

**Maternità surrogata:
rinvii alla Corte costituzionale la questione sul
riconoscimento dello *status filiationis* del minore nato all'estero**

di MARTA PICCHI

La Cassazione ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale riguardante gli artt. 12, co. 6, l. n. 40/2004, 18, d.P.R. n. 396/2000 e 64, comma 1°, lett. g), l. n. 218/1995, laddove non consentono – per contrasto con l'ordine pubblico, secondo l'interpretazione del diritto vivente (il riferimento è a Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193) – che sia riconosciuto e dichiarato esecutivo il provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato inserito nell'atto di stato civile di un minore, procreato attraverso le modalità della gestazione per altri (GPA), il genitore d'intenzione privo di legami biologici. Il contrasto è ravvisato con gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., nonché con l'art. 117, co. 1°, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, gli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata con l. n. 176/1991, e l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nel caso di specie, il genitore d'intenzione è il componente di una coppia omosessuale maschile, il cui matrimonio, contratto all'estero, è stato trascritto in Italia nel registro delle unioni civili. La prima Sezione, con questa ordinanza interlocutoria, sembra voler superare anche quanto affermato dalla stessa in due recenti pronunce (sentt. 3 aprile 2020, n. 7668, e 22 aprile 2020, n. 8029), ove ha negato la possibilità di indicare nell'atto di nascita una seconda madre, priva di legami biologici col bambino, perché il nostro ordinamento non consentirebbe di indicare come genitori due persone dello stesso sesso.

I profili di contrasto individuati, anche alla luce del primo *Advisory opinion*, del 10 aprile 2019, della Corte EDU (richiesta n. P16-2018-001), sono due: anzitutto, l'attribuzione al divieto di maternità surrogata della valenza di principio di ordine pubblico internazionale, prevalente *a priori* sull'interesse del minore per effetto di una scelta del legislatore. Secondo il Collegio, sebbene gli Stati possano adottare misure dissuasive verso i propri cittadini che intendano recarsi all'estero per ricorrere alla GPA, nondimeno non possono contemplare misure che incidano negativamente sulla situazione soggettiva del nato, tali da negare i diritti inviolabili connessi alla sua identità personale e all'appartenenza al nucleo familiare di origine: diritti che

sono fissati dall'atto di nascita legalmente formato nell'ordinamento del paese ove il minore è nato. Inoltre, il principio della preminenza dell'interesse del minore impedisce al legislatore di imporre una sua compressione in via generale e astratta e di determinare un affievolimento *ex lege* del diritto al riconoscimento dello *status filiationis* legalmente acquisito all'estero. Il cd. ordine pubblico discrezionale, anche se comprensivo della rilevanza di norme interne inderogabili e di rilevanza penale, non può mai comportare la lesione dei diritti fondamentali dell'individuo, ovvero dei valori supremi e vincolanti della cultura giuridica, presenti nella Costituzione, nella CEDU e nella Carta di Nizza, che esprimono un ordine pubblico gerarchicamente superiore: il cd. ordine pubblico costituzionale. Peraltro, l'interesse superiore del minore e il principio di ordine pubblico non possono essere considerati neppure entità contrapposte poiché il primo, in quanto espressione dell'inviolabilità dei diritti della persona umana, concorre alla formazione del principio di ordine pubblico: proprio in questo contesto, la legislazione e la giurisprudenza hanno delineato progressivamente l'unificazione e l'unicità dello stato di figlio a prescindere dalle condizioni di nascita e dalle modalità di instaurazione del rapporto di filiazione.

Invero, il diniego alla trascrizione dell'atto di stato civile implica proprio una discriminazione nell'attribuzione dello stato di figlio in ragione delle circostanze della nascita e delle modalità di gestazione. Non solo, se la soluzione delle Sezioni Unite muove dal disvalore che il nostro ordinamento manifesta verso la GPA, appare del tutto irragionevole e contraddittorio consentire la trascrizione dell'atto di stato civile in cui è inserito il solo padre biologico, autore della condotta procreativa realizzata in contrasto con la norma penale, precludendo, invece, il riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero che ha legittimato l'inserimento nello stato civile della famiglia anche del padre intenzionale rimasto estraneo alla condotta materiale. Vi è poi un altro soggetto sul quale ricadono irragionevolmente gli effetti negativi senza avere alcuna responsabilità: il concepito. Invece, alcuna tutela è comunque prevista per la donna che ha portato a termine la gravidanza esercitando un potere di autodeterminazione riconosciutele dal proprio ordinamento.

