



**Elisabetta Frontoni\***

**L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati  
attraverso la maternità surrogata\*\***

SOMMARIO: 1. Il diritto vivente e lo *status* del minore nato grazie alla maternità surrogata. – 2. La sentenza n. 272 del 2017 e il principio di diritto formulato dalla Cassazione a sezioni nella sentenza n. 12193 del 2019. – 3. Il mutamento del contesto sovranazionale: dal parere sul caso *Mennesson* alla pronuncia della Corte europea D. contro Francia del 2020. – 4. La Corte e la necessità di un indifferibile intervento del legislatore per porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore.

**1. Il diritto vivente e lo status del minore nato grazie alla maternità surrogata.**

Con la sentenza n. 33 del 2021, la Corte costituzionale torna a occuparsi della questione della cd. surrogazione di maternità, o, come forse sarebbe preferibile chiamarla, della gestazione per altri<sup>1</sup>, dopo quattro anni dalla importante sentenza n. 272 del 2017<sup>2</sup>.

In quella occasione, a dire il vero, il giudice costituzionale non si era pronunciato su quanto disposto dalla legge n. 40 del 2004 che, come è noto, prevede, all'articolo 12, un divieto di ricorrere a tale pratica e una sanzione penale per coloro che «in qualsiasi forma, realizzino, organizzino o pubblicizzino la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità».

Con la decisione in commento, invece, la Corte è chiamata a giudicare della legittimità costituzionale di tale articolo, dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218

---

\* Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi «Roma Tre».

\*\* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

<sup>1</sup> Nelle due formule, già emerge in modo evidente la complessità del fenomeno reso possibile dal progresso scientifico e tecnologico. Gestazione per altri vuol dire, senza contenere un'accezione negativa, portare avanti per altri una gravidanza. Sulla questione vedi le contrapposte posizioni espresse in due volumi S. NICCOLAI-E. OLIVITO (a cura di), *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017 e M. CAIELLI-B. PEZZINI-A-SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019.

<sup>2</sup> Su questa decisione cfr. i commenti di S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018; G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *Forum quaderni costituzionali*, 9.3.2018; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in *Forum quaderni costituzionali*, 15.2.2018; A. SCHILLACI, *La Corte costituzionale e la conservazione dello status filiationis acquisito all'estero: (molte) luci e (poche) ombre, tra verità biologica e interesse del minore*, in *Diritti fondamentali*, 18 gennaio 2018.

(Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) e dell'art. 18 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile), nella parte in cui tali disposizioni «non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d'intenzione non biologico»<sup>3</sup>.

In particolare, secondo la prima sezione civile della Corte di Cassazione, tali previsioni si porrebbero in contrasto con gli articoli 2, 3, 30, 31, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e agli articoli 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, nonché all' art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tali disposizioni sarebbero violate sotto una molteplicità di profili: lesione del diritto all'identità personale del minore, da cui discende il suo diritto a rimanere nel proprio nucleo familiare; disparità di trattamento tra i minori nati attraverso la surrogazione di maternità e gli altri minori; irragionevolezza della previsione che consente di riconoscere il rapporto di genitorialità in capo al genitore biologico e non a quello “d'intenzione”.

Le violazioni sarebbero evidenti alla luce del recente parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019 e di successive pronunce, cosicché sarebbe integrata anche la violazione indiretta dell'art. 117, comma primo, Cost., in relazione all'articolo 8 della Cedu. La Corte europea, infatti, sottolinea che nell'interesse dei minori nati attraverso la surrogazione, gli Stati devono riconoscere il legame di filiazione, potendo anche non trascrivere l'atto di nascita, ricorrendo, invece all'adozione, a condizione però che le modalità di tale adozione garantiscano l'effettività e la celerità della procedura. Secondo il giudice rimettente, al contrario, l'attuale diritto vivente in Italia, affermato dalle Sezioni Unite civili nel 2019, che prevede che si faccia ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari per riconoscere il legame con il genitore “d'intenzione”, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983 n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), non creerebbe un vero rapporto di filiazione.

Come efficacemente sintetizzato dallo stesso giudice costituzionale «in sostanza, le questioni di legittimità che [...] la 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»<sup>4</sup>.

Si tratta di una questione particolarmente delicata e complessa perché incide sulla relazione tra i bambini nati grazie a tale tecnica e il cosiddetto “genitore d'intenzione”, ovvero colui o colei che partecipa al processo procreativo esclusivamente attraverso un atto di volontà, l'intenzione, appunto, di formare una famiglia.

