente economiche, esporrebbe un «serious risk of commercial exploitation».

<sup>48</sup> Warnock Report, 1989, punto 8:10, in *Publications.parliament.uk*.

<sup>49</sup> Sul punto, cfr. *Brazier Report*, 1998, online al link [Nationalarchives.gov.uk](http://Nationalarchives.gov.uk); v. anche C. LABRUSSE RIOU, *La procreazione artificiale, una sfida per il diritto*, in *Memoria, Rivista di storia delle donne*, 1989, n. 26, 31.

<sup>50</sup> S. PATTI, M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata. Riflessioni a confronto*, in *Familia*, 2022, p. 1 ss.; M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e "riforma" dell'adozione "piena". Dove va la Corte Costituzionale? (Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n.230)*, in *Fam. dir.*, 2022, 437 ss.; U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 108, n. 4, II, 55 ss.; A. ALBERTI, *op. cit.*, 224 ss.

trattamento sulla base delle modalità della nascita, in contrasto con gli artt. 8 CEDU e 8 e 9 Convenzione di New York<sup>51</sup>.

Ciononostante, la Corte Costituzionale ha mostrato un certo atteggiamento di apertura: infatti, pur segnalando l'esigenza di un intervento del legislatore, la Consulta non ha ritenuto necessario procedere ad una distinzione tra le due ipotesi di maternità surrogata, argomentando che «non sarebbe consentito al giudice, in sede di interpretazione, escludere la lesività della dignità della persona umana, e con essa, il contrasto con l'ordine pubblico internazionale, là dove la pratica della surrogazione della maternità sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino»<sup>52</sup>.

### 3. Le sentenze della Corte d'appello di Milano e della Corte d'appello di Brescia.

L'atteggiamento della Corte Costituzionale ha confermato l'incertezza in cui versa il Giudice delle leggi che, da un lato, continua ad ostacolare il riconoscimento della GPA nel nostro ordinamento, ma, dall'altro, si preoccupa di bilanciare le proprie posizioni ostative alla posizione del minore nato da maternità surrogata. In particolare, la Corte ha sottolineato che, per garantire la tutela del *best interest* del minore, è necessario che il legislatore riconosca il legame con il genitore intenzionale «attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino»<sup>53</sup>.

A tal fine, la giurisprudenza ha individuato nell'istituto dell'adozione in casi particolari (art. 44, lett. d, l. n. 184/1983) lo strumento idoneo alla costituzione di un vincolo di filiazione, all'interno delle coppie omoaffettive, tra il genitore d'intenzione e il nato da maternità surrogata. Orientamento, quest'ultimo, avallato dalla *Grand Chambre* CEDU che nel primo parere – ex Protocollo 16 – sul riconoscimento nel diritto nazionale di una relazione di filiazione tra un bambino nato a seguito di maternità surrogata praticata all'estero e la madre d'intenzione, pur ravvisando nel divieto di trascrizione una violazione dell'art. 8 CEDU (rispetto della vita privata del minore), ha individuato nell'adozione da parte della madre di intenzione un idoneo strumento alla creazione di detta relazione<sup>54</sup>. Tuttavia, la

<sup>51</sup> M. SESTA, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 402.

<sup>52</sup> Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *Fam. dir.*, 2021, 677, con note di M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte Costituzionale, ma la via dell'impossibilità è l'unica percorribile?* e di G. FERRANDO, *La corte Costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 609 ss.

<sup>53</sup> Corte Cost., 18 gennaio 2021, n. 33 in *G.U.* n. 10/2021.

<sup>54</sup> Parere consultivo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ex Protocollo 16, addizionale alla CEDU, P16-2018-001 del 10 aprile



giurisprudenza della Corte EDU, pur rimettendo all'ordinamento interno la forma di salvaguardia della posizione giuridica del nato e del legame di quest'ultimo con il genitore di intenzione, richiede che le modalità previste corrispondano a criteri di effettività e celerità. Caratteri di cui ben può dubitarsi con riguardo al procedimento di adozione in casi particolari, così come regolato nell'ordinamento italiano.

Nessun dubbio, invece, sembra avere il Ministero dell'Interno - Dipartimento per gli affari esteri interni e territoriali che, con la circolare n. 3/2023, ha ribadito l'orientamento, già delineatosi nella sentenza della Corte di Cassazione n. 38162/2022, a sua volta confortato dalla sentenza della Corte cost. n. 33/2021<sup>55</sup>. Nella citata sentenza, le Sezioni Unite hanno negato la possibilità di trascrivere il provvedimento del giudice straniero che riconosce lo *status* di genitore a favore del membro di una coppia omosessuale privo di legame biologico con i minori nati da maternità surrogata. In detta circolare, il Ministero dell'Interno, uniformandosi all'orientamento che considera la gestazione per altri un'offesa intollerabile alla dignità della donna, ha affermato che deve ritenersi escluso l'automatico riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero, e, *a fortiori*, dell'originario atto di nascita, nel quale sia indicato quale genitore del bambino anche il genitore d'intenzione, pur se tali atti sono stati formati in conformità della *ex loci*<sup>56</sup>.

Soprattutto, la circolare conferma che l'unico procedimento idoneo a riconoscere giuridicamente il rapporto di filiazione con il genitore di intenzione è quello dell'adozione in casi particolari, il quale era già stato considerato dalla Corte Costituzionale (n. 272/2017), idoneo strumento di tutela degli interessi del minore. Sulla scorta di quanto detto, il Ministero dell'Interno ha segnalato ai Prefetti, ai Commissari governativi, al Ministero degli Esteri, al Ministero della Giustizia, all'Associazione Nazionale Comuni Italiani e all'Associazione Nazionale degli Ufficiali di Stato Civile e dell'Anagrafe il contenuto della sentenza della Corte di Cassazione n. 38162/2022 e ha chiarito che in Italia può essere riconosciuto il solo genitore legato biologicamente alla persona nata.

