

ANDREA SASSI<sup>(\*)</sup>  
STEFANIA STEFANELLI<sup>(\*)</sup>

## ORDINE PUBBLICO DIFFERENZIATO E DIRITTO ALLO STATO DI FIGLIO NELLA GESTAZIONE PER ALTRI

**ABSTRACT:** The essay analyzes, in particular, the legal position of the child born of surrogacy in the Italian legal system. In this context, the value of the individual represents the lowest common denominator of the persons' rights and this should be considered the actual finality of the international public order concept.

SOMMARIO: 1. 1. Ordine pubblico costituzionale e ordine pubblico discrezionale. – 2. Principi di ordine pubblico e diritti fondamentali. – 3. L'accertamento di stato quale strumento di tutela della persona. – 4. La posizione del minore nella giurisprudenza costituzionale.

### 1. — *Ordine pubblico costituzionale e ordine pubblico discrezionale.*

Il tema della tutela del nato da gestazione per altri (g.p.a.)<sup>(1)</sup>, e della conseguente attribuzione delle situazioni giuridiche soggettive che derivano dall'accertamento dello stato di figlio, è nel nostro sistema molto delicato, giusta la scelta del legislatore di vietare la maternità surrogata, sanzionandola penalmente (art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004).

---

<sup>(\*)</sup> Università degli Studi di Perugia. Ferme restando unitarietà dell'approccio e condivisione delle soluzioni giuridiche, i paragrafi 1 e 2 sono di Andrea Sassi e i paragrafi 3 e 4 di Stefania Stefanelli. Una prima versione del saggio è apparsa nel settembre 2018 in *Articolo29.it*.

<sup>(1)</sup> Sull'argomento e sulle ragioni dell'impiego della locuzione "gestazione per altri" in luogo di altre quali "maternità surrogata" o "surrogazione di maternità", ci permettiamo di rinviare a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2ª ed., Torino, 2018, spec. p. 142 ss.

Va subito chiarito che, in generale, si tratta di opzione ragionevole, fondata sul principio di dignità della donna – come affermato di recente anche dalla Corte costituzionale<sup>(2)</sup> – che, proprio per questo, si giustifica in caso di sfruttamento, ma non si comprende in presenza di prestazione superetica, cioè mancante di contenuto patrimoniale ed effettuata per puro spirito di altruismo, come avviene nella c.d. “donazione di organi”<sup>(3)</sup>.

Ciò posto, il riconoscimento nell’ordinamento italiano dei diritti del nato da g.p.a. passa inevitabilmente dalla nozione accolta di ordine pubblico c.d. internazionale, tradizionalmente riferito al limite al riconoscimento di atti e discipline straniere<sup>(4)</sup>, e, soprattutto, dalla soluzione della questione se detta nozione sia o meno idonea ad incidere su diritti fondamentali connessi allo stato di figlio.

---

<sup>(2)</sup> Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in questa *Rivista*, 2017, p. 263 ss., con nota di A. SASSI, *Gestazione per altri e ruolo delle azioni di stato*; in *Foro it.*, 2018, I, c. 5; in *Fam. e dir.*, 2018, p. 699; in *Corr. giur.*, 2018, p. 446, con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*.

<sup>(3)</sup> L’individuazione e l’inquadramento giuridico della categoria delle prestazioni “superetiche” o “supererogatorie” si deve ad A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, p. 11 ss. Il principio è altresì alla base della ragionevolezza dell’opzione legislativa in ordine alla esclusione della responsabilità da procreazione, prevista in via generale dall’art. 30 Cost., per il “donatore” di gameti, secondo quanto dispone l’art. 9, ult. comma, l. n. 40/2004: sul punto si rinvia a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 361. Preziosi spunti di riflessione sul tema che ci occupa, si ricavano dalla lettura di S. MARCHI, *Mio, tuo, suo, loro. Donne che partoriscono per altri*, (Fandango) Roma, 2017, p. 31 ss., ove il caso in cui una giovane donna che, a seguito della perdita del feto a pochi giorni dalla nascita nella prima gravidanza, aveva subito l’asportazione dell’utero e di un’ovaia; e la madre (allora quarantascienne) si chiede perché non abbia potuto lei aiutare la figlia e il genero nella realizzazione del loro desiderio di genitorialità (oltre che del suo personale ad essere nonna), partorendo per questa un figlio geneticamente riconducibile alla coppia. Ed è certamente difficile trovare una seria argomentazione al diniego.

<sup>(4)</sup> Per un ampio quadro, V. BARBA, *Note minime sull’ordine pubblico internazionale*, in *Articolo29.it*, ID., *L’ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss. Sul punto, con specifico riferimento alla filiazione, R. CLERICI, *La filiazione nel diritto internazionale privato*, in T. AULETTA (a cura di), *Filiazione. Adozione. Alimenti*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, IV, Torino, 2011, p. 663 ss. In relazione alla maternità surrogata, A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, spec. p. 127 ss.

In punto, la Cassazione ha da ultimo ritenuto – riguardo all’efficacia di provvedimenti di autorità straniera – che la nozione di ordine pubblico è circoscritta e inerisce ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nella C.d.f.U.E. e non si spinge a ricomprendere principi su cui si fondano le norme costituenti esercizio della discrezionalità legislativa<sup>(5)</sup>.

Sebbene i risultati pratici cui detto orientamento perviene nelle fattispecie concrete, connotate dalla tutela di diritti fondamentali dell’individuo, siano pienamente condivisibili, la questione merita a nostro avviso un approccio lievemente più ampio sul piano dogmatico. Del resto, già le S.U. – come evidenziato nell’ordinanza di rimessione resa nella fattispecie che ci occupa<sup>(6)</sup> – hanno propeso per una nozione più estesa di ordine pubblico nel caso di istituto non regolato dall’ordinamento italiano (*punitive damages*)<sup>(7)</sup>, nozione che a maggior ragione deve valere in un’ipotesi espressamente vietata, quale quella della maternità surrogata.

In generale, quindi, ogni qual volta che ci si trovi dinanzi ad un divieto avente rilevanza (anche) penale, appare più corretto ritenere che esso sia

---

<sup>(5)</sup> Cfr., in particolare, Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 362, con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 297, con nota di P. DI MARZIO, *Figlio di due madri?*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Vita not.*, 2017, p. 131, con nota di S. DI GESU, *La tutela dei rapporti di filiazione sorti all'estero in coppia omogenitoriale*; su cui S. STEFANELLI, *Status, discendenza e affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 83 ss.; I. RIVERA, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *Genius*, 1/2017, p. 70 ss.; Cass., 21 novembre 2013, n. 1302, in *leggiditalia.it.*; e, più di recente, Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2280, con nota di richiami di G. CASABURI; in *Guida dir.*, 28/2017, p. 54, con nota di M. FINOCCHIARO, *Quel "vizio" ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore*; in *Fam. e dir.*, 2018, p. 5, con nota di F. LONGO, *Le "due madri" e il rapporto biologico*.

<sup>(6)</sup> Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, in *Foro it.*, 2018, I, c. 782.

<sup>(7)</sup> Cfr. Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613; in *Giur. it.*, 2017, p. 1787, con nota di A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*; in *Danno e resp.*, 2017, p. 419, con note di M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*; di G. CORSI, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*; di G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*; di P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*.

ricompreso nella nozione di ordine pubblico, atteso che l'esercizio della discrezionalità legislativa si fonda su un interesse pubblico, che conduce alla previsione di una fattispecie criminosa. Tuttavia, la scelta legittimamente compiuta dal legislatore in ordine al divieto di porre in essere determinati comportamenti o pratiche, pur ragionevole in quanto posto a tutela di un interesse pubblico, non può essere messa sullo stesso piano dell'esigenza di protezione di diritti fondamentali della persona, contemplati da fonti di rango costituzionale nazionali e/o sovranazionali<sup>(8)</sup>.

Deriva che occorre stabilire quali siano le conseguenze dell'applicazione di norme inderogabili di ordine pubblico, derivanti da discrezionalità legislativa, nella sfera giuridica dei soggetti coinvolti, se cioè da detta applicazione possano derivare lesione e/o limitazione di diritti fondamentali, soprattutto con riferimento a soggetti terzi. In questo caso, è evidente che un approccio ermeneutico che non tenga conto della gerarchia di valori porrebbe il principio di ordine pubblico in contrasto con i fondamenti del sistema, che, come tali, non tollerano alcuna limitazione o compressione.