Il giudice *a quo* insiste sul fatto che l'applicazione della sanzione penale – esclusa dalla giurisprudenza per la coppia che ricorre alla maternità surrogata all'estero anche per il reato di alterazione di stato (Cass. pen., sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525 e Cass. pen., sez. VI, 11 ottobre

2016, n. 48696) – e la predisposizione di misure dissuasive non possono legittimare l’incisione dei rapporti familiari successivi alla condotta sanzionata. In sostanza, l’appartenenza a una comunità familiare non tollera geometrie variabili in ragione del luogo dove si trova o vivrà il minore: quanto si è concretizzato deve essere riconosciuto pienamente.

Al riguardo, il Collegio richiama la giurisprudenza costituzionale con la quale è stata abbandonata ogni logica sanzionatoria in materia di *status*, nel senso che la nascita dovuta a una condotta degli adulti riprovata dall’ordinamento non può avere ripercussioni sullo stato di figlio. In particolare, è stata esclusa l’applicazione automatica della sanzione accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale in caso di condanna per i reati di alterazione di stato (Corte cost., n. 31/2012) e di soppressione di stato (Corte cost., n. 7/2013) perché al giudice era preclusa ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento nel caso concreto mentre, in precedenza, è stata dichiarata l’incostituzionalità della norma che impediva le indagini sulla paternità e la maternità in caso di incesto (Corte cost., n. 494/2002) proprio perché sulle «situazioni ed eventi che riguardano i rapporti tra genitori [...] comunque il figlio nulla può».

Il diniego al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero può discendere, secondo la prima Sezione, solo da una valutazione rigorosa e concreta in sede giurisdizionale, dalla quale emerga che proprio il mancato riconoscimento dello *status filiationis* salvaguarderebbe l’interesse del minore.

Inoltre, il Collegio ritiene – con il secondo motivo di contrasto – che non sia condivisibile la ricostruzione delle Sezioni Unite secondo cui l’interesse del minore sarebbe adeguatamente tutelato dall’istituto dell’adozione in casi particolari (art. 44, lett. *d*), l. n. 185/1983), quale modalità alternativa alla trascrizione dell’atto di nascita. Difatti, secondo le pronunce della Corte EDU, una diversa forma di riconoscimento dello *status filiationis* deve garantire la celerità e l’effettività nell’attribuzione e non può comportare una minor tutela confacente a una situazione di diritto affievolito. L’adozione in casi particolari, però, non crea un vero rapporto di filiazione, pone il genitore non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico e non determina legami parentali con i congiunti dell’adottante escludendo, fra l’altro, il diritto a succedere nei loro confronti. In più, il relativo procedimento non corrisponde al requisito della tempestività e richiede un *iter* articolato e complesso rispetto al procedimento di delibazione di una sentenza straniera, esponendo il minore a un lungo periodo di incertezza

giuridica sulla propria condizione personale.

Si aggiunga che l'adozione in casi particolari è soggetta alla volontà del genitore d'intenzione di adire l'autorità giudiziaria italiana nonché all'assenso da parte del genitore biologico. In caso di crisi della coppia genitoriale, potrebbe sorgere un duplice rischio per il minore: per un verso, la possibilità che il genitore intenzionale voglia sottrarsi all'assunzione di responsabilità nonostante quanto manifestato all'estero e, per un altro verso, che il genitore biologico non voglia più prestare il proprio consenso.

Ebbene, spetta ora al Giudice costituzionale fare chiarezza, anche nella propria giurisprudenza, sulla possibilità di inserimento del genitore d'intenzione nel certificato di nascita di un bambino nato in seguito al ricorso alla surrogazione di maternità all'estero e sulla possibilità di indicare come genitori due persone *same sex*. Difatti, la Corte costituzionale, pur sottolineando il disvalore di tutte le pratiche di GPA, talvolta sembra aver lasciato aperta la possibilità per il minore di conservare lo *status* riconosciuto all'estero (Corte cost. n. 272/2017) mentre, in altre occasioni, ha affermato che, nel nostro ordinamento, è al momento «escluso che genitori di un figlio possano essere due persone dello stesso sesso», consentendo così la sola possibilità dell'adozione in casi particolari (Corte cost., n. 237/2019, cons. dir. p.to 3.1.1, con riferimento, però, ad una coppia omosessuale femminile ricorsa a una procreazione medicalmente assistita all'estero).