Sebbene la Corte Costituzionale si sia pronunciata in più battute nel senso di negare la trascrizione degli atti di nascita e abbia demandato al legislatore «il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata»<sup>57</sup>, l'obiettivo di definire il confine tra il ruolo del legislatore e quello del giudice

---

2019. L'orientamento è stato ribadito nella sent. n. 239 del 31 agosto 2023 (Campanelli c. Italia), in occasione della quale la Corte, richiamandosi al menzionato parere consultivo emesso per la Corte di Cassazione francese, ha ribadito che «la giurisprudenza della Corte in materia di gestazione per altri non considera l'obbligo di trascrizione a favore del padre biologico come l'unico mezzo per far riconoscere il rapporto di filiazione con il figlio nato mediante gestazione per altri», non potendosi quindi concludere una impossibilità generale e assoluta, e che «la legge italiana, anche se non permette la trascrizione dell'atto di nascita per quanto riguarda la madre intenzionale, garantisce a quest'ultima la possibilità di riconoscere giuridicamente il bambino attraverso l'adozione». Per il testo integrale della sentenza, v. *Giustizia.it*.

<sup>55</sup> Sul punto, v. R. CALVIGNONI, *In Italia non è consentita la registrazione della filiazione da genitori dello stesso sesso: la conferma della Corte di Cassazione*, in *Fam. dir.*, 2022, 583, e ID., *L'ufficiale dello stato civile non può registrare la nascita da genitori same sex: dai giudici di merito fino alla Cassazione*, in *Fam. dir.*, 2020, 544.

<sup>56</sup> Corte Cost., 18 dicembre 2017, cit.

<sup>57</sup> Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *G.U.* n. 10/2021.

nella *materia de qua* è rimasto del tutto disatteso<sup>58</sup>. Come giustamente osservato, le Sezioni Unite, che in altre occasioni non hanno esitato a pronunciarsi su questioni trascurate a causa dell'inerzia legislativa, prendono atto dell'invito rivolto dalla Corte Costituzionale al legislatore ma, non condividendo l'orientamento espresso nell'ordinanza di rinvio, favorevole ad una funzione «creativa», come avvenuto nel caso Englaro<sup>59</sup>, hanno affermato, in maniera del tutto perentoria, che «la giurisprudenza non è fonte del diritto».

Infatti, la carenza di precisi parametri normativi, da un lato, e l'intrinseco carattere personalistico del tema, dall'altro, lasciano spazio a contrastanti visioni di carattere pre-giuridico<sup>60</sup> e danno vita ad una vera e propria frammentazione giurisprudenziale, segnata da pronunce di segno diverso riscontrabili nell'ambito dello stesso territorio di riferimento<sup>61</sup>.

Quanto riferito si è verificato in Italia, dove due Corti di appello – di Milano e di Brescia – sono giunte a conclusioni opposte sul tema della trascrizione degli atti di nascita dei bambini da due madri, riflettendo così lo scenario di incertezza in cui versa il nostro ordinamento.

Entrambe le sentenze muovono dalla latitanza del Parlamento ma pervengono ad esiti differenti.

Il 10 marzo 2023, il Prefetto di Milano ha indirizzato a tutti i sindaci dell'Area Metropolitana di Milano una nota avente ad oggetto «coppie omogenitoriali – atti dello stato civile», al fine di sollecitare la sospensione della trascrizione di tutti gli atti di nascita di bambini e bambine di coppie genitoriali *same sex*, a prescindere dalla tecnica procreativa impiegata. Ha disposto, infatti, che per i bambini nati all'estero a seguito di maternità surrogata, potrà

<sup>58</sup> È interessante osservare il contraddittorio atteggiamento della Suprema Corte che mentre nella tematica *de qua* sembra sostenere con fermezza l'esigenza di distinguere i poteri del giudice rispetto quelli del legislatore e, dunque, sollecita quest'ultimo ad intervenire e disciplinare la materia, totalmente opposto è l'approccio maturato in altri contesti, dove la posizione assunta dai giudici ha quasi lasciato dubitare della loro completa soggezione alla legge. Sul punto, v. ad esempio il commento di N. LIPARI, *Che cosa significa fare il giudice, oggi*, in *Quest giust.* 2/3-2022, sul ruolo della magistratura e, in particolare, dell'atteggiamento dei giudici nel c.d. caso Englaro: «Né, d'altra parte, tutti hanno la sensibilità e la cultura che ha avuto il cons. Giusti quando, con la sentenza sul caso Englaro, ha offerto un esempio paradigmatico di come debba essere lungimirante lo sguardo del giudice oggi per poter davvero rendere giustizia, di come debba spaziare molto al di là di un dettato, ben oltre i delineati confini di un ordinamento statale. In sostanza, il giudice, nel momento in cui scopre che il diritto non scende dall'alto di un'imposizione ma sale dal basso di una condivisione, deve trovare, spesso da solo, gli strumenti argomentativi idonei a far intendere che egli ha assunto la ratio e il logos a stelle polari per il proprio procedimento ricostruttivo, rompendo gli schemi della sua formazione universitaria, nonché i luoghi comuni della cultura corrente». In senso analogo, anche S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 619.