Corretto, pertanto, appare l'indirizzo delle S.U. che, in presenza di diritti patrimoniali, accoglie una nozione di ordine pubblico più ampia, sì da ricomprendervi "Costituzioni e tradizioni giuridiche" (che «con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo»), con la conseguenza che l'atto straniero «deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti

---

<sup>(8)</sup> In proposito, vengono alla mente le affermazioni della dottrina più autorevole, che, a proposito dell'influenza della Corte costituzionale sui rapporti civilistici nel decennio appena trascorso, osserva come l'inderogabilità delle norme vada letta alla luce di un rinnovato principio di ordine pubblico costituzionale fondato sulla tutela della persona umana e sui suoi diritti inviolabili: P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016 (Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.)*, Napoli, 2018, spec. p. 662; e, in precedenza, ID., *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. e fam.*, 2017, spec. p. 184 s., ove si afferma che «non è il formale contrasto con una o più norme interne a livello ordinario a costituire violazione dell'ordine pubblico, ma il contrasto con le esigenze di fondo di tutela dei diritti e delle libertà dell'uomo desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi dell'Unione Europea, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale»<sup>(9)</sup>. Tuttavia, proprio questa stessa nozione di ordine pubblico, attraverso il riferimento primario ai principi costituzionali, implica che, dinanzi a valori fondamentali dell'individuo, l'interesse pubblico sotteso (anche) alla sanzione penale passi necessariamente in secondo piano, atteso il bilanciamento ermeneutico tra principi di ordine pubblico di rango costituzionale e principi di ordine pubblico derivanti da discrezionalità legislativa, con la conseguenza che, in questo caso, la nozione di ordine pubblico va circoscritta ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nella C.d.f.U.E.<sup>(10)</sup>. Dall'applicazione del principio di ordine pubblico derivano dunque effetti differenziati a seconda della rilevanza degli interessi in giuoco.

L'impostazione proposta, del resto, si colloca nel solco tracciato dalla Corte costituzionale, soprattutto in un importante arresto concernente una fattispecie analoga, in cui il diritto allo stato del nato da incesto soccombeva a seguito del comportamento degli autori della procreazione (sanzionato anche penalmente): per il giudice delle leggi «non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto», non potendo il diritto del figlio essere limitato, a meno che «ricorrono costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse»; l'eventuale mancata costituzione del rapporto comporterebbe, vista nell'ottica filiale, una violazione del principio di responsabilità da procreazione sancito dall'art. 30, 1° comma, Cost.<sup>(11)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.: § 6 della parte motiva.

<sup>(10)</sup> Cfr. Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.; Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.; Cass., 21 novembre 2013, n. 1302, cit.

<sup>(11)</sup> Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Guida dir.*, 48/2002, p. 44, con nota di M. FINOCCHIARO, *Ammessa l'azione giudiziale di paternità anche per i casi di filiazione incestuosa. Superato l'ultimo pregiudizio ancestrale in contrasto con la sensibilità moderna*; in *Giur. cost.*, 2002, p. 4058, con nota di C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità naturale di cui all'art. 278 comma 1 c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono)*; e *ivi*, 2003, p. 446 ss., la nota di G. DI LORENZO, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figli nati da rapporto incestuoso*; in *Vita not.*, 2002, p. 1353, con nota di F. UCCELLA, *Sulla parziale illegittimità della disciplina della c.d. filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero che resta impervio*; in *Giur. it.*, 2003, p. 868; in *Famiglia*, 2003, p. 845, con note di G. FERRANDO, *La condizione dei*

In definitiva, si può affermare che: la nozione di ordine pubblico inter-

---

*figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*, e S. LANDINI, *Incostituzionalità dei limiti alle indagini sulla maternità e paternità ex art. 278 c.c. e posizione del figlio incestuoso*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 543, con nota di M. DI NARDO, *La filiazione incestuosa al vaglio della consulta. I limiti di accertamento giudiziale del rapporto*; in *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 622; in *Fam. e dir.*, 2003, p. 119, con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*; in *Foro it.*, 2004, I, c. 1053; e commentata da A. RENDA, *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza 492/02 della Consulta*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 96 ss.; e da C. CICERO, *Il problema della filiazione incestuosa (osservazioni a margine di Corte cost. n. 494/2002)*, in *altalex.it*. Alcuni passi della sentenza, viste le analogie con il caso che ci occupa, meritano di essere riportati integralmente. Scrive la Corte: «Dalla disciplina testé indicata deriva, in danno della prole nata da genitori legati dai rapporti familiari indicati dall'art. 251 del codice civile, una *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti; una discriminazione compendiata, anche nel lessico del legislatore, nell'espressione "figli incestuosi". La violazione del diritto a uno *status filiationis*, riconducibile all'art. 2 della Costituzione, e del principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali, è evidente e non richiede parole di spiegazione. Nessuna discrezionalità delle scelte legislative, con riferimento al quarto comma dell'art. 30 della Costituzione, che abilita la legge a dettare norme e limiti per la ricerca della paternità, può essere invocata in contrario: non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto». E ancora: «il figlio nato da un rapporto tra le persone indicate nell'art. 251, per ottenere l'adempimento dei doveri di mantenimento, istruzione ed educazione nei suoi confronti, si trova nella necessità di proclamare egli stesso la propria condizione di discriminato; a meno che, comprensibilmente, non preferisca invece rinunciare a ciò che a lui, come a ogni figlio, è dovuto, con la conseguenza paradossale, oltretutto, che i genitori – essi si "incestuosi" – andrebbero totalmente indenni da quella responsabilità alla quale, con la procreazione, sono soggetti, secondo ciò che è sancito come principio, valido rispetto a ogni genere di prole, dall'art. 30, primo comma, della Costituzione (v. sentenza n. 166 del 1998)». Infine, in prospettiva più ampia: «La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*, un diritto che, come affermato da questa Corte (sentenza n. 120 del 2001), è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione. E proprio da tale ultima disposizione, conformemente a quello che è stato definito il principio personalistico che essa proclama, risulta che il valore delle "formazioni sociali", tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani». I principi enunciati dalla Consulta sono oggi viepiù attuali, laddove la legittimazione non deriva più dall'appartenenza alla famiglia, ma dall'accertamento di relazioni intersoggettive: v. *infra*, § 3.

nazionale comprende generalmente anche le norme inderogabili in cui al bene della vita da esse protetto viene attribuita una tutela rafforzata, anche di rilevanza penale, tutela che connota un interesse pubblico sotteso ed è espressione della tradizione giuridica domestica (*ordine pubblico discrezionale*); tuttavia, l'applicazione delle regole inderogabili di diritto interno non può mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione e nella C.d.f.U.E., che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (*ordine pubblico costituzionale*).

## 2. — *Principi di ordine pubblico e diritti fondamentali.*

Poste queste premesse di carattere generale, occorre analizzare le conseguenze del necessario bilanciamento tra principi di ordine pubblico nella fattispecie che ci occupa, caratterizzata dal ricorso alla pratica della g.p.a., vietata dall'ordinamento interno.

La distinzione sistematica operata nel paragrafo precedente tra ordine pubblico costituzionale e discrezionale impone, a nostro avviso, di scindere il piano dell'indagine concernente la pratica della gestazione da quella riguardante le situazioni giuridiche soggettive del nato e, in particolare, il suo diritto ad acquisire uno *status* di figlio che rispetti nella misura più ampia possibile il suo interesse alla genitorialità, all'identità, all'affettività.

Consegue che: a) in relazione alla pratica della g.p.a., a prescindere dall'applicabilità della sanzione penale (che la giurisprudenza ha comunque escluso per la coppia che vi ricorre, se praticata all'estero, sulla base dell'art. 7 c.p. o, quantomeno, in applicazione della disciplina dell'errore sulla legge penale<sup>(12)</sup>), si deve ritenere la piena operatività del divieto, con conseguente ina-

---

<sup>(12)</sup> Cass., 10 marzo 2016, E.F. ed altri, in *Foro it.*, 2016, II, c. 286; in *Dir. pen. e processo*, 2016, p. 1085, con nota di A. MADEO, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità. Contra*, L. D'AVACK, *Maternità surrogata: un divieto «inefficace»?», in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 157, per il quale «le attività compiute in Italia possono ben essere qualificate come parte dell'azione, ex art. 6, comma 2, c.p.»; App. Messina, 18 luglio 2016, S. ed altro,*

zionabilità, per contrarietà all'ordine pubblico, di qualsiasi provvedimento straniero che riconosca eventuali diritti ad essa connessa, quali, ad esempio, la richiesta del compenso pattuito o l'esecuzione di obblighi previsti dal relativo contratto<sup>(13)</sup>; *b*) viceversa, il riconoscimento verso il nato delle situazioni giuridiche soggettive connesse allo stato di figlio, trattandosi di diritto fondamentale espressamente riconosciuto dalla Costituzione italiana (artt. 30 e 31) e dalla C.d.f.U.E. (art. 24), va visto esclusivamente in ottica filiale<sup>(14)</sup>.

