



### OSSERVATORIO SUL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E DIRITTI UMANI 1/2021

## 2. LO *STATUS FILIATIONIS* DA MATERNITÀ SURROGATA AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

### 1. *Introduzione e inquadramento del caso*

Con l'ordinanza interlocutoria n. 8325/2020 la Corte di Cassazione è tornata ad occuparsi di una questione molto spinosa e controversa, costituita dalla possibilità di riconoscimento, nell'ordinamento interno, di un provvedimento straniero che attesti la sussistenza di un rapporto di filiazione tra il genitore d'intenzione e il nato da maternità surrogata, pur in assenza di un *biological link* tra i soggetti parte del rapporto.

La Suprema Corte ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della regola di diritto vivente, formatasi a seguito della sentenza a [Sezioni Unite n. 12193/2019](#), che non ammette il riconoscimento di un siffatto provvedimento per contrasto con il limite dell'ordine pubblico.

Il caso di specie nasce dal rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile del Comune di Verona alla richiesta di una coppia omosessuale di cittadini italiani di trascrivere l'atto di nascita, ottenuto in Canada, di un minore nato a seguito di gestazione per altri, nel quale si attesta che quest'ultimo è figlio di entrambi i genitori intenzionali.

Inizialmente le autorità canadesi avevano riconosciuto lo *status filiationis* solo in riferimento al padre biologico del bambino e tale certificato era stato trascritto in Italia. Tuttavia, in seguito a un ricorso presentato di fronte alla Suprema Corte della British Columbia, la coppia aveva ottenuto una sentenza che li qualificava entrambi come genitori del minore. Il comune di Verona aveva però negato la rettifica dell'atto di nascita così formato, motivando il rigetto con l'esistenza di un atto di nascita già trascritto in Italia e con l'assenza di dati normativi e giurisprudenziali certi sul punto. La coppia, con ricorso presso la Corte d'Appello di Venezia, aveva allora richiesto l'esecutorietà in Italia della sentenza emessa dalla Corte canadese, invocando il combinato disposto della l. n. 218/1995, artt. 33, 65 e 66, ed adducendo la non contrarietà all'ordine pubblico di tale provvedimento, la sua definitività e la totale liceità, in Canada, delle condotte che avevano portato alla nascita del bambino. La Corte d'Appello di Venezia, con un approccio di maggior apertura e con una motivazione che in parte riflette le argomentazioni già espresse dalla Suprema Corte in una precedente pronuncia (si fa riferimento a [Cass., sez. I civ., sent. 30 settembre 2016, n. 19599](#) in cui però si discuteva della possibilità di trascrivere in Italia un certificato di nascita di un bambino nato a seguito di g.p.a., in cui il rapporto di

filiazione veniva riconosciuto rispetto alle due madri intenzionali le quali presentavano entrambe un *biological link* con il nato – una in quanto gestante, l'altra in quanto donatrice di ovuli), accoglieva il ricorso.

L'ordinanza della Corte veneziana veniva impugnata sia dal Ministero dell'Interno che dal Sindaco di Verona sulla base di quattro motivi: i primi tre riguardanti questioni di rito e il quarto vertente sulla contrarietà della pronuncia impugnata all'ordine pubblico italiano, sia in riferimento alla nozione di filiazione, quale discendenza da persone di sesso diverso, sia in relazione alla norma penale che vieta il ricorso alla maternità surrogata. È proprio il quarto motivo l'oggetto della rimessione alla Consulta.

Prima di prospettare i vari profili di incostituzionalità rilevati, la Corte di cassazione ha esaminato la motivazione delle SS.UU. n. 12193/2019, che avevano cristallizzato la regola di diritto vivente che, ora, viene messa in discussione.

Le SS.UU. individuavano nella norma penale che sanziona il ricorso alla gestazione per altri un precetto “costituzionalmente necessario” ed espressivo di un superiore principio di ordine pubblico «in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione». D'altra parte, le SS.UU. affermavano che «la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983».

Dunque, il riconoscimento dello *status filiationis* tra il minore nato a seguito di g.p.a. ed il genitore intenzionale, che non ha apportato alcun contributo genetico alla nascita, veniva negato, in quanto contrario all'ordine pubblico; d'altra parte, il mantenimento del legame tra i due soggetti si considerava comunque “protetto” dall'istituto dell'adozione in casi particolari.

