

TRIBUNALE DI AGRIGENTO; decreto 15 maggio 2019, pres. est. PINTO; Procura della Repubblica presso il tribunale di Agrigento c. X , Y e altro

Stato civile - Minore – Atto di nascita italiano- Padre anagrafico - Compagna della madre - Rettificazione – Esclusione

(Cost. , art. 2, 3, 29, 30, 117; Cod. civ. art. 231, 243 bis, 250, 269; l. 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, art. 5; d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127, art. 95, 96; d.p.r. 2 maggio 1957, n. 432, Regolamento di attuazione della legge 31 ottobre 1955, n. 1064, recante disposizioni relative alle generalità in estratti, atti e documenti e modificazioni all'ordinamento dello stato civile, art. 2 , 3).

L'atto di nascita di una minore nata in Italia, a mezzo di procreazione medicalmente assistita eterologa praticata all'estero, con seme di donatore anonimo, e che indica come "padre" la compagna della madre biologica, quest'ultima indicata come "madre", non può essere rettificato, ai sensi dell'art. 95 d.p.r. n. 396\2000, sostituendosi le richiamate maternità e paternità con il generico riferimento al "genitore 1" e "genitore 2" , in quanto da un lato il rapporto genitoriale è imperniato sulla diversità di genere dei genitori, dall'altro gli atti di stato civile sono tipici, con contenuto normativamente vincolato, atteso infine che appare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale di tale assetto normativo, frutto di una ponderazione equilibrata di tutti gli interessi in gioco. (1)

Precedenti

p. 2

Corte Cost. 10 giugno 2014, n. 162, Foro It., 2014, I, 2324 (citata più volte)

p. 3

Cass. 8 maggio 2019, n. 12193, id., 2019, I, 1951 (citata più volte)

p. 5

30-09-2016, n. 19599, id., 2016, I, 3329 (citata più volte)

15-06-2017, n. 14878, id., 2017, I, 2280

11-11-2014, n. 24001, id., 2014, I, 3408

p. 6

Corte Cost. 11-06-2014, n. 170, id., 2014, I, 2674

20-12-1989, n. 559, id., 1990, I, 1465

07-04-1988, n. 404, id., 1988, I, 2515

15-04-2010, n. 138, id., 2010, I, 1361

I (1) Continua, incessante, l'attenzione della giurisprudenza di merito per le problematiche della omogenitorialità, più in generale per le nuove forme di genitorialità.

Cfr al riguardo le recenti Cass. 15 maggio 2019, n. 13000; 8 maggio 2019, n. 12193; Trib. Roma 8 maggio 2019; Trib. Como 18 aprile 2019; Trib. Venezia 3 aprile 2019, *Foro It.*, 2019, I, 1951 ss, con ampia nota di CASABURI; cfr anche le osservazioni a Cass. 12193\19 di DOGLIOTTI e FERNANDO, in *Famiglia e dir.*, 2019, 667 ss., e la nota che segue di MORACE PINELLI.

Il decreto in rassegna del Tribunale di Agrigento concerne una fattispecie di minore nato in Italia, ma da pratiche di pma all'estero, nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa di una coppia omosessuale femminile; una delle due è anche la madre biologica.

La compagna di quest'ultima, genitore sociale, è indicato nell'atto di nascita, formato in Italia, come "padre": non consta, in effetti , di precedenti. Da qui il ricorso per la rettifica, ex art. 96 d.p.d. 396\2000, del Procuratore della Repubblica, cui ovviamente le due donne hanno prestato adesione: si chiedeva, infatti, di sostituirsi all'indicazione della maternità e della paternità quelle, più generiche, di "genitore 1" e "genitore 2" (si noti che Cass. 13000\19 ha ampiamente ampliato le "maglie" del giudizio di rettificazione).

Il Tribunale ha avuto facile gioco nel rigettare il ricorso, atteso che la misura richiesta è almeno praeter legem , tenuto conto (quanto ai profili sostanziali) che plurime disposizioni normative sottendono la diversità di genere dei genitori e che (quanto ai profili anagrafici) gli atti di stato civile sono tipici, a contenuto vincolato (è richiamato anche il tuttora vigente d.p.r. 432\1957), e certo non è prevista la formazione di atti con le indicazioni richieste.

Né soccorre la giurisprudenza, anche di legittimità, favorevole al riconoscimento della doppia genitorialità omosessuale: i provvedimenti richiamati, infatti, concernono il riconoscimento di efficacia di atti di nascita formati all'estero, alla stregua di diverse discipline normative.

Il decreto in rassegna, del resto, richiama anche Cass. 12193\19 cit. che, sia pure con riferimento ad una fattispecie peculiare (la nascita da maternità surrogata e la doppia genitorialità omosessuale maschile), ha notevolmente ristretto l'ambito di riconoscimento delle nuove forme di genitorialità (ferma però per il genitore sociale di ricorrere all'adozione ex art. 44 l. 184\1983).

Il Tribunale, infine, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale di tale assetto normativo, avanzata del resto alla stregua di riferimenti estremamente generici.

Il rigetto del ricorso, comunque, paradossalmente conferma la validità ed efficacia di un atto di nascita che – circostanza davvero eccezionale – indica come “padre” di un bambino una persona di sesso (anche anagrafico) femminile.

