

**PROCURA GENERALE
DELLA
CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**

**Sezioni Unite civili – Udienza pubblica del 8 novembre 2022
Causa n. 1 R.G. n. 30401/2022**

IL PROCURATORE GENERALE

Letti gli atti;

osserva:

La Corte d'appello di ..., con sentenza n. del ..., accogliendo il ricorso di P.F e F.B. ha accertato che la sentenza emessa dalla Supreme Court of in data ... - che aveva accertato che gli stessi ricorrenti sono in genitori di P.B.F., nato il in con utilizzo della tecnica della maternità surrogata - possiede i requisiti per il riconoscimento agli effetti di cui all'art. 67 della legge n. 218/1985.

Il Ministero dell'interno e il Sindaco di ... , nella sua qualità di Ufficiale di Governo, hanno impugnato la sentenza citata con ricorso per cassazione fondato su quattro motivi.

P.F. e F.B. si sono costituiti con controricorso ed hanno proposto ricorso incidentale fondato su un unico motivo.

La Prima Sezione civile della Corte di cassazione, con ordinanza interlocutoria n. 1842 del 21 gennaio 2022 ha ritenuto sussistenti i presupposti per investire le Sezioni unite della Corte, rilevando la seguente questione di massima di particolare importanza:

“Se e come sia superabile in via interpretativa tale situazione di vuoto normativo non potendosi più il giudice, sia ordinario che di legittimità, riferire al diritto vivente prospettato dall'ordinanza di rimessione che, in base alla motivazione della sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2021, non è idoneo a impedire la lesione dei diritti fondamentali del minore a causa del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione e nello stesso tempo per l'inadeguatezza della soluzione offerta dall'istituto di cui all'art. 44, lett. d), della legge n. 184 del 1983”.

Per l'esposizione del fatto e della vicenda processuale l'Ufficio rinvia alla pronuncia impugnata della Corte d'appello di e al contenuto dell'ordinanza interlocutoria della Prima Sezione civile e dei documenti di parte in atti, limitando qui le conclusioni al rilievo dei soli elementi del processo e agli argomenti di diritto che la Procura generale della Corte di cassazione ritiene necessari per formulare le proprie conclusioni scritte, a definizione del procedimento.

Il primo motivo del ricorso del Ministero dell'interno deduce il difetto assoluto di giurisdizione, a norma dell'art. 360, primo comma, c.p.c. per eccesso di potere giurisdizionale, dal momento che nell'ordinamento giuridico nazionale non esiste una norma che legittimi una piena bigenitorialità omosessuale, come affermata dal giudice canadese.

Il secondo motivo censura violazione dell'art. 95 del d.P.R. n. 396/2000 affermando la competenza del Tribunale in primo grado, avendo la Corte d'appello nella sentenza impugnata ritenuto erroneamente che l'oggetto del procedimento fosse il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, mentre i ricorrenti avevano richiesto la trascrizione dell'atto di nascita straniero ai sensi dell'art. 28, comma 2, lett. e) del d.P.R. n. 396/2000.

Il terzo motivo rileva la violazione dell'art. 112 c.p.c. per l'omessa pronuncia della Corte d'appello sull'eccezione di difetto di legittimazione attiva del ricorrente che chiedeva il riconoscimento della genitorialità intenzionale a rappresentare il minore.

Infine, il quarto contesta la violazione degli artt. 16 e 65 della legge n. 218/1995, rilevando che la decisione impugnata viola il limite dell'ordine pubblico stabilito da tali norme ai fini della dichiarazione di efficacia di provvedimenti stranieri relativi all'esistenza di rapporti di famiglia.

L'unico motivo del ricorso incidentale dei controricorrenti sostiene la violazione degli artt. 360, comma 1, n. 3, e 100 c.p.c. in relazione all'art. 67 della legge n. 218/1995, dal momento che il Ministero dell'interno “non esercita alcuna competenza di stato civile in relazione a casi individuali, allo stesso spettando funzioni di indirizzo e vigilanza, non di adozione di atti riferiti a fattispecie soggettivamente determinate”.

A causa del loro rilievo pregiudiziale, è opportuno chiarire che la I Sezione civile della Corte di cassazione ha deliberato l'infondatezza dei primi tre motivi del ricorso principale, e dell'unico motivo del ricorso incidentale con l'ordinanza n. 8325/2020, richiamando i principi affermati dalla sentenza delle Sezioni unite n. 12193/2019. Con detta ordinanza la I Sezione ha sollevato questione di legittimità costituzionale, poi dichiarata inammissibile con ordinanza della Corte costituzionale n. 33/2021, sulla quale si tornerà di seguito.

2. Passando all'esame della questione di massima di particolare importanza proposta dall'ordinanza interlocutoria in relazione al quarto motivo del ricorso principale, si osserva che le Sezioni unite della Corte di cassazione, con la citata sentenza n. 12193/2019, in fattispecie analoga alla presente nella quale si chiedeva il riconoscimento del provvedimento emesso dalla Superior Court of Justice dell'Ontario in base al quale era stato accertato il rapporto di genitorialità tra il padre intenzionale e i minori nati da maternità surrogata, ha affermato i seguenti principi:

“Il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione; 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 comunque rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983”.

“In tema di riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 64, comma 1, lett. g),

della l. n. 218 del 1995, deve essere valutata non solo alla stregua dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui detti principi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente, dal quale non può prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico”.

Nell'ampia motivazione a sostegno del primo dei principi ora richiamati, le Sezioni unite hanno rilevato che il ragionamento che conduce ad escludere che il divieto della surrogazione di maternità costituisca un principio di ordine pubblico *“si pone in evidente contrasto con l'orientamento precedentemente riportato della giurisprudenza di legittimità, che assegna a tale disposizione una funzione essenziale di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, trascurando altresì le indicazioni emergenti dalla giurisprudenza costituzionale, che vi ravvisa il risultato di un bilanciamento d'interessi attuato dallo stesso legislatore. Come è noto, infatti, la Corte costituzionale ha da tempo riconosciuto nella legge n. 40 del 2004 una legge «costituzionalmente necessaria», osservando che essa rappresenta la prima legislazione organica relativa ad un delicato settore che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa (cfr. Corte cost., sent. n. 45 del 2005; v. anche sent. n. 151 del 2009); pur escludendo che detta legge abbia un contenuto costituzionalmente vincolato, ha affermato che le questioni da essa affrontate toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore (cfr. Corte cost. sent. n. 347 del 1998). Premesso che « la determinazione di avere o meno un figlio, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori*