<sup>59</sup> Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007.

<sup>60</sup> Cfr. J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli 1983, 3 ss.

<sup>61</sup> Prendendo ad esempio la vicenda che ha interessato l'Area Metropolitana di Milano, la nota del Prefetto del capoluogo lombardo del 10 marzo 2023 in merito all'iscrizione del genitore di intenzione nei registri anagrafici, la stampa ha informato che mentre le Procure di Milano e Padova hanno già richiesto l'annullamento degli atti di nascita registrati, altri Comuni hanno interpretato la nota ministeriale in maniera diversa e continuano a iscrivere all'anagrafe i figli e le figlie di coppie di donne nati/e in Italia, facendosi carico della propria tutela nell'anomia, v. *Savona: iscritto all'anagrafe il figlio di due donne*, in *Il Sole 24 Ore*, 1 aprile 2023, online. Diversamente, alcuni Tribunali, *ex multis* quello di Bergamo, stanno già procedendo all'annullamento del riconoscimento della «madre sociale» nel certificato di nascita dei minori nati da PMA eterologa di coppie lesbiche, v. M. BAZZI, *Le procure che vogliono annullare il riconoscimento delle famiglie omogenitoriali*, in *IlPost.it*, 12 aprile 2023.

essere riconosciuto soltanto il genitore geneticamente legato al nato e, invece, nell'ipotesi in cui la maternità surrogata sia realizzata da due donne mediante il ricorso a fecondazione assistita eterologa e i bambini siano nati in Italia, dovrà essere riconosciuta come madre al momento della nascita solo colei che ha partorito. Sulla scorta di quanto stabilito da tale nota, la Procura di Milano ha richiesto l'annullamento degli atti di nascita già registrati<sup>62</sup>.

Con la pronuncia del 6 febbraio 2024, la Corte d'appello di Milano, basandosi sulla mancanza di una norma in materia, ha accolto il ricorso della Procura tendente ad escludere la madre intenzionale dall'atto di nascita di due figli accanto alla madre gestante e ha disposto la rettifica dei registri anagrafici.

A distanza di appena due giorni dalla decisione milanese, la Corte d'appello di Brescia ha reso nota una propria sentenza, risalente al novembre 2023, in cui si era pronunciata in senso opposto respingendo il reclamo del Ministero dell'Interno con cui quest'ultimo chiedeva di cancellare la madre intenzionale dall'atto di nascita sul quale, nel 2023, la donna compariva in quanto la sua posizione genitoriale era stata riconosciuta dal Tribunale.

La Corte bresciana, in particolare, ha fatto propria un'interpretazione evolutiva ispirata ai principi costituzionali e sovranazionali, al fine di superare la carenza di tutela dei minori causata dalla inattività del legislatore, rimasto inerte pur dopo severo monito della Corte Costituzionale nell'ormai lontano 2021. Come sottolineato dal collegio bresciano, l'interpretazione evolutiva della l. 40/2004 si rende ancor più necessaria nelle situazioni di urgenza, nelle quali il procedimento di adozione in casi particolari, quale unico strumento indicato dal legislatore per la costituzione di un rapporto di filiazione con il genitore di intenzione, mostra profili di debolezza (ad es. morte del genitore biologico o del genitore intenzionale). Invero, secondo la Corte, non vi sarebbe ragione di ostacolare un'interpretazione evolutiva della legge sulle adozioni, in quanto essa consentirebbe di sopperire alla silenziosa attesa di un intervento legislativo e tutelare concretamente l'interesse del minore al riconoscimento giuridico dello stato di figlio. In tal senso, il monito della Corte d'appello di Brescia secondo cui, nel riconoscimento del genitore d'intenzione ad essere valutato non è il comportamento degli adulti, bensì la «condizione effettiva di un soggetto debole privo di diritti». È pertanto compito del giudice «valutare, in concreto e senza incorrere in giudizi di tipo morale, il diritto del minore a vedere riconosciuto il proprio *status* di figlio di due genitori e il conseguente diritto alla bigenitorialità, sancito dalle norme nazionali e internazionali».

Alla decisione della Corte bresciana il Viminale ha reagito esprimendo apertamente la sua incredulità alla scelta del collegio di superare l'interpretazione della Corte Costituzionale (sentenza n. 33/2021), favorendo «teorie più sociologiche che giuridiche». Il distacco e la discrasia creatisi tra la Corte d'Appello di Brescia e il Ministero dell'Interno assumono chiari connotati ideologici ove si ponga mente al fatto che la decisione, resa già nel

---

<sup>62</sup> V.E. TEBANO, *Da stamattina non sono più mamma di mia figlia*, in *Corriere della Sera*, 16 marzo 2023.

novembre 2023, è stata resa nota solo nel febbraio 2024, all'indomani della pronuncia milanese.

Le due pronunce, oltre a mostrare i diversi orientamenti (e atteggiamenti) dei giudici, rispecchiano altresì quel carattere di frammentata territorialità che caratterizza la giurisprudenza *in subiecta materia*, dal momento in cui non soltanto le statuizioni contenute varranno esclusivamente per gli atti di nascita oggetto dei relativi procedimenti, ma, addirittura, con riferimento alla sentenza della Corte d'appello di Milano, quest'ultima non potrà applicarsi a Padova, dove la Procura ha chiesto di cancellare gli atti di nascita di 32 bambini figli di 33 coppie di donne registrati all'anagrafe.