LA FILIAZIONE DA P.M.A. E GLI SPINOSI PROBLEMI DELLA MATERNITA' SURROGATA E DELLA PROCREAZIONE POST MORTEM

Arnaldo Morace Pinelli

1.- La Corte di cassazione ridisegna la filiazione da procreazione medicalmente assistita, affermando in maniera chiara che la disciplina di attribuzione dello *status*, nella p.m.a., configura un sistema del tutto alternativo e speciale rispetto a quello codicistico ed individuando nel consenso prestato da coloro che ad essa si sottopongono il fattore determinante la genitorialità dei figli nati.¹ In effetti, la filiazione da p.m.a. – come si evince dal combinato disposto degli artt. 6, 8 e 9 l. 19 febbraio 2004 n. 40 -, omologa o eterologa che sia, dà luogo ad una peculiare filiazione giuridica, distinta da quella naturale, autonomamente disciplinata dalla legge speciale,² fondata sull'autodeterminazione e sulla responsabilità della coppia.³

Nel sistema della legge speciale, tale consenso è determinativo della maternità, della paternità e dello stato di figlio (art. 8) e l'aver fondato la filiazione da p.m.a. sul principio di autoresponsabilità e sul consenso della coppia che ad essa si sottopone spiega perché, in caso di fecondazione eterologa, è preclusa al coniuge o al convivente della partoriente, rispettivamente, l'azione di disconoscimento di paternità e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 9, comma 1) e perché, più in generale, lo stato di figlio si acquista *ex lege*, senza che la madre possa pretendere di restare anonima (art. 9, comma 2) e senza necessità di un atto di riconoscimento del nato, quando la coppia genitoriale non è unita in matrimonio (art. 8 detta).⁴

L'inapplicabilità delle regole codicistiche alla filiazione da p.m.a., fondata sul consenso della coppia, conferma le perplessità che all'epoca manifestammo sulla giurisprudenza del Tribunale di Roma sul caso dell'involontario scambio di embrioni, al momento dell'impianto, avvenuto nell'ospedale Sandro Pertini di Roma.

Fu deciso infatti, in quell'occasione, che, in caso di concorrente rivendicazione della genitorialità da parte della coppia genetica, che aveva fornito l'embrione, e di quella della partoriente, occorre attribuire prevalenza alla seconda, dovendosi ritenere madre colei che aveva portato avanti la gravidanza, sulla scorta dell'art. 269, comma 3, c.c., e padre il di lei marito, in virtù della presunzione espressa dall'art. 231 c.c.⁵

¹ Cass., sez. I, 15 maggio 2019 n. 13000, Foro It. 2019, I 1951, ma anche 8 maggio 2019, n. 12193, *ibid.*, I, 1951 laddove precisa che la disciplina della procreazione assistita ruota intorno al «*principio di autoresponsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica*».

² Che la genitorialità da p.m.a. sia specificamente regolata dalle norme della l. n. 40/2004 si evince già dalla giurisprudenza della Consulta, cfr Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 48, *id.*, 2005, I, 627, secondo cui la l. n. 40 del 2004 reca «*la completa ed esclusiva disciplina della procreazione medica assistita*».

In dottrina, cfr. CIRAULO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *Jus civile*, 2014, 488, ed il nostro *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 271 e ss.

³ Cfr. RESCIGNO, *Relazione di sintesi*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di FERRANDO, Padova, 1989, 199; RODOTA', *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale e nuove tecnologie riproduttive*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di FERRANDO, 138; M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. BIANCA, Padova, 2015, 18 e ss.

⁴ Cfr. RESCIGNO, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corr. giur.*, 2002, 983 e ss.; M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, cit., 18 e ss.

⁵ in ultimo cfr Trib. Roma 10 maggio 2016, *id.*, 2016, I, 2925, a quanto consta non appellata.

Si conferma, invece, la bontà dell'insegnamento di un illustre Maestro,⁶ che riteneva inapplicabile l'art. 269 c.c. al caso dello scambio degli embrioni, non essendo lecito desumere da tale norma, formulata in un'epoca in cui il concepimento non era dissociabile dal parto, il principio della prevalenza della gestazione sulla procreazione.

In effetti, le nuove tecnologie riproduttive impongono un mutamento delle categorie culturali e la caduta del divieto di fecondazione eterologa dimostra, in particolare, l'inesistenza di un diritto del figlio alla corrispondenza tra identità genetica e identità sociale (la divaricazione tra verità genetica e stato di filiazione costituisce la regola di una filiazione radicata sul consenso⁷) e l'evanescenza di una pretesa alla genitorialità fondata solo sulla discendenza biologica.⁸ La creazione dell'embrione fuori dal corpo della donna «*può eliminare il rapporto tra i soggetti che concorrono alla procreazione e addirittura il loro rapporto col nato*».⁹

Il nuovo orientamento della Corte di cassazione ripropone la spinosa questione della surrogazione di maternità, che notoriamente si fonda su un contratto con il quale una donna si presta a ricevere in gestazione il frutto del concepimento altrui, con l'obbligo di consegnare alla coppia committente il nato, contratto che, nel nostro ordinamento, è vietato e penalmente sanzionato (art. 12 n. 6, l. 40/2004).