costituzionali», e precisato che «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerato dall'ordinamento giuridico, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione», la Corte da un lato ha riconosciuto che «il dato della provenienza genetica non costituisce un requisito imprescindibile della famiglia», dall'altro ha tenuto però a chiarire che «la libertà e la volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti » (cfr. Corte cost., sent. n. 162 del 2014). Tra questi limiti va indubbiamente annoverato il divieto della surrogazione di maternità, al quale dev'essere riconosciuta una rilevanza del tutto particolare, tenuto conto della speciale considerazione di cui la predetta pratica costituisce oggetto nell'ambito della legge n. 40: quest'ultima, infatti, nel consentire il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ivi comprese (a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014) quelle di tipo eterologo, nei casi di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, nonché (per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 2015) nel caso di coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma primo, lett. b), della legge 22 maggio 1978, n. 194, distingue nettamente tra le predette tecniche e la surrogazione di maternità, subordinando l'utilizzazione delle prime al concorso di determinate condizioni e vietando in ogni caso il ricorso alla seconda, nonché prevedendo sanzioni di diversa gravità (rispettivamente amministrative e penali) per la violazione delle relative disposizioni. Tale diversità di regime giuridico è stata evidenziata anche dal Giudice delle leggi, che nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma terzo, della legge in esame, nella parte in cui vietava il ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo anche nel caso in cui fosse stata diagnosticata una patologia tale da causare sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, ha tenuto a precisare che tale pronuncia non investiva in alcun modo il divieto posto dall'art. 12, comma sesto (cfr. sent. n. 162 del 2014). Il senso di detto limite è stato chiarito dalla stessa Corte costituzionale, la quale, nel

dichiara re infondata, in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost. ed all'art. 8 della CEDU, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso, ha posto nuovamente in risalto il ruolo svolto dal divieto di cui all'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004 ai fini della regolamentazione degli interessi coinvolti nelle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Premesso che, nonostante l'accentuato favor dimostrato dall'ordinamento per la conformità dello status di figlio alla realtà della procreazione, l'accertamento della verità biologica e genetica del l'individuo non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento con gli altri interessi coinvolti, in particolare con l'interesse del minore alla conservazione dello status filiationis, e dato atto che in caso di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita il legislatore ha attribuito la prevalenza proprio a quest'ultimo interesse, dichiarando inammissibile il disconoscimento di paternità, la Corte ha rilevato che, a fianco dei casi in cui il bilanciamento è demandato al giudice, «vi sono casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa», mentre «in altri il legislatore impone, allo opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata», confermando inoltre che in quest'ultimo caso l'interesse alla verità riveste natura anche pubblica, in quanto correlato ad una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, e per tale motivo è vietata dalla legge (cfr. Corte cost., sent. n. 272 del 2017). Non può pertanto condividersi il ragionamento seguito dalla Corte di merito, nella parte in cui, pur riconoscendo nella disposizione di cui all'art. 12, sesto comma, della legge n. 40 del 2004 il punto di equilibrio attualmente raggiunto a livello legislativo nella tutela dei differenti interessi fondamentali che vengono in considerazione nella materia, ha preteso di sostituire la propria valutazione a quella compiuta in via generale dal

legislatore, attribuendo la prevalenza all'interesse dei minori alla conservazione dello status filiationis, nonostante la pacifica insussistenza di un rapporto biologico con il genitore intenzionale. Non risulta pertinente, in proposito, il richiamo all'affermazione, contenuta nella citata sentenza n. 19599 del 2016, secondo cui le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004, imputabili agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia, non possono ricadere su chi è nato, il quale ha il diritto fondamentale, che dev'essere tutelato, alla conservazione dello status filiationis legittimamente acquisito all'estero: tale interesse, come si è visto, è destinato ad affievolirsi in caso di ricorso alla surrogazione di maternità, il cui divieto, nell'ottica fatta propria dal Giudice delle leggi, viene a configurarsi come l'anello necessario di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione, segnando il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica, e torna ad operare il favor veritatis, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica. Tale prevalenza, d'altronde, non si traduce necessariamente nella cancellazione dell'interesse del minore, la cui tutela, come precisato dalla Corte costituzionale, impone di prescindere dalla rigida alternativa vero o falso, tenendo conto di variabili più complesse, tra le quali assume particolare rilievo, nella specie, la presenza di strumenti legali idonei a consentire la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale, che, pur diverso da quello previsto dall'art. 8 della legge n. 40 del 2004, garantisca al minore una adeguata tutela (cfr. Corte cost., sent. n. 272 del 2017); in proposito, va richiamato soprattutto l'orientamento di questa Corte in tema di adozione in casi particolari, che, proprio facendo leva sull'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendono cura, individua nell'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983 una clausola di chiusura del sistema, volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa, all'unica condizione della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», da intendersi non già come

impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all' affidamento preadottivo (cfr. Cass ., Sez. I, 22/06/2016, n. 12962)”.

Successivamente a tale pronuncia, la Corte costituzionale è stata investita, con ord. n. 8325/2020 adottata nel presente giudizio dalla I Sezione della Corte di cassazione, della questione di legittimità degli artt. 12, comma 6, legge n. 40/2004; 64, comma 1, lett. g), legge n. 218/1995 e 18 d.P.R. n. 396/2000, nella parte in cui non consentono, secondo il diritto vivente per contrasto con l'ordine pubblico, il riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero relativo all' inserimento nell'atto di nascita di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri del c.d. genitore d' intenzione non biologico.

Il Giudice delle leggi con sentenza n. 33 del 2021 ha dichiarato la questione inammissibile, affermando a nostro avviso in modo inequivoco, dopo una esauriente ricognizione delle possibilità e dei limiti insiti nel ricorso allo strumento dell'adozione in casi particolari ex art. 44 legge n. 184 del 1983 ai fini della tutela del *best interest* del minore, che *“Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – 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. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore”.*

3. In tale contesto lo stesso collegio della I Sezione della Corte di cassazione, con ordinanza interlocutoria n. 1842/2022 ha nuovamente rimesso per l'assegnazione alle Sezioni unite la questione relativa alla esecutorietà in Italia del provvedimento giudiziario emesso da una Corte canadese al fine di ottenere la trascrizione dell'atto di nascita del minore nato mediante la tecnica della gestazione per altri, nel quale si dichiara che i due cittadini italiani ricorrenti, coniugati in Canada, con matrimonio trascritto in Italia nel registro delle unioni civili, sono genitori del minore, con la conseguente modifica dell'atto di nascita.