La Corte risolve la questione con una sentenza di inammissibilità, che tuttavia può essere letta come una pronuncia di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, in quanto la motivazione si chiude con un monito al legislatore affinché intervenga al più presto «nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»<sup>5</sup>. Ed è proprio questo profilo della decisione che merita di essere segnalato, perché testimonia un significativo cambio di passo della giurisprudenza costituzionale su un tema riguardo al quale il giudice costituzionale sembra compiere un vero “balzo in avanti” rispetto al precedente del 2017.

<sup>3</sup> L'art. 64, comma 1, lettera g), della legge n. 218 del 1995 vieta il riconoscimento di sentenze straniere allorché producano effetti contrari all'ordine pubblico e l'art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000 vieta la trascrizione nei registri dello stato civile italiani di atti formati all'estero contrari all'ordine pubblico.

<sup>4</sup> Così Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 2 del *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto.

<sup>5</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.9 del *Considerato in diritto*.

## 2. La sentenza n. 272 del 2017 e il principio di diritto formulato nella sentenza n. 12193 del 2019.

Nella pronuncia del 2017, la Corte aveva affrontato la questione della maternità surrogata, attraverso la vicenda di una coppia di genitori eterosessuali che si erano visti impugnare, *ex* articolo 263 del codice civile, il riconoscimento non veritiero del figlio nato all'estero, facendo ricorso a tale pratica.

Nel giudizio di appello, la Corte di Appello di Milano aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 263 del codice civile per contrasto con i principi di cui agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost., «poiché, nel giudizio di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale, *esso* non consentirebbe di tenere conto, in concreto, dell'interesse del minore “a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita”»<sup>6</sup>. Secondo il giudice rimettente, al contrario, l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore, per difetto di veridicità, avrebbe dovuto essere accolta solo nel caso in cui rispondesse a tale interesse.

La Corte risolve la questione con una sentenza interpretativa con la quale, pur rigettando la questione, sottolinea, tuttavia, come spetti al giudice «un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore»<sup>7</sup>. In questa valutazione, egli dovrà tener conto di diverse variabili, quali la durata del rapporto istauratosi, ma anche le modalità del concepimento.

In tale prospettiva, il giudice costituzionale osserva che, nonostante il nostro ordinamento riconnetta alla pratica della maternità surrogata un «elevato grado di disvalore»<sup>8</sup> l'interesse del minore può, e deve, essere garantito facendo ricorso a istituti quali l'adozione in casi particolari, appositamente pensati dall'ordinamento per dare veste giuridica a legami che possono essersi istaurati in via di fatto<sup>9</sup>.

La Corte coglie l'occasione per ribadire la sua posizione nella successiva sentenza n. 221 del 2019, nella quale si occupa della diversa questione dell'accesso di una coppia formata da due donne alla fecondazione eterologa. A prescindere dalle conclusioni di infondatezza e dai rilievi sulla famiglia ad *instar naturae*<sup>10</sup>, anche in questa pronuncia, la Corte “avalla” l'indirizzo giurisprudenziale favorevole

<sup>6</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 272 del 2017, punto 4 del *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto.

<sup>7</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 272 del 2017.

<sup>8</sup> In questi termini, Corte cost., sent. n. 272 del 2017.

<sup>9</sup> Su questo tipo di adozione e sul ricorso a essa attraverso una interpretazione estensiva dell'art. 44, comma 1, lett. d, della legge n. 183 del 1984 per garantire i legami dei bambini con i genitori d'intenzione cfr. in dottrina G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, 111 ss.; J.LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 109 ss. e le osservazioni critiche su questa giurisprudenza creativa di I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione. Chi decide?*, in *Rivista AIC*, 4/2016.

<sup>10</sup> La Corte ha ritenuto non fondata la questione, ritenendo di non poter addivenire all'addizione richiesta. Secondo il giudice costituzionale, infatti, «de tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico». Pertanto, «il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale, salvo il successivo sindacato sulle soluzioni adottate [...], onde verificare che esse non decampino dall'alveo della ragionevolezza. Nella specie, peraltro, la scelta espressa dalle disposizioni censurate si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce *in subiecta materia*, pur rimanendo quest'ultima aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata. Di certo, non può considerarsi irrazionale e ingiustificata, in termini generali, la preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute

all'adozione in casi particolari, *ex* articolo 44, lettera d), della legge n. 183 del 1984, per le coppie formate da persone dello stesso sesso, sottolineandone la precipua funzione di garantire «l'interesse del minore stesso a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate»<sup>11</sup>.

Il giudice costituzionale torna sulla adeguatezza dell'adozione in casi particolari da parte del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore nella successiva sentenza n. 230 del 2020, sempre affrontando una questione relativa al diritto alla fecondazione eterologa per una coppia di donne. La pronuncia si conclude con l'affermazione che «una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attendono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore»<sup>12</sup>.

