

Questioni di attualità

Il riconoscimento del rapporto di filiazione tra bambini nati all'estero da maternità surrogata e genitori intenzionali: la trascrizione del relativo atto di nascita in Italia.

Il certificato di nascita, formato legittimamente all'estero, del bambino nato da maternità surrogata può essere trascritto in Italia attribuendo lo status di genitori alla coppia committente?

*Marta Lavacchini,
esperta giuridica e collaboratrice Area infanzia e adolescenza, Istituto degli Innocenti*

Il tema

Inquadramento sistematico. Il progressivo riconoscimento della genitorialità sociale nella più recente giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

L'istituto della famiglia ha conosciuto, dall'approvazione del codice civile ad oggi, una inevitabile evoluzione scandita dal passaggio da un modello unico di famiglia – essenzialmente patriarcale – ad una pluralità di modelli familiari – in un'ottica personalistica e funzionalista in cui la famiglia costituisce una formazione sociale, tutelata dalla Carta Costituzionale, strumentale alla realizzazione della personalità individuale.

L'ordinamento, infatti, si pone in modalità recettiva e servente rispetto al reale strutturarsi delle relazioni familiari nel contesto sociale e, per tale ragione, riconosce ormai tutela non solo alla famiglia tradizionale, ma anche alla famiglia omosessuale, di fatto e ricomposta. Del resto, l'espressione "famiglia non fondata sul matrimonio", inizialmente volta ad identificare la famiglia c.d. naturale, si presta oggi a ricomprendere anche le altre forme di vita in comune.

Con l'emersione di una pluralità di modelli familiari si è dato spazio al progressivo riconoscimento, nell'ottica del preminente interesse del bambino, di nuove forme di genitorialità meramente affettiva.

La c.d. genitorialità sociale origina, infatti, dalla progressiva tendenza a dare rilievo alla sostanza dei rapporti affettivi instaurati dal bambino e dall'adolescente con figure adulte di riferimento, rapporti che non si esauriscono nel tradizionale legame biologico o genetico con essi.

La Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione hanno infatti chiarito, così come la giurisprudenza sovranazionale, che il rapporto di filiazione sussiste non soltanto nel caso in cui esista lo stato di figlio, ma anche nell'ipotesi in cui l'adulto si sia assunto la responsabilità della crescita del bambino.

Tale interpretazione origina da una fitta rete di fonti nazionali e sovranazionali.

Si tratta, in primo luogo, degli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione ONU di New York del 1989 sui diritti dei bambini laddove privilegia il superiore interesse del bambino nelle decisioni delle pubbliche autorità che lo riguardano, il diritto a non essere separato dai suoi genitori, se non quando necessario nel suo preminente interesse, nonché di intrattenere rapporti regolari con entrambi i genitori.

In secondo luogo, si è proceduto a un'interpretazione evolutiva dell'art. 8 CEDU (si pensi ai casi *Mannesson* e *Labasse c. Francia* e al

caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*) laddove sancisce il diritto alla vita privata e familiare evidenziando, da un lato, che il concetto di famiglia non può essere statico e univoco e, dall'altro, che il concetto di preminente interesse del bambino e il diritto alla sua identità garantiscono il riconoscimento – da parte delle pubbliche autorità – delle sue relazioni significative con gli adulti responsabili della sua crescita.

A livello nazionale, poi, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di chiarire che non può ritenersi sussistente un principio generale secondo il quale lo stato di filiazione è legato esclusivamente al contributo biologico o genetico al concepimento o alla nascita del figlio. Tale rapporto può anche venire in rilievo a seguito di una consapevole assunzione, da parte del genitore sociale, della responsabilità di allevare e accudire il bambino.

Il dato di particolare interesse che caratterizza tale evoluzione interpretativa è dato dal fatto che la giurisprudenza nazionale e quella sovranazionale hanno riconosciuto giuridica rilevanza a tale assunzione di doveri, non solo quando la coppia abbia assunto un progetto di genitorialità attraverso tecniche di procreazione medicalmente assistita (c.d. genitorialità intenzionale), ma anche nell'ipotesi in cui il convivente/coniuge/unito civilmente si comporti come genitore nei confronti del figlio del proprio *partner* (c.d. genitorialità di fatto).