Se si ritenesse diversamente, confondendo i due profili, si arriverebbe alla assurda conseguenza di discriminare i nati nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione. Ciò significherebbe considerare il nato come soggetto alle conseguenze giuridiche del reato o, più precisamente, come oggetto delle stesse: ragionando per assurdo, infatti, egli o, se si preferisce, la sua posizione giuridica (ma la sostanza non muta, vertendosi in tema diritti fondamentali, come tali personalissimi) verrebbero equiparati ad un "prodotto

---

letta in originale, che riforma la pronuncia di primo grado, ritenendo che «l'art. 12 nel suo complesso non abbia inteso sanzionare penalmente i genitori che pure abbiano avuto un ruolo nel compimento delle varie pratiche vietate dalla legge, anche perché la pena pecuniaria prevista (...) appare incongrua se rapportata ai privati». È interessante notare come, al contrario, pur nella vigenza del divieto di procreazione eterologa non fosse punibile il donatore e chi facesse ricorso alla donazione di gameti, a mente dell'8° comma dello stesso art. 12. Sul profilo, più ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 139 ss.

<sup>(13)</sup> Sui profili negoziali, di recente, A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018, p. 103 ss.

<sup>(14)</sup> Cfr. V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 10; M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, in *Articolo29.it*, p. 7; Corte EDU, 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*; Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cui espressamente rinvia Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, cit., ribadendo che l'ordine pubblico «non può passare come una carta bianca per giustificare qualsiasi misura, poiché incombe sullo Stato l'obbligo di farsi carico dell'interesse superiore del bambino, indipendentemente dalla natura del legame parentale, genetico o di diverso titolo»; Corte EDU, G.C., 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*; Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit., alla luce del precetto di cui all'art. 23, reg. n. 2201/2003, il quale «stabilisce espressamente che la valutazione dell'ordine pubblico deve effettuarsi tenendo conto del preminente interesse del minore».



del reato”, che costituisce il risultato, il frutto direttamente ottenuto dal colpevole a seguito dell’attività illecita, cioè la “cosa” proveniente dal reato stesso<sup>(15)</sup>, e che, nel nostro sistema, si riferisce soltanto ai beni materiali, inerendo essenzialmente alla confisca (art. 240 c.p.), cioè ad una misura di sicurezza a carattere patrimoniale.

Al di là dell’accostamento, sicuramente forte ma emblematico, è evidente che i diritti del nato riconducibili all’ordine pubblico costituzionale non possono essere condizionati dalla circostanza che la gestazione sia avvenuta con modalità contrarie all’ordine pubblico discrezionale. In termini più espliciti, la prima tipologia di ordine pubblico, prevalente su quella derivante da discrezionalità legislativa, impone di ritenere che un’eventuale limitazione dei contenuti dello stato di figlio (e quindi dei diritti fondamentali ad esso connessi) possa avvenire soltanto nell’interesse del minore, del resto in linea con il disposto dell’art. 24 C.d.f.U.E., secondo cui in tutti gli atti relativi al minore stesso, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, il suo interesse superiore deve essere considerato preminente.

Una diversa interpretazione, che non tenga conto di un ordine pubblico differenziato, si porrebbe in contrasto anche con l’art. 67, 1° comma, T.f.U.E. La norma, peraltro espressamente richiamata dalle S.U. a sostegno della nozione di ordine pubblico accolta<sup>(16)</sup>, costruendo lo spazio giuridico interno sul «rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri», pone al centro del sistema proprio i predetti diritti fondamentali dell’individuo (a cui si aggiungono gli ordinamenti giuridici e le tradizioni domestiche), con la conseguenza che l’ordine pubblico interno, in rapporto di autonomia ma anche

---

<sup>(15)</sup> V. ad esempio, di recente, Cass., 16 dicembre 2014, Li.Ma., in *leggiditalia.it*; e Cass., 24 ottobre 2013, A.G., *ivi*, che altresì distinguono il prodotto dal profitto, rappresentato dal lucro, ossia dal vantaggio economico che si ricava dalla commissione del reato, e, infine, dal prezzo, riferito al compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a delinquere, riprendendo l’orientamento inaugurato da Cass., S.U., 3 luglio 1996, C., in *Foro it.*, 1997, II, c. 404, con nota di G. CANZIO, *Patteggiamento e confisca: ancora un intervento delle Sezioni Unite*.

<sup>(16)</sup> Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.: § 6 della parte motiva.

di coesistenza con quello dell'Unione<sup>(17)</sup>, dev'essere improntato al loro pieno rispetto. In altri termini, ci sembra che sull'applicazione delle situazioni giuridiche soggettive inerenti lo stato della persona non vi può essere alcuna differenziazione operata da una legge interna, che, inevitabilmente, creerebbe una discriminazione non giustificabile (cfr. Parte II, T.f.U.E.).

Ma l'approccio fondato sulla prospettiva del nato e del suo diritto fondamentale ad acquisire uno stato di figlio in grado di offrire una tutela più ampia possibile, si giustifica anche sotto altro profilo.

Nella prospettiva genitoriale, vi sono differenze rilevanti tra omoaffettività maschile e femminile: mentre nella prima il ricorso alla g.p.a. è – almeno oggi – necessario, in quella femminile è soltanto possibile, qualora entrambe le partecipanti al progetto procreativo non possano o non vogliano assumere il ruolo di gestante. Ma è evidente che nell'ottica filiale, almeno tendenzialmente, occorre assicurare una uniformità di trattamento tra soggetti: il nato non può essere discriminato sul piano giuridico, con particolare riferimento ai propri diritti fondamentali, dalla circostanza di essere parte di un diverso progetto procreativo, sulla base del sesso dei genitori e dell'orientamento sessuale di questi.

Il principio enunciato, del resto, è conforme anche al sistema riservato dall'ordinamento italiano all'attribuzione della genitorialità. Al contrario che in altri Paesi, in cui, riguardo alla maternità, si attribuisce una rilevanza decisiva alla gestazione e alla riferibilità del parto, il nostro legislatore ha correttamente compiuto scelte differenti, non esistendo una specifica disposizione in tal senso e, quindi, un principio di ordine pubblico correlato. Viceversa, da una lettura sistematica dell'art. 269 c.c., si ricava che – contrariamente a quanto affermato dai ricorrenti come tesi difensiva, riportata nella ricordata ordinanza di rimessione resa nella fattispecie che ci occupa<sup>(18)</sup> – la riferibilità

---

<sup>(17)</sup> Cfr., in maniera specifica, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, spec. p. 350 ss.; in giurisprudenza, Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.: § 6 della parte motiva.

<sup>(18)</sup> Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, cit., § 2.5.8, che riporta la tesi del P.G. App. Trento e del Ministero degli Interni, secondo cui soltanto la nozione di padre rimarrebbe alla sola relazione costituita dalla discendenza genetica, sicché non sarebbe possibile la coesistenza di due.

del parto costituisce soltanto un mezzo di prova della maternità, sempre superabile dal controllo della discendenza genica (2° comma, a mente del quale la paternità, ma anche la maternità, si provano con ogni mezzo)<sup>(19)</sup>.

La stessa Corte costituzionale nell'ultimo rilevante arresto, proprio con riguardo alla maternità, ha in via ermeneutica ribadito l'importanza della verità biologica della generazione, che si esprimeva nella fattispecie concreta nell'impugnazione del riconoscimento operato dalla donna per difetto di discendenza ingenerata<sup>(20)</sup>. Infatti, qualora vi fosse stata corrispondenza genetica tra il nato

---

<sup>(19)</sup> Il principio è chiaramente e correttamente esplicitato in Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit. In dottrina, sia consentito rinviare a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 351 ss., spec. p. 391 ss.