Le principali ragioni del divieto sono individuate nella lesione della dignità della partoriente, il cui corpo è potenzialmente strumentalizzato, essendo essa obbligata a restare incinta e a cedere il neonato a terzi,¹⁰ quasi fosse un'incubatrice meccanica,¹¹ e nell'aggiramento della legge sull'adozione, unico istituto cui la legge affiderebbe «*la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico*».¹² Chi ritiene che il rapporto materno sia creato dalla gestazione, con conseguente applicabilità dell'art. 269 c.c. anche alla p.m.a., sostiene coerentemente che la sottrazione del figlio alla madre uterina sia anche lesiva dell'interesse del minore «*a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto*».¹³

Quest'ultimo argomento ostativo, peraltro, cade se si fonda la filiazione da p.m.a. sulla volontà della coppia che la richiede e si ritengono inapplicabili le regole codicistiche, *in primis* il discutibile principio che madre è colei che ha partorito.¹⁴

Vi è, inoltre, da dubitare che la surrogazione di maternità aggiri la legge sull'adozione.

Si tratta di due mondi diversi e non comparabili: la legge sull'adozione presuppone l'esistenza in vita di un minore in stato d'abbandono, di cui occorre tutelare il fondamentale diritto ad avere una famiglia, attraverso il rigoroso procedimento stabilito dalla legge. La p.m.a. realizza, invece, il progetto procreativo di una coppia favorendo una nascita ed una genitorialità talvolta disgiunta dal legame biologico, come accade nel caso di fecondazione assistita eterologa, ormai ammessa anche nel nostro ordinamento.

La ragione del divieto della surrogazione di maternità pare, dunque, doversi individuare, essenzialmente, nella lesione della dignità della partoriente (e della sua salute), che, tuttavia, non pare riscontrabile nell'ipotesi di surrogazione c.d. solidale, che si verifica quando una donna, con animo liberale (*rectius*: solidale), si fa impiantare l'embrione formato con l'ovulo di un'altra, con l'intento di favorirne e dividerne il

⁶OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in OPPO, *Scritti giuridici*, VII, *Vario diritto*, Padova, 2005, 52; Id., OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in OPPO, *Scritti giuridici*, cit., 73.

⁷ Cfr. M. BIANCA, *L'unicità dello stato di figlio*, cit., 20; Id., *Il diritto del minore ad avere due soli genitori Riflessioni a margine della decisione del tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni Il diritto del minore ad avere due soli genitori*, *Dir. fam.*, 2015, I, 200 e ss.

⁸ZATTI, *Il diritto della filiazione: dal dominio dei modelli al problema degli interessi*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di BELVEDERE-GRANELLI, Padova, 1996, 91.

⁹OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, cit., 66.

Osserva C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, 2.1, 2017, 445, che siffatto contratto è certamente invalido: «*del concepito non si può infatti disporre già per l'assorbente rilievo che qui l'atto dispositivo avrebbe ad oggetto il futuro stato familiare del nascituro*».

¹⁰RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, 480.

¹¹Così BUGGETTI, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*, in *Fam. e dir.*, 2014, 941.

ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 201, critica però l'argomento, ritenendo che esso «*attribuisce un ruolo determinante ad un aspetto materialistico – l'analogia tra corpo della surrogata e macchina incubatrice – del tutto, e artificialmente, separato dai contenuti emotivi e dai valori per i quali si presta*».

¹²Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, *Foro it.*, 2014, I, 3408.

¹³C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, cit., 445.

¹⁴Per il ridimensionamento del principio di cui all'art. 269, comma 3, c.c., alla luce dell'evoluzione scientifica che ha reso possibile scindere la figura della donna che ha partorito da quella che ha trasmesso il patrimonio genetico grazie alle tecniche di p.m.a., cfr. Cass., 21 giugno 2016, n. 19599, *Foro it.*, 2016, I, 3329 ed il nostro *Il diritto di conoscere le proprie origini*, cit., 266 e ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

Già OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., 52, riteneva l'art. 269 c.c. inapplicabile, in caso di maternità surrogata.

progetto procreativo.¹⁵ Tant'è che l'unica pronuncia di legittimità che sino ad oggi aveva affrontato la questione della maternità surrogata, mentre aveva ritenuto certamente contraria all'ordine pubblico la maternità surrogata eterologa, caratterizzata dal fatto che i gameti dell'embrione impiantato nella madre uterina sono estranei alla coppia committente, aveva lasciato volutamente aperta la possibilità di una diversa soluzione con riguardo all'ipotesi in cui l'embrione sia formato con il patrimonio genetico dei committenti e, più in generale, di surrogazione c.d. solidale.¹⁶

Se la filiazione da p.m.a. configura un sistema alternativo e speciale rispetto a quello codicistico e la genitorialità, in tali casi, si fonda sul consenso prestato dalla coppia alla procreazione, è legittima la domanda se il problema della maternità surrogata, entro ragionevoli limiti, non debba essere rimeditato. Specie se si ritiene, come ha fatto la prima sezione civile della Corte di cassazione, che la violazione delle norme della l. n. 40/2004 - e dunque l'illiceità, in Italia, della peculiare tecnica di p.m.a. cui abbia fatto ricorso la coppia all'estero - non possa «riflettersi, in negativo, sul nato e sull'intero complesso dei diritti a lui riconoscibili», imponendosi, nel suo preminente interesse e nel rispetto della sua dignità, «l'applicazione di tutte le disposizioni che riguardano lo stato del figlio venuto al mondo all'esito di tale percorso».¹⁷

Già un illustre Maestro ammoniva, infatti, che il nato non ha colpa della violazione del divieto ed è «bisognoso di tutela come ogni altro e più di ogni altro», lamentando il fatto che il legislatore si sia limitato, in questa materia, a vietare e sanzionare, mentre «avrebbe dovuto... regolare la sorte del nato malgrado il divieto».¹⁸

Dalla parte del minore si colloca certamente la giurisprudenza della Corte Edu, la quale, pur attribuendo agli Stati un ampio margine di apprezzamento nelle scelte legate alla surrogazione di maternità, in un primo momento ha affermato che siffatta discrezionalità non può spingersi sino a negare valenza giuridica al legame di filiazione tra il nato e il committente, quando questi sia anche il padre biologico (surrogazione parzialmente omologa) implicante anche il riconoscimento legale delle persone responsabili della sua crescita, nonché la possibilità di vivere e svilupparsi in un ambiente stabile.