A tal proposito, deve essere senza dubbio chiara la distinzione tra genitorialità di fatto e mero rapporto affettivo socialmente rilevante. La giurisprudenza sul danno non patrimoniale da uccisione del figlio del *partner* ha, infatti, avuto modo di chiarire che, per ottenere il risarcimento del danno, il *partner* del genitore giuridico non può limitarsi a provare la mera convivenza *more uxorio* con esso, né l'esistenza di un qualsiasi legame affettivo con il figlio dello stesso, ma deve dimostrare di essersi comportato come genitore, "una condizione questa da desumersi dalla lunga durata della convivenza col minore, dalla diuturnitas delle frequentazioni, dal *mutuum adiutorium*, dall'assunzione concreta, da parte del genitore *de facto*, di tutti gli oneri, i doveri e le potestà incumbenti sul genitore *de iure*". Si tratta, in altre parole, di dare giuridica rilevanza esclusivamente a quelle relazioni caratterizzate da effettività e stabilità del legame da valutarsi nel caso concreto.

Sviluppo della questione controversa. Genitorialità intenzionale e divieto di maternità surrogata.

Il concetto di genitorialità intenzionale, come *species* del *genus* genitorialità sociale, si delinea nell'ambito della L. 40/2004 che disciplina le tecniche di procreazione medicalmente assistita per

delineare il genitore che non abbia con il bambino un rapporto biologico o genetico, ma che condivida con il genitore biologico un progetto di genitorialità comune.

La Costituzione guarda, infatti, con favore al progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico: ciò trova conferma, a livello di legislazione ordinaria, nella regolamentazione, ad esempio, dell'istituto dell'adozione.

Il diritto di diventare genitori non è comunque senza limiti. Viene a tal proposito in rilievo il divieto, penalmente rilevante, di maternità surrogata di cui all'art. 12 co. 6 della L. 40/2004. Accanto alla fecondazione eterologa (e potenzialmente in combinazione con questa, secondo quanto consentito in alcuni Paesi stranieri) si colloca, infatti, l'altra principale tipologia di partecipazione di un soggetto estraneo alla procreazione costituita dalla maternità surrogata. Quest'ultima consiste nel fenomeno in virtù del quale una donna (la madre gestazionale c.d. surrogata) si presta ad avere una gravidanza e a partorire un figlio non per sé ma per un'altra donna. In Italia, la maternità surrogata è espressamente vietata dal legislatore, in quanto ritenuta lesiva della dignità della maternità e affida all'istituto dell'adozione – attuato con le garanzie del procedimento giurisdizionale – la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico.

Il riconoscimento del rapporto di filiazione tra bambini nati all'estero da maternità surrogata e genitori intenzionali.

La giurisprudenza, tanto di legittimità quanto di merito, ha recentemente affrontato il problema del riconoscimento del rapporto di filiazione tra bambini nati all'estero da maternità surrogata, tecnica vietata nel nostro Paese, e genitori intenzionali committenti che hanno compiuto quello che viene definito il c.d. viaggio dei diritti, attraverso il quale la coppia italiana cerca all'estero forme di procreazione vietate in Italia.

Quello che normalmente accade è che, nel Paese ove la maternità surrogata è consentita, si formi, dopo il parto, un atto di nascita del bambino in conformità con la legislazione del luogo, attribuendo lo *status* di padre e di madre del neonato ai genitori committenti, indipendentemente dal legame biologico sussistente con quest'ultimo. Una volta formato il certificato di nascita, tali genitori sociali richiedono all'autorità consolare straniera di trasmetterlo al proprio comune di residenza, solitamente senza precisare di aver fatto ricorso a maternità surrogata all'estero. Tale omessa menzione del ricorso alla maternità surrogata non passa sempre inosservata e, laddove emerga, pone il problema del contrasto tra

autorità italiane e la coppia committente, che giunge all'attenzione della giurisprudenza.