Nella fattispecie i ricorrenti, cittadini italiani di sesso maschile, a seguito del rifiuto loro opposto dall'ufficiale di stato civile del Comune di ... , di trascrivere l'atto di nascita del minore nato in ... nel quale si attesta la loro genitorialità, avevano adito la Corte d'appello di ... impugnando il rifiuto.

L'ordinanza interlocutoria si fonda, in primo luogo, sul presupposto interpretativo secondo il quale la sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021, richiamando i limiti insiti nello strumento dell'adozione in casi particolari per la tutela dei minori nati all'estero da maternità surrogata, avrebbe determinato il superamento del diritto vivente rappresentato dalla sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni unite, sopra citata. In particolare, la I sezione afferma che *“A seguito della sentenza della Corte costituzionale, il collegio ritiene che si sia aperto un vuoto normativo, per essere venuto meno in un suo presupposto essenziale quel bilanciamento che costituiva il punto di equilibrio espresso dal diritto vivente che in base alla motivazione della Corte costituzionale non è idoneo a impedire la lesione dei diritti fondamentali del minore a causa del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione e nello stesso tempo per l'inadeguatezza della soluzione offerta dall'istituto di cui all'art. 44, lett. d) della legge n. 184 del 1983”*.

Tale presupposto interpretativo non è a nostro avviso condivisibile.

Per sostenere la tesi richiamata, nell'ordinanza si sottolinea l'affermazione della Corte costituzionale secondo la quale *“l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, e non solo al genitore biologico”*, fermo restando il divieto previsto dalla legge italiana al ricorso alla maternità surrogata; e si ribadisce l'inciso della sentenza n. 33 secondo la quale la frequente sottolineatura della *“preminenza”* dell'interesse del minore ne segnala bensì l'importanza.

Inoltre, per giustificare l'inadeguatezza del diritto vivente, si richiama il par. 5.9 della sentenza della Corte costituzionale in esame dove si afferma che *“il possibile ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), ritenuto esperibile nei casi all'esame dalla stessa sentenza n. 12193 del 2019 delle Sezioni unite civili, costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati.*

L'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante. Inoltre, pur a fronte della novella dell'art. 74 cod. civ., operata dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali), che riconosce la generale idoneità dell'adozione a costituire rapporti di parentela, con la sola eccezione dell'adozione di persone di maggiore età, è ancora controverso – stante il perdurante richiamo operato dall'art. 55 della legge n. 184 del 1983 all'art. 330 cod. civ. – 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) ... Al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali poc'anzi ricapitolati

attraverso l'adozione, essa dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983".

A nostro avviso, e per una pluralità di ragioni, non può ritenersi che tale pronuncia di inammissibilità abbia prodotto il “superamento” del diritto vivente in materia risultante dalla sentenza delle Sezioni unite n. 12139/2019, come invece si sostiene nell'ordinanza interlocutoria.

In primo luogo, sotto un profilo letterale, nella decisione del Giudice delle leggi non è dato rinvenire alcun riferimento specifico dal quale poter dedurre l'incostituzionalità del sistema normativo vigente, e del diritto vivente che lo interpreta, rappresentato da ultimo dalla sentenza delle Sezioni unite n. 12193/2019.

La conclusione che conduce a ritenere l'esistenza di un vuoto normativo non può infatti dedursi dal rilievo che l'ordinanza interlocutoria attribuisce all' unica affermazione della sentenza n. 33, peraltro riferita alla disciplina dell'adozione in casi particolari, secondo la quale essa “*costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati*”.

Una piana lettura della pronuncia in esame, a partire dal suo dispositivo di inammissibilità della questione sollevata, e dall'inciso ora richiamato che non è certamente equiparabile ad una dichiarazione di incostituzionalità, conduce a un diverso approdo interpretativo.

Innanzitutto la Corte costituzionale premette – a nostro avviso significativamente - che “*Il diritto vivente censurato dal giudice a quo si impernia sulla qualificazione, operata dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione, del divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 come «principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali», tra cui, segnatamente, la dignità umana della gestante*”.

La sentenza prosegue affermando che *“Questa Corte si è recentemente espressa in termini analoghi, osservando che la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (sentenza n. 272 del 2017). A tale prospettiva si affianca l’ulteriore considerazione – su cui pongono l’accento anche l’Avvocatura generale dello Stato e una parte degli amici curiae – che gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell’esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita.*

Tali preoccupazioni stanno verosimilmente alla base della condanna di «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali» espressa dal Parlamento europeo nella propria Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell’Unione europea nel 2015 (2016/2009-INI) (paragrafo 82)”.

In secondo luogo, si osserva che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha ormai elaborato strumenti e tecniche decisionali diverse e ben più incisive dell’invito rivolto al legislatore ad “adeguare” la normativa in materia di adozione in casi particolari “al metro dei principi costituzionali e sovranazionali” contenuto nella sentenza n. 33 del 2021, nei casi in cui ritenga effettivamente l’illegittimità costituzionale della norma censurata.

Un primo esempio può dedursi dalle decisioni in tema di ergastolo ostativo adottate dalla Corte costituzionale. Con la sentenza n. 253 del 2019 è stata dichiarata l’illegittimità dell’art. 4 bis, comma 1, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui preclude ai detenuti per i delitti di cui all’art. 416 bis c.p. la concessione di permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia, allorchè sussistano elementi tali da escludere sia l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del loro ripristino.

La successiva ordinanza n. 97 del 2021 ha affrontato il tema della preclusione del beneficio della liberazione condizionale al condannato all’ergastolo per delitti

“ostativi” di tipo mafioso che non collabora con la giustizia. Dopo un ampio esame della giurisprudenza, anche delle Corti sovranazionali, l’ordinanza richiama i principi affermati nella sentenza n. 253 del 2019 e **afferma esplicitamente la non compatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta dalla quale deriva la preclusione censurata**, sostenendo che pur essendo tale presunzione non irragionevole, essa debba poter essere vinta da prova contraria mediante l’acquisizione di specifici elementi idonei ad escludere la persistenza di legami con la criminalità organizzata. L’ordinanza afferma specificamente che *“Il carattere assoluto della presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata impedisce, infatti, alla magistratura di sorveglianza di valutare - dopo un lungo tempo di carcerazione, che può aver determinato rilevanti trasformazioni della personalità del detenuto (sentenza n. 149 del 2018) - l'intero percorso carcerario del condannato all'ergastolo, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero anche di un tale condannato alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.”*

Infine, anche in questo caso la Corte ha affermato che *“esigenze di collaborazione istituzionale impongono a questa Corte di disporre, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale, il rinvio del giudizio in corso e di fissare una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale in esame all'udienza del 10 maggio 2022, dando al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia. Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio a quo. Spetta in primo luogo al legislatore, infatti, ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata; mentre compito di questa Corte sarà quello di verificare ex post la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte (ordinanze n. 132 del 2020 e n. 207 del 2018)”*.