Nello stesso periodo di tempo, la Corte di Cassazione pronuncia l'importantissima decisione a sezioni unite n. 12193 del 2019, da cui origina il diritto vivente, richiamato dalla prima sezione della Cassazione, oggetto del giudizio di legittimità costituzionale.

Nella sentenza, la Cassazione formula il principio di diritto che «il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana 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 rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983»<sup>13</sup>.

Secondo le Sezioni Unite, dunque, anche senza riconoscere effetto alla sentenza straniera (come invece aveva fatto la Corte di Appello), tale interesse può essere garantito, stabilizzando il rapporto del padre intenzionale con i figli, attraverso l'istituto dell'adozione di tipo particolare. Questa forma di adozione si configura, infatti, come una «clausola di chiusura del sistema»<sup>14</sup>, consentendo al minore

migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato. In questa prospettiva, l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia *ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali».

<sup>11</sup> Così, Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 13.2 del *Considerato in diritto*. Su questa pronuncia cfr. i commenti di L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020; M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della progressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum quaderni costituzionali*, 3.1.2021; N. VINAI, *Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 e i suoi echi di sistema*, in *Federalismi.it*, 6/2021; M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giur. cost.*, n. 5, 2019, 2613 ss.; C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”. La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, *ivi*, 5/2019, 2626 ss.

<sup>12</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2020, punto 9.1 del *Considerato in diritto*. Su questa decisione cfr. i commenti di E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2/2021; A. GIUBILEI, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili*, in *Nomos*, 3/2020; M. PICCHI, *“Figli di un dio minore”: quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in *Forum quaderni costituzionali*, 1.1.2021.

<sup>13</sup> Corte di Cassazione, sezioni unite, 8 maggio 2019, n. 12193.

<sup>14</sup> Cfr., Corte di Cassazione, 22 giugno, 2016, n. 12962.

di «salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa» che si è instaurata in via di fatto<sup>15</sup>.

Tale soluzione, per la Cassazione, consente di garantire l'interesse del minore, come tra l'altro impongono al nostro ordinamento diversi atti internazionali, senza farlo diventare "tiranno", per dirla con un'espressione cara alla dottrina<sup>16</sup>. Nell'ottica della Cassazione, salvaguardare l'interesse del minore non significa che «la tutela del predetto interesse non possa costituire oggetto di contemperamento con quella di altri valori considerati essenziali ed irrinunciabili dall'ordinamento, la cui considerazione può ben incidere sull'individuazione delle modalità più opportune da adottare per la sua realizzazione, soprattutto in materie sensibili come quella in esame, che interrogano profondamente la coscienza individuale e collettiva, ponendo questioni delicate e complesse, suscettibili di soluzioni differenziate»<sup>17</sup>.

### **3. Il mutamento del contesto sovranazionale: dal parere sul caso Menneson alla pronuncia della Corte europea D. contro Francia del 2020.**

Dopo la decisione della Corte costituzionale del 2017, la Corte europea si è espressa a più riprese sul tema della gestazione per altri. Sulla questione, in particolare, la Corte EDU rende il suo primo parere, adottato nell'esercizio della nuova competenza prevista dall'articolo 16 del protocollo addizionale, che successivamente viene trasfuso nelle sentenze 19 novembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia e nella, più recente, D. contro Francia del 2020<sup>18</sup>.

Il parere, depositato il 10 aprile 2019 su richiesta della Corte di Cassazione francese, rappresenta il seguito di una precedente decisione della Corte Europea resa nel caso Menneson contro Francia del 2014<sup>19</sup>. La Corte di Cassazione francese aveva posto la questione se il mancato riconoscimento della relazione della madre d'intenzione con i minori, nati attraverso la surrogazione di maternità, costituisca una violazione dell'articolo 8 della Convenzione. La Corte europea risponde in modo

<sup>15</sup> Così già Corte di Cassazione, 22 giugno, 2016, n. 12962.

<sup>16</sup> Per la considerazione che il superiore interesse del minore possa diventare un principio tiranno, cfr., in dottrina, L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 150 ed E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 83 ss.

<sup>17</sup> Così, ancora, Corte di Cassazione, sezioni unite, 8 maggio 2019, n. 12193.

<sup>18</sup> La nuova competenza, attribuita dal protocollo 16, dovrebbe servire a migliorare e sviluppare l'interazione tra Corte EDU e giudici nazionali prima che la questione giunga a Strasburgo. In questa prospettiva, la Corte è chiamata a rendere un'interpretazione sulle disposizioni della Convenzione. Su tale Protocollo cfr. M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 6.2.2019; R. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in *Questione Giustizia*, 29.1.2019; F. BIONDI, *Quale dialogo fra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 2.10.2019; E. ALBANESI, *Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?*, in *Consulta online*, 29.3.2021.