Il bilanciamento tra il concetto di “superiore interesse del bambino” e di “ordine pubblico” nell’ambito del divieto di maternità surrogata sancito dall’ordinamento italiano.

La delicata questione che si pone all'attenzione delle Corti interne comporta un problematico bilanciamento tra il principio di ordine pubblico internazionale e il principio del superiore interesse del bambino. Infatti, anche se il sistema giuridico italiano vieta la surroga di maternità, pare difficile che lo stesso ordinamento possa negare il riconoscimento a un rapporto già creatosi in un altro sistema giuridico perché, in tal caso, l'interesse del bambino coinvolto sarebbe pregiudicato, privandolo delle relazioni nel frattempo costituite e delle prerogative identitarie dallo stesso assunte.

Il divieto di maternità surrogata viene qualificato dalla giurisprudenza come principio di ordine pubblico internazionale alla luce degli artt. 269 co. 3 c.c. e 12 co. 6 L. 40/2004. Ciò detto, recente giurisprudenza di legittimità (Cass. 30.11.2016, n. 19599; Cass. 15.6.2017, n. 14878) ha chiarito che il limite dell'ordine pubblico non può impedire il riconoscimento dell'efficacia in Italia di un atto di stato civile straniero quando questo sia semplicemente espressione di una normativa contrastante con disposizioni imperative o inderogabili del diritto interno, poiché tale limite opera soltanto quando il diritto straniero sia incompatibile con la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo desunti dalla Costituzione, dalla carta di Nizza e dalla Carta Edu. L'interesse del bambino si sostanzia, infatti, nella continuità dello status di filiazione validamente acquisito all'estero, non ostando né la circostanza che in Italia non sia contemplata tale tecnica riproduttiva, né che la coppia sia eventualmente formata da persone dello stesso sesso.

La nozione di preminente interesse del bambino, infatti, illumina il principio di ordine pubblico internazionale, è “parametro eclettico” di definizione di tale secondo principio e garanzia o portato necessario della nuova concezione funzionale della famiglia. La stessa Corte Costituzionale (sent. 18 dicembre 2017, n. 272) ha chiarito che non è possibile contrapporre *favor veritatis* e *favor minoris* ed è possibile che l'interesse del bambino possa non coincidere con l'accertamento della verità biologica.

Sotto tale profilo, di notevole interesse è una recentissima pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, n. 9006/2021, che esclude che sussista un contrasto con il principio di ordine pubblico internazionale con riferimento al “riconoscimento degli effetti di

un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale, ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione”.

La più recente giurisprudenza di legittimità in tema di trascrizione in Italia dell'atto di nascita formato all'estero a seguito di tecniche di maternità surrogata: dal c.d. caso delle due madri al c.d. caso dei due padri.

In tale delicato quadro interpretativo si colloca la più recente giurisprudenza sulla trascrizione dell'atto di nascita, legittimamente formato all'estero, di un bambino a seguito di tecniche di maternità surrogata. La necessità di evitare situazioni giuridiche claudicanti e di salvaguardare il superiore interesse del bambino ha portato ad un acceso dibattito giurisprudenziale che è culminato con la pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. Sez. Un., 8.5.2019, n. 12193).

La Suprema Corte aveva già avuto modo di pronunciarsi nel 2016 (Cass. 19599/2016) riconoscendo la trascrizione dell'atto di nascita spagnolo formato conformemente alla *lex loci*.

Le Sezioni Unite del 2019, nel pronunciarsi, operano un distinguo tra il caso c.d. delle due madri concernente appunto il precedente del 2016 e il caso oggetto del loro giudizio definito dei due padri.

I due casi sono accumulati dalla presenza di una coppia di genitori omosessuali, ma tale circostanza non rende omogenea la valutazione dei due casi, i quali – a ben vedere – si caratterizzano per avere elementi di diversità.

Infatti, mentre il caso dei due padri ha ad oggetto la richiesta di riconoscimento di un atto di nascita da parte di due padri intenzionali di un bambino nato a seguito di tecniche di maternità surrogata, il caso delle due madri riguarda – a ben vedere – la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero, di bambini generati mediante fecondazione eterologa realizzata all'estero da parte di due donne ivi coniugate.

