

## ***Adozione in casi particolari e rapporti di parentela Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?***

*di Gilda Ferrando*

*professoressa ordinaria di diritto privato nell'Università di Genova*

SOMMARIO: 1. La rilevanza sistematica della sentenza n. 79/2022 della Corte costituzionale. – 2. Adozione in casi particolari. Ragioni giustificative ed evoluzione giurisprudenziale. – 3. Adozione e rapporti di parentela. – 4. Dall'esclusività della famiglia alla pluralità delle relazioni familiari. – 5. Adozione semplice del nato da PMA. – 6. Riflessi della sentenza n. 79 sul problema della trascrizione dell'atto di nascita straniero del figlio nato da GPA. – 7. Il “bilanciamento” tra diritti del bambino e divieto di surrogazione nell'ordinanza n. 1842/2022 della I sezione della S.C. – 8. Diritti del bambino e ordine pubblico.

### **1. La rilevanza sistematica della sentenza n. 79/2022 della Corte costituzionale**

In seguito alla sentenza n. 79/2022 della Corte costituzionale anche l'adozione del minore in casi particolari (artt. 44 ss. l. 184/1983) produce effetti “pieni”, fa nascere relazioni giuridiche di parentela con i familiari degli adottanti. Al pari dell'adozione “ordinaria” del minore (artt. 6 ss. l. n. 184/1983), non si limita a costituire il rapporto di filiazione con l'adottante (o con gli adottanti) ma fa entrare l'adottato nella famiglia dell'adottante.

Dal punto di vista sistematico, le conseguenze sono rilevanti se si considera che grazie a questa sentenza, l'adozione del minore produce in ogni caso effetti omogenei, indipendentemente dalle forme in cui viene costituita. Si tratta in ogni caso di effetti “pieni” (“legittimanti”, si sarebbe detto una volta): l'adottato acquista lo stato di figlio dell'adottante. Le differenze tra adozione “ordinaria” e “semplice” del minore non riguardano più il tipo di rapporto che scaturisce dal provvedimento giudiziale, riguardano invece le condizioni per accedervi - lo stato di abbandono da parte dei genitori e dei parenti non dovuto a causa di forza maggiore di carattere transitorio, nel primo caso (art. 8, l. 184/1983); la presenza di una delle circostanze previste dall' art. 44, l. n. 184, nel secondo) – e le procedure necessarie per ottenerla. In definitiva, potremmo dire che unico è il tipo di adozione del minore, ma diversi i percorsi che vi conducono a seconda delle circostanze in cui il minore si trova.

Nello stesso tempo viene rimarcata la distanza tra adozione del minore e adozione del maggiorenne: la prima intesa a dare al minore una famiglia che sostituisce o affianca quella di origine, la seconda, invece, di matrice patrimoniale, secondo quella che è la funzione dell'adozione nella tradizione civilistica.

A questo risultato si perviene grazie alla dichiarazione di illegittimità costituzionale - per contrasto con gli artt. 3, 31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU - dell'art. 55 della legge n. 184 «nella parte in cui, mediante il rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante». A sentire la Corte, «la norma censurata priva ... il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni”. Nello stesso tempo “la disciplina censurata lede il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità». In definitiva, «la declaratoria di illegittimità costituzionale rimuove ... un ostacolo all'effettività della tutela offerta dall'adozione in casi particolari (...) e consente a tale istituto ... di garantire una piena protezione all'interesse del minore». Al centro dell'attenzione è dunque il minore e i suoi diritti che non tollerano una tutela dimezzata.

A ridosso dell'entrata in vigore della riforma dell'adozione che, nel 1983, aveva istituito l'adozione in casi particolari, ci era parso che la mancata previsione di effetti pieni per questo tipo di adozione costituisse una sorta di incongruenza, tenuto conto della platea di minori ai quali l'istituto si rivolgeva - minori particolarmente sfortunati perché orfani di entrambi i genitori, minori abbandonati "difficili" - che avrebbero avuto bisogno di una vera famiglia su cui poter contare, di una protezione rafforzata, non più debole<sup>1</sup>. Ma questo non era possibile, ci veniva fatto notare: di famiglia se ne può avere una e una soltanto. L'adozione particolare non spezza i rapporti con la famiglia d'origine e quindi non può far nascere una nuova famiglia. L'ostacolo era nell' "esclusività" della famiglia "legittima"<sup>2</sup>. Allora sembrava un ostacolo insuperabile. A distanza di quarant'anni la Corte costituzionale lo definisce "un dogma".

In mezzo ci sta l'evoluzione degli istituti adottivi<sup>3</sup>, e in special modo dell'adozione particolare<sup>4</sup>, ci sta la profonda trasformazione della famiglia e del diritto di famiglia, il passaggio dall'unico modello di famiglia all'immagine plurale di realtà familiari sempre più fluide nei modi in cui si formano e nel tipo di relazioni cui danno vita<sup>5</sup>.

## 2. Adozione in casi particolari. Ragioni giustificative ed evoluzione giurisprudenziale

Di tutto questo è consapevole la Corte costituzionale che ne trae argomenti per la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 55 l. adoz. Accantonata l'ipotesi che il rapporto di parentela possa essere riconosciuto in via interpretativa, quasi che il nuovo art. 74 c.c. determinasse un'abrogazione implicita della precedente disciplina<sup>6</sup>, nel merito l'argomentazione si snoda in una serie di passaggi sui quali si vuole brevemente richiamare l'attenzione.

Il punto di partenza è la ricostruzione dell'istituto nelle sue origini e nel suo percorso evolutivo. L'adozione *semplice* è stata introdotta dalla l. n. 184 del 1983 proprio per realizzare il diritto del minore ad una famiglia in casi in cui, pur se non ricorrono le condizioni per l'adozione piena, è comunque necessario od opportuno dare al bambino una famiglia stabile. Anche questo tipo di adozione, al pari dell'adozione piena, mira a tutelare il preminente interesse del minore, inserendolo in una famiglia che ne garantisca la crescita equilibrata, ma le specificità che la caratterizzano

<sup>1</sup> Qualche riferimento in M. BESSONE e G. FERRANDO, voce *Minori e maggiori di età (adozione dei)*, in *Noviss. dig. it.*, app., V, Torino 1984, p. 82 ss..

<sup>2</sup> Una lettura nel solco della tradizione è offerta da G. CATTANEO, voce *Adozione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino 1987, p. 116 ss.

<sup>3</sup> Sull'evoluzione dei modelli normativi in materia di adozione, v. L. LENTI, *Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, III, *Filiazione* a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, Milano 2002, p. 575 ss. Sull'evoluzione storica dell'assistenza ai minori, v. M. DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, in *Codice civ. Comm.* Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2002, p. 6 ss.