<sup>19</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 giugno, 2014, Menneson c. Francia, nello stesso senso, Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 giugno 2014, Labassée c. Francia. I signori Menneson, due coniugi francesi, avevano chiesto la registrazione dell'atto di nascita di due gemelli, nati in Canada attraverso la tecnica della surrogazione di maternità. Il signor Menneson era il padre biologico, mentre la signora Menneson era la madre legale, o madre d'intenzione. Nella decisione del 2014, la Corte di Strasburgo si era già espressa nel senso che, con la mancata trascrizione dell'atto di nascita, lo Stato francese aveva violato l'articolo 8 della Convenzione, ledendo il diritto alla vita privata e familiare dei due minori. Secondo la Corte, infatti, la circostanza che i genitori, e in particolare il padre biologico, non abbiano rispettato il divieto di ricorrere alla tecnica di maternità surrogata previsto nell'ordinamento francese, non può prevalere sull'interesse dei minori a vedere riconosciuta la loro relazione almeno con il padre. L'interesse dello Stato al rispetto delle sue norme giuridiche, al contrario, deve essere considerato recessivo rispetto al superiore interesse dei minori coinvolti nel caso concreto.

molto chiaro che il superiore interesse del minore verrebbe inevitabilmente leso dal mancato riconoscimento di un legame giuridico anche con la madre intenzionale e per questo motivo agli Stati è riconosciuto un ridotto margine di apprezzamento. Secondo la Corte, tuttavia, i singoli Stati possano decidere in maniera discrezionale con quale strumento giuridico conferire valore legale a tale relazione. Per i giudici di Strasburgo, ad esempio, anche l'adozione da parte della madre intenzionale può servire a tale scopo, nella misura in cui la procedura sia rapida e la relazione con il minore non subisca alcuna interruzione<sup>20</sup>. Nel parere, la Corte sottolinea in modo particolare il valore del principio dei *best interests of the child*, che si sostanzia nel diritto del minore a mantenere le relazioni nelle quali si trova. Tale interesse deve prevalere anche su norme imperative del singolo Stato. Queste conclusioni, come si diceva, sono riprese nelle successive decisioni 19 novembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia e nella sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia. Si tratta di un passaggio fondamentale che contribuisce a dare forza vincolante alle affermazioni contenute nell'atto consultivo che, al contrario, come ricorda la stessa Corte costituzionale nella sentenza in commento, ai sensi dell'articolo 5 del Protocollo non ha forza vincolante né per lo Stato richiedente, né per gli altri, tantomeno per quelli che, come l'Italia, non hanno ancora ratificato il protocollo 16.

#### **4. La Corte e la necessità di un indifferibile intervento del legislatore per porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore.**

Rispetto al 2017, dunque, il contesto sovranazionale nel quale si inserisce la decisione in commento è significativamente mutato e questo mutamento del quadro sembra avere effetto sulla motivazione della decisione, anche se ciò evidentemente non emerge dal dispositivo di inammissibilità<sup>21</sup>.

Nella pronuncia, infatti, il giudice costituzionale afferma chiaramente che corrisponde all'interesse del bambino «accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio *a quo*, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo [...] ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia [...]». Tali legami «sono parte integrante della stessa identità del bambino» che vive in una determinata famiglia, a prescindere dal modo in cui essa sia formata e composta. In questa prospettiva, precisa ancora il giudice costituzionale, è interesse del minore che a essi sia dato riconoscimento «non solo sociale ma anche giuridico, a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso – dalla cura della sua salute, alla sua educazione scolastica, alla tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi stessi diritti ereditari –; ma anche, e prima ancora, allo scopo di essere

---

In questo senso, il parere segna una discontinuità anche con la precedente giurisprudenza della Corte e, in particolare, con le due decisioni rese nel caso *Paradiso e Campanelli* contro Italia. Affrontando tale caso, infatti, la Corte, in un primo tempo, aveva condannato l'Italia per aver allontanato dai suoi genitori intenzionali un minore nato in Russia da maternità surrogata. Successivamente, tuttavia, la Grande Camera ha ribaltato la decisione, ritenendo che non poteva configurarsi una violazione dell'articolo 8 della Cedu, perché tra il minore e i genitori intenzionali non sussisteva alcun legame biologico.<sup>20</sup> Cfr. Corte europea, 25 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli* c. Italia e Corte europea, Grande Camera, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli* c. Italia. Su questa vicenda cfr. M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli* c. Italia, in *GenUS*, 2015, 243 ss.; C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli* c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente, in *Forum quaderni costituzionali*, 2.3.2017 e C. MASCIOTTA, *La Grand Chambre pone un freno alla forza espansiva della "vita familiare": uno stop all'attivismo giudiziario in tema di maternità surrogata nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in *Osservatorio AIC*, 2/2017.