Nel caso di coppie di donne, infatti, solo il seme maschile costituisce elemento estraneo alla coppia mentre sia l'ovocita sia la gravidanza sono delle madri intenzionali e questo sia nel caso in cui una delle due donne porta avanti la gravidanza con l'ovocita messo a disposizione dall'altra, sia in quello in cui l'ovocita appartiene alla stessa gestante. È, inoltre, diversa la tecnica di procreazione impiegata che, nel caso

delle due donne, è assimilabile a una fecondazione eterologa per quanto riguarda la donazione del seme, e che presenta elementi di fecondazione omologa nel caso di gestazione c.d. incrociata, dato che il gamete femminile proviene dalla compagna della gestante. Ad ogni buon conto, nel caso delle due madri, la fattispecie non è riconducibile alla maternità surrogata, poiché difetta l'elemento della gravidanza portata avanti per conto di altri ai quali si consegnerà il bambino nato.

Orbene, la valutazione del legislatore in caso di maternità surrogata e in caso di fecondazione eterologa si differenzia poiché nel primo caso vige un divieto penalmente rilevante, mentre la fecondazione eterologa è una tecnica ormai ammessa nel nostro ordinamento e il ricorso ad essa, da parte di una coppia di donne, ricade sotto il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie dello stesso sesso presidiato da una mera sanzione amministrativa (art. 5 e art. 12 co. 2 L. 40/2004).

Queste peculiarità comportano, secondo le Sezioni Unite, l'impossibilità di estendere il precedente del 2016 al caso dei due padri. Il mero genitore di intenzione che non ha legami genetici con il nato, in tal caso, non potrà risultare nell'atto di nascita, ma al più usufruire del meccanismo previsto dall'art. 44 lett. d) l. 184/1983 della c.d. adozione in casi particolari.

Tale soluzione – criticata in dottrina e messa in discussione dalla recente ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale da parte della Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione – si fonda sul divieto di maternità surrogata: non può essere trascritto l'atto di nascita straniero che riconosce implicitamente l'accordo di maternità surrogata attribuendo la maternità o la paternità al soggetto che non ha apportato un contributo genetico. Tale soluzione peraltro non si applica esclusivamente al caso c.d. dei due padri, ma anche all'ipotesi di coppia eterosessuale con riferimento al mero genitore di intenzione che non apporti un contributo genetico. Si pensi al caso di un ovocita della madre estranea e diversa dalla madre d'intenzione, fecondata con il seme del padre. Quest'ultimo potrà essere inserito nell'atto di nascita, in quanto fornisce il suo contributo genetico mentre, invece, la madre (genitore sociale) non potrà essere inserita nell'atto di nascita.

Secondo le Sezioni Unite il disconoscimento dello stato di figlio legittimo validamente acquisito all'estero dal minore non si pone in contrasto con il suo superiore interesse poiché questo non ha valore assoluto, ma è suscettibile di affievolimento in presenza di altri interessi rilevanti. L'interesse del bambino troverebbe, in quest'ottica adeguata tutela nell'istituto dell'adozione in casi particolari.

Prospettive interpretative. Dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2019 sul c.d. caso dei due padri, al parere della Grande Camera della Corte Edu del 10 aprile 2019. La recente questione di legittimità costituzionale proposta dalla Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione e la pronuncia della Corte Costituzionale sul punto.

Le Sezioni Unite con la loro recente pronuncia del 2019 operano, dunque, un delicato distinguo per risolvere il problema del riconoscimento dell'atto di nascita formato legittimamente all'estero a seguito di maternità surrogata dove i genitori intenzionali sono riconosciuti come genitori di diritto ancorché privi di legami biologici.

Il genitore che fornisce un apporto biologico o genetico può, pertanto, essere inserito nell'atto di nascita e ciò anche qualora avesse fatto ricorso a maternità surrogata. Se, invece, egli non ha fornito tale contributo biologico o genetico, non potrebbe avere tale riconoscimento. Il ragionamento delle Sezioni Unite distingue nettamente, dunque, il caso delle due madri e il caso dei due padri mettendo al centro della distinzione il contributo biologico o genetico apportato dal genitore d'intenzione.