L’accertamento esplicito della illegittimità delle norme censurate si rinviene in altre recenti decisioni, quali le ordinanze n. 22 del 2022, e 132 del 2020.

Nella prima pronuncia la Corte ha rilevato che l'attuale disciplina di assegnazione alle REMS contrasta con la riserva assoluta di legge in materia di misure di sicurezza e di trattamenti sanitari obbligatori, affermando specificamente che ***“Riconosciuta dunque l'effettiva sussistenza dei vulnera lamentati dal rimettente, ... questa Corte non può, tuttavia, che ritenere altresì inammissibili le questioni prospettate dal rimettente sull'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011, come convertito, anche alla luce di quanto è emerso dall'istruttoria”***.

Inoltre, la Corte specificava che “Una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione censurata per violazione delle riserve di legge poste dall'art. 25, terzo comma, e dall'art. 32 Cost. determinerebbe, d'altra parte, l'integrale caducazione del sistema delle REMS, che costituisce il risultato di un faticoso ma ineludibile processo di superamento dei vecchi OPG; e produrrebbe non solo un intollerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, ma anche un risultato diametralmente opposto a quello auspicato dal rimettente”: e sulla inammissibilità di questioni il cui accoglimento produrrebbe un risultato incongruo rispetto all'obiettivo perseguito, la Corte richiama le sentenze n. 21 del 2020, n. 239 del 2019 e n. 280 del 2016, ma non certo l'ordinanza n. 33 del 2021.

Con l'ordinanza n. 132 del 2020 è stata invece rinviata ad una successiva udienza la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 47/1948 in combinato con l'art. 595, terzo comma, c.p., nella parte in cui punisce il delitto di diffamazione a mezzo stampa con la pena della reclusione da uno a sei anni, in via cumulativa e non alternativa rispetto alla multa.

Anche in questo caso la Corte ha chiarito esplicitamente che il bilanciamento previsto dalle norme allora vigenti tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione individuale, in particolare con riferimento all'attività giornalistica contrasta con parametri costituzionali “anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte EDU poc'anzi rammentata ... che al di fuori di ipotesi eccezionali considera sproporzionata l'applicazione di pene detentive, ancorché sospese o in concreto non eseguite, nei confronti di giornalisti che abbiano pur illegittimamente offeso la

reputazione altrui ... Ciò esige una rimodulazione del bilanciamento sotteso alla disciplina in questa sede censurata”

A distanza di un anno da tale pronuncia, con la sentenza n. 150 del 2021, la Corte ha integralmente confermato le valutazioni in ordine al *thema decidendum* espresse nella citata ordinanza n. 132/2020, ed ha conseguentemente dichiarato illegittimo l’art. 13 della legge n. 47/1948, pur ribadendo “la necessità, già sottolineata da questa Corte con l’ordinanza n. 132 del 2020, di una complessiva riforma della disciplina vigente” allo scopo di riformare il bilanciamento tra i due interessi meritevoli di tutela sopra indicati.

Ancora più evidente l’illegittimità “annunciata” dalla Corte nelle sentenze n. 180 e n. 183 del 2022. Nella prima erano all’esame, in riferimento agli artt. 3, 4 e 24 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell’art. 92 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice antimafia) nella parte in cui non prevede il potere del prefetto di escludere le decadenze e i divieti stabiliti dal comma 5 dell’art. 67 del medesimo decreto legislativo, quando valuti che, in conseguenza degli stessi, verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all’interessato e alla sua famiglia.

Con una argomentata motivazione sul contrasto della normativa impugnata con i parametri indicati, la Corte ha testualmente ribadito che “ *Per tale ragione, in considerazione del rilievo dei diritti costituzionali interessati dalle odierne questioni, questa Corte non può conclusivamente esimersi dal segnalare che un ulteriore protrarsi dell’inerzia legislativa non sarebbe tollerabile (analogamente, sentenza n. 22 del 2022) e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente, nonostante le difficoltà qui descritte*”.

Nella sentenza n. 183 del 2022, la Corte ha, ancora, - dopo aver testualmente riconosciuto “*l’effettiva sussistenza del vulnus denunciato dal rimettente*” e “*la necessità che l’ordinamento si doti di rimedi adeguati per i licenziamenti illegittimi intimati dai datori di lavoro che hanno in comune il dato numerico dei dipendenti*” -, rimesso al legislatore il compito di intervenire per sanare tale lesione esercitando la propria discrezionalità, annunciando che “*questa Corte non può conclusivamente*

esimersi dal segnalare che un ulteriore protrarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe tollerabile e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente, nonostante le difficoltà qui descritte (sentenza n. 183 del 2022, punto 7 del Considerato in diritto)''.

4. Come emerge chiaramente dalle decisioni ora richiamate, la Corte costituzionale ha ormai elaborato ed inserito nel processo costituzionale modalità decisionali che consentono, una volta accertata l'illegittimità costituzionale della norma censurata, il rinvio ad altra udienza e la sospensione del giudizio di costituzionalità, per dar modo al legislatore di esercitare la propria funzione discrezionale. Si tratta di una modalità decisionale particolarmente incisiva, tesa ad evitare che una norma che contrasta con la Costituzione resti in vigore a causa dell'inerzia del Parlamento.

E comunque, anche nei casi in cui non si dispone il rinvio ad altra udienza l'illegittimità, se accertata, viene espressa a chiare lettere nella pronuncia della Corte.

La dottrina ha da tempo rilevato che queste decisioni rientrano nella tipologia delle sentenze di illegittimità accertata ma non dichiarata, come noto sottoposta anche a critica da parte di alcuni autori. Ma quel che qui rileva è che per quanto sopra si è rilevato, dal testo dell'ordinanza n. 33 del 2021 non emergono i caratteri propri delle sentenze di illegittimità accertata e non dichiarata: la Corte non ha disposto alcun rinvio ad altra udienza, né ha indicato un termine al legislatore per intervenire; e non ha affermato l'incostituzionalità, esprimendo invece l'invito al legislatore ad "adeguare" la specifica normativa vigente in materia di adozione in casi particolari prevista dall'art. 44 della legge n. 184 del 1983 al fine di assicurare una migliore garanzia dell'interesse del minore.