In realtà, nel filone delle sentenze pronunciate dall'inizio del 2024 in materia di maternità surrogata, le sentenze di Brescia e Milano non sono le uniche a mostrare come l'attività dei giudici sia diretta a colmare le lacune dell'ordinamento, segnando – a volte – quei passi in avanti che, ancora ad oggi, il legislatore non compie.

Con la recentissima pronuncia del 5 marzo 2024, il Tribunale di Padova, chiamato lo scorso giugno a decidere sull'impugnazione da parte della Procura di più di trenta atti di nascita di nati all'estero da maternità surrogata, ha dichiarato inammissibile il ricorso e ha affermato che sarà possibile indicare il doppio cognome (della madre biologica e della madre intenzionale) sugli atti di nascita dei bambini e delle bambine registrati all'anagrafe<sup>63</sup>.

La Corte padovana, richiamando la precedente giurisprudenza della Cassazione (in particolare, le pronunce n. 13000/2019 e n. 951/1993), ha precisato che la procedura adottata dalla Procura non è adeguata: per contestare l'iscrizione dell'ufficiale di stato civile, è necessario avvalersi del rito ordinario. Il procedimento di rettificazione degli atti di stato civile, infatti, è consentito nei soli casi in cui sia necessario integrare un atto incompleto, correggere errori materiali o eliminare omissioni verificatesi durante la redazione dell'atto, oppure quando sia necessario ricostruire registri distrutti o smarriti. Al di fuori di tali circostanze, i giudici hanno chiarito che, al fine di un accertamento costitutivo sullo stato delle persone, il giudizio deve svolgersi attraverso il processo ordinario di cognizione, coinvolgendo i soggetti interessati che possono contestare la domanda.

Un ulteriore passo in avanti per la tutela delle famiglie «arcobaleno» è stato compiuto con riferimento all'individuazione dei soggetti legittimati a partecipare al rito di merito: tra questi, il sindaco della città di Padova – in qualità di ufficiale di governo – in concorrenza con il Ministero dell'Interno, e si riconosce al Comune altresì la facoltà di avvalersi dell'Avvocatura civica per essere rappresentato in giudizio.

La vicenda che ha coinvolto le Corti lombarde funge da mera rappresentazione di quella già indicata frammentazione in cui versa la nostra giurisprudenza. Trattasi di una incertezza ben poco condivisibile, soprattutto all'indomani della interrogazione parlamentare n.

<sup>63</sup> Trib. Padova, 5 marzo 2024, n. 20, in *www.ansa.it*.

E-003984/2022, con cui si è sollecitato il Parlamento Europeo ad intervenire sul tema della trascrizione degli atti di nascita dei nati da GPA<sup>64</sup>. In tale occasione, infatti, la Commissaria Dalli, ribadendo la persistente anomia in cui versa lo Stato italiano e criticando la circolare ministeriale n. 3/2023 (*supra*), ha sottolineato che, nell'adottare e nell'applicare le rispettive norme in materia di diritto di famiglia, gli Stati membri non dovrebbero dimenticare il loro obbligo di non discriminazione quale principio fondamentale sancito dai trattati dell'UE e dal diritto internazionale.

L'interrogazione, presentata al Parlamento Europeo con richiesta di risposta per iscritto, è stata risolta con le parole del Commissario europeo Didier Reynders, il quale ha affermato che «A norma dell'art. 81, par. 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, possono essere adottate misure di cooperazione giudiziaria in materia di diritto di famiglia con implicazioni transnazionali. I regolamenti dell'UE relativi a tali misure sono neutri sotto il profilo del genere e i moduli standard ivi inclusi utilizzano termini neutri sotto il profilo del genere (come «persona» o «parte»). La proposta della Commissione sul riconoscimento della filiazione tra Stati membri utilizza il termine «genitore». In linea con la strategia per l'uguaglianza delle persone LGBTIQ 2020-2025<sup>65</sup>, la Commissione è in continuo dialogo con gli Stati membri riguardo all'attuazione delle sentenze della Corte di Giustizia UE. Ciò comprende anche l'obbligo per gli Stati membri di riconoscere la filiazione di un minore con genitori dello stesso sesso ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti dall'UE.

La distanza dello Stato italiano da una più accentuata sensibilità al tema può evincersi altresì dalla mancata adesione alla proposta di regolamento europeo dello *status filiationis*, con cui la comunità eurounitaria promuoveva l'introduzione di un certificato europeo di filiazione<sup>66</sup>. In questo modo, sarebbero state semplificate le affannose questioni di cui si tratta, essendo previsto che la filiazione accertata in uno Stato membro dell'UE debba essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri, senza che fosse necessaria una procedura specifica.

In risposta, la decisione della Commissione Politiche europee del Senato ha precisato che, affinché la proposta europea possa trovare attuazione nell'ordinamento italiano, è necessario che siano rispettate due condizioni essenziali ovvero che: sia espressamente prevista una clausola di ordine pubblico da applicarsi, in via generale, a tutti i casi di filiazione per maternità surrogata e resti vigente l'istituto dell'adozione in casi particolari come forma di tutela alternativa ed equivalente al riconoscimento del rapporto di filiazione<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> V. Interrogazione Parlamentare, E-003984/2022, in [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-003984-ASW\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-003984-ASW_IT.html).

<sup>65</sup> V. *LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*, in [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/lesbian-gay-bi-trans-and-intersex-equality/lgbtiq-equality-strategy-2020-2025\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/lesbian-gay-bi-trans-and-intersex-equality/lgbtiq-equality-strategy-2020-2025_en).

<sup>66</sup> V. *Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0695&from=EN>.