<sup>(20)</sup> Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., ove si esclude, con riferimento alla contestata maternità e al rilevante interesse del minore allo stato di figlio, che l'accertamento della verità biologica e genetica costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento, pur esistendo un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione. Il principio della rilevanza della verità biologica, del resto, ha di recente caratterizzato l'attività della Consulta, che ha riconosciuto la possibilità di accedere alla ricerca della predetta verità, con effetti acquisitivi o privativi dello stato, attraverso la rimozione di condizioni di ammissibilità dell'azione e di limiti alla ricerca della prova: per un quadro generale, A. SASSI, *La filiazione tra responsabilità e favor veritatis*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, cit., p. 438 ss.; più specificamente, in relazione all'ammissibilità della dichiarazione giudiziale di genitorialità per il figlio nato fuori del matrimonio, Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Giur. it.*, 2006, p. 2242; in *Foro it.*, 2006, I, c. 966; in *Notariato*, 2006, p. 250; in *Fam. e dir.*, 2006, p. 237, con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore*; in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 403, con nota di G.F. BASINI, *La morte del Minotauro: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c.*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 497, con nota di V. CARBONE, *Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio*; in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 503, con nota di A. D'ALESSIO, *Quali prospettive per il giudizio di riconoscimento della paternità e maternità dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 50/2006?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 172, con nota di A. ASTONE, *La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: solo l'interesse del minore può impedire la ricerca della paternità biologica*; riguardo alla prova della discendenza, Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Guida dir.*, 30/2006, p. 30, con nota di M. FIORINI, *Disconoscimento di paternità: prove genetiche senza più dimostrare l'adulterio della moglie*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 1367, con nota di V. CARBONE, *Basta la prova del Dna e non più l'adulterio per disconoscere la paternità*; in *Fam. e dir.*, 2006, p. 461, con nota di E. BOLONDI, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*; in *Giur. it.*, 2007, p. 1381; in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 628, con nota di M.D. BEMBO, *Prova dell'adulterio e in-*

e la madre giuridica, l'impugnazione non avrebbe sicuramente avuto esito, essendo provata la discendenza a prescindere dalle circostanze della nascita<sup>(21)</sup>: come ricordato, il più recente orientamento della S.C. correttamente ritiene che la riferibilità del parto costituisce, non già il criterio di attribuzione della maternità, ma soltanto un mezzo di prova della discendenza, sempre superabile attraverso la prova ematogenetica, unica idonea ad accertare inequivocabilmente la verità biologica (artt. 269, 2° e 3° comma, c.c.)<sup>(22)</sup>.

### 3. — *L'accertamento di stato quale strumento di tutela della persona.*

Ciò detto, occorre verificare se l'inquadramento sistematico prospettato, teso a differenziare le aspettative del nato dalle modalità di procreazione

---

*dagini ematogenetiche: la svolta della Consulta*, che ha parzialmente dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 235 c.c., poi abrogato dall'art. 106, d.lg. n. 154/2013, relativo al disconoscimento di paternità, nella parte in cui subordinava la prova diretta del Dna a quella indiretta dell'adulterio: v. A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2° ed., Milano, 2013, p. 264 ss.; e, per i profili attuali, ID., *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 250 ss.; sull'importanza dell'accertamento veridico della discendenza nella realtà attuale, G. CHIAPPETTA, P. GAUDIO, V. VITTORIO, F. MANDATO, A. DE RASIS, L. GRAVINA e M. LOIRA, *Gli status filiationis ed il favor veritatis*, in G. CHIAPPETTA (a cura di), *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le corti*, Napoli, 2011, spec. p. 355 ss.

<sup>(21)</sup> In questo caso, diversamente da quanto sostenuto (G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, cit., p. 451, seguita da M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, cit., p. 5), discutendosi della veridicità della discendenza e della conseguente rimozione degli effetti dell'accertamento risultante dall'atto di nascita formato all'estero e trascritto in Italia, lo strumento dell'azione di stato appare essere stato correttamente impiegato, essendo l'unico in grado di fornire un accertamento poizore (suscettibile di giudicato) e, come tale, soggetto a regole peculiari, poste a presidio, non solo della verità biologica, ma anche dello stato acquisito e dell'affettività; viceversa, lo strumento della rettificazione (art. 95, d.P.R. n. 396/2000) soccorre relativamente al procedimento di registrazione, cioè, ad esempio, allorché occorre decidere se procedere a registrare o meno l'atto formato all'estero, ovvero se registrarlo solo parzialmente: cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 24 ss., 63 (nt. 136), 163 s., 232 ss., 370.

<sup>(22)</sup> Sul punto, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 391 ss., spec. p. 392 s.; Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.; Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

e/o di gestazione, si inserisce coerentemente nel sistema di accertamento della filiazione, come risultante dall'introduzione della l. n. 40/2004 e dalle modifiche di recente apportate dalla l. n. 219/2012 e dal d.lgs. n. 154/2013, disciplina su cui, per scelta del compilatore, non ha inciso l. n. 76/2016, dettata in materia di unioni civili.

L'indagine merita di essere svolta sotto tre profili strettamente interrelati: *a)* teleologico; *b)* sistematico; *c)* relativo al diritto fondamentale alla genitorialità.

*Sub a)*, va evidenziata la funzione svolta nell'ordinamento attuale dall'accertamento della filiazione. Esso porta a compimento il sistema civile posto a protezione della persona umana, che trova attuazione secondo tre livelli, a seconda dell'attività giuridica compiuta in merito all'esistenza della persona stessa e ai suoi rapporti con altri soggetti cui è legata da discendenza biologica o affettiva.

Così, esiste: 1) una tutela di base derivante dalla nascita come fatto giuridico e, quindi, dal venire ad esistenza da parte del nuovo soggetto, che, in quanto tale, gode dello statuto della persona umana previsto dalle Convenzioni internazionali e dalle Costituzioni dei vari Stati, nonché dalle fonti primarie di quei sistemi che realizzano l'integrazione regionale, come quello dell'Unione Europea; 2) una tutela connessa all'accertamento della nascita e all'iscrizione del nato nei registri dello stato civile, di modo che l'evento nascita sia noto nell'ambito del sistema dato, così da attribuire i segni distintivi della persona e dare concreta attuazione al principio della capacità giuridica, enunciato nell'ordinamento italiano dall'art. 1 c.c., oltre a consentire l'accesso agli strumenti sociali predisposti per i residenti nel Paese; 3) una tutela legata all'accertamento della discendenza (biologica o affettiva), a seguito del quale il nato diviene giuridicamente figlio di uno o due soggetti determinati, verso i quali egli ha i diritti derivanti dall'esistenza dello *status* di filiazione<sup>(23)</sup>.

---

<sup>(23)</sup> Ci permettiamo di rinviare a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 7 ss. La tutela differenziata a seconda della posizione giuridica del nato non è certo cosa nuova e affonda le proprie radici nella cultura giuridica europea sin dal diritto attico, ove la personalità si acquisiva successivamente alla nascita con la partecipazione alla vita sociale, che principiava essenzialmente con l'attribuzione del nome: cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 510 ss.

Tale approdo muove da lontano, da quella dottrina che, a partire dalla metà degli anni sessanta del secolo scorso, assegnando una valenza particolare ai titoli costitutivi dello stato giuridico, attribuiva al concetto di *status* il significato e la funzione attuali di tutela della persona, contribuendo così in maniera determinante a superare le tesi che lo vedevano piuttosto come espressione ed attuazione di un interesse pubblico assoluto, a tutela essenzialmente dell'unità e del patrimonio della famiglia legittima<sup>(24)</sup>. In sostanza, lo *status* costituisce il fondamento dello statuto della persona umana: in mancanza di esso le situazioni giuridiche che ad essa si sogliono normalmente riferire non possono trovare concreta attuazione.

*Sub b)*, la riforma del 2012-2013, attraverso la parificazione dello stato giuridico dei figli (art. 315 c.c.), ha definitivamente consacrato la costruzione dello *status* come non più fondato sull'appartenenza ad un gruppo familiare, ma derivante dal riconoscimento di una o più relazioni intersoggettive, da cui discende la relativa legittimazione (c.d. individualismo dello *status*)<sup>(25)</sup>.

La richiamata costruzione giuridica, del resto, è diretta conseguenza dei mutamenti che percorrono la società in merito ai concetti di famiglia e genitorialità. Oggi, infatti, il diritto alla discendenza prescinde, non solo dalla formazione di una famiglia, ma anche dall'instaurazione di legami con chichessia, essendo il genitore tale a prescindere dai rapporti praticati, dal suo orientamento sessuale, dal fatto che (giuridicamente) esista un altro genitore di sesso diverso o dello stesso sesso.

In altri termini, la nozione di relazione di coppia è profondamente mutata sia sul piano sociale che su quello giuridico. Il mutamento è avvenuto in almeno due direzioni fondamentali strettamente interrelate: 1) l'indebo-

---

<sup>(24)</sup> A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, spec. p. 171 ss.; sino ai recenti ID., *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 145 ss.; ID., *La filiazione*, cit., spec. p. 251 ss.; e, dopo la riforma del 2012-2013, ID., *La riforma dello status di filiazione*, cit., p. 245 ss.; ID., *I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012*, in R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013, spec. p. 12 ss.

<sup>(25)</sup> Sull'evoluzione del concetto di *status*, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 67 ss.

limento della eterosessualità come fondamento di una relazione; 2) la non necessità di prole ai fini della serietà del vincolo coniugale, essendo il legame non più fondato sul progetto procreativo ma sull'affettività e non essendo più sentito il primo come il fine ultimo dello stare insieme<sup>(26)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Cfr. A. PALAZZO, *Eros e Jus*, Milano-Udine, 2015, *passim*; sugli aspetti di carattere sociologico, C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2016, spec. p. 60 ss., la quale sottolinea, tra l'altro, come nell'odierna realtà la mancanza di figli non toglie valore alla coppia.