<sup>21</sup> Sul ruolo, più generale, del contesto nel quale si inseriscono le decisioni della Corte costituzionale cfr. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 61 ss e, più di recente, ID. *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, in *Federalismi.it.*, 3/2021.

identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte»<sup>22</sup>.

Tali interessi, tuttavia, secondo la Corte, non possono avere una tutela incondizionata, ma devono essere «bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»<sup>23</sup>.

Quest'ultimo è stato realizzato dalla Corte di Cassazione indicando la soluzione dell'adozione in casi particolari. Una simile soluzione, però, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, non può essere ritenuta sufficiente a garantire la tutela dei diritti dei minori in quanto non è in grado di costituire un legame di vera e propria "filiazione" tra adottante e adottato e non si realizza attraverso modalità che garantiscano l'effettività e la celerità della sua messa in opera, condizioni necessarie, secondo la Corte EDU, perché l'adozione sia considerata conforme all'interesse del minore.

Questa articolata motivazione spinge la Corte costituzionale a superare la sua precedente giurisprudenza nella quale, al contrario, la soluzione dell'adozione in casi particolari, individuata dalla giurisprudenza di merito e poi di legittimità, era stata considerata adeguata a realizzare l'interesse dei minori. Il giudice costituzionale rileva, infatti, che l'adozione in caso di maternità surrogata dovrebbe «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»<sup>24</sup>. Essa non conferisce al minore lo *status* di figlio legittimo dell'adottante e non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante (considerata l'incerta incidenza della modifica dell'art. 74 cod. civ. operata dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali»)»<sup>25</sup>.

L'inadeguatezza dell'istituto, del resto, è ben evidente al giudice costituzionale alla luce della vicenda decisa nella coeva sentenza n. 32 del 2021. Nel caso di coppia omogenitoriale in crisi, infatti, tale forma di adozione, che presuppone il consenso del genitore biologico, risulta, addirittura impraticabile, finendo per privare il minore di quelle garanzie funzionali al suo benessere, proprio nelle situazioni più delicate<sup>26</sup>. In questo caso, il minore si trova nella assoluta impossibilità di mantenere le relazioni istaurate con il genitore di intenzione, finendo per essere ascritto alla categoria dei "nati non riconoscibili"<sup>27</sup>.

A questo punto, tuttavia, il giudice costituzionale si ferma e pronuncia una sentenza di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore. Secondo la Corte, infatti, spetta al legislatore 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 [...]»<sup>28</sup>.

Alla luce di una così articolata motivazione, ci si può domandare quali siano le ragioni che, diversamente da un orientamento affermatosi di recente, che ha visto la Corte impegnata a superare il

<sup>22</sup> Per tutte le citazioni tra virgolette, cfr. Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>23</sup> Così, Corte cost. sent. n. 33 del 2021, punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>24</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.8 del *Considerato in diritto*.

<sup>25</sup> Così, ancora, Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.8 del *Considerato in diritto*.

<sup>26</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2021, punto 2.4.1.3 del *Considerato in diritto*. L'assenso del genitore biologico è necessario ai sensi dell'art. 46 della legge n. 184 del 1983.

<sup>27</sup> Così F. MANNELLA, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di "nati non riconoscibili". Nota alla sentenza n.32 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 1/2021. Su questa decisione v. anche il commento di A. MATTEONI *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Consulta online*, 2/2021.

<sup>28</sup> Così, Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.9 del *Considerato in diritto*.

limite delle “rime obbligate”, la spingono ad arrestarsi per rispettare la discrezionalità del legislatore che, almeno “in prima battuta”, deve pronunciarsi in materia<sup>29</sup>.

A ben guardare, scartata l’ipotesi della sentenza additiva, a fronte della pluralità di situazioni possibili, e della mera pronuncia ablatoria, perché una decisione di questo tipo avrebbe sanzionato l’incostituzionalità, ma avrebbe lasciato un ambito così delicato della vita delle persone privo di disciplina<sup>30</sup>, al giudice costituzionale non restava neppure l’appiglio di un precedente monito inascoltato, in quanto, come si è cercato di chiarire, al contrario, nelle sentenze precedenti il ricorso all’adozione in casi particolari era stato ritenuto uno strumento adeguato a garantire l’interesse dei minori<sup>31</sup>. La Corte avrebbe potuto, tuttavia, procedere utilizzando la nota tecnica inaugurata nel cosiddetto caso Cappato con l’ordinanza n. 207 del 2018 cui è seguita la decisione additiva n. 242 del 2019, e riproposta in altre due occasioni, ma il giudice costituzionale decide di arrestarsi<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Su questa evoluzione della giurisprudenza costituzionale v. le ricostruzioni di M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019; Id., *Corte e legislatore*, in *Dir. soc.*, 53 ss. Id., *Oltre le rime obbligate?*, in *Federalismi.it*, 3/2021; A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, 4/2019; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss.; R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss.; E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone, ibi.*, 780 ss. Sui complessi rapporti tra Corte costituzionale e legislatore sono tornati recentemente F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell’insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, in *Dir. e Soc.*, 4/2019, 791 ss. e G. ZAGREBELSKY, *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale. Un’introduzione, ibi.*, 545 ss.

