



Papers di
**DIRITTO
EUROPEO**

www.papersdidirittoeuropeo.eu
ISSN 2038-0461

2023, n. 1

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Caterina Baruffi (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bergamo).

COMITATO DI DIREZIONE

Francesco Bestagno (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano; Consigliere giuridico presso la Rappresentanza permanente d'Italia all'UE); **Andrea Biondi** (Professor of European Law e Director of the Centre of European Law, King's College London); **Fausto Pocar** (Professore emerito, Università di Milano); **Lucia Serena Rossi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna; Giudice della Corte di giustizia dell'Unione europea).

COMITATO SCIENTIFICO

Adelina Adinolfi (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Firenze); **Elisabetta Bani** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Bergamo); **Matteo Borzaga** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Trento); **Susanna Cafaro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento); **Laura Calafà** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Verona); **Javier Carrascosa González** (Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia); **Luigi Daniele** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma "Tor Vergata"); **Angela Di Stasi** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Salerno); **Davide Diverio** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano); **Franco Ferrari** (Professor of Law e Director of the Center for Transnational Litigation, Arbitration, and Commercial Law, New York University); **Costanza Honorati** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano-Bicocca); **Paola Mori** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro); **Matteo Ortino** (Associato di Diritto dell'economia, Università di Verona); **Carmela Panella** (Ordinario f.r. di Diritto internazionale, Università di Messina); **Lorenzo Schiano di Pepe** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Alessandra Silveira** (Profesora Asociada e Directora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidade do Minho); **Eleanor Spaventa** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Bocconi" di Milano); **Stefano Troiano** (Ordinario di Diritto privato, Università di Verona); **Michele Vellano** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino).
Segretario: **Caterina Fratea** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona).

COMITATO DEI REVISORI

Stefano Amadeo (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Trieste); **Bruno Barel** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova); **Silvia Borelli** (Associato di Diritto del lavoro, Università di Ferrara); **Laura Carpaneto** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Marina Castellaneta** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bari "Aldo Moro"); **Federico Casolari** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Gianluca Contaldi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Macerata); **Matteo De Poli** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Padova); **Giacomo di Federico** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Fabio Ferraro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"); **Daniele Gallo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, LUISS Guido Carli); **Pietro Manzini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Silvia Marino** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Emanuela Pistoia** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo); **Francesca Ragno** (Associato di Diritto internazionale, Università di Verona); **Carola Ricci** (Associato di Diritto internazionale, Università di Pavia); **Giulia Rossolillo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Pavia); **Vincenzo Salvatore** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Andrea Santini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); **Cristina Schepisi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Parthenope"); **Martin Schmidt-Kessel** (Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Bayreuth); **Chiara Enrica Tuo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova).

COMITATO EDITORIALE

Diletta Danieli (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona); **Simone Marinai** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa); **Teresa Maria Moschetta** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma Tre); **Rossana Palladino** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno); **Cinzia Peraro** (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Bergamo); **Federica Persano** (Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Bergamo); **Angela Maria Romito** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari "Aldo Moro"); **Sandra Winkler** (Associato di Diritto della famiglia, Università di Rijeka).

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Isolde Quadranti (Documentalista, Centro di documentazione europea, Università di Verona).

I contributi sono sottoposti ad un procedimento di revisione tra pari a doppio cieco (*double-blind peer review*). Non sono sottoposti a referaggio esclusivamente i contributi di professori emeriti, di professori ordinari in quiescenza e di giudici di giurisdizioni superiori e internazionali.

Fascicolo 2023, n. 1

INDICE

Renzo Calvigioni <i>Le sezioni unite della Cassazione tra ordine pubblico e tutela del minore. Il ruolo dell'ufficiale dello stato civile nella trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero</i>	1
Diletta Danieli <i>Piattaforme di e-commerce e contraffazione di marchi: cambi di paradigma nel regime di responsabilità disciplinato dal diritto dell'Unione europea?</i>	23
Francesco Spera, Francesca Leucci <i>Soft to be strong: the use of bilateral soft law in the EU environmental external action</i>	45
Valeria Amenta <i>La qualificazione delle decisioni adottate dai rappresentanti dei governi degli Stati membri ai fini della loro sindacabilità: alcune osservazioni a margine delle sentenze gemelle della Corte di giustizia nei casi Ema ed Ela</i>	67
Approfondimenti del Master in Diritto ed Economia degli scambi internazionali (accreditato dalla Commissione europea come High-Quality Customs-Specific Study Programme)	
Cristian Lo Re <i>Origine delle merci: un'analisi comparata delle prove dell'origine preferenziale nel diritto doganale dell'UE</i>	97

Le sezioni unite della Cassazione tra ordine pubblico e tutela del minore. Il ruolo dell'ufficiale dello stato civile nella trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero

Renzo Calvigioni*

SOMMARIO: 1. Il caso oggetto della decisione. – 2. La sentenza della Cassazione a sezioni unite dell'8 novembre – 30 dicembre 2022, n. 38162. – 3. Nessun vuoto normativo a seguito delle decisioni della Consulta. – 4. L'assenso del genitore all'adozione: una soluzione interpretativa. – 5. La maternità surrogata è contraria all'ordine pubblico. – 6. Il superiore interesse del minore e la soluzione dell'adozione. – 7. Il ruolo decisivo dell'ufficiale dello stato civile. – 8. Conclusioni.

1. Il caso oggetto della decisione.

Il caso affrontato dalle Sezioni Unite aveva avuto inizio nel 2015, quando in Canada era nato un bambino nel cui atto di nascita veniva indicato solamente il padre genetico, cioè colui che aveva fornito i propri gameti, uniti nella fecondazione in vitro con l'ovocita di una donatrice: l'embrione era stato poi trasferito nell'utero di una diversa donna, non anonima, che aveva portato a termine la gravidanza e partorito il bambino. Nell'atto di nascita veniva riportata solamente la paternità, senza alcuna menzione della madre surrogata né della donatrice dell'ovocita, ma neanche dell'altro uomo, coniugato in Canada con il padre del neonato (entrambi cittadini italiani, matrimonio trascritto in Italia come unione civile¹), che pure aveva partecipato al progetto procreativo condiviso. Nel 2017, su ricorso della coppia, il giudice canadese riconosceva che i due uomini dovevano essere dichiarati entrambi genitori del bambino e disponeva la rettificazione dell'atto di nascita: la sentenza straniera veniva presentata dagli interessati all'ufficiale dello stato civile in Italia, affinché fosse riconosciuta e trascritta, così da riportare anche il genitore

* Titolare di posizione organizzativa presso il Comune di Corridonia, Macerata (Italia).

¹ Al riguardo, Corte di cassazione, sez. I civ., [sentenza del 14 maggio 2018, n. 11696](#) nella quale dopo aver chiarito che gli atti di matrimonio omosessuali avvenuti all'estero producono effetti nel nostro ordinamento secondo il regime di convertibilità previsto dalla [legge 20 maggio 2016, n. 76](#), recante regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, e dal [decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 7](#), recante modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76, precisa che la compatibilità dei modelli adottati all'estero (matrimonio od unione civile) nel nostro ordinamento trova una regolazione puntuale con i meccanismi di conversione elaborati dal legislatore nel decreto legislativo n. 7/2017: in sostanza, il matrimonio avvenuto all'estero si converte in unione civile a seguito della trascrizione. Sia consentito il rinvio a R. CALVIGIONI, *Gli effetti dell'unione civile nel matrimonio same-sex celebrato all'estero*, in *Famiglia e diritto*, 2019, pp. 213-219, spec. p. 213.

d'intenzione nell'atto di nascita che, nel frattempo, era già stato trascritto in Italia². L'ufficiale dello stato civile aveva rifiutato la trascrizione della sentenza, rifiuto impugnato di fronte alla Corte di appello di Venezia che, a norma dell'art. 67 della legge n. 218/1995³, con ordinanza del 2018, aveva accolto il ricorso degli interessati. Contro la favorevole decisione della Corte di appello, aveva presentato ricorso in cassazione il Ministero dell'interno ed il sindaco del Comune di trascrizione: la prima sezione della Cassazione, investita del caso, aveva preso atto che, nel frattempo era intervenuta la sentenza delle sezioni unite dell'8 maggio 2019, n. 12193⁴, nella quale era stato affermato il principio secondo cui non può essere riconosciuto nel nostro ordinamento un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il genitore d'intenzione. Tuttavia, la prima sezione della Corte di cassazione aveva dubitato della legittimità costituzionale di tale principio di diritto, sollevando la relativa questione di fronte alla Corte costituzionale la quale, con sentenza 9 marzo 2021, n. 33 aveva dichiarato inammissibile la questione⁵. Ripreso il giudizio dinanzi alla Cassazione, la prima sezione civile, con ordinanza del 21 gennaio 2022, n. 1842, aveva rimesso gli atti al primo presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite. L'ordinanza della prima sezione sollevava una serie di dubbi, sui quali veniva chiesta la pronuncia delle sezioni unite: in particolare, se la sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021⁶, avesse determinato il superamento del diritto vivente rappresentato dalla sentenza n. 12193/2019 delle sezioni unite, se l'inerzia del legislatore fortemente criticata nella stessa sentenza n. 33/2021 avesse determinato di conseguenza un vuoto normativo, se ed eventualmente come fosse superabile in via interpretativa tale situazione di vuoto normativo, se fosse stato possibile trovare delle ipotesi in cui la maternità surrogata non fosse riconosciuta come contraria all'ordine pubblico, nell'ottica di fornire adeguata tutela al superiore interesse del minore.