Ebbene, l'interpretazione delle SS.UU., che si fonda inevitabilmente su una nozione tradizionale di ordine pubblico, di cui si dirà poi, viene ritenuta dalla stessa Suprema Corte, nell'ordinanza interlocutoria oggetto del presente commento, del tutto inconciliabile rispetto agli ultimi approdi, nella materia, della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui interferenza sul diritto internazionale privato della famiglia (del tutto legittima a parere di chi scrive) è ormai fatto noto (a titolo meramente esemplificativo si ricordino: [Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo](#), sentenza del 28 giugno 2007; [Negrepontis-Giannisis c. Grecia](#), sentenza del 3 maggio 2011; [Menesson c. Francia](#), sentenza del 26 maggio 2014; [Labassée c. Francia](#), sentenza del 26 giugno 2014; [Paradiso e Campanelli c. Italia](#), sentenza del 24 gennaio 2017).

## 2. La parola di Strasburgo ed i profili di incompatibilità con le SS.UU. n. 12193/2019

In varie occasioni la Corte di Strasburgo si è occupata dello *status filii* dei nati da maternità surrogata, giungendo a soluzioni diverse in base alle circostanze del caso concreto.

Con le sentenze *Labassée c. Francia* e *Menesson c. Francia* la Corte europea ha tentato di ridefinire il rapporto tra il funzionamento degli strumenti internazionalprivatistici – tra cui rientra il limite dell'ordine pubblico – e il diritto alla vita privata e familiare *ex art. 8 CEDU*: come è stato rilevato in dottrina, «la Corte definisce regole pretorie che plasmano le

tecniche di riconoscimento in funzione dei valori convenzionalmente garantiti» (R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Dir. um. dir. int.*, 2016, vol. 10, p. 10).

Tale operazione viene condotta dalla Corte europea modulando la teoria del “margine di apprezzamento”. Infatti, anche se con riferimento a questioni su cui non vi è un ampio *consensus* tra gli Stati nella disciplina di un dato fenomeno – come accade nel caso di materie particolarmente delicate e che implicano valutazioni etiche, quale è sicuramente la maternità surrogata – tale margine normalmente si espande, questo, secondo la Corte di Strasburgo, può essere nuovamente compresso quando entra in gioco l’interesse superiore del minore, definito come *paramount*, soprattutto in relazione al profilo, ritenuto essenziale, del suo diritto all’identità personale (si vedano par. 77 e 80 *Menesson c. Francia* e par. 56 e 59 *Labassée c. Francia*). Come è stato osservato, da ciò si desume una ripercussione diretta sulle soluzioni internazionalprivatistiche, normative e giurisprudenziali interne: se normalmente queste sono tese a ricercare un bilanciamento equo tra gli interessi dello Stato e quelli degli individui, quando è in gioco l’interesse del minore, e in particolare il suo *status* familiare, tale elemento “falsa” le regole del gioco e fa sì che il punto di equilibrio vada individuato nel segno di una sua marcata protezione (R. BARATTA, *Diritti fondamentali*, cit., p. 13). Difatti, in entrambi i casi, la Corte europea aveva accertato una violazione dell’art. 8 CEDU in relazione alla vita privata del minore e, in particolare, rispetto al mancato riconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti del genitore biologico, quale inaccettabile lesione del suo diritto all’identità, elemento essenziale della sua persona e individualità.

La Francia aveva dato esecuzione alle decisioni rese nei due *leading cases* (esecuzione giudicata conforme dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa con risoluzione del 21 settembre 2017), sia sul piano individuale, attraverso il versamento di un’equa soddisfazione ai ricorrenti e la concessione ai minori del certificato di cittadinanza, sia su quello generale, con l’introduzione di un sistema di revisione delle decisioni interne a seguito delle sentenze della Corte europea.