Viceversa, nell'evoluzione della nostra cultura, l'esigenza di assicurare una discendenza è preminente, consentendo la perpetuazione della specie, quindi, della comunità familiare e, in prospettiva più ampia, della società civile. È quanto si ricava dall'analisi del pensiero su cui fondano le radici della civiltà giuridica che ci appartiene: Aristotele (*Etica Nicomachea*, VIII, 14, 1162a, 15, trad. italiana con introduzione e note di C. Natali, 3<sup>a</sup> ed., Roma-Bari, 2003, p. 347), a proposito del concetto di "amicizia", considera la comunità familiare, fondata sulla naturale inclinazione del genere umano all'accoppiamento ai fini della perpetuazione della specie, come presupposto necessario per la nascita e lo sviluppo della città e, quindi, dello Stato. Ma tali concetti si rinvergono in generale in tutto il panorama dell'analisi dell'esistenza umana, da Platone (nelle opere della maturità) a Kelsen: entrambi, infatti, considerano la relazione omosessuale come "asociale", e il secondo, studiando le teorie di Freud, giunge ad affermare che detta relazione, se recepita in una norma positiva, finirebbe con l'impedire la sopravvivenza della società (v., sul punto, le importanti analisi di A. PALAZZO, *Omoaffettività e jus in Italia e in Europa*, in questa *Rivista*, 2014, p. 45 ss.; ID., *Eros e Jus*, cit., p. 12 s.). Del resto, il matrimonio cristiano, «che non senza difficoltà comincia ad entrare nell'uso del Duecento», è visto come il tentativo di porre rimedio alla concupiscenza e la copula tra uomo e donna è accettata al fine della procreazione [così J. LE GOFF, *Il corpo nel Medioevo*, trad. italiana di F. Cataldi Villari, 2<sup>a</sup> ed., Roma-Bari, 2008, p. 27; preziosi spunti di riflessione si rinvergono negli studi di altri storici, soprattutto francesi, che si sono occupati della questione: G. DUBY, *I peccati delle donne nel Medioevo*, trad. italiana di G. Viano Marogna, 5<sup>a</sup> ed., Roma-Bari, 2008, p. 105 ss.; ID., *Medioevo maschio. Amore e matrimonio*, trad. italiana di M. Garin, Roma-Bari, 1988; v. anche G. DUBY, M. PERROT (a cura di), *Storia delle donne*, II, *Il Medioevo* a cura di C. Klapisch-Zuber, trad. italiana, 8<sup>a</sup> ed., Roma-Bari, 2009, ove, in particolare, i contributi di C. CASAGRANDE, *La donna custodita*, p. 98 ss.; P. L'HERMITE-LECLERCQ, *Le donne nell'ordine feudale*, p. 265 ss.; C. FRUGONI, *La donna nelle immagini, la donna immaginata*, p. 424 ss.]. In effetti, sino al secolo XI la Chiesa si era adeguata all'assunto secondo cui "consensus fecit nuptias, non concubitus", ma in seguito – con la riforma gregoriana [operata da Papa Gregorio VII (1073-1083)] e della conseguente netta distinzione della comunità in chierici e laici, ribadita e approfondita nel I Concilio Lateranense del 1123, nonché del recepimento del modello di matrimonio in uso presso i popoli germanici (longobardi *in primis*), pervaso dall'idea di sottomissione della donna, il cui consenso non aveva valore – si fa strada una diversa concezione, secondo la quale, oltre alla manifestazione del consenso, è necessaria la *copula carnalis* (cfr. ancora J. LE

Da tutto ciò deriva l'irrelevanza dello stato giuridico del genitore e dei suoi orientamenti di vita privata e familiare sulla posizione del figlio, che è

---

GOFF, *Il corpo nel Medioevo*, cit., p. 28 ss.). Il principio, del resto, è affermato esplicitamente da Graziano nella *quaestio* II della *Causa XXVII* del Decreto, che distingue tra *matrimonio iniziato* (che sorge col consenso) e *matrimonio rato* (che si stabilisce, invece, col successivo intervento della copula, portando così a completamento la fattispecie sul piano giuridico): v. M. MECONCELLI, *La posizione di Graziano sul matrimonio*, in F. REALI (a cura di), *Graziano da Chiusi e la sua opera. Alle origini del diritto comune europeo*, (Edizioni Lui) Chiusi, 2009, p. 223 ss., spec. p. 226 ss. La costruzione sopra richiamata è stata integralmente recepita dall'ordinamento canonico nel *codex* del 1917, che collocava il fine della procreazione al centro del sistema matrimoniale (can. 2013); costruzione in parte superata dal nuovo *codex* del 1983, che pone sullo stesso piano il *bonum coniugum* e la *generatio atque educatio proles* (can. 1055): v. ancora A. PALAZZO, *Eros e Jus*, cit., p. 29 ss. E un tale modello di matrimonio è alla base della cultura giuridica europea, come si ricava anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana [Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1361, con note di R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, e *ivi*, c. 1701, con nota di M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempo)*; in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2010, p. 979; in *Fam. e dir.*, 2010, p. 653, con nota di M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*; in *Giur. it.*, 2011, p. 537, con nota di P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*; in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 179, con nota di F.R. FANTETTI, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso*] e della Corte di giustizia dell'Unione [cfr., in particolare, Corte giust., 31 maggio 2001, C-122/99 e C-125/99, in *Racc.*, 2001, I-04319, nella quale si afferma che «l'equiparazione, del resto incompleta, dell'unione stabile registrata al matrimonio in un numero limitato di Stati membri non può avere quale conseguenza di ricomprendere, per via semplicemente interpretativa, nella nozione statutaria di “funzionario coniugato” persone soggette a un regime di diritto distinto dal matrimonio», su cui A. PALAZZO, *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, in A. PALAZZO, A. PIERETTI (a cura di), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Roma-Perugia, 2011, p. 73 s.].

L'elemento procreativo, quasi sempre unitamente all'intimità della coppia, appartiene alla normalità del matrimonio in svariate culture, anche differenti. Ma il primo prescinde dalla seconda ed è sempre rilevante anche ai fini della discendenza: in talune realtà africane la moglie avrà figli al di fuori del rapporto coniugale essendo il marito impegnato altrove per l'attività guerresca, si potrà sposare simbolicamente con un uomo che porti il nome del marito morto senza lasciare eredi, ovvero ha la possibilità di comprare una donna che abbia figli da attribuire al defunto marito; si ammette l'incesto, consentendo al cadetto del defunto di prenderne il posto, ma i nuovi nati saranno figli dello scomparso (c.d. levirato), o all'ultragenita di subentrare nel rapporto coniugale alla moglie prematuramente scomparsa (c.d. sororato). Su tali interessanti aspetti, R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, p. 254 ss.; v. anche C. SARACENO, *Coppie e famiglie*, cit., p. 71.



tale sulla base di una relazione intersoggettiva che prescinde dall'esistenza di altri rapporti, ormai non più causa legittimante, ma mera conseguenza dell'accertamento dello stato (art. 74 c.c.).

*Sub c)*, il diritto alla genitorialità è un diritto della personalità che trova fondamento diretto e tutela costituzionale negli artt. 2 e 30 Cost.<sup>(27)</sup>. In particolare, ai sensi del citato art. 30, 1° comma, che lo connota come «dovere e diritto dei genitori», esso può configurarsi sotto un duplice profilo: 1) il diritto dell'adulto, che, a sua volta, si esplica in due modi contrapposti, positivo e negativo: quello ad avere una prole (anche indipendentemente dalla trasmissione dei propri geni), così da realizzare completamente la propria personalità e appagare il desiderio di paternità o maternità; quello della madre alla non genitorialità (che spiega effetto anche nella sfera giuridica del padre), tramite l'accesso alla interruzione volontaria della gravidanza ai sensi della l. 22 maggio 1978, n. 194, o l'esercizio dell'anonimato; 2) il diritto del figlio, per il suo pieno sviluppo, ad instaurare relazioni affettive durature con un genitore (diritto alla genitorialità), o meglio ancora con entrambi i genitori (diritto alla bigenitorialità), che debbono assicurargli mantenimento, istruzione ed educazione adeguati.

E proprio nella prospettiva filiale è fortemente orientato l'impianto della nostra Carta fondamentale agli artt. 2 e 30, che possiedono contenuto precettivo laddove impongono ad entrambi gli autori della procreazione l'attuazione del diritto fondamentale del "nato" ad essere "figlio". Questo, infatti, ha interesse a crescere con i genitori – secondo quanto dispone il citato art. 30 – preferibilmente biologici, ovviamente in un ambiente sano, che consenta uno sviluppo pieno della sua personalità e inclinazioni, come, del resto enunciato anche nel Titolo I della l. adozione<sup>(28)</sup>. Il limite alla bige-

---

<sup>(27)</sup> V. sul punto, ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 15 ss. e 46 ss.