Le sezioni unite rispondono affrontando questi ed altri dubbi, in una ampia disamina contenuta nella sentenza n. 38162, decisa in data 8 novembre e pubblicata in data 30 dicembre 2022⁷: «la questione della maternità surrogata si conferma estremamente

² Il tema della trascrizione dell'atto di nascita dall'estero da genitori dello stesso sesso è ben diverso da quello del rilascio del documento di identità al minore, per garantire il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, affrontato dalla Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 dicembre 2021, [C-490/20](#), ECLI:EU:C:2021:1008: in proposito, si rinvia a M.C. BARUFFI, *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea*, in *Famiglia e diritto*, 2022, pp. 1093-1103, spec. p. 1098.

³ [Legge 31 maggio 1995, n. 218](#), Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

⁴ Corte di cassazione, sezioni unite, [sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193](#).

⁵ In proposito, si veda M. DOGLIOTTI, *Due padri e due madri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale. Ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 688-703, spec. p. 688; G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 704-712, spec. p. 704.

⁶ Corte costituzionale, [sentenza del 9 marzo 2021, n. 33](#).

⁷ Corte di cassazione, sezioni unite, [sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162](#), «con questa decisione la Corte di Cassazione ha tolto all'interprete la sensazione di incertezza che da tempo caratterizza l'attuale

complessa e ricca di sfaccettature, di modo che, a seconda dei principi, giuridici ed etici, che l'interprete ritenga di qualificare come preminenti, conseguono esiti applicativi tra loro assai divergenti se non addirittura antitetici»⁸.

2. La sentenza della Cassazione a sezioni unite dell'8 novembre – 30 dicembre 2022, n. 38162.

Il primo rilievo delle sezioni unite riguarda la contrarietà alle disposizioni del nostro ordinamento della maternità surrogata: l'accordo con il quale una donna si impegna a portare avanti una gravidanza per altri è vietato in modo assoluto. Tuttavia, in altri Stati tale pratica è consentita e disciplinata, favorendo la possibilità di utilizzarla, per chi volesse diventare genitore: sia coppie affette da sterilità femminile sia coppie omosessuali si recano in tali Stati per accedere alla filiazione secondo modalità vietate nel nostro paese. Quando questo avviene, si pone il problema di riconoscere quel rapporto di filiazione formato all'estero in virtù di normative più favorevoli del nostro ordinamento: in tale situazione, entra in gioco il limite dell'ordine pubblico internazionale. La situazione è sempre estremamente complessa: da una parte si tratta di rispettare e tutelare la dignità umana, valori fondamentali e principi ispiratori del nostro ordinamento, escludendo il ricorso alla maternità surrogata⁹, ma si tratta anche di garantire l'interesse del minore, una volta che la nascita è avvenuta, a mantenere il rapporto con i soggetti che hanno deciso di farlo venire al mondo, evitando qualsiasi penalizzazione per le modalità illegittime con le quali questo sia avvenuto¹⁰. Il tema che compare o, meglio, ricompare, è quello della sussistenza o meno di un diritto alla genitorialità, quale «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi (...) riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare»¹¹, soprattutto se, nella pur legittima

stagione del diritto di famiglia, contribuendo a definire una nuova stagione caratterizzata dalla speranza nella individuazione di un sistema di principi che, rappresentando le assi portanti del moderno diritto di famiglia, facilitano un dialogo tra le Corti»: M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in *Giustizia Insieme*, 6 febbraio 2023, reperibile [online](#).

⁸ M. SESTA, *Nota Introduttiva*, in *Famiglia e diritto*, 2023, pp. 427-429.

⁹ «Nella gestazione per altri non ci sono soltanto i desideri di genitorialità, le aspirazioni e i progetti della coppia committente. Ci sono persone concrete. Ci sono donne usate come strumento per funzioni riproduttive, con i loro diritti inalienabili annullati o sospesi dentro procedure contrattuali. Ci sono bambini esposti a una pratica che determina incertezze sul loro *status* e, quindi, sulla loro identità nella società. L'esigenza di salvaguardare i valori ispiratori dell'ordinamento italiano si traduce in una finalità general-preventiva: scoraggiare i cittadini dal ricorso all'estero ad un metodo di procreazione che l'Italia vieta nel suo territorio, perché ritenuto lesivo di valori primari»: V. DE GIOIA, *Per le Sezioni Unite, al bambino nato da maternità surrogata possono essere assicurati gli stessi diritti degli altri bambini mediante l'«adozione in casi particolari»*, in *Rivista del diritto di famiglia e delle successioni*, 2023, pp. 137-155, spec. p. 141.

¹⁰ «Dall'altro lato, si profila, una volta che il bambino è nato, l'esigenza di proteggere il diritto fondamentale del minore alla continuità del rapporto affettivo con entrambi i soggetti che hanno condiviso la decisione di farlo venire al mondo, senza che vi osti la modalità procreativa»: V. DE GIOIA, *Per le Sezioni Unite*, cit., p. 141.

¹¹ Corte costituzionale, [sentenza del 10 luglio 2014, n. 162](#).

aspirazione ad avere un figlio, possa spingersi fino a fare ricorso, all'estero, a forme di procreazione vietate dal nostro ordinamento. La risposta delle sezioni unite non sembra esprimere aperture in tal senso, anche perché un siffatto diritto alla genitorialità sembra essere stato escluso dal legislatore, considerando che nell'unica disciplina dove avrebbe potuto essere previsto, la legge n. 76/2016 sulle unioni civili, è stato espressamente negato dall'art. 1, c. 20¹². Né riteniamo che tale norma possa essere riletta alla luce dell'interesse del minore, fino al punto di suggerire, in una posizione opposta, il riconoscimento della filiazione non solo agli uniti civilmente, ma anche ai conviventi di fatto¹³.

In ogni caso, non si possono certamente far ricadere sul minore le scelte degli adulti verso una tecnica procreativa vietata dal nostro ordinamento: il neonato non ha alcuna colpa ed è ancora più bisognoso di tutela. Il problema che devono affrontare le sezioni unite riguarda appunto il caso di un minore nato all'estero tramite il ricorso alla maternità surrogata: «[è], quindi, in discussione il legame di filiazione con il componente della coppia omoaffettiva che non ha con il bambino un rapporto di sangue ma che, avendo condiviso con il padre biologico il disegno di genitorialità, risulta comunque genitore sulla base di un atto legittimamente formato da un'autorità giurisdizionale straniera»¹⁴. In sostanza, la questione rimessa alle sezioni unite riguarda la compatibilità o contrarietà all'ordine pubblico internazionale del provvedimento giurisdizionale straniero con il quale è stato riconosciuto il rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione e se l'adozione di minore in casi particolari possa essere lo strumento che consenta di instaurare il legame giuridico con tale genitore d'intenzione, anche secondo le disposizioni del nostro ordinamento. «La sentenza conferma e chiarisce quanto già affermato, sempre dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, in una precedente decisione del 2019. L'atto di nascita o il provvedimento giurisdizionale formato all'estero, che accerti lo stato di figlio del nato da madre surrogata anche rispetto al committente privo di legame biologico con esso, è contrario all'ordine pubblico e non può perciò essere trascritto nei registri italiani dello stato civile. Il rapporto in atto tra il nato e il c.d. genitore d'intenzione può essere nondimeno formalizzato attraverso il ricorso all'adozione in casi particolari, e dunque non *ab initio* e in maniera automatica, ma soltanto *ex post* e a seguito di un concreto accertamento giudiziale della sua

¹² «Né il riconoscimento di un "diritto alla genitorialità" sembra avere trovato spazio nella disciplina delle unioni civili ai sensi della legge n. 76 del 2016. Ciò in quanto la riferita normativa, come è noto, al comma 20 dell'art. 1 esclude l'applicabilità alle unioni civili delle "disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184", nonché delle norme del codice civile non espressamente richiamate, tra cui, per l'appunto, possono annoverarsi anche quelle in tema di filiazione»: G. RECINTO, *Le «istruzioni» per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, in *Famiglia e diritto*, 2023, pp. 430-436, spec. p. 431.