La Cassazione francese, proprio a seguito di una richiesta di riesame del giudicato, rispetto al costante rifiuto della Francia di trascrivere i certificati di nascita dei nati da g.p.a. che riconoscevano entrambi i genitori intenzionali, decideva allora di interpellare la Corte europea, ai sensi del [Protocollo n. 16 alla CEDU](#) (ratificato e reso esecutivo in Francia, ma non ancora in Italia), chiedendo: 1) se lo Stato, nel riconoscere lo *status filiationis* del nato da maternità surrogata nei confronti del solo genitore biologico, superi il proprio margine di apprezzamento in relazione all’art. 8 CEDU (e se nell’atto di nascita sia necessario distinguere se il bambino sia stato o meno concepito con i gameti della madre intenzionale); 2) se, in caso di risposta affermativa a uno dei due precedenti quesiti, la possibilità concessa alla madre intenzionale di adottare il nato da g.p.a., figlio del suo coniuge, come modalità alternativa di mantenimento del legame familiare, permetta allo Stato di rispettare l’art. 8 CEDU.

Nel rendere il proprio parere, la Corte europea ha individuato due fattori fondamentali ai fini della decisione: il *best interest of the child* e il margine di apprezzamento concesso agli Stati Parte (par. 37 del [parere consultivo 10 aprile 2019](#)).

In relazione al primo profilo, la Corte ha affermato che un’assoluta impossibilità di riconoscere il legame tra il nato da g.p.a. e la madre intenzionale è incompatibile con l’osservanza del principio di superiore interesse del minore. Una simile evenienza lo esporrebbe a numerosi e inaccettabili rischi: il minore, infatti, potrebbe non avere accesso alla cittadinanza della madre intenzionale o avere difficoltà a rimanere nel relativo paese di

residenza. Verrebbe escluso, inoltre, dalla titolarità dei diritti successori e il loro rapporto di fatto sarebbe in pericolo in caso di divorzio dal padre biologico o di morte di questi. Infine, il bambino rimarrebbe privo di qualsiasi figura genitoriale in caso di morte del padre biologico e rifiuto della madre intenzionale di prendersene cura (par. 40).

In relazione al secondo canone ermeneutico considerato essenziale nella circostanza, la Corte ha riproposto la propria interpretazione della teoria del margine di apprezzamento ristretto, già espressa nelle sentenze *Labassée* e *Menesson*, giungendo alla medesima conclusione: il rispetto della vita privata del minore ai sensi dell'art. 8 CEDU impone agli Stati Parte di prevedere una qualche possibilità di riconoscimento del legame con la madre intenzionale (par. 46 del parere consultivo 10 aprile 2019), indipendentemente dal fatto che questa abbia o meno contribuito alla nascita.

Quanto al secondo quesito posto con la richiesta di parere, secondo la Corte europea la scelta della forma che tale riconoscimento può assumere rientra nel margine di apprezzamento degli Stati; così come vi rientra l'individuazione del momento di "concretizzazione" del legame, il quale non va protetto *ab initio* (dalla nascita) ma dal momento in cui la relazione di fatto tra i due soggetti diviene una *practical reality* (par. 52).

Tali scelte non sono completamente libere: il meccanismo offerto dagli Stati deve far sì che il riconoscimento del legame si realizzi *promptly and effectively*, senza esporre il minore ad una protratta situazione di incertezza.

Tornando all'ordinanza interlocutoria n. 8325/2020, i profili di contrasto individuati tra il contenuto del parere e la regola di diritto vivente "incriminata", elaborata dalle S.U., sono molteplici.

In primis, la qualificazione da parte delle S.U. del divieto di maternità surrogata come principio "costituzionalmente necessario" di ordine pubblico, che impedisce il riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti del genitore d'intenzione, si scontra con l'affermazione della Corte europea secondo cui, se lo Stato è libero di sanzionare penalmente le condotte che ritiene dannose, non possono per contro negarsi i diritti fondamentali di soggetti terzi (i nati da g.p.a.), del tutto estranei alla realizzazione di tali azioni da parte dei genitori.

In secondo luogo, la regola elaborata dalle S.U. implicherebbe una «compressione generale ed astratta dell'interesse del minore», destinato puntualmente a soccombere *ex lege* in caso di maternità surrogata, proprio alla luce del disvalore intrinseco attribuito a tale pratica (Cass. civ. n. 8325/2020, p. 16). Tale assunto è opposto a quel concetto di "preminenza" dell'interesse del minore, sostenuto dalla Corte di Strasburgo, che condurrebbe inevitabilmente, se si rimane a un livello astratto del bilanciamento, a una soluzione opposta.