<sup>4</sup> Al riguardo, in generale, cfr. R. TOMMASINI, *Commento agli artt. 44-57 della legge sull'affidamento e adozione dei minori*, in *Comm. dir. fam.* Cian, Oppo, Trabucchi, VI, 2, Padova, 1993, p. 456; L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, IV, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1997, p. 462 ss.; A. GIUSTI, *L'adozione dei minori in casi particolari*, in *Tratt. dir. fam.* Bonilini e Cattaneo, III, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2007, p. 455 ss.; M. DOGLIOTTI, *L'adozione in casi particolari*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, IV, cit., p. 397 ss.; Id., *Adozione di maggiorenni e minori*, cit., p. 797 ss.; A. e M. FINOCCHIARO, *Adozione e affidamento dei minori*, Milano 2001, p. 135 ss.; G. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, II, *Filiazione*, cit., p. 951 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'adozione dei minori e l'affidamento familiare*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, III, *Filiazione e adozione*, Bologna, 2007, p. 587 ss.; E. URSO, *L'adozione in casi particolari*, *ivi*, p. 765 ss.; L. LENTI, *L'adozione*, in *Trattato Zatti - Riforme*, Milano, 2011, II, 375

<sup>5</sup> Mi permetto di rinviare al mio *Del matrimonio*, in G. FERRANDO (a cura di), *Matrimonio*, in *Commentario Scialoja-Branca- Galgano - De Nova*, Bologna 2017, 1 ss.

<sup>6</sup> Soluzione caldeggiata da una parte della dottrina secondo cui il nuovo testo dell'art. 74 escluderebbe il rapporto di parentela solo per l'adozione di persone maggiori di età: v. C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 2; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir.*, 2013, 898 ss.; M. CINQUE, *Adozione in casi particolari: parentela tra fratelli acquisiti?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021,78; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, in *Trattato Iudica- Zatti*, Milano, 2022, 1092 s.

giustificano da un lato il fatto che possano accedervi anche persone che non possiedono i requisiti di cui all'art. 6, purché disponibili e idonee (persone singole, o che superino il limite di età prescritto) e dall'altro la permanenza dei rapporti con la famiglia d'origine e la necessità dell'assenso dei genitori.

La Corte richiama l'attenzione sulle due *rationes* fondamentali cui sono riconducibili i casi contemplati dall'art. 44: da un lato quella di dare veste giuridica, formalizzandole, a relazioni già esistenti nella realtà sociale (adozione da parte del coniuge o da parte di parenti nel caso dell'orfano), dall'altro quella di rendere possibile l'adozione di quei minori che per una ragione o per l'altra non possono accedere all'adozione piena. Grazie all'elasticità che lo caratterizza, l'istituto ha percorso un sentiero evolutivo grazie al quale è stato applicato, oltre i limiti immaginati dal legislatore, per dare una risposta a situazioni in cui l'adozione costituisce la risposta appropriata ai bisogni esistenziali del minore, garantendo il suo diritto alla famiglia<sup>7</sup>.

Si deve d'altra parte considerare che il riconoscimento del diritto del minore alla "propria" famiglia (art. 1, l. 184), la tutela delle relazioni familiari in cui si sostanzia il rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) hanno portato ad un rovesciamento del rapporto originariamente stabilito tra adozione "ordinaria" e adozione "semplice" del minore, divenendo la prima strumento residuale riservato a quei casi disperati in cui la famiglia di origine è davvero irrecuperabile<sup>8</sup>.

L'elasticità dell'adozione in casi particolari consente così di fronteggiare situazioni di c.d. semi - abbandono permanente in cui un'adozione "aperta" o "mite", che non spezza completamente i rapporti con la famiglia d'origine, può in concreto risultare preferibile<sup>9</sup>. Altre volte l'abbandono può sopravvenire nel corso di un affidamento preadottivo, cosicché può in concreto essere preferibile l'adozione particolare da parte degli affidatari, piuttosto che quella piena da parte di terzi (v. Corte EDU, Moretti e Benedetti c. Italia<sup>10</sup>; l. n. 173 del 2015) perché in tal modo si consolida il rapporto affettivo preesistente.

Vi sono poi quei casi in cui l'adozione particolare consente di formalizzare il rapporto di filiazione di fatto con il compagno/a della madre o del padre in assenza di un rapporto di coniugio che giustifichi l'applicazione della lett. b) dell'art. 44<sup>11</sup>.

In questi casi la nozione di "impossibilità di affidamento preadottivo" che, secondo la lett. d) dell'art. 44, costituisce condizione per l'adozione particolare deve essere intesa non come impossibilità di fatto, ma come impossibilità di diritto dovuta alla mancanza dei presupposti giuridici per la pronuncia di adozione piena in presenza dell'interesse del minore ad essere adottato dal nuovo

<sup>7</sup> Mi permetto di rinviare a G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari, Orientamenti innovativi, problemi, prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012 679; FERRANDO, *L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Dir. succ. Pers.*, 2017, 79.

<sup>8</sup> Cass., 24 novembre 2015, n. 23979, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 669, con nota di M. CINQUE, *La continuità affettiva nella legge n. 184/1983 e la posizione dei "parenti sociali"*; Cass., 18 dicembre 2015, n. 25526, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 680; Cass., 14 aprile 2016, n. 7391; Cass., 30 giugno 2016, n. 13435 (che accoglie il ricorso per revocazione di Cass., 8 novembre 2013, n. 25213, in *Foro. it.*, 2014, I, c. 60, con nota di G. CASABURI, *Dai diversi modelli di adozione di minore nella giurisprudenza della Cassazione alla novellazione legislativa della nozione di stato di abbandono*). Cui adde Cass., sezione I civ., ordinanze 15 dicembre 2021, n. 40308, 22 novembre 2021, n. 35840, 25 gennaio 2021, n. 1476 e 13 febbraio 2020, n. 3643, citt. in motivazione. Anche la Corte Europea in diverse occasioni ha sottolineato il carattere residuale dell'adozione piena (Corte EDU, 13 ottobre 2015, S.H. c. Italia, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 683, con commento di L. LENTI, *Quale futuro per l'adozione? A proposito di Corte eur. dir. uomo, S.H. c. Italia e Cass. n. 25526/2015*, *ivi*, II, p. 785 ss.) ed ha indicato in forme di adozione "mite" lo strumento che meglio si concilia con il rispetto della vita privata e familiare: Corte EDU, sentenza 21 gennaio 2014, Zhou contro Italia, paragrafo 60; di seguito, in senso analogo, Corte EDU, grande camera, sentenza 10 settembre 2019, Strand Lobben e altri contro Norvegia, paragrafi 202-213 e sentenza 13 ottobre 2015, citt. in motivazione.

<sup>9</sup> Trib. min. Bari, 7 maggio 2008, in *Fam. dir.*, 2009, 301. L'esperienza di adozione mite del Tribunale per i minorenni di Bari è ripercorsa dal suo presidente: v. F. OCCHIOGROSSO, *L'adozione mite dopo due anni*, in *Minori giust.*, 2005, 149 ss.

<sup>10</sup> Corte EDU, Moretti e Benedetti c. Italia, 27 aprile 2010 (R. n. 16318/2007), in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

<sup>11</sup> Ad esempio, v. Trib. min. Milano, 28 marzo 2007, in *Fam. e min.*, 2007, 83; App. Firenze, 4 ottobre 2012, in *Minori giust.*, 2013, 366.

genitore e dell'accertamento dell'idoneità di questi. E' stata la stessa Corte costituzionale, nel 1999<sup>12</sup>, a leggere nella lente dell'interesse del minore la nozione di impossibilità di affidamento preadottivo così da garantire al minore «la possibilità di rimanere nell'ambito della nuova famiglia che l'ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui». E' questa interpretazione che in seguito verrà riproposta - come nel caso da cui prende le mosse la sentenza n. 79 - per dare veste giuridica alla relazione tra il genitore intenzionale ed il figlio nato da coppie dello stesso sesso che hanno fatto ricorso alla PMA (fecondazione eterologa o surrogazione di maternità) all'estero<sup>13</sup>.