¹³ «Se, come si è detto, l'interesse del minore è il valore comunque preminente e tendenzialmente prevalente su ogni altra posizione, non dovrebbe porsi distinzione alcuna tra uniti civilmente e conviventi di fatto»: M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la cassazione? E che farà la Corte costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230*, in *Famiglia e diritto*, 2023, pp. 437-455, spec. p. 441.

¹⁴ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

conformità al miglior interesse del minore»¹⁵: in effetti, la decisione del 2022 rimane ferma sulla contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata, escludendo qualsiasi apertura, ma riproponendo ancora l'adozione di minore in casi particolari quale soluzione per realizzare il rapporto tra il minore ed il genitore d'intenzione, nel rispetto del nostro ordinamento.

3. Nessun vuoto normativo a seguito delle decisioni della Consulta.

Sul tema era intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021 che aveva riconosciuto che l'adozione di minore in casi particolari potesse non soddisfare il desiderio di genitorialità di chi aveva affrontato un percorso condiviso per avere un figlio e, forse, non rappresentare la migliore tutela del minore, con particolare riferimento all'instaurarsi del rapporto di filiazione con il solo genitore biologico, anche se il superiore interesse del minore non doveva diventare prevalente rispetto agli altri interessi in gioco. In tale decisione la Corte aveva rinviato al legislatore, al quale compete trovare un punto di equilibrio tra la tutela dei nati da maternità surrogata e disincentivare tale pratica riconosciuta contraria all'ordine pubblico. Questa decisione, secondo la prima sezione della Corte di cassazione, avrebbe aperto un vuoto normativo¹⁶, che dovrebbe essere colmato in via interpretativa a tutela del minore riconoscendo il rapporto di filiazione già consolidatosi all'estero, evitando di fargli perdere una figura genitoriale: nei confronti dell'accordo di surrogazione si dovrebbe verificare se sia la conseguenza di una scelta libera e consapevole o, invece, condizionato e dovuto dalle difficoltà economiche della gestante.

La risposta delle sezioni unite è netta nell'affermare che «la sentenza della Corte costituzionale non abbia determinato alcun vuoto normativo»¹⁷: non vi è dubbio che contenga il sollecito al legislatore ad intervenire rapidamente per trovare una soluzione al riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il minore ed il genitore d'intenzione, che consenta la trascrizione dell'atto di nascita anche in presenza di maternità surrogata, che favorisca altre ipotesi a tutela del bambino, ma «è una decisione

¹⁵ Citazione di E. BILOTTI, tratta da C. GIOJELLI, *Nessuna concessione ai fan della surrogata, ecco cosa dice la sentenza della Cassazione*, in *tempi.it*, 4 gennaio 2023, reperibile [online](#).

¹⁶ «È bene comunque osservare che, nei confronti della prospettazione della Prima Sezione civile, le Sezioni Unite muovono anche una critica radicale di ordine metodologico. A dire delle Sezioni Unite, infatti, la prima Sezione civile, leggendo erroneamente una sentenza di inammissibilità come se fosse una sentenza di illegittimità costituzionale, aveva ritenuto che l'intervento della Corte costituzionale avesse determinato un "vuoto normativo" nella tutela del nato da madre surrogata e che, nell'inerzia del legislatore, questo "vuoto" dovesse essere colmato dal giudice. Ebbene, a quest'idea le Sezioni Unite oppongono ora con grande chiarezza che "la valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del giudice". E ciò semplicemente perché – l'affermazione delle Sezioni Unite è perentoria – "la giurisprudenza non è fonte del diritto"» citazione di E. BILOTTI, tratta da C. GIOJELLI, *Nessuna concessione*, cit.

¹⁷ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

di inammissibilità, non di illegittimità costituzionale»¹⁸. È di tutta evidenza il monito della Corte costituzionale al legislatore, ma è altrettanto chiaro che non è stato dato un termine, né è stata rinviata ad altra udienza una eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale: in un tema nel quale sono in conflitto valori fondamentali del nostro ordinamento, nel quale bisogna trovare un equilibrio tra i diversi interessi in gioco, il rinvio al legislatore è una scelta doverosa e corretta.

Tuttavia, il legislatore non ha dato alcun seguito al monito della Corte costituzionale, non ci sono stati interventi normativi: nel frattempo, però, non si possono lasciare in sospeso a tempo indeterminato i diritti del bambino, ma occorre trovare una soluzione interpretativa che consenta di tutelare adeguatamente il minore, nel rispetto dei principi e delle indicazioni enunciate dalla Corte costituzionale. Questo, però, non deve avvenire elaborando nuove norme, sostituendosi al ruolo del legislatore, le decisioni dei giudici non sono fonte del diritto, neanche quando si tratta di applicare «una clausola generale come l'ordine pubblico internazionale, che rappresenta il canale attraverso cui l'ordinamento si confronta con la pluralità degli ordinamenti salvaguardando la propria coerenza interna, o di un principio, come il migliore interesse del minore, in cui si esprime un valore fondativo dell'ordinamento, il giudice non detta né introduce una nuova previsione normativa»¹⁹. La Corte costituzionale si è rivolta al legislatore, lo ha sollecitato ad intervenire, ad esprimere la propria discrezionalità tra le tante possibili soluzioni, ad elaborare e dettare le proprie scelte, ma resta comunque al giudice l'onere di valutare il caso concreto in esame e adottare la decisione più corretta, riferita espressamente al caso concreto in questione, riservandosi poi di applicarla anche in successivi casi simili.

In particolare, la sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021, pur evidenziando la non soddisfacente soluzione dell'adozione di minore in casi particolari, al contrario di quanto ipotizzato dalla prima sezione della Cassazione nella decisione di rimessione alle sezioni unite, non ha determinato il superamento dei principi e delle massime affermate dalle sezioni unite con la sentenza n. 12193/2019: in tal senso, la sottolineatura della sezioni unite è particolarmente marcata nel richiamare il mancato accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale proposte, ma neanche altre soluzioni interpretative che avrebbero consentito la trascrizione di un atto di nascita nel quale fosse risultata una genitorialità intenzionale. Successivamente, pur perdurando il silenzio del legislatore, è intervenuta una nuova sentenza della Corte costituzionale che ha eliminato una delle criticità espresse dalla stessa Corte: la sentenza del 28 marzo 2022, n. 79 ha riconosciuto che l'adozione in casi particolari fa sorgere rapporti parentali con i familiari dell'adottante²⁰, tanto che «[l]'adottato acquista lo stato di figlio dell'adottante»²¹, secondo una visione in cui filiazione ed adozione vengono considerate alla stessa stregua,

¹⁸ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

¹⁹ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

²⁰ Corte costituzionale, [sentenza del 28 marzo 2022, n. 79](#).

²¹ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

nel rispetto del principio dello stato unico di figlio, così da poter affermare che: «[l]a declaratoria di illegittimità costituzionale rimuove dunque un ostacolo all'effettività della tutela offerta dall'adozione in casi particolari»²². Il caso affrontato dalla Corte costituzionale riguardava proprio un'adozione da parte di una coppia dello stesso sesso, conseguente ad una pratica di maternità surrogata, nella quale l'adottante aveva richiesto di estendere i rapporti anche nei confronti dei parenti dell'adottante stesso.

4. L'assenso del genitore all'adozione: una soluzione interpretativa.

Una volta riconosciuto che l'adozione di minore in casi particolari può rappresentare la migliore soluzione possibile, consentendo il riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il minore ed il genitore non biologico, che però ha partecipato al progetto genitoriale e si è preso cura del bambino fin dalla nascita, le sezioni unite esaminano e risolvono un altro aspetto della fattispecie adottiva, cioè la necessità dell'assenso del genitore biologico il quale, in ipotesi di crisi della coppia, potrebbe negarlo, proprio nel momento in cui diverrebbe ancora più delicata la situazione del bambino ed importante la necessità di tutela del medesimo. Tuttavia, l'approfondimento delle sezioni unite è rivolto anche a dimostrare che l'eventuale dissenso del genitore biologico possa essere superato in via interpretativa²³, considerando che occorre rispettare il legame con la famiglia di origine composta anche dal genitore intenzionale, lasciando al giudice «valutare se l'adozione particolare realizzi in concreto il preminente interesse del minore, il rifiuto dell'assenso all'adozione, da parte del genitore biologico, appare ragionevole soltanto se espresso nell'interesse del minore, ossia quando non si sia realizzato tra quest'ultimo ed il genitore d'intenzione quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione»²⁴. Si tratta di un passo particolarmente rilevante, con l'evidente finalità di superare delle situazioni che potrebbero rappresentare un concreto ostacolo alla tutela del minore, consentendo una soluzione a favore del genitore intenzionale, anche qualora il genitore esercente la responsabilità genitoriale non fosse più d'accordo nel consentire l'adozione. Tuttavia, anche è sicuramente apprezzabile la ricerca della massima tutela del minore, tale orientamento non è esente da qualche critica: infatti, non era questo l'oggetto del *petitum*, dato che il ricorso della coppia nel caso

²² Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

²³ «È esattamente su questo punto che la sentenza in esame introduce la novità di maggior rilievo, stabilendo che il veto possa essere superato dal giudice comune attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme, ove il rifiuto sia giudicato lesivo del preminente interesse del minore. Le Sezioni Unite sottolineano come, sulla base di un orientamento consolidato, sia già possibile ignorare l'opposizione nei casi in cui il genitore biologico non eserciti un'effettiva responsabilità genitoriale nei confronti del minore...»: F. FERRARI, *La giurisprudenza non è fonte del diritto. Nota a SS.UU. n. 38162 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 6, pp. 98-115, spec. p. 102. reperibile [online](#).