Come la stessa dottrina ha posto in evidenza siffatte decisioni non vanno in alcun modo confuse con quelle che accertano ma non dichiarano l'illegittimità, dal momento che senza affermare l'incostituzionalità, in esse la Corte riconosce contestualmente

l'esistenza di soluzioni normative "migliori", in quanto più idonee a perseguire i fini costituzionalmente imposti.

Questo medesimo orientamento dottrinale segnala che un'attuazione solo parziale, e quindi "non del tutto adeguata", della disposizione costituzionale non costituisce una patologia del sistema ma appartiene alla fisiologia della realtà giuridica, nella quale l'accrescimento della tutela offerta a diritti ed interessi non comporta l'illegittimità della disciplina oggetto di revisione migliorativa.

Ne consegue che anche tali addizioni o modificazioni sono fuori dal campo d'azione della Corte, che sceglie quindi di dichiarare l'inammissibilità della questione, pur indicando al legislatore il percorso additivo per la migliore attuazione dei principi costituzionali.

L'ordinanza n. 33 del 2021 costituisce un esempio in tal senso, laddove la Corte ha indicato al legislatore il percorso migliorativo corrispondente ad alcune modifiche alla disciplina dell'adozione in casi particolari.

5. Un terzo argomento, a nostro avviso dirimente, che conduce a ritenere non più attuale l'interpretazione sulla quale si basa l'ordinanza interlocutoria, deriva dal contenuto della recente sentenza della Corte costituzionale n. 79 del 2022, pubblicata in epoca successiva al deposito della stessa ordinanza.

La precedente ordinanza n. 33 del 2021, indicando al Parlamento il compito di adeguare la normativa in tema di adozione in casi particolari evidenziava gli aspetti distintivi relativi al necessario assenso del genitore biologico e, soprattutto, dell'impossibilità di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e i familiari dell'adottante, e quindi di avere i rapporti relativi con nonni, zii, fratelli e sorelle. Come affermato nella sentenza n. 79/2022 è questa la differenza che "*spicca*" tra i due tipi di adozione. Ebbene, con una motivazione che si segnala per ricchezza di argomenti e completezza, anche in relazione alla ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale della disciplina dell'adozione in casi particolari ed alla quale si rinvia integralmente, la

Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge n. 183/1984, nella parte in cui, mediante il rinvio all'art. 300, secondo comma, c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto di parentela tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

“Innanzitutto – osserva la Corte – l'adozione in casi particolari riguarda i minori e si fonda sull'accertamento giudiziale che essa realizza il preminente interesse del minore (art. 57 comma 1, legge n. 184 del 1983), obiettivo primario e principio ispiratore di tale istituto, come costantemente ribadito anche da questa Corte (sentenze 33 e 32 del 2021; n. 221 del 2019; n. 272 del 2017; n. 183 del 1994)”.

In particolare, ai fini che qui rilevano, la Corte sottolinea l'estensione dell'applicazione dell'istituto in questione ai casi *“di minori che hanno una relazione affettiva con il partner del genitore biologico, quando il primo è giuridicamente impossibilitato ad adottare il minore”*. Sono i casi del *“partner di un'unione civile o il convivente dello stesso sesso del genitore biologico, che hanno spesso condiviso con quest'ultimo un percorso di procreazione medicalmente assistita (PMA) effettuata all'estero”*.

In tal senso, la sentenza afferma che *“le finalità sottese all'adozione in casi particolari – quella volta a tutelare l'interesse del minore a preservare rapporti già instaurati e quella diretta a risolvere situazioni di giuridica impossibilità ad accedere all'adozione piena – ha indotto la giurisprudenza a consentire, anche nelle citate ipotesi, l'accesso all'adozione in casi particolari”*. Mostrando di condividere tale evoluzione, e riaffermando nettamente l'esclusione di un *“diritto alla genitorialità”* attraverso l'uso della procreazione assistita *“lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati”* la Corte ribadisce le ragioni del divieto di surrogazione di maternità già espresse con affermazioni che si segnalano per la loro nettezza (*“intollerabile offesa alla dignità della donna e lesione profonda delle relazioni umane, assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale”* v. par. 5.2.3.).

Infine, con riferimento alle problematiche affrontate nel presente giudizio, la Corte *“confrontandosi con il diritto vivente – ha ritenuto che l’adozione in casi particolari, lungi dal dare rilevanza al solo consenso e all’assecondare attraverso automatismi il mero desiderio di genitorialità, dimostri una precipua vocazione a tutelare l’interesse del minore ...a mantenere relazioni affettive di fatto instaurate e consolidate (sentenze n. 32 del 2021, n. 221 del 2019; nello stesso senso, sentenza n. 272 del 2017). L’adozione in casi particolari presuppone, infatti, un giudizio sul miglior interesse del minore e un accertamento sull’idoneità dell’adottante, fermo restando che non può una valutazione negativa sull’idoneità all’assunzione della responsabilità genitoriale fondarsi sul mero orientamento sessuale del richiedente l’adozione e del suo partner (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962) (sentenza n. 221 del 2019 (sentenza n. 230 del 2020)”. E proprio sulla base di queste premesse, la Corte ha sottolineato che *“il focus del diritto vivente e della giurisprudenza di questa Corte si è, dunque concentrato sul primario interesse del minore”*, principio riconducibile alle varie fonti nazionali e internazionali citate in sentenza, ed affermato che *“proprio l’attenzione all’interesse del minore ha indotto, pertanto, di recente, questa Corte ad allargare lo sguardo dai meri presupposti di accesso all’adozione in casi particolari alla condizione giuridica del minore adottato in tali casi”*.*

Di qui la motivazione, alla quale si rinvia, per sostenere l’illegittimità - per violazione degli artt. 3, 31, secondo comma, 117, primo comma, Cost., anche in relazione all’art. 8 CEDU - della normativa che non induce alcun rapporto civile tra l’adottato e i parenti dell’adottante.