Questa evoluzione – chiarisce la Corte – ha il suo *focus* nel “primario interesse del minore”, principio riconducibile ai principi costituzionali interni (artt. 2, 30 Cost.) e sovranazionali (a partire dagli artt. 8 CEDU, 24 CDFUE, e dalla Convenzione di New York 20 novembre 1989). Occorre perciò verificare se il fatto che l'adozione particolare non instauri rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante sia oppure no adeguata al metro di tali principi. Si tratta, in altri termini, di «valutare se il diniego di relazioni familiari tra l'adottato e i parenti dell'adottante determini, in contrasto con gli artt. 3 e 31 Cost., un trattamento discriminatorio del minore adottato rispetto all'unicità dello status di figlio e alla condizione giuridica del minore, avendo riguardo alla ratio della normativa che associa a tale status il sorgere dei rapporti parentali».

### 3. Adozione e rapporti di parentela

La risposta è affermativa. Il contrasto con i principi costituzionali sussiste. Il trattamento riservato all'adottato è discriminatorio. La nuova disciplina della parentela (art. 74 c.c.) costituisce infatti profilo saliente della unicità dello stato di figlio così come delineato dalla riforma della filiazione di dieci anni fa. Il mancato riconoscimento della c.d. “parentela naturale”, insieme con la sopravvivenza dell'istituto della legittimazione dei figli naturali costituivano infatti due dei principali indici che distinguevano nel sistema della riforma del 1975 la condizione dei figli “naturali” rispetto a quelli “legittimi”. L'unicità dello stato di figlio (art. 315 c.c.) - cui approda la riforma del 2012/2013 - richiedeva quindi necessariamente una nuova nozione di parentela basata sulla genitorialità e non più sul matrimonio (art. 74, art. 258 c.c.). Divenuto unico lo stato di figlio, ne è seguita l'abrogazione della legittimazione, che risultava ormai anacronistica<sup>14</sup>.

In un sistema in cui tutti i figli hanno lo stesso stato, si tratti di figli generati (artt. 231 ss. c.c.), di figli adottati (l.n.184/1983), di figli nati da PMA (artt. 8, 9, l. n. 40, 2004), il fatto di escludere i figli adottati con adozione particolare non ha alcuna ragionevolezza, li priva di un adeguato sostegno familiare, di quel sostegno che caratterizza lo stato di figlio che la legge attribuisce loro. Non sussistono infatti dubbi sul fatto che anche l'adozione particolare renda l'adottato figlio degli adottanti. Vi sono numerosi indici normativi: primo fra tutti l'art. 48, l. 184 che nell'attribuire

<sup>12</sup> Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3215.

<sup>13</sup> L'adozione in casi particolari da parte del genitore intenzionale viene generalmente ammessa dalla giurisprudenza (a partire da Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, 2368 ss., con nota di G. CASABURI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1135, con commento di G. FERRANDO al quale mi permetto di rinviare. Al riguardo, v. anche Corte EDU, G.C. *avis consultatif* 10 aprile 2019, R. P 16-2018-001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 757, con nota di A.G. GRASSO; in *articolo29.it*, con nota di A. SCHUSTER. La Corte europea ha ritenuto che rientri nell'ambito della discrezionalità dei legislatori nazionali individuare i modi in cui tutelare i diritti del bambino, sempre che tali strumenti garantiscano una tutela “pronta” ed “effettiva”. Indicazioni in questo senso anche in Cass. S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.; Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, in *Nuova giur. civ. comm.* 2018, 546, con commento di A. GORGONI, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis*, *ivi*, 540 ss. e in *Corr. giur.*, 2018, 446, con mia nota, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*; Corte cost. 15 novembre 2019, n. 237; Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, in *Giustizia insieme*, 2020, con nota di M. BIANCA, *La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, con mio commento, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte cost. n. 230/2020*; Corte cost. n. 32, 33

<sup>14</sup> Al riguardo, in diverse prospettive, v. L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 201; M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1; SASSI, SCAGLIONE, STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Trattato Sacco*, Torino, 2018; M. MANTOVANI, *La filiazione nel matrimonio*, in *Trattato Zatti, Riforme*, cit. II, 33.

all'adottante la responsabilità genitoriale, e i doveri che spettano ai genitori ex art. 147 c.c., rende integralmente applicabili le norme degli artt. 315 ss. c.c.; a ciò si aggiungano attribuzione del cognome, diritti alimentari e successori, divieti matrimoniali, e gli altri molteplici effetti dell'adozione di matrice civilistica. Il fatto poi che l'adozione particolare determini l'inserimento nella famiglia si desume, ancor prima che dalla disciplina civilistica (es. art. 1023 c.c.), dal fatto che il giudice nel pronunciarla debba verificare «l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore», che debba valutare «l'ambiente familiare degli adottanti».

Inequivocabilmente la legge attribuisce all'adottato lo stato di figlio. Eppure «a dispetto della unificazione dello status di figlio, al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo». Questa privazione appare discriminatoria e irragionevole dato che «un profilo così rilevante per la crescita e per la stabilità di un bambino viene regolato con la disciplina di un istituto, qual è l'adozione del maggiore d'età, plasmato su esigenze prettamente patrimoniali e successorie». Si viene a privare il minore «della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni». E nello stesso tempo si viene a ledere il minore «nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo».

#### **4. Dall'esclusività della famiglia alla pluralità delle relazioni familiari**

La tradizionale giustificazione del mancato riconoscimento della relazione con i parenti dell'adottante - il fatto cioè che altrimenti, non interrompendo l'adozione semplice i legami con la famiglia di origine, si verificherebbe la contemporanea appartenenza dell'adottato a due diverse famiglie - non elimina il carattere discriminatorio della privazione. E' questo un passaggio di grande rilevanza della motivazione perché muove dall'assunto che i diritti del bambino non possono essere negati dalla forza di un dogma, quello della esclusività della famiglia. In forza di quel dogma non si può appartenere che a una sola famiglia, per crearne una nuova occorre interrompere completamente i rapporti con quella di origine, come appunto accade con l'adozione ordinaria del minore (art. 27, c. 3, l. 184). Altrimenti si può acquistare un genitore, ma non una famiglia, come nel caso dell'adozione del maggiorenne (art. 300, c. 2 c.c.). *Tertium non datur*. Ora, invece, La Corte costituzionale apre una nuova strada. Due famiglie possono coesistere - quella d'origine e quella adottiva - quando ciò sia necessario per tutelare i diritti del bambino. L'attenzione ai diritti porta al tramonto di vecchi dogmi.

«In realtà» - sottolinea la Corte con grande chiarezza - «l'aggiunta dei legami familiari accomunati dallo stipite, da cui deriva il genitore adottivo, a quelli accomunati dallo stipite, da cui discende il genitore biologico, non è che la naturale conseguenza di un tipo di adozione che può pronunciarsi anche in presenza dei genitori biologici e che vede, dunque, il genitore adottivo, che esercita la responsabilità genitoriale, affiancarsi a quello biologico».