²⁴ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

specifico era tendente ad ottenere la trascrizione dell'atto di nascita e della sentenza di rettificazione straniera con l'indicazione della doppia paternità, non sussistendo alcun contrasto su un eventuale assenso, visto che non era in discussione l'ipotesi di adozione.

Resta il dubbio se, nella particolare fattispecie della possibilità di superare il mancato assenso, pur sempre nel superiore interesse del minore, le sezioni unite possano avere ecceduto nell'interpretazione conforme²⁵. In ogni caso, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022, l'adozione di cui all'art. 44 della legge n. 184/1983²⁶ rappresenta la soluzione migliore, in grado di garantire adeguata tutela al minore, ma anche di soddisfare le aspettative del genitore d'intenzione instaurando un pieno rapporto di filiazione con l'adottato, consentendo al giudice di valutare il singolo caso e di intervenire se necessario, lasciando al legislatore tutte le opzioni possibili per una diversa disciplina.

5. La maternità surrogata è contraria all'ordine pubblico.

Le sezioni unite approfondiscono poi il dubbio se il mancato riconoscimento del provvedimento straniero, nel quale viene attestata la filiazione con il genitore d'intenzione, possa derivare dal contrasto inderogabile con l'ordine pubblico internazionale. In proposito, viene ricordato che la sentenza straniera per essere riconosciuta efficace nel nostro ordinamento, ai sensi della legge n. 218/1995, non deve produrre effetti contrari all'ordine pubblico, ricordando che tale limite non opera con riguardo alle normative applicate dal giudice straniero, quanto alle conseguenze che quella decisione possa produrre nel nostro ordinamento. È ovvio che le norme di diritto internazionale privato hanno la funzione di consentire l'ingresso del nostro ordinamento di situazioni contraddistinte da elementi di «estraneità», ma questo non deve significare rinunciare a qualsiasi controllo circa la compatibilità con le disposizioni del nostro ordinamento: l'ordine pubblico ha la funzione di salvaguardare l'insieme dell'ordinamento giuridico statale, formato non solamente dai principi costituzionali ma anche da quelli desumibili da norme ordinarie, dall'ingresso di valori irrinunciabili e fondamentali. «Nella nozione di ordine pubblico internazionale rientrano, quindi, anzitutto quei principi fondamentali, quei valori della nostra Costituzione che esprimono la fisionomia inconfondibile della comunità nazionale. L'ordine pubblico internazionale comprende anche quelle altre regole che, pur non collocate nella Costituzione, danno concreta attuazione ai principi costituzionali o esprimono un principio generale di sistema. Il concetto di ordine pubblico internazionale si allarga ai valori condivisi dalla

²⁵ Nella medesima pronuncia, del resto, è proprio la Cassazione a dedicare apprezzabili riflessioni sui confini costituzionali del ruolo del giudice comune e sulla necessità di preservare le differenze con il legislatore: «la giurisprudenza», si afferma, «non è fonte del diritto»: F. FERRARI, *La giurisprudenza La giurisprudenza non è fonte del diritto*, cit., p. 103.

²⁶ [Legge 4 maggio 1983, n. 184](#), Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori.

comunità internazionale e, in particolare, alla tutela dei diritti umani risultanti dal diritto dell'Unione europea, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, avente lo stesso valore vincolante dei trattati istitutivi, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dato il fenomeno di osmosi che interessa i diritti fondamentali, garantiti in particolare dall'art. 2 Cost., e quelli che risultano dalle fonti internazionali»²⁷. Nel concetto di ordine pubblico viene richiamata la precedente sentenza delle sezioni unite n. 12193/2019 che aveva fatto riferimento ai valori fondanti dell'ordinamento che scaturiscono dai principi costituzionali, dalle fonti internazionali e sovranazionali, dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria che costituisce il diritto vivente: il giudice deve verificare se gli effetti prodotti dal provvedimento straniero nel nostro ordinamento rientrino in tali limiti che non possono essere oltrepassati²⁸. Le sezioni unite confermano, senza il minimo dubbio, che la maternità surrogata è fattispecie contraria all'ordine pubblico²⁹, tanto che viene sanzionata penalmente, al fine di tutela della dignità della persona umana. L'art. 12, c. 6, della legge n. 40/2004³⁰ intende porre un limite netto alla genitorialità ad ogni costo, impedendo che questo desiderio possa essere soddisfatto utilizzando il corpo di un'altra donna quale strumento per un progetto che sarebbe irrealizzabile: si tratta di ipotesi che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»³¹, la cui condanna è stata espressa anche dal Parlamento europeo. La condanna della maternità surrogata è comunque netta, senza il minimo tentennamento e riconferma pienamente, in merito, l'orientamento della precedente sentenza del 2019³², anche se non crediamo che i toni siano tali da «rasentare addirittura l'invettiva»³³ ma, al contrario, «viene offerta una completa disamina delle questioni, trattate con un argomentare ampio, puntuale ed efficace, che si avvale di uno

²⁷ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

²⁸ «[D]ai principi fondanti l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori; dal principio del preminente interesse del minore, di origine convenzionale ma ampiamente attuato in numerose leggi interne ed in particolare nella recente riforma della filiazione; dal principio di non discriminazione, rivolto sia a non determinare ingiustificate disparità di trattamento nello status filiale dei minori con riferimento in particolare al diritto all'identità ed al diritto di crescere nel nucleo familiare che meglio garantisca un equilibrato sviluppo psico-fisico nonché relazionale, sia a non limitare la genitorialità esclusivamente sulla base dell'orientamento sessuale della coppia richiedente; dal principio solidaristico che fonda la genitorialità sociale sulla base del quale la legge interna ed il diritto vivente hanno concorso a creare una pluralità di modelli di genitorialità adottiva, unificati dall'obiettivo di conservare la continuità affettiva e relazionale ove già stabilizzatasi nella comunità familiare (Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit.)»: Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

²⁹ «Con riferimento alla maternità surrogata le Sezioni Unite respingono la suggestione contenuta nell'ordinanza della prima Sezione in ordine alla scomposizione di diversi statuti della maternità surrogata e riaffermano il carattere monolitico del divieto, che vale anche nel caso in cui la maternità surrogata sia frutto di una libera scelta della donna e sia revocabile»: M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli*, cit.

³⁰ [Legge 19 febbraio 2004, n. 40](#), Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

³¹ Corte costituzionale, [sentenza del 18 dicembre 2017, n. 272](#); sentenza n. 79/2022, cit.

³² «Qualsiasi ipotesi di maternità surrogata, “onerosa” o “gratuita” che sia, ha una finalità “egoistica”, essendo preordinata soprattutto a realizzare l'aspirazione dei committenti a divenire genitori, piuttosto che a salvaguardare le prerogative della gestante e le istanze del minore coinvolto»: G. RECINTO, *Le “istruzioni” per il futuro*, cit., p. 436.