<sup>67</sup> Per consultare la risposta della commissione parlamentare, v. [https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/19/SommComm/0/1372280/index.html?part=doc\\_dc-allegato\\_a](https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/19/SommComm/0/1372280/index.html?part=doc_dc-allegato_a).

L'ennesimo atteggiamento di chiusura mostrato dal Governo italiano nei confronti delle politiche garantiste dell'UE, non passa inosservato: il 30 marzo 2023, all'indomani del rifiuto del Senato alla proposta del certificato di nascita europeo, il Parlamento Europeo, in occasione della «Risoluzione sullo Stato di diritto del 2022 e sullo stato generale dei valori dell'UE», ha espresso ancora una volta il proprio disappunto per la posizione dell'Italia.

Le dure parole del Parlamento UE, in riferimento all'ordinanza del Prefetto di Milano del 10 marzo 2023 sul divieto di trascrizione degli atti di nascita di nati da coppie *same sex*, per cui «questa decisione porterà inevitabilmente alla discriminazione non soltanto delle coppie dello stesso sesso, ma anche e soprattutto dei loro figli [...], tale azione costituisce una violazione diretta dei diritti dei minori, quali elencati nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e della adolescenza 1989». In questa direzione, l'UE ha espresso la sua preoccupazione per il fatto che tale decisione si descrive come un diretto attacco contro la comunità LGBTQI+ in Italia e, pertanto, ha invitato il Governo italiano a revocarla.

Ancora una volta, l'Italia viene ammonita su temi fondamentali connessi al principio di non discriminazione, eguaglianza e tutela della diversità.

#### 4. L'imperativo del *best interest of the child* nella maternità surrogata.

Nonostante le evidenti difficoltà segnalate, l'ordinamento italiano insiste nel considerare la *stepchild adoption* la soluzione di massima apertura al riconoscimento della filiazione delle coppie omogenitoriali (anche omoaffettive), tale da riuscire addirittura a superare ogni profilo critico segnalato dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente<sup>68</sup>. Tuttavia, il ricorso a tale strumento nei casi di maternità surrogata ha imposto un contemperamento delle posizioni e degli interessi in gioco, al fine di bilanciare i diritti degli aspiranti genitori con il c.d. *best interest of the child*, al quale devono garantirsi, oltre che il riconoscimento dello *status filiationis*, anche gli stessi diritti degli altri bambini nati secondo un modello di filiazione tradizionale.

L'interesse superiore del minore<sup>69</sup> risponde alla vulnerabilità insita nella condizione di minore come tale ed è stato definito un principio generale dell'ordinamento giuridico,

<sup>68</sup> Allo scopo di ammettere la *stepchild adoption* nel novero delle ipotesi di adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983 si è affermato che il presupposto della constatata impossibilità di affidamento preadottivo, previsto dalla norma, dovesse ricomprendere anche l'impossibilità giuridica all'affidamento preadottivo, sempre ricorrente allorché una persona chiede di adottare il figlio del proprio compagno, atteso che il minore non si trovi in una situazione di abbandono, avendo comunque un genitore che provvede alle sue esigenze morali e materiali (cfr. App. Roma, 23 dicembre 2015, in *Foro it*, 2016, 669; Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015, in *Foro it*, 2016, 339, con nota di G. CASABURI).

<sup>69</sup> Tale interesse viene sancito a livello internazionale dall'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 a New York, ratificata in Italia con la l. n. 176/1991. Nel primo



ovvero una clausola generale richiamata dal diritto positivo<sup>70</sup>. Altra parte della dottrina, invece, ha ritenuto che tale interesse debba essere valutato alla stregua di un concetto giuridico indeterminato, i cui connotati variano in base alla situazione concreta che viene a profilarsi di caso in caso<sup>71</sup>.

A prescindere da quale sia l'esatta qualificazione giuridica, il «superiore interesse del minore coincide con la tutela prioritaria del di lui interesse psico-fisico e, quindi, del di lui diritto alla salute inteso non soltanto come conservazione dello *status quo*, ma come tutela delle migliori condizioni di sviluppo possibili»<sup>72</sup>.

Il *best interest of the child*, enucleato per la prima volta nella Convenzione di New York del 1989, ha trovato tutela e disciplina anche in altre fonti del diritto internazionale ed europeo. In particolare, la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza all'art. 2, par. 2, prevede che gli Stati parti adottino tutti i provvedimenti affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari. Ed ancora, ai sensi dell'art. 7, è prevista l'immediata registrazione del minore nei registri anagrafici al momento della sua nascita nonché il diritto ad un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura possibile, a conoscere i suoi genitori e ad essere accudito da essi<sup>73</sup>.

Indispensabile, inoltre, il richiamo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che all'art. 24, par. 2, ripercorre la disciplina contenuta nell'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, e all'art. 8 tutela il rispetto della vita privata e familiare. Così, volgendo un particolare sguardo ai minori, la CEDU prevede espressamente che «in

---

paragrafo dell'art. 3, si legge che «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche che private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». In merito, v. S.A. SONELLI, *I minori e i loro diritti: una tutela a più dimensioni*, Torino, 2022, 18 ss.

<sup>70</sup> Al riguardo, v. J. LONG, *Il ruolo del principio superiore dell'interesse del minore nella disciplina dell'immigrazione*, in *Minori giust.*, 2006, 251 ss. Già in precedenza, sull'interesse del minore come clausola generale e come principio generale, G.M. UDA, *Opposizione da parte del tutore di minore al riconoscimento del figlio naturale*, in *Fam. dir.*, 1999, 349 ss. Recentemente, per un'ampia analisi, v. M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, 1 ss.