<sup>30</sup> Su questa possibile soluzione della questione, cfr. la posizione di Pinardi, secondo il quale, le decisioni di illegittimità accertata ma non dichiarata rappresentano un mancato esercizio della funzione di garanzia costituzionale, in quanto in questi casi la Corte viene meno al suo dovere di accogliere puramente e semplicemente la questione. Cfr. R. PINARDI, *L’horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all’inerzia del legislatore*, Milano, 2007, 92.

<sup>31</sup> Anche nella sentenza n. 230 del 2020, infatti, la Corte non invita il legislatore ad intervenire, ma ritiene la scelta di tale intervento nella sua discrezionalità.

<sup>32</sup> Secondo la ricostruzione proposta da Ruotolo, quando la Corte ricorre alla tecnica del caso “Cappato”, il limite diventa “relativo” perché, pur rimanendo insuperabile in “prima battuta”, può essere superato dalla Corte quando interviene in “seconda battuta”, a seguito dell’inerzia del legislatore. Cfr. M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 664. Sulla tecnica inaugurata con il caso “Cappato”, tra i molti, cfr., per i profili di interesse di questo lavoro, C. TRIPODINA, *La “cirvoscritta area” di non punibilità di aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata, in Corti supreme e salute*, 2/2019; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ord. n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova tecnica processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.* 3/2019, 543 ss.; M. D’AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020; S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza “rime obbligate”*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020; E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell’attivismo giudiziale*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020; F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle “rime obbligate”? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Diritti fondamentali*, 1/2020; P. CARETTI, *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l’esigenza di un intervento legislativo in materia di “fine vita”*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020. La Corte ha utilizzato nuovamente la tecnica inaugurata nel caso Cappato nella successiva ordinanza n. 132 del 2020 relativa al reato di diffamazione a mezzo stampa, recentemente seguita dalla sent. n. 150 del 2021, e nella ord. n. 97 del 2021, in tema di ergastolo ostativo. Sulla pronuncia n. 132 del 2020, cfr. R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum quaderni costituzionali*, 3/2020; A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consulta online*, 9.7.2020; A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il “caso Cappato”*, in *Consulta online*, 6.10.2020; F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull’ordinanza n.132/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 7.10.2020; M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo: l’ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Osservatorio AIC*, 5/2020; M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020. Sulla ord. n. 97 del 2021 cfr., tra i molti commenti, D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all’ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale*



E allora, le ragioni di tale pronuncia, rispettosa, sia pure “in prima battuta”, della discrezionalità del legislatore, vanno ricercate altrove<sup>33</sup>.

Si può provare a ipotizzare che la Corte non si sia pronunciata perché si tratta di una materia fortemente divisiva e il giudice costituzionale su questi temi non si fa “avanguardia isolata”<sup>34</sup>.

Come del resto è stato autorevolmente rilevato, quando un organo costituzionale decide, trae la sua legittimazione formale dalla Costituzione, ma sul piano sostanziale, si appoggia sulla storia e sulla cultura giuridica di un determinato paese, su «elementi che risultano legati all'accumulazione giurisprudenziale, all'autorevolezza dei precedenti, alla trasparenza degli argomenti addotti a sostegno delle pronunce, che, per la materia trattata, devono poter trovare rispondenza nel senso comune che si esprime attraverso i comportamenti della collettività»<sup>35</sup>.

Tutte condizioni che nel caso *de quo* non sembrano sussistere per sostenere una decisione della Corte di segno diverso da quella adottata.

Che il tema della famiglia omogenitoriale rappresenti una questione complessa per la società, del resto, era emerso già nelle richiamate sentenze n. 221 del 2019 e 230 del 2020, relative all'accesso alla PMA per le coppie formate da due donne. A questo proposito, la Corte osservava che nel prendere in considerazione «la diversità di sesso dei componenti della coppia- condizione peraltro chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia – il legislatore ha tenuto conto, d'altronde, anche del grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità” nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che, all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto»<sup>36</sup>.

A queste difficoltà si aggiungono, nel caso specifico della surrogazione, pratica che riguarda sia le coppie formate da persone dello stesso sesso sia coppie formate da persone di sesso diverso, anche le perplessità nei confronti di tale tecnica, stigmatizzata espressamente dal giudice costituzionale.