³³ M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma*, cit., p. 443.

stile di grande eleganza»³⁴. Permane, in ogni caso, la contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata, anche nelle ipotesi in cui la donna avesse acconsentito volontariamente a tale pratica, prescindendo da contropartite economiche e potendo revocare in qualsiasi momento il proprio consenso³⁵: si tratta, comunque, di una pratica lesiva della dignità umana, riconosciuta come tale più volte dalla Corte costituzionale, che non può tener conto di aspetti volontaristici né di esclusione di compensi a favore della donna³⁶. Questo concetto resta immutato e resiste anche se in altri paesi, anche vicini all'Italia, sono state fatte aperture da parte della giurisprudenza di legittimità, anche se esiste pure in Italia un orientamento culturale e giuridico con una visione favorevole alla libertà ed autodeterminazione della donna³⁷: tuttavia, il limite nel nostro ordinamento è normativo e riaffermato dalla giurisprudenza costituzionale, tale da impedire un orientamento che possa derogarlo. Pertanto, non potrà essere neanche il giudice a fornire un'interpretazione che valuti la scelta libera e consapevole della donna, anche priva di contropartite economiche, ammettendo il ricorso alla maternità surrogata ed ignorando il contrasto con l'ordine pubblico internazionale, contrasto che viene riaffermato dalle sezioni unite, confermando in tal senso la decisione del 2019. Non solo, ma se così non fosse, se venisse introdotta una deroga nel caso di maternità surrogata non commerciale, «[l]a valutazione caso per caso finirebbe per essere attribuita, in prima battuta, non al giudice, bensì all'ufficiale di stato civile, il quale sarebbe così chiamato ad “operare la scelta relativa al riconoscimento della genitorialità intenzionale sulla base dei criteri generali ‘normati’” dalla pronuncia di queste sezioni unite. Ma vi sarebbe la “pratica impossibilità”, con i poteri conferiti all'ufficiale di stato civile, “di procedere alla verifica se vi sia stato un corrispettivo economico a favore della donna che in un lontano Stato estero ha gestito per altri la maternità, e valutare la sua concreta condizione di soggezione

³⁴ M. SESTA, *Nota introduttiva*, cit., p. 437. In senso contrario, A. SPADAFORA, *Irriducibilità del totalitarismo «minoricentrico»?*, in *Famiglia e diritto*, 2023, pp. 408-470, spec. p. 456, con una valutazione particolarmente negativa della decisione delle Sezioni Unite, «[a] livello di supremazia nomofilattica riceve ulteriore avallo l'indirizzo proclive al riconoscimento (sia pur indirettamente, attraverso l'istituto adottivo in casi particolari) dello *status filiationis* nei confronti del nato da maternità surrogata».

³⁵ «Dunque, una “mercificazione” della gestante e del minore interessato possono annidarsi anche nel ricorso ad una maternità surrogata “altruistica”, che, come tutte le altre ipotesi di gestazione per altri, appare più che altro “egoistica”, essendo preordinata soprattutto a realizzare l'aspirazione dei committenti a divenire genitori “ad ogni costo”»: G. RECINTO, *Le “istruzioni” per il futuro*, cit., p. 434.

³⁶ «La riaffermata riprovevolezza nei confronti della maternità surrogata, in quanto pratica lesiva del principio di dignità, dà ragione del mantenimento del divieto. Il mantenimento del divieto trova ragione in una scelta precisa dell'ordinamento italiano e non è il frutto di una arretratezza o di una dimenticanza del legislatore»: M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli*, cit.

³⁷ Tale aspetto alimenta una rilevante critica alla sentenza: «[s]i presumeva ormai che fosse pacifico il principio per cui alla dignità della donna, alla relativa nozione e ai suoi caratteri dovesse pensare soltanto la donna, libera, priva di condizionamenti e padrona del proprio corpo. E questa è, a ben vedere, la ratio della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza. Ma, all'apparenza, per la Cassazione non è così»: M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma*, cit., p. 444.

ed il reale grado di libertà e consapevolezza della scelta effettuata, nonché le modalità di partecipazione alla scelta da parte del genitore intenzionale”»³⁸.

6. Il superiore interesse del minore e la soluzione dell'adozione.

Non vi è dubbio che nel concetto di ordine pubblico rientri il superiore interesse del minore, proclamato da numerose fonti internazionali³⁹; pur avendo un ruolo centrale e preminente, tuttavia, non può divenire strumento per favorire comportamenti illegittimi o impedire la tutela di altre situazioni rilevanti per l'ordinamento⁴⁰, ma al contrario, deve rappresentare uno stimolo per trovare motivazioni e soluzioni per riconoscere il rapporto con il genitore d'intenzione. Di conseguenza, non si può procedere alla trascrizione del provvedimento giurisdizionale straniero e dell'atto di nascita che indichi come padre il genitore d'intenzione: la soluzione è data dall'adozione ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184/1983 che consente l'instaurarsi dello *status* di figlio con il partner del genitore biologico⁴¹. I motivi, che le sezioni unite individuano per escludere il riconoscimento del provvedimento straniero, vengono poi esposti chiaramente. Innanzitutto, perché verrebbe legittimato il ricorso alla maternità surrogata che, è stato già affermato, offende in modo intollerabile la dignità della donna, attraverso quella che viene definita una pratica degradante, ricordando che l'interesse del minore non significa dover riconoscere in ogni caso il rapporto di filiazione validamente costituitosi all'estero. Inoltre, il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita non può significare l'assoluta libertà di scegliere anche come questo possa avvenire: la fecondazione eterologa è ben diversa dalla maternità surrogata, il consenso previsto per la prima non può essere confuso con la volontà della coppia per la seconda. Infine, la genitorialità non può trovare riscontro in

³⁸ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

³⁹ «Concorre a formare l'ordine pubblico internazionale anche il *best interest of the child*, principio riconducibile agli artt. 2, 30 e 31 Cost. e proclamato da molteplici fonti internazionali ed europee, a cominciare dall'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con la L. n. 176/1991, nonché dall'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007»: A. NOCERA, *Figlio di due padri concepito all'estero: sì all'adozione, no al riconoscimento della sentenza*, in *Il Quotidiano giuridico*, 9 febbraio 2023, reperibile [online](#).

⁴⁰ «I giudici di legittimità nella decisione in commento hanno posto in discussione anche l'astratta e costante prevalenza in materia del superiore interesse del minore rispetto agli altri interessi e valori coinvolti»: G. RECINTO, *Le "istruzioni" per il futuro*, cit., p. 432.

⁴¹ «L'adozione in casi particolari è diretta ad assicurare, in concreto, un armonico e completo sviluppo del minore in tutte le sue componenti - affettive, psicologiche, fisiche, relazionali e culturali -, dovendosi escludere che il superiore interesse del minore, necessariamente e automaticamente, richieda il "consolidarsi" del rapporto con l'"aspirante genitore", finendo così per sovrapporsi e coincidere con il "desiderio" degli adulti di essere genitori»: G. RECINTO, *Le "istruzioni" per il futuro*, cit., p. 432. In senso contrario, M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma*, cit., p. 445, secondo il quale il minore «avrebbe un unico genitore ed un altro... a metà».

una sorta di automatismo⁴², ma è necessaria una valutazione di concretezza, la verifica dell'interesse del minore a continuare quel rapporto formatosi all'estero⁴³.

Lo strumento da utilizzarsi è ancora quello dell'adozione in casi particolari, a norma dell'art. 44 della legge n. 184/1983 che dovrà essere attivato da quello che risulti essere genitore d'intenzione: sarà il giudice che dovrà valutare il miglior interesse del minore e l'idoneità dell'adottante a svolgere pienamente il proprio ruolo⁴⁴. In questo, nessuna rilevanza può avere l'orientamento sessuale dell'adottante o del partner, in quanto non ha alcuna incidenza sull'idoneità dell'individuo di assumersi responsabilità genitoriale, come più volte affermato sia dalla Corte costituzionale che dalla Cassazione stessa⁴⁵: deve essere sottolineato il richiamo alla sentenza delle stesse sezioni unite del 31 marzo 2021, n. 9006, contenente l'affermazione che «deve escludersi che possa essere ritenuto un limite al riconoscimento degli effetti di un atto che attribuisce la genitorialità adottiva ad una coppia omoaffettiva»⁴⁶. In tal senso, le sezioni unite ricordano anche la sentenza n. 19599/2016⁴⁷ con la quale, per la prima volta, è stata disposta la trascrizione di un atto di nascita straniero nel quale risultava la filiazione da parte di due donne con una procedura assimilabile alla fecondazione eterologa⁴⁸. Tutto questo, in un continuo mutamento del

⁴² «Ferma restando la non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, stante il divieto assoluto di maternità surrogata e non potendo essere affidato la realizzazione dell'interesse del minore ad uno strumento di carattere automatico»: A. NOCERA, *Figlio di due padri*, cit.

⁴³ «Il migliore interesse del minore non è mai una formula astratta ma deve necessariamente fare i conti con la situazione concreta di quel singolo bambino, situazione che non è mai uguale a se stessa. Per queste ragioni le Sezioni Unite respingono la soluzione della trascrizione automatica, in quanto cristallizzerebbe una presunzione di migliore interesse applicabile a priori per tutte le situazioni»: M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli*, cit.