Infine, l'adozione in casi particolari, ritenuta dalle SS.UU. un istituto idoneo a valorizzare il legame effettivo tra il nato e il genitore d'intenzione, viene ora, circa l'adeguatezza a tale scopo, aspramente criticata dalla prima sezione civile della Cassazione la quale, per varie ragioni (mancata acquisizione dei diritti successori in capo al minore, complessità dell'iter processuale, necessità della volontà di entrambi i genitori per accedervi, con conseguente impraticabilità in caso di crisi della coppia), la considera addirittura costitutiva di una relazione genitoriale declassata (c'è chi ha aspramente criticato tale ricostruzione, qualificandola come una gratuita offesa alla dignità del rapporto tra adottante e adottati; si veda V. CALDERAI, *La tela strappata di Ervole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 1116 ss.) nonché del tutto inadeguata a rispondere a quei requisiti di tempestività ed effettività richiesti dalla Corte europea.

### 3. Il limite dell'ordine pubblico alla prova del best interest of the child

La Corte riflette inoltre sulla portata applicativa del limite dell'ordine pubblico: è proprio su una inconfondibile lettura di tale istituto che si fonda il cuore della motivazione delle SS.UU., nella creazione della regola di diritto vivente contestata.

Com'è noto, l'eccezione di ordine pubblico opera quale argine all'applicazione di una norma giuridica straniera o al riconoscimento di un provvedimento straniero qualora ciò conduca a soluzioni inconciliabili con il sistema «di valori e di principi che informano e fondano un ordinamento positivo determinato» (F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, p. 27).

Tuttavia, il suo reale significato ha subito una lunga e complessa evoluzione, in letteratura e in giurisprudenza, sia interna, sia europea, che sostanzialmente vede contrapposte due idee ben distinte. Da un lato, si accoglie una nozione estensiva di ordine pubblico (c.d. ordine pubblico internazionale), ritenuta maggiormente rispondente alla sua funzione più autentica ai sensi del diritto internazionale privato, che lo fa coincidere con l'insieme dei principi identificativi dell'ordinamento giuridico statale in un dato momento storico e lo identifica come uno strumento teso a preservarne l'armonia interna e a proteggerlo dall'impatto di valori giuridici stranieri, qualora questi risultino incompatibili con i suoi profili qualificanti (G. PERLINGERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno ed internazionale tra caso concreto e sistema interordinamentale*, Napoli, 2019, p. 48; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Recognition in Italy of filiation established abroad by surrogate motherhood, between transnational continuity of personal status and public policy*, in *Cuad. der. trans.*, 2019, p. 304; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, 2017, p. 121).

Tale tesi, fatta propria dalle SS.UU., include all'interno dell'ordine pubblico (quali limiti ad "intrusioni esterne"), non solo i principi fondamentali della nostra Costituzione e quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche «il modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti» (Cass. civ., SS.UU., n. 12193/2019 par. 12.3). In questo senso, la norma penale che vieta la maternità surrogata può ben assurgere a regola di ordine pubblico e ostare al riconoscimento dei certificati di nascita che riconoscono lo *status filiationis* dei nati da g.p.a. nei confronti dei genitori intenzionali.

D'altra parte, l'accezione prettamente "internazionalistica" dell'ordine pubblico lo identifica invece con l'insieme dei «principi a carattere universale, comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi a tutela di alcuni diritti fondamentali dell'uomo, spesso sanciti dichiarazioni o convenzioni internazionali» (Cass. civ., SS.UU., 24 novembre 1989 n. 5074). Interpretazione che la stessa Corte europea ha contribuito a delineare: un concetto dai contorni eminentemente internazionali, teso non tanto a preservare la coerenza interna dell'ordinamento quanto piuttosto a garantire il rispetto dei diritti umani fondamentali (S. M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, pp. 15-17). In quest'ottica, non c'è spazio per la norma interna contenuta in una legge ordinaria, ma l'ago della bilancia va ricercato in fonti gerarchicamente superiori.

Dunque, se, da un lato, l'approccio seguito dalla sentenza a SS.UU. ammette che la norma interna possa assurgere a elemento integrante l'ordine pubblico nel limite in cui questa esprima l'essenza dell'ordinamento in un dato momento storico e ne dia una certa chiave di lettura, d'altra parte, secondo la visione opposta, l'ordine pubblico non può "colorarsi" anche di norme interne in quanto queste sono espressive di una mera discrezionalità legislativa, temporanea e mutevole, e non possono identificarsi quali valori fondanti dell'ordinamento.