6. In sintesi, da quest’ultima pronuncia della Corte si evincono a nostro avviso in modo inequivoco i seguenti punti fermi: a) la condivisione del diritto vivente, e quindi della sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 12193/2019, che non appare in alcun modo “superata” quanto alle valutazioni relative alla violazione dell’ordine pubblico in caso di richiesta di trascrizione della sentenza straniera di

riconoscimento della genitorialità intenzionale derivante dall'utilizzo della tecnica della gestazione per altri realizzata all'estero (la Corte conferma significativamente l'esclusione della riconoscibilità del provvedimento straniero che attribuisce la doppia paternità), e nell'indicazione dell'adozione in casi particolari come l'istituto preordinato alla migliore tutela del minore;

b) di conseguenza, deve rilevarsi l'inesistenza di quel vuoto normativo, presuntivamente derivante dall'interpretazione dell'ordinanza n. 33 del 2021, sul quale si basa l'ordinanza interlocutoria;

c) l'ulteriore conferma delle caratteristiche dell'istituto dell'adozione in casi particolari al fine della tutela del miglior interesse del minore, soprattutto a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme che impedivano l'instaurazione dei rapporti civili tra adottato e parenti dell'adottante, univocamente considerata fino ad allora la fondamentale differenza tra adozione piena e adozione in casi particolari;

d) l'idoneità di questo istituto, a maggior ragione a seguito della sentenza n. 79/2022, a rappresentare quel bilanciamento richiesto tra diversi valori in gioco, come ribadito chiaramente dalla Corte laddove afferma che *“la declaratoria di illegittimità costituzionale rimuove, dunque, un ostacolo all'effettività della tutela offerta dall'adozione in casi particolari (Corte EDU, sentenza D. contro Francia, paragrafo 51; decisione C. ed E. contro Francia, paragrafo 42; nonché il parere del 9 aprile 2019, paragrafo 54) e consente a tale istituto, la cui disciplina tiene in equilibrio molteplici istanze implicate nella complessa vicenda (che riguardava l'adozione in casi particolari di un minore nato a seguito di maternità surrogata ndr) di garantire una piena protezione all'interesse del minore”*;

e) la sostanziale irrilevanza della residua differenza, nel caso dell'adozione in casi particolari, del necessario assenso del genitore “biologico” che secondo l'ordinanza interlocutoria “potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della

coppia”: su questo punto la Corte ha specificato che proprio la valutazione da parte del giudice della stabilità della vita familiare e della coppia, ferma la garanzia di qualsivoglia discriminazione derivante dal sesso dei genitori adottivi, è preordinata alla migliore tutela dell’interesse del minore; e comunque non può ritenersi rilevante nel caso in esame l’elemento distintivo dell’adozione in casi particolari costituito dal consenso necessario del genitore biologico, dal momento che risulta dalla stessa ordinanza interlocutoria che i due ricorrenti nel presente giudizio hanno richiesto congiuntamente all’ufficiale di stato civile di trascrivere l’atto di nascita del minore nato in Canada nel quale si attesta che il medesimo è il figlio dei ricorrenti; sul punto, come proposto anche in dottrina, può richiamarsi la sentenza n. 182 del 1988 della Corte costituzionale che ha dichiarato l’ illegittimità costituzionale degli artt. 45, secondo comma, e 56, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184 nella parte in cui era previsto il consenso anziché l’audizione del legale rappresentante del minore, per giustificare, in analogia con quella fattispecie, la possibilità che il giudice valuti comunque il miglior interesse del minore anche nel caso vengano meno il consenso di uno dei componenti della coppia;

f) la conformità del diritto vivente con i parametri costituzionali citati dalla Corte costituzionale e, per sua stessa ammissione, con quelli affermati dalla Corte EDU, che ha riconosciuto nelle pronunce citate sia l’ ampia discrezionalità degli Stati nel riconoscere i rapporti di filiazione derivanti dal ricorso alla tecnica della gestazione per altri, sia la necessità di prevedere strumenti atti a tutelare l’interesse del minore al riconoscimento del rapporto di filiazione con procedimenti celeri e che assicurino l’effettività della tutela.

Pertanto il procedimento di adozione in casi particolari, secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale, risponde indubbiamente a tali requisiti.

7. Le ragioni finora espresse appaiono a nostro avviso di per sè sufficienti per motivare l’accoglimento del quarto motivo del ricorso e la riaffermazione del principio di diritto statuito dalla sentenza delle Sezioni unite n. 12193/2019, ulteriormente

giustificato e rafforzato dal contenuto della pronuncia della Corte costituzionale n. 79 del 2022, nelle more intervenuta.

Peraltro, sia per completezza nell'esame delle questioni proposte dall'ordinanza interlocutoria, sia per il rilievo della materia trattata, sembra opportuno approfondire anche le tematiche e le argomentazioni alla base della "soluzione interpretativa sottoposta alle Sezioni Unite" riportate nel relativo paragrafo a p. 17 ss. della stessa ordinanza.

In sintesi, muovendo dalla premessa secondo la quale la richiesta di recepimento non riguarderebbe "l'accordo di maternità surrogata e tantomeno la legittimità di una pratica procreativa che in Italia è sancita dal divieto penale", ma solo "l'atto di assunzione di responsabilità genitoriale da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto ... nella decisione del suo partner di adire la tecnica di procreazione medicalmente assistita in questione" (cioè la maternità surrogata *ndr*), l'ordinanza della I Sezione contesta in buona sostanza che il riconoscimento del rapporto di filiazione, "che è già avvenuto nell'ordinamento in cui il minore è nato", si ponga in contrasto con il divieto di surrogazione e "si coniughi necessariamente con il carattere di norma di ordine pubblico da attribuire al divieto di surrogazione".

Secondo l'ordinanza interlocutoria, l'interpretazione che si richiama alla violazione della clausola di ordine pubblico di cui agli artt. 64 ss. della legge n. 218 del 1995 si porrebbe "contro la sua stessa *ratio*, a sancire l'operatività della pratica vietata a favore del genitore biologico sanzionando irrazionalmente il soggetto che non ha avuto un ruolo efficiente nella procreazione". E per questa via si sostiene che "una materia sensibile come quella per cui si controverte tende invece a sottrarsi a una valutazione di tipo automatico": in assenza di strumenti alternativi offerti dall'ordinamento spetta al giudice, con un giudizio concreto caso per caso e non astratto, e secondo "criteri che abbiano validità generale" valutare la "compatibilità della delibazione (o della trascrizione) con i valori sottesi al divieto di surrogazione e con l'aspirazione del nostro Stato a scoraggiare prassi elusive poste in essere dal cd. turismo procreativo".