Del pari, deve essere preservato anche il rapporto di filiazione con la madre intenzionale, o attraverso la trascrizione o attraverso la trascrizione dell'atto di nascita nei registri dello Stato, ovvero con altri mezzi, che producano, in tempi celeri, effetti analoghi, tra cui l'adozione da parte della madre intenzionale. E ciò - è importante rilevarlo - indipendentemente dal fatto che quest'ultima abbia contribuito o meno a fornire il patrimonio genetico del nato,¹⁹ a riprova del fondamento volontaristico della filiazione da p.m.a.

2.- La recente pronuncia delle sezioni unite sulla maternità surrogata si fa apprezzare per avere ricercato una soluzione, allo stato della legislazione, che contemperasse l'obiettivo absolutezza del divieto, espresso dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004,²⁰ con l'esigenza di tutela del minore, nato attraverso il ricorso a tale pratica di p.m.a. Essa proviene da lontano, collocandosi a valle delle decisioni che hanno ammesso la filiazione nelle coppie dello stesso sesso, ed imbrigliata nel loro *iter* logico, con il quale principalmente si confronta.

Notoriamente, la legge 20 maggio 2016 n. 76 non contempla la possibilità di un rapporto di filiazione all'interno dell'unione civile. Per tale motivo, in caso di scioglimento dell'unione, nessuna disposizione è dettata con riguardo ai figli (art. 1, comma 25) e si esclude l'applicazione della disciplina dell'adozione (art. 1, comma 20).

¹⁵ Cfr. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., 201.

Secondo M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, 2019, 375 e ss., la surrogazione di maternità è inammissibile a prescindere dalla natura onerosa o gratuita del contratto e dal consenso prestato dalla gestante, «stante l'indisponibilità del principio di dignità umana», leso da tale pratica di p.m.a., e soprattutto in virtù dell'indisponibilità dello *status* di madre, che viene rinunciato dalla gestante. Tale autorevole opinione muove, peraltro, dal presupposto che, in caso di conflitto, ai fini dell'accertamento della maternità, la gestazione prevalga sulla procreazione, mentre non si configura alcuna commercializzazione di *status* se si fonda la genitorialità da p.m.a. sul consenso della coppia che ad essa accede, attribuendo prevalenza alla procreazione, come ci pare debba desumersi dallo stato del nostro ordinamento. Né ci pare possibile valutare la dignità della donna prescindendo dai valori che la sua condotta intende esprimere, attribuendo rilievo al solo aspetto materialistico. Così ragionando, anche la donazione di organi, ammessa nei limiti della legge, potrebbe risultare lesiva della dignità umana.

¹⁶ Cfr. Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, cit.

¹⁷ Cfr. Cass. 13000\19 cit. e già Cass. 19599\16 cit.

¹⁸ OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, 49 e ss.

¹⁹ Corte eur. diritti dell'uomo, Parere 10 aprile 2019 (P16-2018-001), *Foro it.*, 2019, IV, 277. Il Parere non riguarda, espressamente, la fattispecie in cui la madre uterina abbia fornito l'ovulo.

²⁰ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, *id.*, 2018, I, 21.

E' altrettanto noto che lo stralcio della norma sulla filiazione, inizialmente contemplata, ha costituito il prezzo per l'approvazione della legge²¹ ed è stato operato nella fondata speranza che il problema sarebbe stato risolto dalla giurisprudenza di legittimità, sdoganando definitivamente l'adozione particolare del figlio del *partner* della coppia omogenitoriale (anche omosessuale), sulla scorta dell'art. 44, comma 1, lett. "d", l. n. 184/1983 (la c.d. *stepchild adoption*), già ammessa da talune pronunce di merito,²² ricomprendendo nella nozione di «*constatata impossibilità di affidamento preadottivo*», che quest'ultima disposizione indica quale presupposto per procedersi all'adozione particolare, anche «*l'impossibilità giuridica*» dell'affidamento preadottivo, sempre ricorrente allorché una persona chieda di adottare il figlio del proprio *partner*, atteso che il minore non si trova in stato d'abbandono, avendo comunque un genitore che provvede alle sue esigenze morali e materiali.

La Corte di cassazione, in una prima pronuncia,²³ nonostante il carattere derogatorio e di stretta interpretazione dell'art. 44, lett. "d", l. 184/83, ha confermato la possibilità della *stepchild adoption* all'interno delle coppie omosessuali, trasformando, con una notevole forzatura ermeneutica, l'istituto dell'adozione particolare da criterio residuale a strumento generale, mediante il quale riconoscere alle coppie dello stesso sesso un rapporto di filiazione giuridica.