Quando è il legislatore «ad affiancare al genitore biologico il genitore adottivo e a sovrapporre due vincoli di filiazione, l'unicità della famiglia si tramuta in un dogma, che tradisce il retaggio di una logica di appartenenza in via esclusiva». Se si considera l'esperienza di vita del bambino adottato con adozione particolare, ci si rende conto che «l'identità stessa del bambino è connotata da questa doppia appartenenza, e disconoscere i legami che scaturiscono dal vincolo adottivo, quasi fossero compensati dai rapporti familiari di sangue, equivale a disconoscere tale identità» e questo, conclude la Corte, «non è conforme ai principi costituzionali».

Il ragionamento tradizionale va rovesciato: «E' il diritto ... che deve adeguarsi alla situazione di fatto e non viceversa». E questo è tanto più vero «se si ripercorre la casistica che dà accesso all'adozione in casi particolari» perché «si tratta di situazioni che richiedono di potenziare le tutele e non certo di ridurle»: minori orfani o orfani con disabilità, (art. 44, lett. a e c); minori abbandonati, ma non adottabili (art. 44, lett. d); minori che vivono in un nuovo nucleo familiare (art. 44, lett. b); minori che hanno un solo genitore (art. 44, lett. d). Si tratta, in definitiva, «di bambini o ragazzi per i quali la nuova rete di rapporti familiari non è certo un privilegio, quanto piuttosto costituisce ... il doveroso

riconoscimento giuridico di relazioni, che hanno una notevole incidenza sulla crescita e sulla formazione di tali minori e che non possono essere negate, se non a costo di incidere sulla loro identità».

La Corte osserva che la doppia appartenenza a due famiglie distinte è già presente nel nostro sistema in seguito alla riforma della filiazione. In assenza del matrimonio tra i genitori il figlio riconosciuto entra in due famiglie distinte, tra loro formalmente non comunicanti. Se la “famiglia fondata sul matrimonio” costituisce un gruppo legato da rapporti di coniugio, parentela, affinità, la famiglia che ha il suo baricentro sulla filiazione mantiene formalmente distinti i due rami di cui si compone. Nel vissuto del bambino quel che conta è la sostanza: l’uno e l’altro ramo sono la sua famiglia. Lo stesso dicasi nel caso in cui è l’adozione particolare a dare forma giuridica alla genitorialità: nonni e fratelli fanno parte della vita ed ora, grazie alla sentenza della Corte, finalmente fanno parte anche del diritto, perché avere nonni, fratelli, zii, cugini, significa avere non solo affetti, ma persone su cui poter contare (anche di fronte alla legge) nella sventurata ipotesi in cui i genitori vengano a mancare o siano impossibilitati ad occuparsi dei figli.

Con l’adozione semplice, dunque, l’adottato stabilisce rapporti di parentela con la famiglia dell’adottante (o degli adottanti). Nel caso in cui il bambino venga adottato da un parente - ad esempio, l’orfano di entrambi i genitori viene adottato dallo zio e da sua moglie - l’adozione non fa sorgere nuovi rapporti di parentela con il ramo a cui era già legato ma ne comporta la riqualificazione (anche ai fini successori): come lo zio adottante diventa genitore, così i suoi eventuali figli da cugini diventano fratelli e così via. Il diritto si adegua alla realtà effettiva della nuova situazione familiare in cui il bambino si inserisce.

## 5. Adozione semplice del nato da PMA

L’esigenza di stabilire rapporti parentali con la famiglia dell’adottante si riscontra in modo particolare nel caso di bambino nato da tecniche di PMA: sia che si tratti di fecondazione eterologa realizzata da una coppia di donne all’estero, sia che si tratti di gestazione per altri, sempre all’estero, da parte di coppie di sesso diverso o dello stesso sesso.

E’ questo il caso da cui prende le mosse la presente sentenza: quello di una coppia gay che ha contratto matrimonio all’estero, matrimonio trascritto in Italia con effetti di unione civile, ed ha avuto una bambina grazie a gravidanza per altri effettuata sempre all’estero. Il genitore intenzionale ha chiesto al giudice italiano l’adozione in casi particolari della bambina con estensione dei rapporti parentali alla sua famiglia.

Nel caso di PMA all’estero il donatore (se si tratta di eterologa), la donatrice e la gestante (se si tratta di GPA) non hanno alcun rapporto giuridico con il nato cosicché il bambino, in seguito al riconoscimento da parte del genitore biologico, ha legami soltanto con la famiglia di questi. L’adozione da parte del secondo genitore, quello intenzionale, senza la costituzione di rapporti di parentela con la sua famiglia, determina una situazione claudicante, impedisce che ai nonni dalla parte del primo genitore si aggiungano quelli dalla parte del secondo, come invece sarebbe naturale. Impedisce che siano riconosciuti giuridicamente i legami con i fratelli<sup>15</sup>. Il diritto ignora quei rapporti familiari che di fatto esistono nella vita del bambino e ne connotano l’identità.

In seguito alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 55 l. adoz. il bambino adottato con adozione particolare da parte del genitore intenzionale non ha solo un secondo genitore, ha anche una seconda famiglia: fratelli, nonni zii, cugini.

Se poi si guarda al problema dal punto di vista del diritto europeo ci si avvede che «la declaratoria di illegittimità costituzionale rimuove ... un ostacolo all’effettività della tutela offerta dall’adozione in casi particolari», tenuto conto del fatto che, non da ieri la Corte Edu ha ritenuto che il riconoscimento

<sup>15</sup> Va qui segnalato il tentativo da parte della giurisprudenza di merito di una interpretazione che renda possibile l’instaurazione di rapporti di parentela “almeno” tra fratelli: v. Trib. min. Bologna 3 luglio 2020, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 78, con commento di M. CINQUE, *Adozione in casi particolari: parentela tra “fratelli acquisiti”?* E v. anche Trib. min. Venezia, 9 ottobre 2020, *Ilfamiliarista.it*.

dei legami con i parenti dei genitori costituisce aspetto significativo del rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU)<sup>16</sup>.

E' noto che la Corte EDU, nell'affrontare la questione della maternità surrogata, ha riconosciuto agli Stati ampi margini di discrezionalità nell'individuare i modi in cui formalizzare il rapporto di filiazione intenzionale, a condizione, tuttavia, che le modalità previste dal diritto interno garantiscano "effettività e celerità" della tutela. In altri termini, gli Stati non sono obbligati a riconoscere l'atto di nascita straniero da cui risulta la doppia paternità o maternità, possono anche preferire la via dell'adozione, a condizione, tuttavia, che il provvedimento sia tempestivo – giunga, al più tardi, quando il legame familiare si è di fatto consolidato - e determini uno stato di filiazione pieno<sup>17</sup>.

A sua volta la nostra Corte costituzionale<sup>18</sup>, nell'affrontare la questione di legittimità del "diritto vivente" il quale, in seguito alla pronuncia delle sezioni unite della S.C. <sup>19</sup>, esclude la riconoscibilità del provvedimento straniero che attribuisce la doppia paternità, ha messo in evidenza le insufficienze della disciplina dell'adozione particolare a garantire pienamente i diritti del bambino e quindi anche a soddisfare le condizioni richieste dalla Corte EDU.

Premesso che appare «indiscutibile ... l'interesse del bambino ... (al) riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, del legame col genitore intenzionale a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso» e che l'interesse del minore non «potrebbe ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore "biologico"», la Corte ritiene che l'adozione in casi particolari, per come è disciplinata dall'art. 44 ss., non costituisca lo strumento adeguato. Infatti: «l'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante. Inoltre, pur a fronte della novella dell'art. 74 cod. civ. ... è ancora controverso ... se anche l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore "biologico" (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita». A ciò si aggiunga che l'adozione presuppone che sia il genitore a farne domanda, esponendo il figlio ad eventuali ripensamenti di chi ne ha voluto la nascita e che non dovrebbe potersi sottrarre alle sue responsabilità<sup>20</sup>.