Nell'ordinanza interlocutoria in commento la Suprema Corte legge questa contrapposizione secondo la teoria dei controlimiti: l'ordine pubblico, seppur inteso come comprensivo di norme interne ritenute inderogabili, non può mai comportare «la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti nella cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea» (Cass. civ. n. 8325/2020 p. 22). Si fa ovviamente riferimento all'interesse superiore del minore, così come sancito e garantito dalla Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, dalla CEDU, dalla Carta di Nizza e, attraverso le norme interposte, dalla Costituzione. Tale principio viene ritenuto non in contrasto con l'ordine pubblico, ma perfettamente in linea con lo stesso in quanto concorrente alla sua formazione.

A questo ragionamento, che fa prevalere *tout court* il *best interest of the child* (in parte già espresso nella giurisprudenza della Corte europea analizzata, attraverso la teoria del margine di apprezzamento "ristretto"), si potrebbe ben obiettare che i diritti fondamentali che vengono in rilievo nella materia in esame sono molteplici, primo tra tutti la dignità della donna, anch'esso supportato da adeguata copertura costituzionale e internazionale.

La pronuncia a SS.UU. fa infatti prevalere la norma penale che sanziona la maternità surrogata, quale limite di ordine pubblico, proprio in quanto essa è posta a tutela di tale valore. Dunque, l'unico modo per uscire dalla logica della contrapposizione è forse guardare al caso concreto e tentare di operare un equo bilanciamento degli interessi coinvolti, per definire l'esatto contenuto del concetto di ordine pubblico rilevante nel caso di specie.

Tuttavia, a detta della Corte, un simile bilanciamento sarebbe del tutto improprio nel caso in esame, in quanto si controverte non tanto sulla legittimazione del ricorso alla maternità surrogata – «la cui illiceità nell'ordinamento italiano non viene messa in discussione» – quanto più sui suoi effetti sul minore, i quali non potrebbero in ogni caso riflettersi, nel bene o nel male, sulla situazione della donna coinvolta, dato che, come osserva la Corte: «nessuna tutela deriva alla donna dal mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale» (Cass. civ. n. 8325/2020 p. 24). Se tale affermazione è certamente opinabile, alla luce di tutte le spinose implicazioni sottese alla maternità surrogata, è altrettanto vero che, a nascita avvenuta, l'unico interesse che può venire davvero in rilievo in relazione alle donne coinvolte (donatrice di ovuli anonima e gestante non anonima) non è tanto quello della loro "dignità" (che attiene al momento della scelta di sottoposizione a tale pratica), quanto quello della loro ipotetica volontà di reclamare *ex post* la maternità genetica/biologica del nato, pur avendovi entrambe espressamente rinunciato (M. C. VENUTI, *Le Sezioni Unite e l'omopaternalità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in *Genius*, n. 2/2019, p. 10).

In ogni caso, in riferimento al caso in esame, non si può non tener conto dell'ordinanza emessa dalla Consulta ([Corte Cost., ordinanza n. 271/2020](#)), con la quale è

stata rigettata e dichiarata inammissibile la richiesta di intervento nel giudizio di legittimità costituzionale della madre gestazionale. La donna, che chiedeva il riconoscimento, anche nel nostro ordinamento, dell'assenza di legami genitoriali con il bambino, e dunque dell'inesistenza di ogni suo obbligo verso di questi, non è stata ritenuta portatrice di un "interesse qualificato e diretto", tutelabile, secondo un orientamento consolidato della Consulta, soltanto se la sfera giuridica dell'interveniente sia suscettibile di essere pregiudicata in modo immediato e irrimediabile dall'esito del giudizio incidentale. È evidente che la prospettazione di un mero rischio di rivestire in futuro la titolarità di diritti e doveri nei confronti del minore non possa soddisfare siffatti stringenti requisiti. Tuttavia, l'inammissibilità dell'intervento della madre gestazionale non esclude a priori che la sua posizione, quale soggetto chiaramente coinvolto nella vicenda, possa essere presa in considerazione in punto di bilanciamento in concreto degli interessi contrapposti.