Non erano state, però, ben ponderate le ulteriori evoluzioni interpretative che sarebbero scaturite dall'auspicata apertura giurisprudenziale, puntualmente manifestatesi in tempi serrati. In effetti, sul problema della filiazione per le coppie dello stesso sesso aleggia la questione della legittimità della surrogazione di maternità: nella coppia omosessuale maschile, in particolare, il figlio non può nascere a seguito di una fecondazione eterologa. Cass. 12962/16, per esorcizzare l'apertura alla surrogazione di maternità, che inevitabilmente implica il generalizzato riconoscimento della *stepchild adoption* all'interno delle coppie dello stesso sesso, si è premurata, *in limine*, di precisare che la fattispecie esaminata «*non è riconducibile ad alcuna delle forme di cosiddetta "surrogazione di maternità" realizzate mediante l'affidamento della gestazione a terzi*».

Questa fragile limitazione, nella sostanza, è stata spazzata via da una successiva decisione della Corte di Cassazione.²⁴ Cavalcando le apparenti aperture rinvenibili in Corte Cost. 162/2014 cit.,²⁵ tale sentenza giunge a configurare un vero e proprio diritto soggettivo ad avere figli, fondato «*sulla fondamentale e generale libertà delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia*», riconoscibile anche agli appartenenti alle coppie dello stesso sesso, onde evitare illegittime discriminazioni. Individua, poi, un diritto fondamentale del minore alla conservazione dello *status filiationis*, comunque acquisito anche all'estero, identificando nella sua tutela la realizzazione del superiore interesse del minore. In tale prospettiva, «*la violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 - imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia - non possono ricadere su chi è nato*» ed il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile in Italia di un atto che riconosce lo *status filiationis*, validamente formato all'estero, «*non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi*» di una pratica di p.m.a. sul proprio territorio.

Tale pronuncia accede, infatti, ad una nozione estremamente ristretta di ordine pubblico, limitandolo ai principi supremi condivisi dalla comunità internazionale ed alla tutela dei diritti fondamentali, vincolanti anche per il nostro legislatore, escludendo, al contempo, che la legge n. 40 del 2004 «*contenga principi fondamentali e costituzionalmente obbligati*».

Anche la fattispecie esaminata da Cass. 19599/16 non era riconducibile ad un'ipotesi di maternità surrogata, ma seguendone l'*iter* logico, con il pretesto della realizzazione del preminente interesse del minore, identificato nella conservazione dello *status filiationis*, si finisce inevitabilmente per legittimare la pratica della surrogazione di maternità, conseguendo il risultato di fornire piena attuazione all'asserito (ma inesistente²⁶) diritto ad avere figli, riconosciuto anche alla coppia omosessuale.

²¹ Cfr. il nostro *Il problema della filiazione*, in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di C.M. BIANCA, cit., 303 e ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

²² App. Roma, 23 dicembre 2015, *Foro it.*, 2016, I, 699.

²³ Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, *ibid.*, I, 2342.

²⁴ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

²⁵ In realtà la pronuncia di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa ruota intorno alla tutela della salute psico-fisica della coppia infertile che chiede di accedere alla P.M.A., la quale costituisce un trattamento medico. Lo stretto collegamento con la tutela della salute della coppia infertile evidenzia come la Corte costituzionale abbia, in realtà, tutelato la libertà di potere fare figli e non già un inesistente diritto soggettivo alla filiazione.

²⁶ Cfr. il nostro *Il problema della filiazione*, cit., 303 e ss.

Corte Edu, Grande Camera, 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli c./ Italia, *Foro it.*, 2017, IV, 105, afferma con cristallina chiarezza che la CEDU «*non sancisce alcun diritto di diventare genitore*» (§ 215).

In tale prevedibile direzione si è, infatti, immediatamente indirizzata la successiva giurisprudenza di merito, facendo applicazione dei generali principi enunciati da Cass. 19599\16 all'ipotesi della maternità surrogata. In particolare, una pronuncia della Corte di appello di Trento,²⁷ per tutelare il diritto del minore a conservare lo *status* di figlio di una coppia di uomini che aveva fatto ricorso alla surrogazione di maternità all'estero, ha affermato, in via generale, che «*la disciplina positiva della procreazione medicalmente assistita*» non deve essere considerata «*espressione di principi costituzionalmente obbligati*» e, dunque, d'ordine pubblico internazionale, cosicché il fatto che il legislatore nazionale vieti il verificarsi di una simile pratica fecondativa nel territorio italiano non osterebbe al riconoscimento nello Stato del provvedimento straniero che dichiara la duplice paternità.

La prima sezione civile della Corte di cassazione, investita del ricorso avverso quest'ultima sentenza, ha molto opportunamente rimesso la questione alle sezioni unite,²⁸ rilevando, in particolare, che la nozione di ordine pubblico, assai circoscritta, richiamata da Cass. 19566\16 e alla base del sostanziale riconoscimento della maternità surrogata praticata all'estero, contrasta con quella più ampia fatta propria dalle sezioni unite nella nota pronuncia sui danni punitivi.²⁹

3.- Le sezioni unite hanno ribadito il proprio più recente orientamento, ritenendo che la nozione di ordine pubblico debba essere valutata non solo alla stregua dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, «*ma anche nel modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma al diritto vivente*». Rientrando la legge n. 40/2004 tra quelle attuative della Costituzione, in quanto operante un bilanciamento degli interessi, costituzionalmente rilevanti, coinvolti nella p.m.a.,³⁰ il divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma sesto, di tale testo normativo, secondo le sezioni unite, costituisce un principio di ordine pubblico, posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto, «*perché soltanto a tale istituto, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato*».