⁴⁴ «Con riferimento alla soluzione dell'adozione in casi particolari, le Sezioni Unite, non si limitano a confermare il diritto vivente già espresso nel 2019, ma lo adattano all'evoluzione nel frattempo operata dal sistema. L'intervenuta decisione del giudice delle leggi che nel 2022, con la decisione n. 79, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 55 l. adoz., ha consentito infatti alle Sezioni unite di considerare questa importante tappa evolutiva e di superare le critiche in ordine alla mancanza di un rapporto di parentela. Quanto alla critica in ordine al necessario consenso del padre biologico richiesto dalla disciplina dell'adozione in casi particolari, che potrebbe subordinare la richiesta di genitorialità alla situazione conflittuale tra genitore biologico e genitore di intenzione, lasciando quindi al solo padre biologico la scelta, le Sezioni Unite, sempre riferendosi al diritto effettivo, affermano che tale consenso non può essere inteso come l'esercizio di un potere arbitrario, "potestativo", in quanto il giudice deve controllare che il rifiuto dello stesso sia conforme al migliore interesse del minore»: M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli*, cit.

⁴⁵ Corte di cassazione, sez. I civ., [sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962](#); Corte costituzionale, [sentenza del 4 novembre 2020, n. 230](#).

⁴⁶ Corte di cassazione, sezioni unite, [sentenza del 31 marzo 2021, n. 9006](#). In proposito, si veda A. FIGONE, *L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico*, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 1004-1007, spec. p. 1007; G. RECINTO, *Le "pericolose oscillazioni" della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata*, *ivi*, pp. 1007-1011; M. SESTA, *Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade*, *ivi*, pp. 1011-1017.

⁴⁷ Corte di cassazione, sez. I civ., [sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599](#).

⁴⁸ «[P]er aver la prima donato l'ovulo e la seconda condotto a termine la gravidanza con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto»: Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

concetto di famiglia, dove accanto a quella fondata sul matrimonio si sono aggiunte altre famiglie, di cui la filiazione rappresenta l'elemento di unione⁴⁹.

Il ricorso all'adozione di minore in casi particolari consente di riconoscere il rapporto con il genitore d'intenzione a seguito di verifica da parte del giudice⁵⁰, in linea anche con la giurisprudenza della Corte EDU⁵¹, che non ha mai imposto l'obbligatorietà della trascrizione degli atti di nascita stranieri, ma ha richiesto che tutti gli Stati prevedano la possibilità del riconoscimento del rapporto giuridico tra il bambino ed il genitore d'intenzione, non escludendo che questo possa avvenire tramite l'istituto dell'adozione, a condizione che venga garantita la tutela del minore ed il riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale. L'ordinamento italiano intende confermare il divieto di maternità surrogata ma, nel contempo, tutelare adeguatamente il minore, consentendo di pervenire al mantenimento del rapporto già validamente instauratosi all'estero, senza alcun automatismo, attraverso una valutazione del giudice sul miglior interesse del minore.

Infine, viene affermato il seguente principio di diritto: «[p]oiché la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e *a fortiori* l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della *lex loci*. Nondimeno, anche il bambino nato da maternità surrogata ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, primo comma, lettera d), della legge n. 184 del 1983. Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con

⁴⁹ «[C]fr. anche Corte EDU, 12 luglio 2001, K. e T. c. Finlandia; Corte di giustizia UE, sentenza 5 giugno 2018, C. e a., C-673/2016, secondo cui la relazione intrattenuta da una coppia omosessuale può rientrare nel concetto di "vita privata" così come in quello di "vita familiare" allo stesso modo di una coppia di sesso opposto nella stessa situazione»: A. NOCERA, *Figlio di due padri*, cit.

⁵⁰ «Attraverso l'adozione in casi particolari, l'ordinamento italiano assicura tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico, ex post e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, del suo rapporto con il genitore d'intenzione»: A. NOCERA, *Figlio di due padri*, cit.

⁵¹ «[P]er la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo la formalizzazione del rapporto in atto tra il nato da madre surrogata e il committente privo di legame biologico con esso è oggetto di un diritto fondamentale. Lo Stato membro della Convenzione non potrebbe perciò rifiutare questa formalizzazione. Ma la Corte di Strasburgo ha lasciato al margine di apprezzamento del singolo Stato la scelta su come essa debba avvenire, contemplando espressamente anche la possibilità di una formalizzazione *ex post* e a seguito di un accertamento giudiziale concreto dell'interesse del minore, quale si realizza appunto attraverso una procedura adottiva. In tal caso la Corte di Strasburgo richiede solo che il risultato si realizzi comunque in una maniera agevole ed effettiva»: citazione di E. BILOTTI, tratta da C. GIOJELLI, *Nessuna concessione*, cit.

il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita». Emerge anche la critica nei confronti della Corte di appello che aveva emesso l'ordinanza impugnata, ma anche nei confronti di altri tribunali⁵² che hanno accolto la richiesta di riconoscimento del provvedimento straniero in maniera automatica, ritenendo che il divieto posto alla maternità surrogata dal nostro ordinamento non fosse legato a principi fondamentali di ordine pubblico. Viene infine confermato che il sindaco ed il Ministero dell'interno, che avevano partecipato al contenzioso, sono legittimati passivi: il primo, in quanto dal suo rifiuto di trascrizione ha avuto origine la controversia ed è ovviamente interessato all'esecuzione della decisione, il secondo in quanto responsabile della corretta ed uniforme applicazione del servizio dello stato civile in tutto il territorio nazionale e quindi titolare di un autonomo interesse a partecipare al giudizio che riguarda il riconoscimento di un provvedimento straniero.

7. Il ruolo decisivo dell'ufficiale dello stato civile.

Riguardo alle competenze dell'ufficiale dello stato civile, la sentenza n. 38162/2022 conferma i limiti che erano già stati riportati nella sentenza n. 12193/2019: in presenza di maternità surrogata l'ufficiale dello stato civile dovrà rifiutare la trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento giurisdizionale straniero, nella parte in cui viene indicato il genitore d'intenzione. Il riferimento normativo riguardo all'atto di nascita è dato dall'art. 18 del d.P.R. n. 396/2000⁵³, che vieta la trascrizione degli atti formati all'estero se contrari all'ordine pubblico, mentre riguardo a sentenza o provvedimento giurisdizionale straniero

⁵² Il Tribunale di Milano, con decisione del 23 settembre 2021, relativa ad una filiazione da genitori dello stesso sesso formata all'estero, aveva ritenuto di non poter attendere un intervento legislativo e che la tutela dei minori sarebbe rimasta, in tal modo, sospesa a tempo indeterminato, affermando che le sentenze della [Corte costituzionale, del 9 marzo 2021, n. 32](#), e n. 33/2921, cit., avevano in realtà confutato la sentenza n. 12193 delle sezioni unite, facendo emergere un vuoto normativo che, fino a quando non interverrà una specifica normativa, dovrà essere colmato dai giudici di merito, valutando la migliore soluzione a tutela dei minori «incolpevoli» nei confronti di coloro che hanno contribuito alla loro nascita. Il Tribunale, pertanto, ritiene che nel caso specifico, «sulla scorta dei rilievi sollevati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2021, una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 legge n. 40/2004 possa consentire, in assenza dell'auspicato intervento del legislatore, la trascrizione dell'atto di nascita originario dei minori nella loro integrità, con indicazione di entrambi i ricorrenti quali genitori, poiché nel caso di specie può essere escluso, sulla scorta della documentazione in atti che vi sia stata una concreta lesione della dignità della gestante che possa prevalere sulla tutela dei diritti dei nati e deve essere invece tutelato l'interesse dei minori che dalla nascita sono inserito [*sic*] nel nucleo familiare dei ricorrenti a fruire del diritto pieno (allo stato non altrimenti assicurabile se non con la trascrizione dell'atto di nascita) di essere “*mantenuti, istruiti, educati ed assistiti moralmente*”». Alla luce della sentenza delle sezioni unite in esame, appare infondata la decisione del Tribunale di Milano ed ingiustificata la definizione di «illegittimo» rivolta al rifiuto dell'ufficiale dello stato civile, il quale aveva doverosamente dato applicazione alla sentenza delle sezioni unite n. 12193/2019.

⁵³ [Decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396](#), Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127.

è dato dalla legge n. 218/1995 agli artt. 64, c. 1 lett. g (la sentenza non deve produrre effetti contrari all'ordine pubblico), 65 (gli effetti del provvedimento non debbono essere contrari all'ordine pubblico) e 66 (debbono essere rispettate le condizioni di cui all'art. 65 e, quindi, anche la non contrarietà all'ordine pubblico). Non si ritiene condivisibile il richiamo all'art. 16 della legge n. 218/1995⁵⁴ in quanto tale norma rileva come limite nel momento di applicazione della legge straniera, mentre nello specifico si tratta riconoscere provvedimenti stranieri verificando che gli effetti che producono nel nostro ordinamento non siano contrari all'ordine pubblico. Il richiamo contenuto nella sentenza n. 38162/2022 è netto e non consente alternative operative all'ufficiale dello stato civile: «l'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, che considera fattispecie di reato ogni forma di maternità surrogata, con sanzione rivolta a tutti i soggetti coinvolti, compresi i genitori intenzionali, è norma di ordine pubblico internazionale»⁵⁵.