<sup>(28)</sup> Cfr., di recente, Cass., 9 giugno 2017, n. 14436, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2291: la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva omesso di considerare la capacità di recupero genitoriale del padre biologico anche quando le condizioni abitative ed economiche di questo erano migliorate e si erano avviate verso una condizione di stabilità, orientandosi in ogni caso verso la dichiarazione di adottabilità.

nititorialità è dato dall'interesse preminente del figlio<sup>(29)</sup>.

Ciò posto, attualmente l'accertamento della filiazione prescinde dalla rigida dicotomia – che per decenni ha costituito il fondamento del sistema – tra filiazione biologica, basata sulla discendenza ingenita, e filiazione adottiva, incentrata sull'affettività e sulla necessità per il minore di crescere in un ambiente familiare sano. Oggi, infatti, la verità biologica, sebbene sia il preminente, non è più il criterio esclusivo per l'accertamento diretto della filiazione<sup>(30)</sup>, alla luce del mutato quadro normativo e dei fondamentali arresti del giudice delle leggi e di quello di legittimità.

Sotto il profilo delle fonti, da un lato, l'introduzione della l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita (artt. 8 e 9) ha dato ingresso alla possibilità di costituire in via diretta lo stato di figlio a prescindere dalla tra-

---

<sup>(29)</sup> Ancora una volta è il diritto dell'Unione Europea a costituire il fondamento di questa situazione soggettiva patrimonialmente neutra. Il richiamato art. 24 C.d.f.U.E., al 3° comma, sancisce il diritto del minore ad intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori e il reg. n. 2201/2003 si preoccupa di assicurare il rispetto di tale diritto nella crisi dei rapporti familiari. L'importanza di garantire il diritto alla bigenitorialità del figlio si rinviene soprattutto in quei casi, sempre più frequenti, in cui uno solo dei genitori possiede la cittadinanza dell'Unione (o altro stato giuridico che ne consenta la permanenza all'interno dei confini). In proposito, la Corte di giustizia, in applicazione della c.d. "clausola Zambrano" [su cui, ampiamente, R. CIPPITANI, *Libre circulación de los miembros de la familia en la interpretación del Tribunal de Justicia*, in *Urbe et ius*, 14 (2015), p. 81 ss. (consultabile anche in *urbeetius.org*)], ha anche di recente ribadito l'esigenza per il minore di accedere ad un rapporto affettivo con entrambi i genitori, anche qualora l'esercizio della responsabilità genitoriale venga comunque assicurata dal genitore cittadino: Corte giust., G.S., 10 maggio 2017, C-133/15, in *leggiditalia.it*. Sull'applicazione di questi principi nell'ordinamento italiano, anche alla luce del d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 (conv. in l. 13 aprile 2017, n. 46) per la protezione internazionale e il diritto all'unità familiare dei cittadini stranieri, nonché del reg. UE n. 603/2013 (c.d. regolamento di Dublino), M. ACIERNO, *Le novità introdotte dal d.l. n. 13 del 2017 convertito nella l. n. 46 del 2017 nei giudizi riguardanti la protezione internazionale e il diritto all'unità familiare dei cittadini stranieri*, in *Giudice donna*, 1/2017, consultabile in *giudicedonna.it*.

<sup>(30)</sup> La dottrina più autorevole già da tempo ha posto l'attenzione sulla "scelta" come strumento tecnico di attribuzione della genitorialità: E. DEL PRATO, *La scelta come strumento giuridico di filiazione?*, in *Famiglia*, 2001, p. 1035 ss., ora in ID., *Lo spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016, p. 487 ss.; ID., *Intento e procreazione*, in *dimt.it/2014*, ora in ID., *Lo spazio dei privati*, cit., p. 577 ss.

smissione di geni anche al di fuori delle ipotesi di adozione<sup>(31)</sup>, e, dall'altro, la "scelta" nella costituzione dello stato di filiazione è attribuita al genitore soltanto in prima battuta (e soprattutto alla madre, attraverso l'esercizio del diritto all'anonimato o, se coniugata, attraverso la possibilità di dichiarare il figlio come matrimoniale o meno, impedendo in quest'ultimo caso il funzionamento del sistema di matrimonialità di cui agli artt. 231 e 232 c.c.), mentre è soltanto il figlio che, a tutela della sua affettività e della propria identità, rimane l'unico legittimato senza limiti di tempo all'accertamento della verità biologica<sup>(32)</sup>. Qualora lo stato giuridico non corrisponda per qualsivoglia ragione a quello biologico, soltanto quest'ultimo (se minore di età, rappresentato nelle forme previste dalla legge) è arbitro del proprio destino, compiendo un personale bilanciamento tra più interessi fondamentali tutelati dal sistema, quali quello alla verità biologica, ma anche l'altro a mantenere lo stato acquisito e, dunque, rapporti sociali e affettività consolidati. Le azioni di stato, siano esse volte all'accertamento diretto della filiazione o a quello indiretto, sono tutte imprescrittibili riguardo al figlio, che può decidere in qualsiasi momento di mutare il proprio stato giuridico verso l'adulto<sup>(33)</sup>, o di

---

<sup>(31)</sup> Come abbiamo avuto occasione di sottolineare (S. STEFANELLI, *Atto di nascita formato all'estero e genitorialità omosessuale*, in *Articolo29.it*), l'espreso consenso è titolo della filiazione ex artt. 8 e 9, l. n. 40/2004 anche rispetto alle coppie omosessuali, nonostante a queste difetti, come osservava Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, cit., la potenzialità procreativa, e, dunque, non potrebbe discutersi, per costoro, di sterilità o infertilità. La prospettiva determinante non è, infatti, quella dei diritti della coppia, ma quelli del nato «nei confronti di chi si sia liberamente determinato ad accoglierlo» (Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3042; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 53, con nota di E. PALMERINI, *Il disconoscimento di paternità del nato da fecondazione eterologa*), diritti che non tollerano disparità di trattamento in ragioni delle condizioni e dell'orientamento sessuale dei genitori, in quanto presidiati, come ha insegnato la stessa Consulta, non solo dall'art. 29, ma anche dall'art. 2 Cost.

<sup>(32)</sup> Sull'interesse del figlio a mantenere lo stato acquisito indipendentemente dalla rispondenza alla verità biologica, oltre alla recente Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., v. per la giurisprudenza di legittimità spec. Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Giur. it.*, 2017, p. 5; in *Foro it.*, 2017, I, c. 119; su cui F. SCIA, *Disconoscimento della paternità tra favor veritatis e interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 851 ss.

<sup>(33)</sup> In questo caso lo stato inveridico verso il genitore affettivo dev'essere rimosso, salvo il reclamo nelle ipotesi di cui all'art. 239, 1° e 3° comma c.c., tramite le azioni di disco-

acquistarlo se questo manca (accertamento diretto), ma anche legittimamente di conservarlo, obbligando il genitore biologico soltanto al mantenimento (accertamento indiretto, *ex art. 279 c.c.*)<sup>(34)</sup>.

Sul piano ermeneutico, il ruolo della Consulta, divenuto vieppiù rilevante a partire dalla fine degli anni novanta del secolo scorso, ha condotto nell'ultimo lustro al riconoscimento di un diritto alla genitorialità a tutto tondo, sia nella prospettiva filiale che in quella genitoriale, fondato sulla tutela del benessere e dell'identità personale, espressione generale del diritto all'integrità psico-fisica dell'individuo, diritto che trova esplicazione in talune precipe direzioni: *a)* conoscenza delle origini e ricerca della verità biologica; *b)* sviluppo della propria personalità, che nei confronti del genitore si risolve anche nella possibilità di avere una discendenza biologica o affettiva a prescindere dalla effettiva capacità di generare e dall'instaurazione di legami giuridici con chi, eventualmente, ha scelto di condividerne il progetto procreativo<sup>(35)</sup>.

Orientamento ribadito anche dal giudice di legittimità. Così, nell'adozione in casi particolari del figlio del partner *ex art. 44, lett. d)*, l'adozione nella coppia omoaffettiva (c.d. *stepchild adoption*) è il preminente interesse del minore alla costituzione dello stato nei confronti di un soggetto che lo accudisce e verso il quale si sono costituiti legami affettivi forti e duraturi ad aver guidato il giudice verso la corretta soluzione del caso<sup>(36)</sup>; nell'ipotesi in cui

---

noscimento *ex art. 243 bis c.c.* o di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ai sensi dell'art. 263 c.c., a seconda che la nascita sia avvenuta o meno in matrimonio.

<sup>(34)</sup> V., ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 15 ss. e 397 ss.