Anche in un'ottica pubblicistica, in caso di surrogazione di maternità, torna, dunque, ad operare il *favor veritatis*, ma l'interesse del minore - secondo il giudice di legittimità - non è cancellato e, nei limiti consentiti da tale verità, è tutelato attraverso la possibilità della *stepchild adoption*, da parte del genitore sociale, con cui si salvaguarda «*la continuità della relazione affettiva ed educativa*» eventualmente instauratasi tra il minore e tale soggetto.³¹

Tale pronuncia afferma, dunque, il divieto assoluto della maternità surrogata, non attribuendo alcuna rilevanza alla natura, onerosa o gratuita, nel caso concreto, del contratto. Tuttavia, entro i limiti della legge vigente, si premura di operare un equo bilanciamento tra l'interesse pubblico all'effettività del divieto della surrogazione di maternità e quello del minore alla conservazione delle relazioni affettive fondamentali. In tale prospettiva, da un canto, ribadisce la possibilità di costituire un rapporto di filiazione giuridica nelle coppie omosessuali, attraverso la *stepchild adoption*; dall'altro, pur negando al minore il diritto di conservare lo *status filiationis*, illecitamente acquisito all'estero, giudicato cedevole in caso di surrogazione di maternità, fonda il rapporto di filiazione giuridica sul suo diritto a mantenere le relazioni affettive fondamentali.

4.- Il lodevole sforzo compiuto dalle sezioni unite non elimina però le zone d'ombra, presenti in tale delicata materia. Innanzitutto è lecita la domanda, autorevolmente posta, se non sia ipocrita «*vietare la maternità surrogata nel proprio paese per proteggerne le donne, ma permettere il ricorso a questo tipo di operazioni all'estero*». ³²La possibilità della *stepchild adoption*, per sanare giuridicamente le conseguenze di una maternità surrogata attuata all'estero, di fatto elude il divieto posto dall'art. 12 l. n. 40/2004 e non disincentiva il ricorso a tale pratica procreativa. Specie se l'adozione particolare venisse disposta automaticamente, per il solo fatto della convivenza con il figlio del *partner*, quando il nato sia in tenera età e, dunque, in un momento della sua vita in cui non è seriamente configurabile quella relazione affettiva fondamentale, che si intende tutelare.³³

²⁷ App. Trento 23 febbraio 2017, *id.*, 2017, I, 1034.

²⁸ Cass. 22 febbraio 2018, n. 4382, *id.*, 2018, I, 782.

²⁹ Cass., 5 luglio 2017, n. 16601, *id.*, 2017, I, 2613.

³⁰ Cfr. sopra la nota 2.

³¹ Così già Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

³² Cfr. il monito del giudice russo Dedov, richiamato nelle osservazioni a Corte eur. diritti dell'uomo 24 gennaio 2017 cit.

³³ Cfr., sul punto Corte Edu, Grande Camera, 24 gennaio 2017, cit.

Vi è inoltre da considerare che la soluzione salomonica delle Sezioni Unite, oltre a non scongiurare il ricorso all'estero alla maternità surrogata, crea in Italia una filiazione di "serie b". Basti pensare che l'adozione particolare non istituisce un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante né tra l'adottante e la famiglia dell'adottato. Quest'ultimo continua ad appartenere alla famiglia d'origine, conservando diritti ed obblighi (art. 300 c.c. e 55 l. adoz.). Tuttavia, in caso di nascita da maternità surrogata, non esiste alcuna famiglia d'origine che giustifichi la superiore limitazione, nell'interesse del minore adottato.

Inoltre, nelle more della pronuncia di adozione, il minore rimane sprovvisto di tutela giuridica. L'adozione particolare non costituisce, dunque, uno strumento giuridico efficiente.

Da un punto di vista sistematico, poi, appare contraddittorio, da un canto, l'aver fondato la filiazione da p.m.a. sul consenso della coppia che ad essa si sottopone e, dall'altro, ritenere che, in caso di maternità surrogata, madre sia colei che partorisce. Più in profondità, il principio di prevalenza della madre uterina, proclamato, in siffatta ipotesi, in nome di un asserito interesse pubblico alla verità, rischia di essere, in realtà, «una misura di dissuasione alla surrogazione», ossia una sanzione civile per arginarla.³⁴ Ma può ragionevolmente ritenersi che la scelta della madre che verrà data al minore possa rivestire carattere sanzionatorio, se «*principio immanente nell'architettura del sistema attuale della filiazione*» è la tutela del suo prevalente interesse?³⁵

Soprattutto vi è da chiedersi se, in caso di violazione del divieto posto dall'art. 12 l. n. 40/2004, dovendosi ritenere valor acquisito che la genitorialità, al di là della biologia, è soprattutto una funzione mentale e affettiva legata alla capacità di fornire cura e amore, sia ragionevole e confacente all'interesse del minore attribuirlo ad una donna che in realtà non ha alcuna volontà di maternità, destinata ad eclissarsi subito dopo la nascita, la quale si è limitata a favorire un progetto procreativo di altri. Perlomeno nel caso (che costituisce la regola) in cui non sussista alcun legame biologico tra la gestante e il nato.

5.- E' indubitabile che, nonostante lo sforzo ermeneutico compiuto dalla Corte di cassazione, in questa delicata materia debba intervenire il legislatore.

A nostro avviso favorendo, innanzitutto, la costituzione di rapporti di filiazione giuridica tra persone esistenti, anziché il ricorso alle tecniche di p.m.a., con una profonda revisione della legge sulle adozioni.