Il mero genitore d'intenzione, quello cioè che non fornisce un contributo genetico o biologico, può – a detta delle Sezioni Unite – soltanto far ricorso all'adozione in casi particolari.

Questa soluzione è stata criticata in dottrina e messa in discussione dalla più recente giurisprudenza di legittimità.

Ci si chiede, infatti, in primo luogo, se l'istituto dell'adozione in casi particolari possa essere uno strumento idoneo a tutelare gli interessi del bambino e, in secondo luogo, se questa alternativa sia compatibile con il suo superiore interesse.

In questo panorama si è inserito un recente parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019 reso su un caso francese analogo a quello sottoposto all'attenzione della giurisprudenza italiana.

La questione concerneva il rifiuto opposto dalla Francia di trascrivere l'atto di nascita nei confronti della madre d'intenzione la quale non aveva fornito un apporto genetico alla nascita del bambino, nato a seguito di maternità surrogata, nato – invece – con l'apporto biologico del padre d'intenzione.

La Corte Edu chiarisce che rientra nel c.d. margine di apprezzamento dello Stato sia il divieto di maternità surrogata che la possibilità di trascrivere l'atto di nascita formato all'estero del bambino nato a seguito di tale tecnica procreativa. Ciò detto, se gli Stati sono liberi di scoraggiare il c.d. turismo procreativo, non possono però optare per rimedi che incidano negativamente sui diritti del bambino. In tale ottica, infatti, egli verrebbe gravemente inciso nel suo diritto alla vita privata e familiare e nella sua possibilità di mantenere lo status

filiationis legittimamente conseguito all'estero.

La Corte Edu chiarisce, pertanto, che il superiore interesse del minore necessita di una valutazione caso per caso, incompatibile con un generale divieto assoluto di riconoscimento del legame di filiazione col genitore intenzionale, in quanto in grado di pregiudicare il radicamento nel contesto familiare in cui è nato.

Lo Stato deve quindi offrire la possibilità di riconoscere il legame di filiazione con il genitore intenzionale. Tale possibilità, si badi, non deve necessariamente coincidere con la trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero, ma l'alternativa – che ben potrebbe essere ricercata nell'istituto dell'adozione – deve però essere effettiva. In altre parole, le condizioni previste per l'adozione devono garantire in primo luogo, l'effettività del riconoscimento del legame di filiazione, in secondo luogo, una procedura rapida e, infine, non esporre il minore a una protratta situazione di incertezza circa il riconoscimento giuridico del legame.

Proprio su tale ultimo profilo si innesta la recente ordinanza della Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione (29.04.2020, n. 8325), la quale dubita dell'adeguatezza del rimedio dell'adozione in casi particolari sotto il profilo dell'effettività e della celerità.

L'adozione in casi particolari nell'ordinamento italiano, infatti, non produce un vero e proprio rapporto di filiazione, ponendo il genitore d'intenzione non biologico in una situazione di inferiorità rispetto a quello biologico. Si pensi, infatti, che tale forma di adozione non crea legami parentali con i congiunti dell'adottante ed esclude il diritto di succedere nei loro confronti.

Inoltre, il procedimento di adozione è complesso e volto a creare una situazione soggettiva *ad hoc* propria dell'ordinamento italiano e cioè quello dell'adozione non legittimante. Una procedura di tal fatta difficilmente potrebbe integrare il requisito della celerità ed anzi le tempistiche sono senza dubbio più lunghe rispetto alla delibazione di un atto straniero che già riconosce lo *status filiationis* e che deve semplicemente essere recepito.

Ancora, continua la Prima Sezione, l'attivazione del meccanismo dell'adozione in casi particolari è sottoposta alla volontà dell'adottante, il quale potrebbe ben sottrarsi all'assunzione di responsabilità che egli ha manifestato nel Paese straniero e che potrebbe non rinnovare in Italia.

Infine, tale procedura richiede l'assenso del genitore biologico che potrebbe venire meno in caso di crisi della coppia o in caso di morte del genitore biologico.