La Corte è dunque consapevole delle insufficienze che la disciplina dell'adozione particolare presenta nella tutela dei diritti fondamentali del bambino. Nello stesso tempo, tuttavia, riconosce al legislatore

<sup>16</sup> A partire da *Marckx c. Belgio* 13 giugno 1979, in *Foro it.*, 1979, I, 333.

<sup>17</sup> In particolare, Corte EDU, G.C. *avis consultatif* 10 aprile 2019, R. P 16-2018-001, cit.; cui *adde* Corte EDU, 16 luglio 2020, D. contro Francia; Corte EDU 12 dicembre 2019, C. ed E. contro Francia, citt. in motivazione

<sup>18</sup> Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33 relativa ad un caso di doppia paternità (e v. Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32 relativa ad un caso di doppia maternità), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 616, con nota di B. CHECCHINI, *L'"omogenitorialità" ancora al vaglio della Corte costituzionale*. Per un primo commento, v. M. ACIERNO, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità* in *Questione Giustizia.it*; M. GATTUSO, *I bambini al centro: il cambio di prospettiva nelle tre decisioni del marzo 2021 in materia di omogenitorialità (della Consulta e delle Sezioni unite)*, in *Giudice donna.it*; G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021.

<sup>19</sup> Cass. S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 737 con commento di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*; in *Fam. dir.*, 2019, 753, con note di G. FERRANDO e M. DOGLIOTTI; in *Famiglia*, 2019, 369, con nota di M. BIANCA; in *Foro it.*, 2019, I, 4027, con nota di G. LUCCIOLI, e v. anche il mio commento, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 815.

<sup>20</sup> Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit. Analogamente v. la sentenza n. 32 dove si osserva che l'adozione semplice «opera in ipotesi tipiche e circoscritte, producendo effetti limitati, visto che non conferisce al minore lo status di figlio legittimo dell'adottante, non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante (considerata l'incerta incidenza della modifica dell'art. 74 cod. civ. operata dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, ...) e non interrompe i rapporti con la famiglia d'origine».

marginari di discrezionalità nella scelta dei modi in cui garantire questo riconoscimento, tenuto conto della «la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale» e quindi della necessità di un bilanciamento tra interesse del bambino e finalità sanzionatoria e preventiva dell'ordinamento. Questo compito «non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco»<sup>21</sup>.

## **6. Riflessi della sentenza n. 79 sul problema della trascrizione dell'atto di nascita straniero del figlio nato da GPA**

La sentenza n. 79, nel momento in cui interviene sugli effetti dell'adozione particolare, facendoli corrispondere a quelli che derivano dall'unico stato di figlio, può avere riflessi anche sulla questione – che esula dal caso di specie, ma che vi è in qualche modo connessa - della trascrivibilità del provvedimento straniero da cui risulta la doppia paternità del nato da GPA all'estero.

E' sufficiente il riconoscimento di effetti pieni all'adozione semplice per ritenere che essa soddisfi tutte le esigenze di tutela dei diritti dei bambini nati da GPA all'estero? E' questa in buona sostanza la domanda cui devono dare una risposta le Sezioni Unite cui la prima sezione della Corte di Cassazione<sup>22</sup> ha rimesso la questione se sia oppure no contrario all'ordine pubblico internazionale il riconoscimento del provvedimento straniero da cui risulta la doppia paternità del bambino nato da gestazione per altri all'estero. Se non viene chiesta l'adozione semplice, ma la trascrizione dell'atto di nascita straniero, se ne può giustificare il rifiuto, per contrasto con l'ordine pubblico internazionale, sostenendo che l'adozione semplice offre una tutela adeguata, “pronta ed effettiva”, e costituisce dunque l'unico modo ammissibile per dare forma giuridica al rapporto col genitore intenzionale?

La sentenza n. 79/2022 certamente rimuove uno dei limiti dell'adozione particolare, ma non tutti gli altri che, a mio parere rivelano la strutturale inidoneità dell'istituto dell'adozione a garantire i diritti dei bambini nati da PMA, e questo non solo a causa del procedimento di adozione che sconta le incertezze dei tempi e degli esiti propri di ogni procedimento di volontaria giurisdizione, ma proprio per via della sua disciplina sostanziale. L'adozione, infatti, è per sua natura istituto rimesso alla discrezionalità degli adulti. Tutela i diritti del bambino solo in quanto gli adulti vogliono adottare. E' l'adottante che ne fa domanda, è l'altro genitore che dà il proprio consenso (art. 48). Questo è logico perché l'adottante adotta il figlio altrui, non il proprio (art. 293 c.c. che si applica anche all'adozione semplice ex art. 55, l. 184), rende proprio il bambino che ha altri genitori. Il figlio nato da PMA, invece, non ha altri genitori se non quelli che ne hanno voluto e ne hanno reso possibile la nascita. Nella PMA non è il sangue che rende genitori, ma la “scelta”<sup>23</sup>. E' quella scelta che “mette al mondo” il bambino perché senza di essa il centro medico non avrebbe accolto la richiesta di PMA e il bambino non sarebbe nato. E' a quella scelta che il bambino deve la propria vita ed alla responsabilità per quella scelta il genitore non si può, non si deve, sottrarre. Questo è un punto fermo che tuttavia troppo spesso non viene considerato: non c'è solo la filiazione biologica, c'è anche quella intenzionale. Fin dal 2004 la legge n. 40 ha detto chiaramente che chi si avvale delle tecniche è genitore e non può sottrarsi alle sue responsabilità, questo a prescindere dal fatto che la tecnica sia o non sia ammessa dalla legge (artt. 8, 9, l. n. 40).

Dobbiamo allora chiederci se il diritto ad essere riconosciuto come figlio di entrambi i genitori deve essere tutelato come diritto autonomo del figlio o come riflesso di una domanda discrezionale dei genitori.

<sup>21</sup> Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, cit.

<sup>22</sup> Cass., ord., 21 gennaio 2022, n. 1842.

<sup>23</sup> Anche la Corte costituzionale conviene che “nell'evoluzione normativa e ordinamentale del concetto di famiglia” si afferma il “rilievo giuridico della genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica” (n. 272/2017).

## 7. Il “bilanciamento” tra diritti del bambino e divieto di surrogazione nell’ordinanza n. 1842/2022 della I sezione della S.C.

La sentenza della Corte costituzionale n. 79, per quanto apprezzabile, non è decisiva per la soluzione del problema all’esame delle Sezioni Unite.

La sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale ha rilevato il contrasto tra il “diritto vivente”, risultante dalla sentenza delle S.U. n. 12193/2019 ed i principi costituzionali, ma non ne ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, ritenendo compito del legislatore disciplinare la materia.