<sup>(35)</sup> V. ancora A. SASSI, *La filiazione tra responsabilità e favor veritatis*, cit., spec. p. 438 ss., ove si individuano due filoni di indagine: il primo riguarda l'accesso alla procreazione e la tutela della salute di gestante ed embrione, che ha portato ad incidere in modo sostanziale sulla l. n. 40/2004 attraverso l'eliminazione di numerosi divieti in essa contenuti, concernenti essenzialmente la diagnosi preimpianto e il diritto a divenire genitori anche in presenza di patologie o malformazioni che lo impediscono naturalmente; il secondo si riferisce propriamente alla costituzione del rapporto filiale e ai suoi effetti, e ha consentito il pieno sviluppo dell'identità della persona, che si esplica essenzialmente nella possibilità di ricerca della verità biologica, ma anche nella tutela del benessere psico-fisico dell'individuo, dell'affettività e della certezza dello stato acquisito.

<sup>(36)</sup> Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2342; in *Giur. it.*, 2016, p.

due donne, condividendo il progetto genitoriale, abbiano fornito l'una il materiale genetico e l'altra l'utero portando a termine la gestazione, è proprio la trasmissione dei geni a consentire il riconoscimento della piena genitorialità della prima, con la costituzione dello *status* in aggiunta a quello già esistente in capo alla partoriente ed esclusione dell'inquadramento della fattispecie nella gestazione per altri sul presupposto del comune programma procreativo<sup>(37)</sup>; nel caso di richiesta di rimozione dello stato inveridico è sempre l'accertamento del concreto interesse del minore (che va sempre e comunque valutato nelle azioni di stato) a dover condurre l'interprete verso una decisione che tenga conto di tutti gli interessi in giuoco, rigettando la domanda ablativa quando dal suo accoglimento possa derivarne un pregiudizio<sup>(38)</sup>; principio consacrato, a chiusura del processo ermeneutico disegnato dalla Cassazione, dalla stessa Corte costituzionale nell'ultima sentenza relativa alla

---

2573, con nota di A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità e rischi di eclissi della volontà legislativa*, e di I. RIVERA, *La sentenza della Corte di cassazione n. 21692/2016 e il superiore interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1203, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, e di L. ATTADEMO, *La "stepchild adoption" omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), L. n. 184/1983 e nella L. n. 218/1995*; in *Fam. e dir.*, 2016, p. 1025, con nota di S. VERONESI, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*.

<sup>(37)</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit. Il provvedimento della S.C., come in precedenza ricordato (§ 2), supera definitivamente la tesi secondo cui è soltanto la partoriente la madre giuridica del nato, correttamente affermando che la riferibilità del parto (art. 269, 3° comma c.c.) costituisce soltanto uno dei mezzi di prova della maternità – che può essere data con ogni mezzo, al pari di quella della paternità (art. 269, 2° comma, c.c.) – e non un principio fondamentale dell'ordinamento; assunto ribadito in motivazione, più di recente, da Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit..

<sup>(38)</sup> Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, cit.; quanto enunciato dalla sentenza rappresenta la sintesi della nostra concezione dell'accertamento dello stato di filiazione (seguendo A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. 251 ss.); questa la massima: la tutela dell'interesse concreto del minore è centrale anche nell'azione di disconoscimento della paternità ed in generale in quelle di stato, atteso che la ricerca della verità biologica (c.d. *favor veritatis*) non ha preminenza assoluta, in quanto, in un'ottica di bilanciamento, debbono garantirsi anche la certezza e la stabilità degli *status*, nonché i rapporti affettivi sviluppatasi all'interno della famiglia e l'identità così acquisita dal figlio, non necessariamente correlata al dato genetico, anche allorché l'azione sia stata proposta da un curatore speciale nominato dal p.m. Conf., Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1532.

contestata maternità del nato da g.p.a., che chiaramente attribuisce al giudice, chiamato a decidere del singolo caso, la scelta dello strumento giuridico più idoneo a realizzare l'interesse del nato alla costituzione dello stato di figlio, con esclusione dell'applicazione automatica delle norme sull'adozione in casi particolari, che costituisce soltanto uno dei possibili strumenti, peraltro ad efficacia limitata<sup>(39)</sup>.

In definitiva, attribuendosi rilevanza all'intersoggettività e alla volontà dei genitori e del figlio, con la nuova concezione viene meno la centralità del *favor veritatis* come insuperabile criterio di attribuzione della discendenza familiare, in modo da soddisfare in maniera il più possibile compiuta i suoi bisogni primari, che non è detto si realizzino sempre attraverso l'accertamento della discendenza biologica. In sostanza, la riforma ha aperto la strada all'applicazione da parte del giudice di più criteri di individuazione della genitorialità, che possono essere applicati secondo un minimo comune denominatore, rappresentato dall'interesse primario del nato. Quindi, e in ultima istanza, è proprio questo l'interesse avuto di mira dall'ordinamento, interesse che di volta in volta può essere attuato attraverso l'accertamento della verità biologica con effetti acquisitivi o privativi dello stato, o, di contro, mediante la tutela dell'affettività consolidata e/o dello stato attribuito, anche se da altri ordinamenti. Questo interesse, tutelato dal sistema e inerente ai diritti fondamentali dell'individuo, permea il principio di ordine pubblico costituzionale nella materia che ci occupa e rappresenta la guida che l'interprete deve seguire nella soluzione del caso concreto posto alla sua attenzione.

#### 4. — *La posizione del minore nella giurisprudenza costituzionale.*

Analizzato il quadro normativo attuale, occorre infine verificare se la soluzione prospettata a proposito di g.p.a. e ordine pubblico trovi conferma nell'attività del giudice delle leggi, con particolare riferimento al recente in-

---

<sup>(39)</sup> Come ha riconosciuto la stessa Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.: spec. § 4.3 della parte motiva. Sul punto, *infra*, § 4.

tervento originato proprio da un caso di impugnazione *ex art.* 263 c.c. del riconoscimento operato dalla madre affettiva in una vicenda che ha visto una coppia eterogenitoriale ricorrere alla g.p.a., realizzata in India attraverso ovodonazione<sup>(40)</sup>.

Dalla lettura delle ragioni giuridiche su cui la Consulta fonda la propria decisione si ricavano due principi fondamentali: *a)* la centralità dell'interesse del minore in tutte le procedure che lo riguardano; *b)* la non automaticità dell'esclusione dello stato acquisito dal nato da g.p.a. per contrarietà all'ordine pubblico discrezionale, esclusione che dev'essere sempre valutata dal giudice nel caso concreto, tenendo conto del primo principio.

*Sub a)*, è significativo il fatto che nella parte motiva, correttamente, la Corte costituzionale dedichi ampio spazio al profilo generale della rilevanza dell'interesse del minore nelle azioni di stato, relegando la questione della gestazione per altri alle righe finali: ciò evidenzia inequivocabilmente, in una interpretazione costituzionalmente orientata, la preminenza del richiamato interesse anche nella predetta modalità di gestazione, interesse che deve sempre guidare l'interprete nella soluzione del caso, pur in presenza dell'elevato grado di disvalore che l'ordinamento italiano riconnette ad essa.

*Sub b)*, il discorso è più complesso. Meritano particolare attenzione le affermazioni del giudice delle leggi, riportate in chiusura della parte motiva, che qualificano il bilanciamento tra interesse del minore e giudizio di riprovevolezza, riservato dal sistema alla gestazione per altri, come corretto approccio ermeneutico nella soluzione del caso concreto, in particolare indirizzando l'attività dell'interprete anche sul diverso strumento dell'adozione in casi particolari (artt. 44 ss., l. n. 184/1983). Detto strumento, tuttavia, consente la costituzione di un legame giuridico tra il nato e il genitore intenzionale dai contenuti meno pregnanti e più limitati: si tratta, infatti, di un'ipotesi che abbiamo definito di adozione "genitoriale", in cui – al contrario dell'adozione c.d. legittimante, piena o "parentale", ove il contenuto del rapporto filiale è speculare a quello del figlio biologico – l'adottato instaura rapporti giuridici soltanto con l'adottante e non riguardo ai parenti di

---

<sup>(40)</sup> Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

questo, mantenendo, al contempo, i rapporti con la famiglia di origine o la possibilità di costituirli<sup>(41)</sup>.

Il giudice si trova quindi ad operare un bilanciamento nella singola fattispecie vagliata tra due situazioni: da un lato, l'attuazione dell'interesse del minore alla genitorialità e, quindi, ad uno stato giuridico di figlio che gli assicuri una tutela più ampia possibile e, dall'altro, la limitazione del ricorso alla gestazione per altri come strumento generativo, limitazione conseguente all'ordine pubblico discrezionale. La prima, tuttavia, risulta essere sempre preminente anche nell'ottica della Corte costituzionale, come si ricava, sia dalla struttura della motivazione della sentenza, come detto tutta imperniata sulla rilevanza del richiamato interesse, sia, più specificamente, dai suoi contenuti, che ne ribadiscono l'importanza, con specifico riferimento alle fonti, anche di rango costituzionale, di diritto interno e sovranazionale.