L'intervento della Corte, inoltre, è reso difficile dalla complessità della materia sulla quale dovrebbe incidere<sup>37</sup>. A questo proposito, in un passaggio della motivazione si rileva la «grande complessità sistemica»<sup>38</sup>. Come è ormai chiaro dal caso Cappato, infatti, quando il giudice costituzionale fissa un termine al legislatore deve essere in grado di intervenire qualora quest'ultimo non si adegui alla sua pronuncia. Evenienza che, del resto, si è già realizzata anche in occasione della

sull'ergastolo ostativo, in *Giustizia insieme*, 20.5.2021; M. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in *Diritti Comparati*, 20.5.2021.

<sup>33</sup> Si sofferma sul fatto che la Corte non si tirerà indietro A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta online*, 1/2021.

Sulla minaccia della Corte cfr. anche M. ACIERNO, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull' omogenitorialità?*, in *Giustizia civile*, 2/2021.

<sup>34</sup> Per questa espressione cfr. N. ZANON, che nel saggio *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale” interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017 si sofferma sul problematico rapporto tra giurisprudenza della Corte costituzionale ed evoluzione della coscienza sociale; Id, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3/2021. Sul rilievo della coscienza sociale, cfr. di recente, anche A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragnuglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 4/2019, 523 ss.; V. MARCENÒ, *Il giudice delle leggi in ascolto. «Coscienza sociale» e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2021, 377 ss. Sul ruolo dell'evoluzione della coscienza sociale nella giurisprudenza in materia di famiglia cfr. G. SERGES, *Famiglia e matrimonio*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, 587 ss. e A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Diritti comparati*, 1/2017.

<sup>35</sup> Così, E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 16.

<sup>36</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 13.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>37</sup> Per un'analogia osservazione rispetto alla ordinanza n. 18 del 2021 in materia di cognome dei figli v. E. MALFATTI, *Ricostruire la ‘regola’ del cognome: una long story a puntate (e anche un po’ a sorpresa)*, in *Nomos*, 1/2021, 12.

<sup>38</sup> Così, Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.9 del *Considerato in diritto*.

vicenda relativa al reato di diffamazione a mezzo stampa, nella quale la nuova tecnica è stata utilizzata<sup>39</sup>.

Alla luce di queste molteplici considerazioni, il mutamento del contesto sovranazionale, come anche il cambio di prospettiva nel guardare la vicenda, dalla parte del figlio e non del genitore, non sono sufficienti a spingere il giudice costituzionale al di là delle rime obbligate, per lo meno “in prima battuta”.

In questa prospettiva, la decisione della Corte se, da un lato, come si è detto, rappresenta un grande passo in avanti rispetto alla sua precedente giurisprudenza in materia, perché censura espressamente l’inadeguatezza dell’istituto dell’adozione in casi particolari, dall’altro, si espone all’accusa di denegata tutela costituzionale<sup>40</sup>, che diventa più drammatica a fronte della sperimentata incapacità del legislatore di decidere su una questione tanto divisiva, come ha ampiamente dimostrato quanto avvenuto durante l’*iter* di approvazione della legge n. 76 del 2016<sup>41</sup>.

E’ indubbio, tuttavia, che spetti al legislatore considerare una realtà complessa e mediare tra i diversi interessi in gioco. Basti pensare che lo stesso superiore interesse del bambino, come bene è stato evidenziato dalla dottrina, è un principio ancipite, che può essere letto come *best interests of the child* o *best interests of children*, vale a dire migliori interessi del singolo bambino e migliori interessi dei bambini, come gruppo<sup>42</sup>. Per quanto riguarda la surrogazione di maternità, i migliori interessi del singolo bambino possono essere identificati con il mantenimento delle relazioni nelle quali si trova, ma per i bambini in generale, il loro interesse può essere individuato, per esempio, nel non divenire merce di scambio, nel non essere considerati un bene come un altro. Allo stesso tempo, non si può negare che è sempre nell’interesse del gruppo dei minori nati dalla surrogazione di venire trattati allo stesso modo degli altri minori, in quanto è ingiusto che ricadano su di loro le conseguenze di azioni commesse dagli adulti<sup>43</sup>.

Pure alla luce di queste considerazioni, il modo in cui si è realizzata la gestazione per altri non è indifferente. Come dimostrano anche le posizioni della dottrina più aperta a tale pratica, il profilo dei

<sup>39</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 150 del 2021, che pur adottando una sentenza meramente ablatoria di una delle disposizioni censurate, si preoccupa dei suoi effetti sul sistema proponendo una interpretazione conforme a Costituzione dell’altra disposizione impugnata.

<sup>40</sup> Molto critica su questa decisione è G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2/2021.