È doveroso ricordare che le ipotesi di maternità surrogata sono sicuramente più frequenti tra le coppie eterosessuali che si recano all'estero per avere un figlio generato da una partoriente a contratto⁵⁶, figlio che, in questo caso, potrebbe avere un legame genetico con il padre (se fosse lui il donatore) ma non ne avrebbe con la madre d'intenzione, moglie o compagna del padre. In sostanza, la contrarietà all'ordine pubblico del ricorso alla maternità surrogata apre scenari limitanti anche per le coppie eterosessuali, non solamente per le coppie dello stesso sesso, in quanto risulterebbe impedita la possibilità di veder riconosciuto il rapporto di filiazione formato in base alla procedura incriminata.

Resta il fatto che l'interesse preminente del minore, che in diverse sentenze anche dei giudici di merito, assurge a rilevanza assoluta tale da derogare qualsiasi elemento di contrarietà all'ordine pubblico, subisce un ridimensionamento importante nel contrasto con l'ordine pubblico riferito al divieto di maternità surrogata, in quanto posto a tutela della dignità della donna, contro ogni possibile sfruttamento del corpo della donna. Dunque, tra i due interessi rilevanti, quello del minore di mantenere il rapporto di filiazione instauratosi all'estero e quello di garantire tutela e rispetto della dignità della donna, le sezioni unite trovano il punto di equilibrio nel rimettere la valutazione al giudice, il quale dovrà decidere in merito alla richiesta di adozione *ex art. 44* della legge n. 184/1983, istituto che potrà consentire l'instaurarsi del rapporto di filiazione anche a

⁵⁴ M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma*, cit., p. 446.

⁵⁵ Corte di cassazione, sentenza n. 12193/2019, cit.

⁵⁶ Sono abbastanza frequenti le segnalazioni da parte della nostra autorità diplomatica o consolare in Ucraina di situazioni che lasciano ipotizzare il ricorso alla maternità surrogata da parte di coppie italiane: le segnalazioni vengono trasmesse all'ufficiale dello stato civile insieme all'atto di nascita del bimbo, precisando che dai visti sul passaporto e dal periodo di permanenza della donna che nell'atto di nascita viene indicata come madre, si hanno molti e fondati sospetti dell'utilizzo della procedura di maternità surrogata.

favore del genitore d'intenzione, salvaguardando tutte le parti in gioco e tutelando la famiglia costituitasi all'estero⁵⁷.

Il Ministero dell'interno ha dato prontamente diffusione alla sentenza delle sezioni unite n. 38162/2022 emanando la circolare n. 3/2023 in data 19 gennaio 2023, sottolineando la massima della Cassazione rinvenibile nella suddetta decisione, invitando i prefetti a darne comunicazioni ai sindaci «al fine di assicurare una puntuale ed uniforme osservanza degli indirizzi giurisprudenziali espressi dalle sezioni unite negli adempimenti dei competenti uffici»: un passaggio ordinario considerando che l'ufficiale dello stato civile è chiamato direttamente in causa dalle sezioni unite, dovendo procedere alla trascrizione degli atti di nascita dall'estero nei limiti stabiliti dalla stessa Corte. Successivamente, il prefetto di Milano, in data 10 marzo 2023, ha inviato una nota ai sindaci dell'area metropolitana di Milano, e per conoscenza al procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano, richiamando la sentenza delle sezioni unite, al fine di comunicare che non potevano essere trascritti atti di nascita formati all'estero «riconducibili alla fattispecie della maternità surrogata, attestanti il riconoscimento di filiazione nei confronti del genitore d'intenzione, privo di legame biologico con minore», ma anche che non potevano essere formati atti di nascita in Italia da genitori dello stesso sesso, se non limitandosi a menzionare il solo genitore che avesse un legame biologico con il nato⁵⁸. Considerando che a norma dell'art. 9 del d.P.R. n. 396/2000, l'ufficiale dello stato civile è tenuto ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell'interno e che al prefetto compete la vigilanza sugli uffici dello stato civile, la circolare e la nota sono perfettamente legittime pur avendo sollevato, specialmente quest'ultima, numerose polemiche.

È doveroso ricordare che le stesse sezioni unite nel 2019 avevano sottolineato i limiti operativi dell'ufficiale di stato civile chiamato ad uniformarsi obbligatoriamente alle istruzioni impartite dal Ministero dell'interno: «[c]om'è noto, la competenza in

⁵⁷ «In questa direzione, si era già espressa anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel parere consultivo del 15 aprile 2019 n. P16-2018-001 (34), in cui aveva osservato che, ai sensi dell'art. 8 CEDU, il diritto al rispetto della vita privata del minore nato all'estero da pratiche di maternità surrogata – vietate nel paese di origine dei genitori committenti – richiede che la legislazione nazionale contempli la possibilità di riconoscere la relazione del minore con il c.d. genitore intenzionale, fermo restando che tale riconoscimento non deve inevitabilmente implicare la trascrizione del certificato di nascita nei registri dello stato civile, potendosi ricorrere anche ad altri strumenti, purché le modalità previste dal diritto interno garantiscano una attuazione celere ed effettiva, che sia rispettosa del superiore interesse del minore interessato»: G. RECINTO, *Le "istruzioni" per il futuro*, cit., p. 436.

⁵⁸ Il limite della formazione degli atti di nascita o riconoscimento in Italia da genitori dello stesso sesso non è rinvenibile nella sentenza n. 38162/2022, cit., ma risulta dalla costante giurisprudenza della Suprema Corte, a partire dalla sentenza n. 19599/2016, cit. nella quale dopo aver riconosciuto come legittima e non contraria all'ordine pubblico la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero dove venivano indicate due madri quali genitori, precisava che la legge italiana non consente alle nostre autorità di formare un atto di nascita del genere. Successivamente, tale divieto veniva ribadito con una posizione granitica, sempre dalla Corte di cassazione, sez. 1 civ., [sentenze del 3 aprile 2020, n. 7668](#); [del 23 agosto 2021, n. 23320](#); [del 23 agosto 2021, n. 23321](#); [del 25 febbraio 2022, n. 6383](#); del 7 marzo 2022, n. 7413; [del 4 aprile 2022, n. 10844](#); del 13 luglio 2022, n. 22179.

materia di tenuta dei registri dello stato civile, già spettante al Ministero della giustizia, ai sensi dell'art. 13 del r.d. n. 1238 del 1939, è stata in seguito trasferita al Ministero dell'interno, al quale l'art. 9 del d.P.R. n. 396 del 2000 attribuisce il potere di impartire istruzioni agli ufficiali dello stato civile, nonché la vigilanza sui relativi uffici, da esercitarsi attraverso il prefetto: pur non essendo certo che questi poteri costituiscano espressione di un rapporto di gerarchia in senso proprio, tale da consentire al Ministero di annullare gli atti compiuti dagli ufficiali di stato civile (cfr. le contrastanti pronunce del Giudice amministrativo: Cons. Stato, Sez. III, 1/12/2016, n. 5047; 4/11/2015, n. 5043; 26/10/2015, nn. 4897 e 4899⁵⁹) è pacifico che le predette istruzioni rivestono carattere vincolante per questi ultimi, ai quali è espressamente imposto l'obbligo di uniformarvisi, e ciò al fine di assicurare il regolare svolgimento del servizio e l'unità d'indirizzo nell'interpretazione di disposizioni dalla cui applicazione discendono effetti determinanti per la tutela dei diritti sia personali che patrimoniali»⁶⁰.

In ogni caso, negli atti e documentazione proveniente dall'estero, l'ufficiale dello stato civile dovrà verificare che non sussista contrarietà all'ordine pubblico, come richiesto dall'art. 18 del d.P.R. n. 396/2000: possono presentarsi diverse ipotesi e notevoli difficoltà per l'ufficiale dello stato civile nel comprendere e valutare se trattasi di maternità surrogata e quale sia il genitore che, anche secondo il nostro ordinamento, possa essere considerato tale e salvaguardato, rispetto a quello che dovrà essere omissis nella trascrizione dell'atto di nascita, o se invece entrambi i genitori debbano essere conservati nella trascrizione e restino tali anche per il nostro ordinamento. Pur con tutti i dubbi e le perplessità, nel momento in cui riceverà un atto di nascita proveniente dall'estero nel quale risulti la filiazione da genitori dello stesso sesso, l'ufficiale dello stato civile dovrà valutare se trattasi di fecondazioni eterologa o di surrogazione di maternità: solamente nel primo caso, potrà procedere alla trascrizione dell'atto di nascita e registrazione del rapporto di filiazione conseguente. Qualora, invece, risulti una procedura di maternità surrogata, o gestazione per altri, cioè una donna che ha messo a disposizione il proprio utero ed ha portato avanti la gravidanza per singoli o coppie eterosessuali od omosessuali, trattandosi di fattispecie contraria all'ordine pubblico secondo la sentenza delle sezioni unite, l'atto di nascita non potrà essere trascritto e l'ufficiale dello stato civile dovrà opporre rifiuto. In tale evenienza, qualora dalla documentazione che fosse stata presentata dovesse risultare che sussiste un legame genetico o biologico tra il neonato ed il genitore dichiarato tale nell'atto di nascita, anche per il nostro ordinamento potrà essere riconosciuta la validità del rapporto di filiazione di tale genitore, mentre non potrà essere

⁵⁹ In realtà le pronunce più recenti non sono affatto contrastanti ed anzi sono unanimi nel riconoscere e sottolineare l'attività dell'ufficiale dello stato civile vincolata dall'applicazione delle circolari ministeriale: oltre a Consiglio di Stato, sez. III, [sentenza del 1° dicembre 2016, n. 5047](#), citata nella decisione delle sezioni unite, si veda anche Consiglio di Stato, sez. III, [sentenze del 1° dicembre 2016, n. 5048](#); [del 26 ottobre 2016, n. 4478](#), nonché Corte di cassazione, sentenza n. 11696/2018, cit.