In mancanza di un intervento del legislatore, che pure la Corte costituzionale aveva sollecitato con particolare urgenza, sono i giudici a doversi far carico della tutela dei diritti dei bambini<sup>24</sup>. La prima sezione - innanzi alla quale pendeva la causa su cui è intervenuta la sentenza n. 33/ 2021 della Corte costituzionale – ha chiesto perciò alle sezioni unite di valutare se, alla luce dell’evoluzione del diritto vivente, sia ancora sostenibile la contrarietà all’ordine pubblico di tale riconoscimento, se sia ancora ammissibile una interpretazione palesemente incostituzionale, o se invece non sia possibile una «interpretazione adeguatrice», una «valutazione legata al singolo caso in esame, secondo criteri di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza ... nell’ottica della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l’interesse del minore»<sup>25</sup>.

L’ordinanza della I sezione della Cassazione n. 1842/2022 si colloca sulla strada che la Corte costituzionale ha indicato<sup>26</sup>, quella del bilanciamento dei diritti del bambino con il diritto della donna alla tutela della sua dignità e con l’interesse pubblico alla repressione e prevenzione dei reati. In una logica di gradualità, la I sezione fa un passo avanti per individuare un punto di equilibrio che tuteli i diritti del bambino senza rinunciare a garantire la dignità della donna. Il ragionamento è molto articolato e non è possibile in questa sede un suo esame approfondito se non per notare che l’ordinanza non si limita ad osservare il fenomeno della maternità surrogata dall’esterno, come se fosse un blocco unitario ed omogeneo, ma scende a considerare la multiforme realtà della surrogazione. Vi sono infatti diversi tipi di gestazione per altri a seconda dell’entità dell’apporto biologico dato dalla coppia committente (da parte di entrambi, solo da parte del partner maschile, o, in casi limite, da parte di nessuno dei due<sup>27</sup>), e dalla gestante (a seconda che contribuisca solo con la gestazione, e l’ovocita provenga da una donatrice o dalla madre intenzionale, o anche con il proprio materiale genetico), della motivazione (commerciale<sup>28</sup> o solidaristica<sup>29</sup>) che la anima, dell’eventuale

<sup>24</sup> In applicazione della sentenza n. 32/2021, la Corte d’Appello di Cagliari (29 aprile 2021, in *Articolo29.it*, con nota di M. GATTUSO) ammette l’iscrizione della seconda mamma nell’atto di nascita. In applicazione della sentenza n. 33 il Trib. Milano 23 settembre 2021 ammette la trascrizione dell’atto di nascita straniero da cui risulta la doppia paternità.

<sup>25</sup> Cass. ord. 21 gennaio 2022, n. 1842

<sup>26</sup> «Di tale bilanciamento tra gli interessi del bambino e la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l’ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale – bilanciamento alla cui necessità alludeva anche la già menzionata sentenza n. 272 del 2017 di questa Corte – si è, del resto, fatta carico anche la giurisprudenza della Corte EDU, poc’anzi citata»: Corte cost. 33/2021.

<sup>27</sup> In mancanza di legame genetico con i committenti, il rispetto della legalità (essendo la pratica vietata anche dalla legge dello Stato, l’Ucraina, in cui era stata posta in essere), l’esigenza di evitare aggiramenti della legge sull’adozione, considerato anche il mancato consolidarsi di una situazione familiare di fatto, ha giustificato il rifiuto di riconoscimento dell’atto di nascita straniero e l’apertura del procedimento di adozione: Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 239, con nota di BENANTI, in *Foro it.*, 2014, I, 3408 ss., con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; in *Corr. giur.*, 2015, 471, con nota di A. Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*; Corte EDU, *G.C., Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, in *Fam. dir.*, 2017, 729, con nota di E. FALLETTI e v. il commento di S. PENASA, *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia: verso modelli familiari “a geometria variabile”?* in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2017 on line.

<sup>28</sup> La ferma condanna della maternità surrogata – che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» - viene espressa dalla Corte costituzionale (n. 272/2017) in riferimento ad un caso di GPA da parte di una coppia di sesso diverso, realizzata in India sulla base di accordi di natura commerciale. Successivamente (con l. del 2019) l’India ha bandito del tutto la surrogazione commerciale che già dal 2015 era stata preclusa ai non residenti.

<sup>29</sup> Nei casi esaminati da Cass. S.U. n. 12193/2019 e in quello oggetto del ricorso n. 1842/2022 si tratta di GPA non commerciale realizzata in Canada

rapporto di parentela o di amicizia esistente tra le donne<sup>30</sup>. Vi sono poi diversi tipi di disciplina della GPA nei diversi Stati che la ammettono, dentro e fuori dall'Unione europea. Alcuni stati (ad esempio, Inghilterra, Portogallo, Grecia, Olanda, Belgio, Canada) ammettono solo la GPA solidaristica. Tra i requisiti richiesti alla gestante si può trovare il fatto di avere già dei figli e/o di essere sposata. Altre volte si richiede che l'ovocita non sia della gestante ma provenga dalla madre intenzionale o da una donatrice. Sovente si riconosce alla gestante il diritto di ripensamento, di scegliere se tenere il bambino<sup>31</sup>.

La legge italiana esprime una ferma condanna della maternità surrogata che corrisponde ad un sentire sociale diffuso<sup>32</sup>. Le principali ragioni su cui il divieto si fonda consistono nel rifiuto di ogni forma di sfruttamento e di commercializzazione del corpo della donna, in contrasto con la sua dignità<sup>33</sup> ragioni che hanno un fondamento costituzionale in diritto interno (artt. 2, 3, Cost.) ed europeo (art. 3 Carta di Nizza, art. 21 Convenzione di Oviedo, sui Diritti dell'uomo nei confronti della biomedicina, 4 aprile 1997). In coerenza con i precetti costituzionali interni ed europei l'art. 12 della l. 40 pone l'accento sulla "commercializzazione", riguardata come forma "sfruttamento", di svilimento della dignità della donna, cosicché si è escluso che analogo fondamento possa rinvenirsi nel divieto di gestazione per altri sorretta da intenti solidaristici<sup>34</sup>, compiuta, senza scopi di lucro, per rendere possibile la realizzazione dell'altrui diritto alla genitorialità. Ad analoga condanna si tende a sottrarre la c.d. maternità surrogata "relazionale"<sup>35</sup>, attuata grazie alla disponibilità di una sorella, della madre, dell'amica più cara che vogliono aiutare la congiunta che non può portare avanti la gravidanza a realizzare il suo desiderio di diventare madre. E' infatti proprio nelle esigenze di tutela della dignità della donna rispetto alla mercificazione della sua persona e della stessa gestazione, che si individua un fondamento adeguato al bilanciamento del sacrificio che il divieto di surrogazione impone ad altri interessi pur costituzionalmente rilevanti (il rispetto della sfera privata, dell'autodeterminazione nel campo della procreazione), offrendo in tal modo al divieto un adeguato fondamento costituzionale<sup>36</sup>.

Nell'interpretazione proposta dalla I sezione, il bilanciamento tra diritti del bambino e tutela della dignità della donna non deve essere fatto in astratto, ma deve invece tener conto delle diverse situazioni concrete «secondo criteri di inerenza, proporzionalità ragionevolezza», tenendo in particolare conto della «adesione libera e consapevole e non determinata da esigenze di ordine economico della donna alla gestazione, revocabilità del consenso alla rinuncia all'instaurazione del rapporto di filiazione fino alla nascita del bambino, necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due genitori intenzionali, valutazione in concreto degli effetti dell'eventuale diniego del riconoscimento sugli interessi in conflitto».

<sup>30</sup> Un caso di surroga "relazionale" era stato esaminato, ante l. n. 40/2004, da Trib. Roma 17 gennaio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, 151 con note di M. DOGLIOTTI e G. CASSANO.