<sup>41</sup> Nel 2016, all’esito di un lungo *iter* parlamentare, è stata approvata la legge n. 76, in materia di unioni civili e convivenze di fatto. Tale legge ha disciplinato per la prima volta in Italia le unioni tra persone dello stesso sesso, regolando numerosi aspetti della vita in comune, ma non le relazioni che possono instaurarsi tra il figlio del genitore naturale e il partner unito civilmente. A dire il vero, il testo del disegno di legge conteneva una previsione volta a consentire l’adozione del figlio del partner, la cosiddetta *stepchild adoption*, che aveva suscitato un vivace dibattito nell’opinione pubblica. In particolare, l’art. 5 del disegno di legge Cirinnà, modificando l’articolo 44, lett. b), della legge n. 184 del 1983, prevedeva che potesse ricorrere all’adozione in casi particolari non solo, come è attualmente previsto, il coniuge del genitore biologico, ma anche «da parte dell’unione civile dello stesso sesso». Successivamente, con un maxi emendamento sul quale è stata posta la fiducia, che ha riscritto l’unico articolo di cui si compone la legge, è stato inserito il comma 20 che, con formula molto ambigua, prevede che «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell’unione civile tra persone dello stesso sesso», ma «non si applica alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184» e, tuttavia, «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». All’indomani dell’entrata in vigore della legge, tale formula è stata interpretata nel senso di legittimare i giudici a individuare la soluzione caso per caso, come molti giudici avevano già fatto prima dell’approvazione della legge, facendo ricorso, nell’interesse del minore, all’istituto dell’adozione in casi particolari, oppure nel senso di escludere che potesse essere utilizzata questa forma mite di adozione.

Per questa definizione, cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., 16. In questa prospettiva, esso richiede, «rigidità e cioè l’esistenza di istituti e di regole legislative inderogabili a tutela dei diritti fondamentali dei minori di età considerati astrattamente nel loro insieme, come gruppo sociale o come categoria»,<sup>42</sup> ma anche flessibilità «perché obbliga ad attribuire al giudice la possibilità di scegliere di volta in volta».

<sup>43</sup> In questo senso, cfr. Corte cost., sent. n. 494 del 2002, sul riconoscimento dei figli incestuosi.

contratti della gravidanza per altri non è affatto secondario, anzi è un aspetto qualificante per valutarla<sup>44</sup>.

In questa prospettiva, il legislatore dovrà prendere in considerazione una questione che sicuramente è riconducibile al principio dei *best interests of the child*, perché incide significativamente sul diritto del minore all'identità personale: la relazione con la madre gestante. Infatti, tale relazione precede e affianca le relazioni con i genitori intenzionali<sup>45</sup>. La dottrina più attenta non ha mancato di osservare come, sotto questo profilo, non sia indifferente il modo in cui la relazione che la madre gestante instaura con il bambino viene disciplinata nel paese nel quale avviene la maternità surrogata. In questa prospettiva, dovrebbe essere valutata negativamente, ad esempio, una disciplina legislativa che non tenesse conto della peculiare relazione affettiva che si crea tra una donna e il bambino che porta in grembo, non prevedendo che la madre possa rifiutarsi di consegnare il bambino fino al momento del parto, o entro un ulteriore lasso temporale successivo a questo,<sup>46</sup> e non garantendo la possibilità di richiamare anche il nome della madre nell'atto di nascita. Pratica che, al contrario, permetterebbe al bambino di conoscere «la “verità” delle relazioni complesse che hanno consentito la sua nascita»<sup>47</sup>.

Insomma, la strada per il legislatore, se mai deciderà di intraprenderla, si rivela tutt'altro che tracciata.

---

<sup>44</sup> In questo senso, cfr. L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2006; ID. *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018, 204 ss.; B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna, un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, 194 ss.

<sup>45</sup> La Corte sembra consapevole di questo delicato profilo nel passaggio della motivazione nel quale osserva: «non v'è dubbio, in proposito, che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio a quo, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere 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*». Cfr. Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.4 del *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto.

<sup>46</sup> Cfr., ancora, B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, cit., 220 ss., secondo la quale, la gravidanza per altri non dovrebbe essere possibile sacrificando il nome della madre e con esso la relazione che si instaura durante la gravidanza. Sulla stessa linea v., anche, C. BOTTI, *Riproduzione, soggettività e relazioni*, in *Leggendaria*, 115, 2016, 27 che si sofferma sul fatto che alla donna che porta avanti la gravidanza per altri dovrebbe sempre essere riconosciuto il diritto di decidere «se interrompere la gravidanza con un aborto (ovvero rifiutarsi di farlo se le viene richiesto), oppure tenersi il/la bambino/a alla nascita».

<sup>47</sup> Così, B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, cit., 220.