*4. La violazione dei principi di eguaglianza e di non discriminazione: che le colpe dei padri (e delle madri) non ricadano sui figli*

La regola di diritto vivente elaborata dalle SS.UU. viene ritenuta contrastante anche con i principi di eguaglianza e non discriminazione, in relazione alla nascita, consacrati dalla Costituzione negli artt. 2, 3, 30 e 31: proprio in virtù dell'interpretazione del concetto di ordine pubblico adottata dalle S.U., «il diniego di trascrizione dell'atto di stato civile, nella parte afferente all'inserimento del padre d'intenzione, sovrapponendo il divieto penalistico inerente alla c.d. "maternità surrogata" alla tutela del diritto del minore e alla pienezza del suo status, comporta la conseguenza di discriminare i nati nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e delle modalità di gestazione» (Cass. civ. n. 8325/20, p. 24).

Se è del tutto legittimo reprimere la maternità surrogata attraverso la previsione della sanzione penale, che colpisce direttamente i responsabili del ricorso a tale pratica, la pretesa punitiva dello Stato non può certo espandersi fino a ledere coloro che nulla hanno a che fare con la scelta o con la realizzazione della condotta incriminata: i nati da gestazione per altri.

Negare il riconoscimento dello *status* di figlio a un soggetto in ragione del comportamento penalmente rilevante del suo genitore d'intenzione ha davvero, per usare le parole di un'autrice, «l'amaro sapore della rivincita»: una rivincita che si scaglia direttamente sui bambini, i quali, oltre a essere totalmente estranei rispetto alle scelte di chi li ha messi al mondo, non hanno ovviamente alcuna colpa, se non quella di essere nati (G. FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte Costituzionale*, in *Fam. dir.*, n. 7/2020, p. 687).

Peraltro, come correttamente rilevato dalla Cassazione nell'ordinanza in commento, la giurisprudenza si è più volte espressa nel negare fermamente che il disvalore della condotta genitoriale, sanzionata penalmente, possa riverberarsi sulla posizione giuridica del figlio, né in merito al suo *status* né in merito alle sue relazioni familiari.

Nella sentenza n. 494/2002, richiamata dall'ordinanza in commento, la Corte Costituzionale affermava il mantenimento dello *status filiationis* dei nati da incesto proprio perché non poteva realizzarsi, nei loro confronti, «una *capitis deminutio* perpetua ed irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti» (ivi, punto 5).

Si pensi inoltre alla pronuncia con cui la Corte di Cassazione ha statuito che la violazione del divieto di fecondazione eterologa *post-mortem* non possa comunque intaccare l'acquisizione della paternità o il diritto al cognome (Cass. Civ. n. 13000/2019) nonché, dal punto di vista legislativo, all'art. 9 della L. 40/2004 che prevede che, qualora si faccia ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita vietate dall'ordinamento lo *status* di figlio del nato non può comunque essere messo in discussione.

Infine, a detta della Cassazione, la discriminazione sembra realizzarsi, seppur in modo più flebile, anche nei confronti degli aspiranti genitori in quanto, seppur entrambi "colpevoli" di aver fatto ricorso a una pratica illecita, soltanto uno dei due viene legalmente riconosciuto come tale e ciò in virtù del suo apporto biologico alla nascita: se il motivo del divieto alla trascrizione dell'atto di nascita sta nell'indegnità della gestazione per altri, tale divieto non dovrebbe ragionevolmente valere per entrambi i genitori intenzionali?

### 5. Conclusioni

I profili di incostituzionalità rilevati dall'ordinanza interlocutoria n. 8325/2020, rispetto alla regola di diritto vivente contestata, riguardano, da un lato, il contrasto con l'art. 8 CEDU, con le disposizioni della Convenzione del 1989 sui diritti del fanciullo e con l'art. 24 della Carta di Nizza (richiamate, le prime, dall'art. 117 Cost. e, l'ultima, dall'art. 11 Cost.) e, dall'altro, l'incompatibilità con altre norme costituzionali, quali gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.

In merito al primo profilo, i giudici remittenti ritengono di fondamentale importanza il contenuto del parere consultivo del 10 aprile del 2019 reso dalla Corte europea. Sembra dunque opportuno riflettere sulla sua natura e sugli effetti che questo può spiegare nel nostro ordinamento al fine di capire se, e fino a che punto, la Corte Costituzionale debba effettivamente tenerne conto. Ai sensi dell'art. 5 del Protocollo n. 16 allegato alla Convenzione il parere consultivo non è vincolante né per il giudice *a quo* né tantomeno per la Corte di Strasburgo la quale, se successivamente adita in sede contenziosa sulla medesima questione, può ben mutare la propria opinione.