Al fine di procedere alla necessaria “integrazione reciproca di tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Carta costituzionale”, la I Sezione ritiene che l’attenzione del giudice “deve essere rivolta, in questa prospettiva, “ai due valori menzionati dalle precedenti pronunce della Corte costituzionale che dalla giurisprudenza di legittimità vale a dire la dignità della donna e la preservazione dell’istituto dell’adozione”.

In riferimento al primo, fondamentale, valore costituito dalla dignità della donna coinvolta nel processo procreativo, con un’affermazione perentoria sulla cui portata si ritornerà in seguito, nell’ordinanza si ribadisce che la condizione di soggezione della donna medesima “può essere considerata non lesiva solo se sia il frutto di una scelta libera e consapevole, indipendente da contropartite economiche e se tale scelta sia revocabile sino alla nascita del bambino”. Peraltro sul punto, l’ordinanza entra a nostro avviso in contraddizione, laddove nel delineare così il percorso valutativo caso per caso cui il giudice sarebbe tenuto, prescrive che anche l’eventuale rifiuto della delibazione debba sempre avvenire “in una ottica di valutazione, caso per caso, della soluzione che rispetti anche gli interessi del minore”.

Tale affermazione, che apre ad una considerazione del prevalente interesse del minore anche nei casi in cui risulti lesa la dignità della donna sulla base dei parametri citati nell’ordinanza interlocutoria, segue significativamente all’osservazione, a nostro avviso erroneamente desunta dall’ordinanza n. 33/2021 della Corte costituzionale, secondo la quale deve considerarsi “superata” l’interpretazione secondo cui “il diritto fondamentale del minore a conservare lo *status filiationis* legittimamente acquisito all’estero costituisca un interesse destinato ad affievolirsi in caso di ricorso alla surrogazione di maternità così come deve essere superata la riconduzione di questa interpretazione a una scelta compiuta una volta per tutte dal legislatore finalizzata a segnare il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità” (v. p. 20 ord. n. 1842/2022).

Questa “soluzione interpretativa” presenta a nostro avviso molteplici criticità.

Innanzitutto, essa contrasta nettamente non solo con la precedente giurisprudenza di legittimità, ma anche e soprattutto con l'indirizzo della Corte costituzionale ampiamente richiamato, sotto almeno due profili: da un lato infatti, quel potere di bilanciamento che la Corte ritiene spetti Parlamento, ed il cui esercizio è caratterizzato da un'ampia discrezionalità legislativa, viene attribuito al giudice; e dall'altro lato, tale attribuzione è solo eventuale.

A ben vedere infatti, se si ritiene che solo con una valutazione caso per caso si possa decidere su casi delicati come quello in esame, si attribuisce in prima battuta tale facoltà non al giudice, bensì all'ufficiale di stato civile.

Questi dovrebbe infatti operare la scelta relativa al riconoscimento della genitorialità intenzionale sulla base dei criteri generali "normati" dalla richiesta pronuncia delle Sezioni unite secondo i dettami della I Sezione, e quindi ritenere provati gli elementi idonei a ritenere che, nel concreto, la dignità della donna sia stata o meno violata, e valutare tali elementi in comparazione con l'interesse del minore, operando il prescritto bilanciamento.

Risulta a nostro avviso evidente la pratica impossibilità, con i poteri conferiti all'ufficiale di stato civile, di procedere in concreto alla verifica se vi sia stato un corrispettivo economico a favore della donna che in un lontano Stato estero ha gestito per altri la maternità, e valutare la sua concreta condizione di soggezione ed il reale grado di libertà e consapevolezza della scelta effettuata, nonché le modalità di partecipazione alla scelta da parte del genitore intenzionale.

In questa prospettiva l'accesso al giudice sarebbe solo eventuale, dal momento che esso avverrebbe solo a seguito di impugnazione dell'atto di trascrizione da parte del pubblico ministero, o di chi ne avrebbe interesse.

Pertanto, anche solo per questa ragione, l'ordinanza interlocutoria contrasta con quanto affermato a chiare lettere dalla Corte costituzionale in relazione alla necessità di una disciplina legislativa organica, che comporta l'esercizio di un'ampia

discrezionalità, e che assicuri anche a garanzia dell'interesse del minore, l'intervento del giudice come previsto nell'ambito del procedimento di adozione in casi particolari.

Sul punto, si osserva che l'equazione "interesse del minore – riconoscimento della genitorialità intenzionale", presupposta in modo indiscusso nella tesi prospettata dall'ordinanza interlocutoria, non appare così incontrovertibile, come dimostra anche una casistica ampiamente esaminata in dottrina e portata anche all'attenzione delle Corti. Emblematico, il notissimo caso Paradiso e Campanelli c/ Italia deciso con sentenza della Grande Camera della Corte EDU (sent. n. 1/2017), nel quale hanno assunto rilievo le modalità della gestazione, la durata e la stabilità del rapporto di vita familiare instaurato tra i partner e con il minore.

In secondo luogo, l'ordinanza interlocutoria vorrebbe limitare l'oggetto del giudizio *a quo* alla sola questione relativa al recepimento "dell'atto di assunzione di responsabilità genitoriale da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto, prestando il suo consenso, nella decisione del suo partner di adire la tecnica di procreazione medicalmente assistita in questione", escludendo la rilevanza dell'evidente nesso con la più ampia considerazione dello stato civile del minore nato all'estero con l'utilizzo della maternità surrogata.

Questa limitazione non sembra condivisibile, dal momento che essa contrasta con i principi affermati dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza di legittimità nelle decisioni sopra ampiamente citate che hanno affrontato la medesima questione.

In particolare, la Corte costituzionale nella ordinanza n. 33 del 2021 ha affermato che *"In sostanza, le questioni di legittimità che questa Corte è chiamata a esaminare riguardano lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata, vietata nell'ordinamento italiano dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004. Più in particolare, è qui in discussione la possibilità di dare effetto nell'ordinamento italiano a provvedimenti giudiziari stranieri che riconoscano come genitore del bambino non solo chi abbia fornito i propri gameti, e dunque il genitore*

cosiddetto “biologico”; ma anche la persona che abbia condiviso il progetto genitoriale pur senza fornire il proprio apporto genetico, e dunque il cosiddetto “genitore d’intenzione”.

Una terza osservazione concerne, sotto un ulteriore profilo, quella parte dell’ordinanza interlocutoria nella quale si attribuisce al giudice, in caso di controversia, la facoltà di affermare l’ insussistenza della violazione della dignità della donna in caso di ricorso alla maternità surrogata.