<sup>71</sup> Per questa diversa lettura, v. S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in P. RESCIGNO, S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 171 ss., spec. 175; inoltre, M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Famiglia*, 2019, 369 ss.

<sup>72</sup> Cfr. M.G. RUO, *Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, 1004 ss., con specifico riguardo alle sentenze della Corte EDU. Per una letteratura più ampia, v. anche R. BENDINELLI, *Bigenitorialità e tutela della salute*, in *Famiglia*, 2020, 817 ss., spec. 825, in cui si afferma che «il superiore interesse risponde all'esigenza di garantire ai minori una maggiore protezione rispetto agli adulti a fronte della loro naturale vulnerabilità». Tra i tanti, v. anche G. POTENZA, *La bigenitorialità omosessuale mediante maternità surrogata, tra "status claudicanti" ed ordine pubblico: la parola alla Consulta*, in *Giust. civ.*, 2020, per il quale «il superiore interesse del minore è principio di ordine pubblico internazionale»; A. FASANO, G. PIZZOLANTE, *Corte di Strasburgo e maternità surrogata all'estero: rispetto del limite dell'ordine pubblico o tutela del superiore interesse del minore?*, in *IUS Famiglie*, 2015, secondo il quale l'applicazione della giurisprudenza della Corte EDU impone che «laddove siano in corsa più interessi in giuoco, ugualmente meritevoli di tutela, deve sicuramente prevalere l'interesse del minore»; E. CONTU, *L'interesse superiore del minore quale criterio guida per le decisioni relative alla competenza in materia di responsabilità genitoriale*, in *www.rivistafamiglia.it*, 21 novembre 2016, dove si legge che «l'interesse superiore del minore [...] deve informare ogni decisione in materia».

<sup>73</sup> Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (*Convention on the Rights of the Child – CRC*), 1989.

tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse del minore deve risultare preminente»<sup>74</sup>.

In questa prospettiva, la Corte di Cassazione, già nel 2016, seguendo l'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale in materia di fecondazione eterologa<sup>75</sup>, ha sottolineato che «la violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla l. n. 40/2004 – imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia – non possono ricadere su chi è nato», dovendosi valutare accanto al vero e proprio diritto soggettivo ad avere figli fondato sulla fondamentale e generale libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, riconoscibile anche alle coppie dello stesso sesso, lo speculare diritto del minore non soltanto al riconoscimento realizzazione (e conservazione) del rapporto di filiazione, ma anche alla bigenitorialità<sup>76</sup>.

Tale bilanciamento, tuttavia, non può intendersi sempre pacifico. Non sono mancate, infatti, pronunce della Corte di Cassazione in cui si è affermato che l'interesse del minore non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro interesse in gioco. A giudizio della Corte, la sottolineatura della preminenza di tale interesse vuole piuttosto segnalarne l'importanza, e, di conseguenza, lo speciale peso in qualsiasi bilanciamento<sup>77</sup>. Per questa ragione, nella materia *de qua*, l'interesse superiore del minore, pur assurgendo a valore assolutamente non trascurabile dai giudici, dovrà essere letto alla luce del criterio di proporzionalità, considerando lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità<sup>78</sup>.

In questo scenario, la *stepchild adoption* impone di mitigare, da un lato, le aspettative degli aspiranti genitori, chiamati ad accogliere forme di riconoscimento della loro relazione con il figlio in modelli non tradizionali, dall'altro, i diritti sottesi al *best interest of the child*, il quale rappresenta il principio attraverso cui lo Stato italiano non volta le spalle al nato<sup>79</sup>.

L'esigenza di giungere a questo percorso ermeneutico si inserisce coerentemente nel nuovo modello minore-centrico, definitosi all'indomani della Riforma Bianca sulla filiazione<sup>80</sup>. La Riforma, compiendo un'operazione culturale di radicale mutamento di prospettiva,

<sup>74</sup> Sul punto, v. in particolare R. BENDINELLI, "Crisi migratoria": il ruolo del giudice nella tutela dei minori, in *Cabiers Jean Monnet*, 2020, 206.

<sup>75</sup> Cort. Cost., 10 giugno 2014, n. 162, cit.

<sup>76</sup> Cass. civ., ord. 24 marzo 2022, n. 9691, dove si legge che «La bigenitorialità costituisce un diritto soggettivo perfetto del minore da collocare nell'alveo dei diritti della personalità in quanto la famiglia è intesa come primo luogo di sviluppo della personalità individuale». Sul punto v. anche l'orientamento espresso dalla Suprema Corte (*ex multis* Cass. civ., sent. n. 28723/2020; Cass. civ., sent. n. 9764/2019; Cass. civ., sent. n. 118817/05), la quale ha richiamato il principio ormai cristallizzato, «dell'interesse superiore del minore che va assicurato attraverso il rispetto del principio della bigenitorialità, da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi i genitori, nel dovere dei primi di cooperare nell'assistenza, educazione ed istruzione». Per consultare il testo integrale delle sentenze, v. *onelegale.wolterskluwer.it*.

<sup>77</sup> Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33, con richiamo alla sentenza 9 maggio 2013, n. 85.

<sup>78</sup> Cass. civ., 21 gennaio 2022, n. 1842.

<sup>79</sup> Cfr. G. SALVI, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale*, in *Giuri.it.*, 2023, 2320 ss.