Ciò detto, occorre stabilire quali criteri osservare per operare nella fattispecie concreta un corretto bilanciamento, nel rispetto delle fonti nazionali e sovranazionali.

Ci sembra che dalle affermazioni del giudice delle leggi e dai principi regolatori della materia, orientati quanto più possibile alla tutela del nato e all'attuazione del suo diritto a divenire "figlio", si possano ricavare alcune regole di applicazione pratica, distinguendo due ipotesi di gestazione per altri: *a)* una, compiuta in un Paese estero, nel rispetto delle norme poste dal sistema ivi presente; *b)* altra, potenzialmente realizzabile anche in Italia, al di fuori delle regole giuridiche.

*Sub a)*, in una interpretazione costituzionalmente orientata, non vi può essere dubbio sull'integrale recepimento della posizione vantata dal figlio in conseguenza della formazione del proprio atto di nascita secondo l'ordinamento estero<sup>(42)</sup>, sulla base del preminente interesse del minore al riconosci-

---

<sup>(41)</sup> A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 279 ss., spec. p. 343 ss.

<sup>(42)</sup> In questo senso, V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 10 s., il quale evidenzia (nt. 9) che, nel ragionamento della Consulta, la non meritevolezza riguarda il contratto di maternità surrogata onerosa, senza escludere il riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale straniero, ove pure esso trovi il suo presupposto in un



mento o al mantenimento dello stato giuridico verso il genitore intenzionale. Con il ricorso all'adozione genitoriale, gli si imporrebbe la costituzione di uno stato giuridico deteriore, in cui vengono meno i rapporti parentali con gli altri appartenenti al nucleo familiare (ascendenti o collaterali), senza alcuna possibilità (nemmeno teorica) di poter instaurare relazioni con l'autore o gli autori della procreazione, essendo precluso, nelle varie legislazioni, il riconoscimento di un legame giuridico sia verso i fornitori di gameti che verso la partorientente<sup>(43)</sup>: di conseguenza, il suo diritto alla genitorialità può essere attuato soltanto verso il genitore intenzionale e il mancato riconoscimento o la rimozione dello stato verso questi può avvenire soltanto quando dalla sua esistenza possa derivare un pregiudizio al figlio.

---

tale contratto. Aspetto che viceversa non coglie S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018, p. 95 s., sostenendo che l'interesse all'emersione alla verità della procreazione prevarrebbe sempre, impedendo la trascrizione dell'atto di nascita formato nei Paesi che consentono la g.p.a., in quanto mancherebbe «l'accertamento legale della genitorialità e non [sarebbe] stato ancora attribuito al minore alcuno stato». Cfr., nel senso opposto, l'orientamento della S.C., che, in sede penale, a conferma dei provvedimenti di merito, esclude il delitto di alterazione di stato nel caso di maternità surrogata, proprio con riferimento alla richiesta di trascrizione del titolo estero, perché la condotta si realizza quando lo stato è già costituito, appunto in forza dell'atto straniero: Cass., 10 marzo 2016, E.F. ed altri, cit., per la quale il ricorso all'estero alla g.p.a. non integra il reato di cui all'art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004, e la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita non integra quello di alterazione di stato in quanto detta richiesta si realizza nel momento in cui si è perfezionata l'efficacia costitutiva della dichiarazione di nascita all'estero; di conseguenza riconosce che è possibile costituire al nato lo *status* di figlio della coppia, attraverso la trascrizione del titolo. Tra i giudici di merito, cfr. Trib. Milano, 15 ottobre 2013, A.C. e S.B., in *penalecontemporaneo.it*, 2014; G.i.p. Trib. Trieste, 4 ottobre 2013, A e B, in *De Jure*, G.i.p. Trib. Trieste, 6 giugno 2013, C e D, in *biodiritto.org*; G.i.p. Trib. Varese, 8 ottobre 2014, U.C. e S.C., in *penalecontemporaneo.it*, con nota di T. TRINCHERA, *Maternità surrogata all'estero e responsabilità penale: il dibattito prosegue con una sentenza del Tribunale di Varese che si adegua ai principi espressi dalla Corte EDU e assolve gli imputati*. In dottrina, M. DEL TUFO, *Delitti contro la famiglia*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale, I, Tutela penale della persona*, Torino, 2014, p. 441. Per l'esclusione del delitto di alterazione di stato quando l'atto di nascita sia già formato, v. anche Cass., 24 ottobre 2002, P., in *Dir. pen. e processo*, 2003, p. 565, con nota di S. CORBETTA, *Successivo falso riconoscimento di figlio naturale: artt. 567 o 495 c.p.?*, in *Guida dir.*, 16/2003, p. 91. V. anche *retro*, § 1.

<sup>(43)</sup> Cfr. ancora A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 146 ss.

*Sub b)*, viceversa, l'interesse del minore alla genitorialità ben può essere efficacemente realizzato, almeno in via tendenziale, attraverso il ricorso all'adozione in casi particolari, che, non recidendo i rapporti ingenerati con la famiglia biologica, non preclude al nato un'eventuale ricerca della verità, consentendogli, allo stesso tempo, di soddisfare immediatamente il diritto alla genitorialità verso il genitore intenzionale.

La soluzione proposta appare coerente anche sul piano equitativo. È evidente che al ricorso alla gestazione per altri praticata legalmente, sebbene in uno Stato estero, deve conseguire anche nel nostro sistema la tutela prevista per chi ha ivi acquisito lo stato di figlio, tutela che il ricorso a pratiche illecite non può e non deve, almeno di regola, garantire in pari grado, fermo restando, anche in questa ipotesi, l'attuazione concreta dell'interesse del minore all'instaurazione di un rapporto giuridico di filiazione in grado di tutelarlo adeguatamente, poiché, se si ritenesse diversamente, si darebbe ingresso ad un esito sanzionatorio ricadente essenzialmente su un soggetto debole, che in nessun modo ha concorso a determinare il sorgere della situazione vagliata, ricreando quella automaticità dell'effetto ablativo che anche la Consulta ha in varie occasioni stigmatizzato<sup>(44)</sup>.

Del resto, come in precedenza rilevato, ciò che la dottrina più attenta (già prima dell'emanazione della l. n. 40/2004), con felice intuizione, ha definito "filiazione per scelta"<sup>(45)</sup>, cioè a dire fondata sull'intenzione e sulla volontà di divenire genitori, ha trovato ingresso legale nel nostro sistema – a tutela del figlio – nella procreazione eterologa (quasi sempre presente nella gestazione per altri, in cui la gestante ben difficilmente è madre biologica del nato). In sostanza, ora la responsabilità può fondarsi, oltre che sulla trasmissione genetica, anche su una scelta di affettività compiuta dal genitore, affettività rilevante per il diritto e posta dal sistema a fondamento del divieto di accertamento negativo contenuto nell'art. 9, l. n. 40/2004 e, specularmente, del

---

<sup>(44)</sup> Cfr., in particolare, Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit.; Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

<sup>(45)</sup> E. DEL PRATO, *La scelta come strumento giuridico di filiazione?*, cit., p. 1035 ss.

diritto del figlio ad acquisire lo stato su di essa fondato<sup>(46)</sup>.

In altri termini, il fatto che il sistema attuale, a tutela dell'interesse del minore, secondo il citato art. 9, l. n. 40/2004, attribuisca valenza all'affettività e all'intenzionalità anche al di fuori della filiazione adottiva, con possibilità di operare un accertamento diretto della filiazione verso il genitore intenzionale nella p.m.a., legittima un tale approccio ermeneutico in tutti i casi in cui il riconoscimento o il mantenimento giuridico del rapporto corrisponde all'interesse preminente del minore. Non essendo più soltanto la discendenza ingenita l'unico criterio per l'attribuzione diretta dello stato di figlio, come si è appena ricordato, la rigida distinzione tra filiazione fondata sulla generazione e filiazione adottiva basata sull'affettività è venuta meno, con la conseguenza che lo stato di figlio matrimoniale o non matrimoniale può oggi prescindere dalla trasmissione dei geni.

In definitiva, accertamento diretto della filiazione e adozione sono oggi meri strumenti costitutivi dello stato di figlio, che vanno sempre visti nell'ottica della concreta realizzazione del suo preminente interesse e debbono trovare alternativamente impiego nelle fattispecie concrete esclusivamente in vista dell'attuazione del predetto interesse.

---

<sup>(46)</sup> Si rinvia a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 359 ss. e 408 ss.