<sup>31</sup> Una recente ricognizione si deve a A. G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino 2022, 15 ss. E v. M. GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'art. 8, legge 40, Giudicedonna*, 2017,1.

<sup>32</sup> L'art. 12, comma 6, L. n. 40/2004 punisce «con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro» «chiunque in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità». Esclude tuttavia che sia penalmente perseguibile la GPA realizzata all'estero e che possa configurarsi il reato di alterazione di *status* nella richiesta di trascrizione dell'atto di nascita formato legittimamente all'estero Cass. 5 aprile 2016, n. 13525.

<sup>33</sup> Al riguardo, si segnalano le riflessioni di B. PEZZINI, *Nascere in un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *costituzionalismo.it*, 1/2017, EAD., *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI - E. OLIVITO, (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 91 ss.

<sup>34</sup> A. RUGGERI - C. SALAZAR, "Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio": riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consultaonline*, 2017, Ma v. già P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 193 ss.

<sup>35</sup> U. SALANITRO, *Azioni di status e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 552

<sup>36</sup> V. B. PEZZINI, *Introduzione al Focus*, cit., in *Genjus*, n. 2/2017; I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *Focus*, cit. Per un approfondimento in altra direzione, v. invece, A. RENDA, *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, 415 ss.

La presenza di questi elementi - secondo i prudenti criteri di valutazione che la Corte suggerisce - starebbe ad indicare che nel caso concreto vi è stata una adeguata considerazione delle istanze di tutela della gestante e riporterebbe in equilibrio la bilancia tra diritti della donna e diritti del bambino.

Se ci si pone nell'ottica del bilanciamento suggerita dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea, mi pare che quello proposto dalla I sezione sia un tentativo per così dire "alto", di contemperare interessi ritenuti in conflitto tra loro. La soluzione suggerita consiste nel trovare un punto in cui il conflitto viene meno in quanto entrambi i beni messi a confronto ricevono adeguata tutela<sup>37</sup>.

## 8. Diritti del bambino e ordine pubblico

Mi chiedo tuttavia se non sia possibile fare un passo ulteriore e chiedersi se davvero vi sia conflitto tra diritti della donna e diritti del bambino dato che il bilanciamento si giustifica solo se vi è conflitto tra i diritti a confronto, se la tutela dell'uno si ottiene al costo del sacrificio dell'altro<sup>38</sup>. E' proprio vero che la dignità della donna è tutelata se è negato il riconoscimento dell'atto di nascita del bambino redatto all'estero? Se così non fosse dovremmo dire che il sacrificio dei diritti del bambino è inutile.

Partiamo allora dai diritti del bambino. Con la nascita il bambino è una persona titolare di diritti propri, autonomi e indipendenti rispetto ai genitori. Tra questi diritti vi è prima di tutto il diritto allo stato, ad essere riconosciuto come figlio dei propri genitori, in cui si sostanzia il suo stesso diritto all'identità e alla dignità di persona e che deve essere tutelato per tutti i figli in modo eguale senza discriminazioni legate alla nascita. Il diritto del bambino all'accertamento del suo stato nei confronti di entrambi i genitori è un diritto pienamente tutelato dal diritto interno ed internazionale. Ed è tutelato anche contro la volontà dei genitori, dato che mancando la spontanea assunzione di responsabilità, il giudice può emettere sentenza di accertamento della filiazione (art. 269 c.c.). Solo in casi eccezionali può essere limitato e solo quando risulti provato un interesse contrario del bambino stesso. Da questo punto di vista sono illuminanti le norme in tema di riconoscimento (artt. 250, 251 c.c.): il diritto del figlio ad essere riconosciuto da entrambi i genitori può cedere solo di fronte all'accertamento in concreto di un contrario interesse del bambino stesso e solo in casi del tutto eccezionali<sup>39</sup>.

Bisogna intanto uscire dagli equivoci e dalla confusione che spesso si fa tra "diritti" dei bambini e "interesse" del minore<sup>40</sup>. Una cosa è infatti il riconoscimento in termini generali ed astratti dei "diritti", in quanto interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento. Altra cosa è l'impiego della clausola generale dell'interesse del minore come strumento che consente di prendere, in attuazione di quei diritti, le decisioni che meglio corrispondono alla situazione concreta in cui

<sup>37</sup> Un'operazione analoga a quella realizzata dalla Corte costituzionale e proposito del diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini. Qui è la reversibilità della decisione da parte della donna che ha chiesto di non essere nominata nell'atto di nascita ad eliminare il conflitto tra il suo diritto all'anonimato e il diritto del figlio di sapere. V. Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278, *Fam. dir.* 2014, 11 con nota di V. CARBONE. E v. Cass. 9 agosto 2021, n. 22497, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 5, con nota di M. G. STAZIONE.

<sup>38</sup> Si considerino ad esempio il conflitto tra diritto alla vita del feto/ diritto alla salute della donna risolto attraverso il criterio della prevalenza del secondo alla luce dei principi costituzionali (Corte cost. n. 27/1975; il conflitto tra diritto del figlio di conoscere le proprie origini / diritto all'anonimato della madre, conflitto risolto individuando un punto di non interferenza (Corte cost. n. 278/2013).

<sup>39</sup> Cass. 3 gennaio 2008, n. 4, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1081, con nota di B. CHECCHINI; Cass. 10 ottobre 2008, n. 24931, in *Foro it.*, 2008, I, 1, 3472. A proposito dell'importanza della "bigenitorialità", v. Cass. 19 aprile 2010, n. 9300; Cass. 11 settembre 2012, n. 15158; Cass. 21 giugno 2018, n. 16356.

<sup>40</sup> A suo tempo avevo fatto un tentativo in questa direzione: v. FERRANDO, *Diritti e interesse del bambino tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998, 167 ss. Con molta chiarezza si vedano le pagine illuminanti di L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 73 ss. (e v. già L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 148 ss.; ID, *Note critiche in tema di interesse del minore*, *Riv. dir. civ.*, 2016, 86 ss.). Per un'ampia discussione, v. ora M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020.

ciascun minore si trova<sup>41</sup>. La valutazione in concreto dell'interesse del singolo bambino non deve essere usata per limitare i suoi diritti, ma solo per adeguarne i modi di attuazione al contesto specifico.

Questo vale anche nel caso di nascita da PMA (artt. 8, 9, l. n. 40). Giustamente la Corte costituzionale (n. 33/2021) mette in chiaro che non viene in discussione un preteso "diritto alla genitorialità" in capo agli adulti, ma un diritto del bambino ad avere due genitori responsabili della sua crescita. E dal suo punto di vista un genitore solo, quello biologico, non è sufficiente, perché quando un bambino cresce ed è continuativamente accudito da un nucleo composto da due persone, che esercitano di fatto la responsabilità genitoriale, «è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento del proprio rapporto giuridico con entrambe». Diritti dei bambini e responsabilità dei genitori: sono questi i principi che ci devono guidare.