<sup>80</sup> L. n. 219/2012. Sul punto, osserva M. BIANCA, *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Milano, 2014, 173 ss., che «L'art. 315-bis, "Diritti e doveri del figlio" stabilisce il principio secondo il quale il figlio ha



ha privilegiato una strada diversa che muove, anziché dai diritti della coppia omoaffettiva, dai diritti fondamentali del minore, il quale si spoglia dalla posizione di «soggetto debole», bisognoso di tutela e subordinato alla potestà genitoriale, divenendo un individuo autonomo, titolare dei diritti soggettivi di cui all'art. 315-*bis* c.c., che l'ordinamento è chiamato a salvaguardare e promuovere.

In particolare, la Riforma Bianca impone che al centro del rapporto genitori - figlio, l'ordinamento collochi il diritto «di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle due inclinazioni naturali e delle aspirazioni», nonché di «crescere in famiglia e [...] mantenere rapporti significativi con i parenti» (art. 315-*bis* c.c.), di «mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori [...] ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi i genitori» (art. 337-*ter* c.c.). E, parallelamente, alla luce della trasformazione dell'originario istituto della potestà genitoriale in quello della responsabilità genitoriale, si impone l'obbligo di mantenimento ed educazione della prole, derivante dalla qualità stessa di genitore.

Alla luce del *favor* dell'ordinamento per il minore, la l. n. 219/2012 impone una rilettura del problema relativo ai nati da maternità surrogata, ai quali è necessario garantire la tutela dei diritti anche nel silenzio del legislatore che «avrebbe dovuto [...] regolare la sorte del nato malgrado il divieto», affinché la violazione della legge non si ripercuota nei confronti di chi non ha colpa ed è «bisognoso di tutela come ogni altro e più di ogni altro»<sup>81</sup>.

Pertanto, l'impegno imposto alla giurisprudenza di salvaguardare la posizione del minore, spingendosi oltre quanto (non) abbia fatto la legge, richiede di ricercare «la soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca [...] la migliore cura della persona»<sup>82</sup>.

## 5. La stepchild adoption: una soluzione insufficiente per proteggere i diritti umani.

Per garantire la continuità della relazione affettiva ed educativa tra il nato da maternità surrogata e il genitore di intenzione ed assicurare la piena rispondenza al principio del migliore interesse del minore, la Corte Costituzionale è intervenuta sull'istituto dell'adozione in casi particolari, al fine di superare i limiti insiti nell'art. 44, comma 1°, lett *d*), l. n. 184/1983<sup>83</sup>. Basti pensare che, ai sensi degli artt. 300 c.c. e 55 l. adoz., l'adozione in casi particolari non istituisce un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'a-

---

diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle due inclinazioni naturali e delle aspirazioni, invertendo il modello tradizionale di potestà genitoriale e valorizzando la personalità del minore».

<sup>81</sup> Cfr. G. Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in G. Oppo, *Scritti giuridici*, VII, *Vario diritto*, Padova, 2005, 49 e ss.

<sup>82</sup> *Ex multis*, v. Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 32.

<sup>83</sup> Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

dottante e neppure tra l'adottante e la famiglia dell'adottato, determinando una situazione particolarmente pregiudizievole nelle ipotesi di minori nati da maternità surrogata. Inoltre, bisogna tener conto della circostanza per cui, nelle more della pronuncia di adozione, il minore rimane sprovvisto di tutela giuridica: l'esito del procedimento di adozione in casi particolari, infatti, è condizionato dalla volontà del genitore di intenzione, da un lato, e dall'assenso del genitore biologico, dall'altro, il quale potrebbe addirittura rifiutarsi nell'ipotesi in cui si ravvisasse, ad esempio, una crisi di coppia.

Rilevati tali profili problematici, la Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità dell'art. 55, l. n. 184/1983 in relazione all'art. 300, comma 2, c.c., ha rimosso l'impedimento alla costituzione di rapporti con i parenti dell'adottante, così riconoscendo che il legame familiare costituito con l'adozione in casi particolari non riguarda soltanto l'adottato e l'adottante, ma anche la famiglia di quest'ultimo<sup>84</sup>. Pertanto, il minore viene preservato dall'ulteriore trauma derivante dalla rottura di detti rapporti e gli viene altresì garantita un'ulteriore continuità con il mondo degli affetti, elemento che certamente costituisce un importante tassello nella ricostruzione della sua identità.

Circa il problema del necessario assenso del genitore biologico, la Corte ha ritenuto che quest'ultimo possa essere superato attraverso una lettura restrittiva dell'art. 46, l. n. 184/1983. L'interpretazione suggerita dalla Consulta impone di considerare il suindicato art. 46 nella logica dell'art. 57, l. n. 184/1983, il quale impone al giudice l'obiettivo di perseguire sempre l'interesse del minore nell'ambito del procedimento di adozione particolare, anche quando ciò comporti una valutazione di inefficacia o irrilevanza *ex officio* del dissenso ingiustificato del genitore biologico.

A tal fine, il giudice è chiamato a verificare in concreto l'attualità del disegno genitoriale, nonché la sussistenza di quella relazione affettiva e di cura che definisca un legame affettivo di tipo familiare effettivo e stabile, nell'ambito della quale alcun rilievo assume l'orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo *partner*<sup>85</sup>. In questo modo, il procedimento di adozione in casi particolari si poggia su una valutazione di concretezza dell'interesse dell'adottando al provvedimento di adozione. Tale lettura, pertanto, consentirebbe di superare il dissenso del genitore biologico, ogni qual volta quest'ultimo sia ritenuto ingiustificato, colmando così le lacune del sistema e senza che sia necessario attendere un intervento del legislatore<sup>86</sup>.