La Prima Sezione Civile, dubitando che il meccanismo dell'adozione in casi particolari possa essere considerato una valida alternativa

alla trascrizione dell'atto di nascita, ha rimesso, dunque, nel 2020, la questione di legittimità costituzionale alla Corte Costituzionale enucleando una serie di considerazioni volte ad evidenziare da un lato come il meccanismo dell'adozione in casi particolari comporti una disparità all'interno della famiglia del bambino con la creazione di genitori di serie A e di serie B e, dall'altro come questo pregiudichi il suo superiore interesse.

Sotto il primo profilo, infatti, si arriverebbe al paradosso di una filiazione "a geometrie variabili" nello spazio in virtù della quale nel Paese in cui il bambino è nato, entrambi i genitori sono genitori legali, mentre in Italia, viene creata questa artificiosa disparità.

Inoltre, il divieto di maternità surrogata nel nostro ordinamento sebbene sussistente non deve essere enfatizzato. Infatti, la giurisprudenza penale ritiene che la violazione del divieto di maternità surrogata se compiuto all'estero non costituisce reato con conseguente non punibilità dei soggetti che la hanno commissionata. Anche sotto tale profilo si arriverebbe, peraltro, al paradosso di sanzionare soltanto uno dei due genitori d'intenzione poiché il genitore che ha fornito un contributo biologico non subirebbe alcuna forma di sanzione nemmeno indiretta (quale ad esempio il disconoscimento della genitorialità di diritto) nonostante abbia anch'egli violato il divieto di maternità surrogata.

Sotto il secondo profilo, di grande interesse è il ragionamento della Prima Sezione intorno al concetto di ordine pubblico e di superiore interesse del minore. Il concetto di ordine pubblico deve essere letto alla luce del principio del superiore interesse del minore.

L'ordine pubblico è, infatti, l'insieme dei valori fondamentali della persona tra cui il diritto alla vita privata e familiare del bambino. La centralità dei diritti del bambino si apprezza nella sua massima estensione specie nell'ambito della più recente giurisprudenza di legittimità e costituzionale che riconosce unicità allo stato di figlio, a prescindere dalle condizioni di nascita e dalle modalità con cui si istaura il rapporto di filiazione, indipendentemente dalla sussistenza di un legame biologico con lo stesso.

La Corte Costituzionale si è pronunciata sul punto con la sentenza n. 33 del 28 gennaio 2021, con motivazione depositata nel marzo del 2021, dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di Cassazione.

La Corte Costituzionale, con tale sentenza monito, ha sottolineato la necessità di un indifferibile intervento del legislatore, al fine di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del bambino. La scelta, infatti, non risulta essere a rime obbligate. Sono varie le alternative che potrebbero porsi: dall'equiparazione

alla filiazione a un procedimento di adozione diverso da quello oggi previsto.

La Corte ha, infatti, evidenziato che il procedimento di adozione non legittimante non solo non è idoneo a soddisfare quelle esigenze di celerità ed effettività richieste dalla giurisprudenza della Corte EDU, ma – come è noto – non attribuisce la genitorialità all'adottante. Non è chiaro, infatti, se essa istituisca rapporti di parentela tra l'adottato e coloro che quest'ultimo percepisce socialmente come i propri nonni, zii, o addirittura fratelli e sorelle. Infine, questa forma di adozione resta comunque subordinata all'assenso del genitore "biologico", che potrebbe anche mancare in caso di crisi della coppia.

La Corte costituzionale, pertanto, pur rimarcando il divieto di maternità surrogata vigente nel nostro ordinamento, ha evidenziato che la questione ora sottoposta alla sua attenzione è focalizzata sui "migliori interessi" del bambino nei suoi rapporti con la coppia (omosessuale o eterosessuale) che abbia condiviso il percorso che va dal suo concepimento, in un Paese in cui la maternità surrogata è lecita, fino al suo trasferimento in Italia, dove la coppia si è presa quotidianamente cura di lui.