Anche il figlio nato dalla scelta è figlio, al pari di quello che discende da legami di sangue. Anche il figlio nato da GPA ha diritto ad essere riconosciuto come figlio dei genitori che si sono assunti la responsabilità di farlo nascere. La Corte di Cassazione ha ormai rimosso il pregiudizio derivante dall'omosessualità dei genitori che non costituisce più ostacolo alla costituzione dello stato<sup>42</sup>, né all'esercizio della responsabilità genitoriale<sup>43</sup>. C'è un altro pregiudizio che bisogna rimuovere: quello per cui i genitori "per scelta" non sono "veri" genitori, o comunque non lo sono al pari di quelli "del sangue". Ma non è così, non lo è nella vita, non lo è neppure per la legge che chiaramente indica come genitori coloro che hanno dato il consenso all'applicazione delle tecniche di PMA (artt. 8, 9, l. 40).

Appurato che il bambino ha diritto all'accertamento di stato, alla sua identità, torniamo alla domanda da cui siamo partiti: il diritto del bambino si pone in conflitto con il diritto alla dignità della donna? La dignità della donna è meglio protetta se il diritto del bambino viene sacrificato? Siamo proprio sicuri che il rifiuto di riconoscere lo stato di figlio alla nascita sia mezzo adeguato di tutela della dignità della donna? Ci sono diversi tipi di GPA e ci sono diverse modalità di disciplina da parte degli Stati che la ammettono e non in tutti i casi il *vulnus* alla dignità della donna è di pari grado, come bene spiega l'ordinanza interlocutoria. Ma una volta che la gravidanza si è instaurata ed il bambino è nato, in che modo il suo mancato riconoscimento può riparare quel *vulnus* – ove si effettivamente un *vulnus* vi sia stato - risanare la dignità lesa?

Per tutelare la dignità delle donne, se davvero ci sta a cuore, si potrebbe forse intervenire a livello preventivo, per rimuovere almeno in parte le cause che inducono tante coppie a tentare di avere un figlio da GPA all'estero, per porre argine ai viaggi della speranza, con le amarezze, le delusioni che portano con sé<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> La Convenzione di New York considera distintamente i "diritti" del bambino, riconosciuti in termini generali ed astratti, e l' "interesse del minore" inteso come criterio guida delle decisioni che ogni soggetto pubblico o privato deve prendere nelle diverse situazioni che coinvolgono un minore: "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente" (art. 3 Convenzione sui diritti del Fanciullo, New York 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176).

<sup>42</sup> Per quanto riguarda il riconoscimento dell'adozione piena effettuata all'estero da una coppia omogenitoriale, v. Cass. S.U. 31 marzo 2021, n. 9006. Per quanto riguarda il riconoscimento dell'atto di nascita straniero con l'indicazione della doppia maternità, v. Cass. 30 settembre 2016, n. 19599 (est. Lamorgese), in *Foro it.*, 2016, I, 3329, con nota di G. CASABURI; in *Corr. giur.*, 2017, 18, con mia nota *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status familiari*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 372, con nota di P. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex (ibid., 362)*; in *articolo29.it*, con nota di A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*; Cass. 15 giugno 2017, n. 14878 (est. Dogliotti), in *articolo29.it*, con commento di S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*.

<sup>43</sup> A partire da Cass. 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it.*, 2013, p. 1038 con nota di M. WINKLER, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*.

<sup>44</sup> La terribile guerra che sta dilaniando l'Europa ci ha mostrato anche una realtà forse sottovalutata: quella dei tanti bambini nati nelle cliniche della fertilità di Kiev da GPA e che a causa della guerra non possono ricongiungersi ai loro genitori italiani, coppie sterili, il più delle volte sposate (le coppie dello stesso sesso sono una minoranza statisticamente poco significativa).

Qualcosa si potrebbe forse fare, ad esempio, con una disciplina dell'adozione più aperta nei requisiti (anche persone singole, coppie dello stesso sesso<sup>45</sup>), più celere e snella nelle procedure (anche per l'adozione internazionale), più flessibile negli effetti, conservando, quando occorre, il rapporto con la famiglia d'origine.

Qualcosa poi si dovrebbe fare per prevenire la sterilità, per preservare la fertilità delle donne che si sottopongono a terapie o ad interventi che ne compromettono a volte irrimediabilmente la capacità di avere figli. Esiste la possibilità di congelare in anticipo alcuni dei propri ovociti per poterli utilizzare in seguito, quando sarà il momento. Ma attualmente non è alla portata di tutte.

Si può pensare, ad esempio, ad accordi internazionali o ad altro ancora. Ma una volta che i bambini sono venuti al mondo dobbiamo proteggerli, garantire i loro diritti.

A questo ragionamento si può, tuttavia, obiettare che il conflitto sussiste non tanto o non solo con il diritto individuale delle donne ma con l'interesse generale, in quanto il mancato riconoscimento dei figli si confronta con l'interesse generale alla prevenzione/sanzione dei reati e da questo punto di vista divieto dovrebbe assolvere ad una funzione preventiva e deterrente<sup>46</sup>.

Non c'è dubbio che la maternità surrogata sia una pratica controversa, che scuote le coscienze e riguardo alla quale anche il mondo femminista si presenta diviso. Per quanto mi riguarda, non la amo ma non per questo sono disposta ad ammettere che i diritti dei bambini vengano sacrificati per sanzionare i genitori. La logica per cui le colpe dei genitori debbono ricadere sui loro figli è ormai stata ripudiata dal nostro ordinamento. Non ha forse detto a questo riguardo parole definitive la nostra Corte costituzionale<sup>47</sup>?

La logica sanzionatoria che pretende di sacrificare i diritti del bambino per scoraggiare o reprimere la condotta dei genitori che l'ordinamento ritiene penalmente rilevante è ormai definitivamente alle nostre spalle e credo che dobbiamo trarne le necessarie conseguenze anche a proposito del riconoscimento dell'atto di nascita straniero da cui risulta la doppia paternità.

---

<sup>45</sup> Si segnala che la Convenzione di Strasburgo sull'adozione dei minori 7 maggio 2008 (non ancora firmata dall'Italia) prevede l'obbligo per gli Stati di ammettere l'adozione da parte del singolo e la facoltà di ammetterla per le coppie dello stesso sesso (art. 7).

<sup>46</sup> Fermo restando che il bene protetto dalla norma incriminatrice dovrebbe essere la dignità della gestante, non certo una pretesa "naturalità" della procreazione, o la tutela di un astratto "modello" di famiglia. Sulle questioni di diritto penale che la GPA solleva, in particolare, v. F. CONSORTE, *La procreazione medicalmente assistita*, in CADOPPI, CANESTRARI, PAPA (a cura di), *I reati contro la persona*, I, Torino, 2006, 230 ss.; E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita. Profili penalistici*, in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto Rodotà-Zatti*, Milano, 2011, 1551 ss.; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, Torino 2012, 143 ss. Sulle proposte di istituire un "reato universale", v. M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni) Camera dei deputati*, in *Sistema penale*, 2021,1.

<sup>47</sup> A partire da Corte cost. 28 novembre 2002, n. 494, in *Famiglia*, 2003, con note di G. FERRANDO e S. LANDINI, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 278 cc abr. che in caso di incesto impediva in tal caso le indagini sulla paternità e la maternità. E poi cfr. Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 31, in *Foro it.*, 2012, I, 1992; Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, *ivi*, 2014, I, 1402. E infine Corte cost. 29 maggio 2020, n. 102 che ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 574-bis, terzo comma, del codice penale, nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore comporta la sospensione dell'esercizio della responsabilità anziché la possibilità per il giudice di disporre la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale". In questa prospettiva v. anche le sentenze n. 32 e 33/2021.