Essendo incontestabile l'idoneità genitoriale delle coppie omosessuali³⁶ ed in considerazione dei sempre maggiori riconoscimenti delle convivenze, in un'epoca in cui il matrimonio non costituisce garanzia di stabilità affettiva, ci pare che il legislatore debba prendere seriamente in considerazione la possibilità di ammettere i conviventi, anche dello stesso sesso (ed, a ben vedere, anche la persona singola³⁷) all'adozione piena. Se – come ci sembra innegabile – l'adozione ha una chiara matrice solidaristica³⁸ ed accedendo ad essa si adempie anche un «*dovere di solidarietà verso i minori in stato di abbandono*»,³⁹ è certamente auspicabile un'apertura dell'adozione nazionale e – in questo peculiare momento storico – di quella internazionale anche alle coppie conviventi, comprese quelle dello stesso sesso, ed alle persone singole, previa individuazione di ragionevoli requisiti e presupposti d'accesso ai due istituti. Anche la *stepchild adoption* andrebbe introdotta, ma con una disciplina *ad hoc*, che l'avvicini, negli effetti, all'adozione piena, tenendo presente, nell'interesse del minore, la peculiarità della fattispecie, ossia che, in caso di filiazione da p.m.a., non esiste una famiglia d'origine con la quale è opportuno che questi conservi un legame.

Con riguardo alla maternità surrogata, poi, che riguarda soprattutto le coppie eterologhe, certamente non basta vietarla, dovendosi perlomeno disciplinare le conseguenze giuridiche che discendono dalla violazione del divieto, posizionandosi sempre dalla parte del minore, «*nato incolpevole e bisognoso di tutela come ogni altro e più di ogni altro*».⁴⁰ La possibilità dell'adozione particolare, ammessa dalle sezioni unite, per quanto detto, costituisce un rimedio insufficiente.

³⁴ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., 197.

Cfr. RENDA, *La surrogazione di maternità*, cit., 482.

³⁵ Così, M. BIANCA, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori*, cit., 194.

³⁶ Cfr., da ultimo, proprio Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

³⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, 2.1, Milano, 2017, 456 e ss.; MORACE PINELLI, *Per una riforma dell'adozione*, cit., 726 e ss.

³⁸ TOMMASINI, *Note introduttive agli artt. 44-55*, in *Commentario al diritto it. della famiglia*, dir. da CIAN, OPPO e TRABUCCHI, Padova, VI, 2, 1993, 458, il quale sottolinea come l'adozione si ispiri al criterio base «*della solidarietà sociale e della necessaria garanzia a tutti i soggetti di una crescita armoniosa ed equilibrata che soltanto la comunità familiare può realizzare pienamente*».

³⁹ Così Cass., S.U., ord., 16 febbraio 1995, n. 78, *Foro it.*, Rep. 1995, *Adozione*, n. 84.

⁴⁰ OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., 53.

6.- Cass. 15 maggio 2019, n. 13000⁴¹ ha esaminato un caso di p.m.a. *post mortem*, ritenendo che il nato da fecondazione assistita omologa, eseguita dopo la morte del coniuge che aveva fornito i gameti, allo scopo crioconservati, sia figlio di quest'ultimo, applicandosi l'art. 8 l. 40/2004.⁴²

Tale norma – lo abbiamo già rilevato – esprime infatti «l'assoluta centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati a seguito delle tecniche di p.m.a.». Nella specie, quando ancora era in vita, il marito aveva espressamente autorizzato la moglie ad effettuare la p.m.a. dopo la sua morte.

In via generale, benché la richiesta di procreazione *post mortem* possa non essere capricciosa,⁴³ tale tecnica di p.m.a., ideologicamente radicata sull'esaltazione dell'autodeterminazione della donna,⁴⁴ appare lesiva dei diritti del nascituro, il cui interesse non può essere ridotto al venire comunque ad esistenza, come pretende la pronuncia della prima sezione civile.

La vita che nasce artificialmente, senza un genitore, lede il fondamentale diritto alla bigenitorialità di cui il minore è portatore. Tanto più ove si consideri che il gamete crioconservato, singolarmente considerato, a differenza dell'embrione, non contiene un principio di vita e, dunque, non la reclama. Di qui le nostre perplessità sull'orientamento di merito che ritiene conseguibile dalla vedova la consegna del seme crioconservato del marito prememorto.⁴⁵

Venendo al merito della questione, non vi è dubbio – lo abbiamo già rilevato – che la filiazione da p.m.a. si fonda sull'autodeterminazione e sulla responsabilità della coppia che decide di ricorrere alla fecondazione assistita ed, in particolare, sul consenso che ad essa presta. Tuttavia il momento fondamentale, in cui la coppia assume definitivamente la propria autoresponsabilità, è quello della fecondazione dell'ovulo, ossia quando l'embrione viene ad esistenza ed inizia il processo vitale. Sino a tale momento, infatti, il consenso può essere revocato (art. 6, comma 3, l. n. 40/2004) e, dopo di esso, non esiste più una volontà giuridicamente rilevante della coppia, indicata dall'art. 8 quale criterio per l'attribuzione dello stato di filiazione. Tant'è che la donna può pretendere l'impianto dell'embrione anche contro la volontà del coniuge o del convivente consenziente alla fecondazione⁴⁶ e l'eventuale decesso dell'uomo, in epoca anteriore all'impianto, è irrilevante, essendo certamente possibile l'impianto *post mortem*.⁴⁷

Non è questa la sede per addentrarsi nell'ardua questione se l'embrione umano sia persona, soggetto di diritto o nulla di tutto ciò. E' certo, tuttavia, che, anche prima dell'impianto, ne viene riconosciuta la dignità e, per questo motivo, esso è fatto oggetto di precise tutele (artt. 13 e 14 l. n. 40/2004).⁴⁸ Soltanto la necessità di salvaguardare il prevalente diritto alla salute della donna consente a quest'ultima (e solo a quest'ultima) di interrompere la p.m.a., dopo la fecondazione dell'ovulo, rifiutando l'impianto⁴⁹ (l'embrione non può però essere soppresso: art. 13 l. n. 40/2004), ovvero, ove questo sia avvenuto, mediante il ricorso all'aborto.