In tale contesto, l'interesse del bambino – ha osservato la Corte – è quello di ottenere un "un riconoscimento anche giuridico dei legami che nella realtà fattuale già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata". Questi legami sono, infatti, parte integrante della stessa identità del minore, che vive e cresce nell'ambito di una determinata comunità di affetti e che devono essergli riconosciuti anche con riferimento alla tutela patrimoniale.

Contestualmente alla pronuncia in parola, la Corte Costituzionale, con sentenza 32/2021, si è pronunciata in merito alla collaterale questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Padova.

Il caso riguardava un bambino nato, stavolta, in Italia da una coppia di due donne. In tale ipotesi le due donne avevano, infatti, effettuato una fecondazione all'estero, ma il figlio era nato in Italia e veniva registrato come figlio della partoriente.

La Corte Costituzionale ha rilevato che sussiste nell'ordinamento italiano un ulteriore vuoto di tutela oltre a quello evidenziato dalla sentenza n. 33, poiché, in tale diversa ipotesi, nella quale non venga in questione un problema di maternità surrogata, gli strumenti di tutela a disposizione della madre intenzionale e del figlio non risultano spesso essere efficaci, nel caso di successiva disgregazione della coppia.

Infatti, il figlio nasce in Italia dove esiste il divieto per tali coppie di fecondazione eterologa, residuando quindi esclusivamente lo strumento dell'adozione in casi particolari. Tale strumento risulta però difficilmente praticabile poiché uno dei suoi presupposti applicativi è il consenso dell'altro genitore, consenso che difficilmente presterà a causa della crisi che ha interessato la coppia.

In tale contesto, ancora una volta, risulta pregiudicato l'interesse del bambino a mantenere i rapporti con entrambi i genitori che lo hanno cresciuto, motivo per il quale è necessario che il legislatore intervenga anche sotto questo diverso ma collegato profilo, come del resto ha chiarito la stessa Corte Costituzionale.

Nozioni di riferimento

Genitorialità sociale. La c.d. genitorialità sociale nasce dalla progressiva tendenza a dare rilievo alla sostanza dei rapporti affettivi instaurati dal soggetto minorenni, anche a prescindere da un legame biologico o genetico con lo stesso. Tale progressivo riconoscimento origina dalla interpretazione della Carta Costituzionale, oltre che dalle fonti sovranazionali quali la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione ONU sui diritti dei bambini del 1989. All'interno del genus genitorialità sociale è possibile ricondurre la nozione di genitorialità intenzionale e la nozione di genitorialità di fatto.

Genitorialità intenzionale. Per genitore di intenzione si intende il soggetto che istaura con il bambino una relazione improntata non sul legame biologico o genetico, ma sulla consapevole assunzione della responsabilità di allevarlo e accudirlo, nel quadro di un progetto di vita della coppia costituita con il genitore biologico. In particolare, il termine genitorialità intenzionale viene utilizzato per definire il soggetto che ha prestato il consenso al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Genitorialità di fatto. Per genitorialità di fatto si intende il riconoscimento di una genitorialità fondata non sul rapporto biologico, ma sulla sostanza del ruolo di genitore che abbia i caratteri dell'*effettività* e della *stabilità del legame* nonché dalla serietà, dalla profondità del rapporto e dall'assunzione dei doveri genitoriali. La nozione di genitore di fatto si distingue da quella di genitore intenzionale, comprendendo quest'ultima i casi in cui – attraverso tecniche di procreazione medicalmente assistita – il soggetto non dà un apporto biologico o genetico al concepimento del figlio, ma

condivide con il *partner* – genitore biologico o genetico – un progetto di vita e di coppia che si realizza *ab origine*, appunto, nelle tecniche previste dalla fecondazione assistita (PMA).