D'altra parte, come stabilito dalla stessa Corte Costituzionale (Corte cost., sent. n. 49 del 2015, par. 7) quest'ultima, nel suo ruolo di giudice delle leggi, è vincolata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo soltanto in presenza di una sentenza pilota resa nei confronti dell'Italia o di un orientamento interpretativo consolidato, il quale, in materia di diritti dei nati da maternità surrogata, ad oggi è sicuramente mancante.

Tuttavia, qualora la Corte Costituzionale decida legittimamente di discostarsi dal contenuto del parere (sempre che ritenga realmente esistente un contrasto tra lo stesso ed il diritto vivente) ciò potrebbe esporre l'Italia ad una futura violazione della CEDU e ad una conseguente sanzione, in un potenzialmente infinito conflitto tra Corti sul punto; conflitto che l'introduzione del meccanismo del parere consultivo (quale dialogo tra la giurisdizione interna e il sistema CEDU) mira proprio ad evitare.

Quanto al secondo profilo, la presunta incostituzionalità relativa alla violazione dei principi di eguaglianza e non discriminazione (che mette davvero al centro il *best interest of the child* e lo tutela da irragionevoli e arbitrarie lesioni della sua sfera giuridica) sembra, a parere di chi scrive, effettivamente convincente. Non solo dal punto di vista dell'argomentazione giuridica, ma anche perché il ragionamento della Corte sul punto sembra adeguatamente supportato sia da precedenti giurisprudenziali coerenti, sia da norme conformi, le quali, seppur relative ad altre fattispecie, esprimono identici principi.

In ogni caso, non può non darsi atto di un [comunicato stampa del 28 gennaio 2021](#) nel quale, in pendenza del deposito della pronuncia, la Corte Costituzionale ha dichiarato di aver giudicato inammissibili le questioni di legittimità sollevate dalla Cassazione, precisando però che, fermo restando il divieto penalmente sanzionato di far ricorso alla maternità surrogata, il quadro giuridico attuale non sembra assicurare una piena tutela agli interessi del bambino nato a seguito di questa tecnica. La Consulta, per non invadere il campo del legislatore, ha dunque deciso di astenersi da qualsiasi ulteriore ingerenza e sollecitare un suo chiaro intervento sul punto.

A seguito di tale anticipazione si possono svolgere alcune considerazioni.

La Consulta sembra aver valorizzato il parere consultivo reso dalla Corte europea, nel punto in cui questo stabilisce dei requisiti per lo strumento giuridico, prescelto dallo Stato, atto a garantire un riconoscimento legale al rapporto tra il nato da g.p.a. e il genitore intenzionale (che deve avvenire *promptly and effectively*), ritenendo che l'istituto individuato dall'Italia (l'adozione in casi particolari) non li rispetti, in quanto nega quel nucleo intangibile di tutele al minore. Nel giungere a tale conclusione, la Corte costituzionale sembra discostarsi e superare un suo precedente sul punto, reso nel 2017, nel quale l'adozione in casi particolari veniva ritenuta idonea a tutelare la posizione giuridica del minore (si veda [Corte cost. n. 272/2017](#) par. 4.3).

Dunque, sembra legittimo ritenere che, nonostante l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate, ci sia stata un'evoluzione della posizione della Consulta in merito allo *status* dei nati da maternità surrogata: il loro legame con il genitore d'intenzione, che non ha apportato alla nascita alcun contributo biologico, va legalmente tutelato, probabilmente non nella forma del riconoscimento pieno dello *status filiationis*, ma neppure attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari, ritenuta non adeguata alla protezione del tanto discusso *best interest of the child*.

Tuttavia, finché il legislatore interno mancherà di regolamentare lo *status* dei nati da maternità surrogata (posto che la legge n. 40 del 2004 ha omissis di disciplinare tale profilo) o finché la questione non verrà affrontata a livello internazionale, attraverso la predisposizione di un apposito strumento pattizio (soluzione sicuramente auspicabile), è legittimo ipotizzare che la situazione di incertezza giuridica sia destinata a perdurare.

ELENA ARDITO