⁴¹ Foro It., 2019, I, 1951.

⁴² In tal senso, cfr. anche OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., 52 e ss.

⁴³ RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma – Bari, 1992, 230, il quale osserva che il problema della procreazione *post mortem* non nasce «dal capriccio di una vedova. Furono per primi i giovani americani mandati a combattere in Vietnam, imitati poi da quelli inviati nel Golfo, a depositare il loro seme perché la morte in guerra non li privasse della speranza di continuarsi in un figlio».

⁴⁴ RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., 232 e ss.

⁴⁵ Cfr., da ultimo, Trib. Roma, 8 maggio 2019, *Foro it.*, 2019

⁴⁶ Osserva OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, cit., 71, che la libertà di procreare dell'uomo «si è esercitata ed esaurita con la fecondazione anche secondo la legge n. 40 che ammette la libertà di ripensamento solo fino alla fecondazione medesima». Conf. M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti*, cit., 1409.

⁴⁷ La dottrina e la giurisprudenza pacificamente ammettono l'impianto dell'embrione dopo la morte dell'uomo e ritengono che il nato acquisti lo stato di figlio legittimo o riconosciuto, a seconda che la coppia sia unita o meno da matrimonio. Cfr., in particolare, OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., 53; SESTA, *Dalla libertà ai divieti*, cit., 1409. In giurisprudenza, cfr. Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, *Foro it.*, 2015, I, 1101, con nota di CASABURI; Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, *Foro it.*, 1999, I, 1654, con nota di NIVARRA, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo sul metodo)*.

⁴⁸ Cfr., in tal senso, SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza di merito e prassi medica*, in *Fam. e dir.*, 2010, 840; OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, cit., 70; F.D. BUSNELLI, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2003, 275 e ss.; ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., 200.

Cfr. pure Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, *Foro it.*, 2009, I, 2301.

⁴⁹ Cfr. Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, cit. e, in termini generali, Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, *Foro it.*, 1975, I, 515, secondo la quale «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare».

L'art. 6 (intitolato «*Consenso informato*») impone una dettagliata informativa da parte del medico, «*prima del ricorso e in ogni fase di applicazione della tecnica di p.m.a.*», propedeutica al formarsi «*di una volontà consapevole e consapevolmente espressa*» (comma 1). D'altro canto, tale norma richiede la formalizzazione della sola «*volontà di accedere alle tecniche di p.m.a.*»,⁵⁰ precisando che la stessa è revocabile da ciascuno dei membri della coppia sino al momento centrale della fecondazione dell'ovulo, in cui l'embrione viene ad esistenza ed inizia la vita umana. Costituendo questo il momento in cui l'assunzione dell'autoresponsabilità diviene definitiva e dovendo l'informativa del medico, condizionante la validità del consenso espresso dalla coppia, riguardare «*ogni fase di applicazione della tecnica di p.m.a.*» e, dunque, anche quella della fecondazione dell'ovulo, sarebbe ragionevole pretendere che, ai fini dell'acquisto dello *status filiationis*, sino a tale momento, entrambi i membri della coppia siano in vita,⁵¹ dando contenuto alla generica formula dell'art. 5.

Tuttavia, l'art. 8 ricollega l'acquisto dello *status filiationis* alla mera volontà, «*espressa*» dalla coppia, di «*ricorrere*» alle tecniche di p.m.a. «*ai sensi dell'art. 6*», che è, appunto, l'iniziale volontà «*di accedere*» alla p.m.a. (art. 6, comma 3). In base alla lettera della norma – come ritenuto dalla prima sezione civile – la morte del marito o del convivente, sopravvenuta alla manifestazione di una siffatta volontà, appare irrilevante. Siffatta interpretazione testuale è quella che tutela meglio l'interesse del nato.⁵² La legittimità del dubbio, tuttavia, si arguisce dal particolare rilievo che la Corte di cassazione ha ritenuto di dover attribuire, nel caso di specie, alla speciale autorizzazione, prestata in vita dal marito, all'utilizzo del suo seme crioconservato in epoca successiva alla propria morte.

⁵⁰ L'art. 1 del D.M. 28 dicembre 2016 n. 265 (*Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di p.m.a., in attuazione dell'art. 6, comma 3, l. n. 40/2004*) stabilisce che taluni degli elementi informativi «*sono forniti in ogni fase di applicazione delle tecniche di p.m.a.*», ma «*senza necessità di integrare il consenso già acquisito*».

⁵¹ Osserva CIRAOLO, *Brevi note*, cit., 488, che «*Lo status del figlio è... sempre definito, sia nel caso di omologa che di eterologa, al momento della fecondazione dell'ovulo – seguita da impianto dell'embrione, gravidanza e nascita di un bambino – siccome liberalmente e irrevocabilmente consentita*».

⁵² Per tale motivo la caldeggia OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, cit., 53: «*Se l'origine del nato non è messa in forse, il suo stato non può essere pregiudicato dall'inosservanza del limite*».