Maternità surrogata. La maternità per sostituzione (vietata nell'ordinamento italiano) coincide con la maternità di una donna che si presta ad avere una gravidanza e a partorire un figlio non per sé, ma per un'altra donna. In mancanza di una definizione legislativa di maternità surrogata, nel divieto ricadono sia l'ipotesi in cui una donna metta a disposizione l'utero per ricevere un ovocita fecondato altrui, sia l'ipotesi in cui metta a disposizione, oltre all'utero, anche un proprio ovocita, in entrambi i casi impegnandosi a consegnare il bambino dopo il parto. Si ha *surrogazione omologa* nel caso in cui la c.d. madre gestazionale ospiti un embrione formato da gameti provenienti dai genitori che commissionano la surrogazione. Si ha, invece, *surrogazione eterologa* laddove si faccia ricorso alla donazione di ovociti in combinazione con la gravidanza nell'interesse della committente.

Riferimenti normativi

ONU, *Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 20 novembre 1989* ratificata in Italia con *Legge n. 176 del 27 maggio 1991*
Legge n. 184 del 4 maggio 1983, Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori

Legge n. 40 del 19 febbraio 2004, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita

Riferimenti giurisprudenziali

Cass. civ., sez. I, Ordinanza n. 8325 del 29.04.2020
Cass., sez. un. civ., Sentenza n. 12193 del 08.05.2019
Corte cost., Sentenza n. 272 del 18.12.2017
Cass., sez. un. civ., Sentenza n. 16601 del 05.07.2017
Cass. civ., sez. I, Sentenza n. 14878 del 15.06.2017
Cass. civ., sez. I, Sentenza n. 19599 del 30.09.2016
Cass. civ., sez. I, Sentenza n. 12962 del 22.06.2016

Cass. pen., sez. V, Sentenza n. 13525 del 05.04.2016

Cass. pen., sez. VI, Sentenza n. 48696 del 17.11.2016

Corte di Giustizia dell'UE, Grande Sezione, Sentenza del 05.06.2018, Causa C-673/16

Corte EDU, Grande Camera, Parere consultivo del 10.04.2019, Richiesta n. P16-2018-001

Corte EDU, I sez, Orlandi e A. c. Italia del 14 dicembre 2017

Corte EDU, IV sez, Mennesson c. Francia, 26 giugno 2014

Corte EDU, IV sez, Labassee c. Francia, 26 giugno 2014

Corte EDU, Grande Camera, 24 gennaio 2017 Paradiso e Campanelli c. Italia

Corte Cost., 28.1.2021, n. 33.

* Le sentenze della Corte di cassazione sono ricercabili al link <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>

Dottrina di riferimento

BILOTTI E., *Convivenze, unioni civili, genitorialità adozioni*, in *Diritto di famiglia e delle persone* (II), fasc. 3, 1 settembre 2017, 870.

D'AVACK L., *La maternità surrogata: un divieto inefficace*, in *Diritto di famiglia e delle persone* (II), fasc. 1, 2017, 139.

GATTO A., *Surrogazione di maternità e diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare*, in *Diritto di famiglia e delle persone* (II), fasc. 3, 2015, 1091.

GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto civile*, Torino, 2019.

MONTECCHIARI T., *Adozione in casi particolari: la svolta decisiva della Suprema Corte di Cassazione per single e coppie di fatto*, in *Diritto di famiglia e delle persone* (III), fasc. 4, 1 dicembre 2019, 1722

PELLEGRINO M.V., *Diritto dei minori alle relazioni familiari e sistema rimediabile tipico*, in *Diritto di famiglia e delle persone* (II), fasc. 4, 1 dicembre 2017, 1322.

PORCELLI M., *La famiglia al plurale*, in *Diritto di famiglia e delle persone* (II), fasc. 3, 2014, 1248.

SENIGAGLIA R., *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 3, 1 settembre 2017, 952.

TOMMASINI M.F., *I rapporti familiari tra tradizione e attualità*, in *Diritto di famiglia e delle Persone (II)*, fasc.1, 1 marzo 2018, 259.

TONOLO S., *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 4, 1 dicembre 2017, 1010.

TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 4, 1 dicembre 2017, 1391.

TROISI C., *Dall'adozione in casi particolari alla tutela della coppia omoaffettiva*, in *Diritto di famiglia e delle persone (II)*, fasc. 2, 1 giugno 2017, 578.

Per ulteriori approfondimenti consulta [il catalogo della Biblioteca Innocenti Library](#)