Ora, se tale comportamento è sanzionato come reato e ad esso è attribuito un elevato disvalore per le ragioni che il Parlamento, con legge e con le affermazioni che emergono dai lavori parlamentari, e la Corte costituzionale hanno più volte sottolineato in modo inequivoco, quale è la fonte normativa che legittima la giurisdizione del giudice nazionale italiano a pervenire ad una opposta valutazione del medesimo fatto avvenuto in un Paese straniero ?

Questa domanda, secondo noi fondamentale, non trova risposta nell’ordinanza interlocutoria, e questa convinzione trova ulteriore conferma nella scelta dei criteri generali proposti per valutare, caso per caso, la sussistenza o meno della violazione della dignità della donna.

Le citate affermazioni del Parlamento, della Corte costituzionale e della stessa giurisprudenza di legittimità che ad esse si è più volte richiamata, non operano alcuna distinzione determinata dall’esistenza o meno di un corrispettivo economico, dal grado di soggezione della donna e dalle modalità secondo le quali accede alla maternità surrogata - ad esempio, attraverso associazioni presenti in vari Stati che “gestiscono” i rapporti dei committenti con le donne che forniscono l’ovocita e con quelle che realizzano la gestazione per altri -, ovvero dalla sua libertà e consapevolezza della scelta.

Inoltre, la norma dell'art. 12, comma 6 della legge 40 non prevede alcuna modulazione della sanzione penale in dipendenza dei “criteri generali” proposti nell'ordinanza interlocutoria.

In tale contesto normativo, gli stessi criteri appaiono del tutto autodeterminati dal giudice e non ricavabili da alcun dato normativo, anche solo un grado di orientare l'interpretazione giudiziale e di fungere da parametro al quale riferirsi.

Se poi tali criteri dovessero essere desunti dalla corretta applicazione, nel caso in esame, della legge canadese, che prevede il requisito della gratuità, per concorde ammissione delle parti in causa, e come previsto da univoca giurisprudenza (Cass. Sez. un. n. 12193/2019), ci troveremmo in un ambito giurisdizionale non consentito al giudice italiano. Come affermato dalla citata sentenza in identico caso *“il rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile di un provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano, se non determinato da vizi formali, dà luogo ad una controversia di stato, da risolversi mediante il procedimento disciplinato dall'art. 67 della legge n. 218 del 1995”*; tale procedimento *“ha ad oggetto esclusivamente il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano”*.

8. Più in generale, non sfugge allo scrivente, e non riteniamo debba essere qui richiamato nel dettaglio, l'ampio e controverso dibattito che in anni recenti si è svolto in dottrina in relazione ai confini dell'interpretazione giudiziale.

Basti qui rilevare che anche nell'impostazione che privilegia il momento applicativo nel quale risultano non sempre ben distinguibili l'elemento fattuale e la sua qualificazione giuridica, il giudice è comunque tenuto ad individuare “un enunciato o un principio” che indirizzi in modo plausibile l'approdo ermeneutico e la soluzione del caso. Ma qui ci troviamo in una fattispecie addirittura opposta, nella quale il

ricorso alla maternità surrogata è in radice vietato e penalmente sanzionato dal legislatore italiano, e tuttavia il giudice nazionale sarebbe in grado di affermare, in base a criteri da lui determinati, che la dignità della donna non sia stata violata dal medesimo comportamento realizzatosi in altro Stato.

Questa carenza nell'individuazione dei parametri normativi di riferimento, emerge con chiarezza laddove, a p. 21, l'ordinanza interlocutoria testualmente afferma che *“appare quindi del tutto irragionevole ritenere irrilevante la valutazione della legislazione (e della sua applicazione) nel paese in cui la gestazione per altri è avvenuta, così come non risponde all'esigenza di una corretta valutazione degli interessi in gioco non considerare quale sia stata in concreto la posizione e la volontà della donna coinvolta nella gestazione”*.

A nostro avviso, non può non rilevarsi come questa perentoria affermazione di irragionevolezza si sovrapponga alla scelta, di segno opposto, adottata dallo Stato italiano e confermata dalla giurisprudenza costituzionale, e costituisca una ragione, secondo noi non condivisibile, per giustificare la sussistenza della potestà giurisdizionale del giudice italiano. Non è un caso se nella stessa pagina, ancora per giustificare questa potestà, l'ordinanza richiama l'appartenenza del Canada, cioè dello Stato in cui è avvenuta la gestazione per altri nel caso in esame, alla tradizione costituzionale occidentale.

Anche quest'ultimo argomento non sembra idoneo a fondare la potestà giurisdizionale di valutare l'eventuale lesione della dignità della donna, e ciò proprio in virtù della giurisprudenza della Corte EDU che attribuisce agli Stati aderenti alla Convenzione, tutti tenuti al rispetto dei diritti umani in essa codificati, un'ampia discrezionalità nell'adottare scelte anche divergenti nella delicata materia che ci occupa.

L'unico riferimento per ritenere consentito il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero in questione resta la compatibilità con

l'ordine pubblico ai sensi della legge n. 218 del 1985, nell'interpretazione affermata in relazione ad un caso identico dalla sentenza delle Sezioni unite n. 12193/2019 alla quale si rinvia (v. paragrafi 12 ss.).

In conclusione, si ritiene che la questione proposta dalla I Sezione, vada risolta escludendo la sussistenza di un vuoto normativo come prefigurato nell'ordinanza interlocutoria e riaffermando il principio statuito dalla sentenza delle Sezioni unite n. 12193/2019 (v. *supra* p. 4), con l'ulteriore espressa indicazione delle modifiche derivanti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 79 del 2022 in relazione alla disciplina dell'adozione in casi particolare prevista dall'art. 44 della legge n. 184 del 1983.

Conseguono le richieste di rigetto dei primi tre motivi del ricorso principale e dell'unico motivo di ricorso incidentale, per le ragioni indicate nella condivisa deliberazione della I Sezione della Corte con l'ordinanza n. 8325/2020 e nella sentenza delle Sezioni unite n. 12193/2019 (v. par. 9 ss.), e di accoglimento del quarto motivo del ricorso principale.

PER QUESTI MOTIVI

chiede che la Corte:

- rigetti il primo, il secondo e il terzo motivo del ricorso principale e l'unico motivo del ricorso incidentale;
- accolga il quarto motivo del ricorso principale.

per il Procuratore Generale

Renato Finocchi Ghersi, Avvocato Generale

Roma, 21 ottobre 2022