Le ricordate novità e, in particolare, lo strumento predisposto dalla Corte Costituzionale mostrano tuttavia significativi elementi di debolezza ove si considerino le fasi patologiche del progetto procreativo. Basti pensare all'ipotesi del c.d. «genitore renitente», che si verifi-

<sup>84</sup> Corte Cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

<sup>85</sup> Per la giurisprudenza di merito, v. Trib. min. Roma, 30 dicembre 2015, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 805 e ss.; Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giust. civ.*, 2013, 2508 e ss.; Cass. civ., 18 giugno 2008, n. 16593, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 68 ss.

<sup>86</sup> In realtà, in tali ipotesi, il ruolo del giudice risulta spingersi ben oltre la lettura costituzionalmente orientata delle norme offerta dalla Corte Costituzionale, perché decide in base alla propria attività interpretativa. Sul punto, v. G. DE MARZO, *Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata*, in *Foro it.*, 2023, 114 ss.

ca allorquando il genitore di intenzione decide di non assumere l'iniziativa necessaria per la costituzione dello *status* derivante dalla adozione in casi particolari.

In mancanza di un apposito strumento idoneo a sostituirsi all'inerzia del genitore d'intenzione pentito, come invece accade nell'ambito della filiazione biologica ove è previsto l'accertamento giudiziale dello *status filiationis*, la Corte di Cassazione ha ritenuto di dover ricercare una soluzione in una logica rimediale. Nel perseguire lo scopo di riconoscere tutti i diritti connessi allo stato di figlio «anche nei confronti del committente privo di legame biologico», la Corte ha affermato che anche «chi con il proprio comportamento, sia esso un atto procreativo o un contratto, quest'ultimo lecito o illecito, determina la nascita di un bambino, se ne deve assumere piena responsabilità e deve assicurargli tutti i diritti dei bambini nati "lecitamente"»<sup>87</sup>. Imponendo agli aspiranti genitori una genitorialità responsabile, la giurisprudenza italiana è ricorsa al principio del *best interest of the child* per rafforzare la posizione del minore ed evitare che quest'ultimo sia destinatario di condotte pregiudizievoli da parte di chi abbia iniziato (e partecipato) ad un progetto procreativo senza tuttavia rispettarlo<sup>88</sup>.

Al di là dei profili critici fino ad ora rilevati e dei possibili aggiustamenti a cui è pervenuta la giurisprudenza della Corte di Cassazione, è ancora dubbio che l'adozione in casi particolari possa essere considerata lo strumento più idoneo a garantire la tutela del minore e la creazione di un legame di filiazione. Al contrario, secondo la Corte Costituzionale, il lodevole sforzo di raggiungere un equo bilanciamento tra le posizioni interessate è in realtà inappagante in ragione degli evidenti limiti che caratterizzano l'istituto<sup>89</sup>.

La dottrina ha inoltre obiettato che, se pur la Suprema Corte abbia attentamente esaminato e risolto tali profili critici, la sentenza si è limitata a ricercare «la soluzione ottimale del superiore interesse del minore» all'ambito dell'istituto dell'adozione in casi particolari, al quale si riconduce la sola valutazione in concreto dell'interesse all'acquisizione dello *status filiationis* del minore che di fatto vive in una relazione affettiva con il *partner* del genitore biologico. Secondo questo orientamento, non sarebbe stata effettuata «un'adeguata comparazione tra la posizione del minore a seguito di adozione in casi particolari e lo *status* di figlio che verrebbe attribuito alla persona a seguito di riconoscimento di sentenza straniera»<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> Cass. civ., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162. Sul punto, v. in particolare M. SESTA, *Fecondazione assistita: la Cassazione anticipa il legislatore*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1317 ss., con nota di C.M. BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*; Id., *Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso alla fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 360; Id., *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, II, 387. L'Autore sostiene che, in mancanza di un'espressa previsione del legislatore sullo *status* di paternità in capo al *partner* della donna che abbia «prestato il suo utero in affitto», altro non potesse fare il giudice che condannare il genitore d'intenzione (renitente) al risarcimento del danno.

<sup>88</sup> Sul tema della genitorialità responsabile, v. la decisione della *Verfassungsgerichtshof*, 30 agosto 2023, n. 799, in *FamRZ* 2023, Heft nr. 23, con nota di D.S. VALENTINER, *Anmerkung*, *FamRZ* 2023, 1874.

<sup>89</sup> Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

<sup>90</sup> S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata: dialogando con Michele Sesta*, cit., 617 ss.

Il legislatore, sollecitato dalla Consulta ad intervenire in prima battuta, fino a quando continuerà a ritenere la maternità surrogata vietata nel nostro ordinamento, dovrà altresì essere consapevole delle insufficienze della soluzione rimediale apprestata e, a fronte di queste, intervenire introducendo una nuova tipologia di adozione che risponda effettivamente alle esigenze di celerità sottese al riconoscimento dello *status filiationis* e del rapporto tra il minore e il genitore di intenzione. Se scopo del diritto è assicurare la società<sup>91</sup>, la protezione dei diritti umani deve costituire – in concreto – un obiettivo primario del nostro ordinamento, con lo scopo di armonizzare il diritto italiano con la giurisprudenza europea, sempre più aperta a posizioni garantiste e moderne per il riconoscimento, le istanze e la tutela dei diritti fondamentali di ogni cittadino.

---

<sup>91</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra il diritto e non diritto*, Milano, 2006, 15.