⁶⁰ Corte di cassazione, sentenza n. 12193/2019, cit.

riconosciuta nei confronti del genitore cosiddetto d'intenzione, il quale dovrà essere omesso nella trascrizione dell'atto di nascita, dandone formale comunicazione al medesimo per l'eventuale impugnazione, a meno che, anche in tal caso, non risulti un legame genetico o biologico con il minore. La stessa procedura dovrà essere applicata anche qualora insieme o successivamente all'atto di nascita fosse presentato un provvedimento formato all'estero nel quale risulti un rapporto di filiazione che presenti le suddette caratteristiche, sia cioè conseguenza ad una surrogazione di maternità: in ogni caso, si tratterebbe di fattispecie contraria all'ordine pubblico, non riconoscibile né trascrivibile.

Proviamo ad esaminare in pratica alcune diverse fattispecie che dovessero presentarsi, quando all'ufficiale dello stato civile fosse richiesta la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero e/o riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale straniero nel quale fosse indicato quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al genitore biologico ne ha voluto la nascita all'estero: ricordiamo che la contrarietà all'ordine pubblico è data dal ricorso alla maternità surrogata, non dal sesso di coloro che vengono indicati come genitori. Tuttavia, nel caso i due genitori fossero maschi, la sussistenza della maternità surrogata risulterebbe incontestabile e l'ufficiale di stato civile sarebbe chiamato a dare applicazione ai principi affermati nella decisione delle sezioni unite: riconoscimento del genitore biologico ed omissione del genitore d'intenzione che potrà attivarsi per chiedere l'adozione ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184/1983. In pratica, l'atto di nascita straniero verrebbe trascritto parzialmente, riportando solamente quella parte con i relativi dati non in contrasto con l'ordine pubblico, mentre verrebbero omessi i dati relativi al genitore d'intenzione. Si verterebbe, infatti nella stessa situazione che ha provocato il contenzioso sfociato poi nella decisione delle sezioni unite e l'ufficiale dello stato civile non potrebbe che dare seguito alle indicazioni contenute nella sentenza.

Dobbiamo però ricordare che il ricorso alla maternità surrogata è molto più diffuso tra le coppie eterosessuali, coniugate, che ricorrono a tale pratica per problemi di infertilità: in tal caso, l'ufficiale di stato civile potrebbe averne notizia solamente dalla comunicazione della nostra autorità diplomatica o consolare nella trasmissione dell'atto di nascita nel quale i coniugi vengono indicati come genitori naturali, oppure da eventuali notizie che potrebbero comparire nella documentazione consegnata per la trascrizione. In base a tali indicazioni, la trascrizione potrebbe rispettare il padre, che dovrebbe avere fornito il proprio materiale genetico per la fecondazione della donna che ha portato avanti la gravidanza e partorito, ma dovrebbe omettere la madre che risulterebbe essere il genitore d'intenzione a seguito del ricorso alla maternità surrogata. Ovviamente la donna potrebbe impugnare il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile che tuttavia, anche in questo caso, avrebbe applicato la decisione delle sezioni unite: sarà il giudice a valutare la reale

sussistenza dell'ipotesi contraria all'ordine pubblico o sarà la donna quale genitore d'intenzione a fare ricorso all'adozione in casi particolari.

Infine, potrebbe essere richiesta la trascrizione dell'atto di nascita e/o riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale straniero, nel quale fossero indicate due donne come madri, l'una quale partoriente e l'altra quale genitore d'intenzione. Tale situazione era stata la prima per la quale era stata imposta la trascrizione dell'atto di nascita, affermando un principio di diritto «la fattispecie nella quale una donna doni l'ovulo alla propria partner (con la quale, nella specie, è coniugata in Spagna) la quale partorisca, utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto, non costituisce un'ipotesi di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna (per averlo l'una partorito e per avere l'altra trasmesso il patrimonio genetico)»⁶¹: viene richiamata nell'ultima decisione delle sezioni unite a dimostrazione della tutela del minore e della irrilevanza del sesso dei genitori.

Successivamente, si era presentato il caso di due donne, l'una delle quale aveva portato avanti la gravidanza e partorito, mentre la compagna aveva partecipato al progetto genitoriale senza contributo genetico: era stato trascritto l'atto di nascita formato all'estero con la sola madre partoriente e chiesto il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale con il quale veniva indicata come madre anche la compagna. La Corte di cassazione aveva assimilato tale fattispecie alla fecondazione eterologa, dichiarandone la non contrarietà all'ordine pubblico ed imponendo la trascrizione: «[n]on è contraria all'ordine pubblico (internazionale) la rettifica, in Italia, in conformità al corrispondente atto britannico già validamente rettificato, dell'atto di nascita di un minore registrato come figlio originariamente solo di una donna italiana e, successivamente, anche di un'altra, con stessa nazionalità, che, pur non avendo con lui alcun rapporto biologico, aveva con la prima contratto matrimonio all'estero»⁶²: tale decisione viene richiamata dalle sezioni unite nella sentenza del 2019 per escludere che possa trattarsi di ipotesi contraria all'ordine pubblico⁶³. Appare doveroso sottolineare che le decisioni delle singole sezioni richiamate nella sentenza delle sezioni unite fanno ritenere che non sussista contrasto con l'ordine pubblico, in quanto non avrebbe senso che in una sentenza in cui viene affrontato ed ampiamente dibattuto il tema della contrarietà all'ordine pubblico vengano richiamate decisioni precedenti, se non fossero immuni da qualsiasi elemento di contrarietà. Di recente, analoga problematica è stata di nuovo affrontata pure in un caso riguardante due donne, nelle quali è stata disposta la trascrizione dell'atto di nascita straniero, precisando che «al di fuori delle ipotesi in cui opera il divieto della

⁶¹ Corte di cassazione, sentenza n. 19599/2016, cit.

⁶² Corte di cassazione, sez. I civ., [sentenza del 15 giugno 2017, n. 14878](#).

⁶³ «[N]ell'escludere la contrarietà della rettifica all'ordine pubblico, quest'ultima sentenza ha infatti equiparato la fattispecie alla fecondazione eterologa»: Corte di cassazione, sentenza n. 12193/2019, cit.

surrogazione di maternità, l'insussistenza di un legame genetico o biologico con il minore nato all'estero non impedisca il riconoscimento del rapporto di filiazione con un cittadino italiano che abbia prestato il proprio consenso all'utilizzazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non consentite dal nostro ordinamento»⁶⁴: anche se tale decisione non viene richiamata dalle sezioni unite nell'ultima sentenza, sembra essere in linea con le precedenti decisioni e con la mancanza di contrarietà all'ordine pubblico non sussistendo ipotesi di maternità surrogata. Pertanto, alla luce della citata giurisprudenza e non risultando nessuna decisione contraria, sembrerebbe che nell'ipotesi in esame si possa procedere alla trascrizione dell'atto di nascita, rispettando la genitorialità delle due madri come indicate nell'atto formato all'estero o come risultanti nel provvedimento giurisdizionale formato all'estero.

Tuttavia, occorre anche far presente che sussiste anche in tale soluzione un residuo dubbio, risultante dal fatto che le decisioni, pure facendo riferimento alla stessa fattispecie, sono state pronunciate dalla singola sezione e non dalle sezioni unite, oltre al silenzio del Ministero dell'interno che non ha mai diramato indicazioni favorevoli in proposito: certamente, sarebbe auspicabile un orientamento in merito, considerando la rilevanza delle funzioni dell'ufficiale dello stato civile e la necessità di garantire uniformità di comportamento, nell'affrontare fattispecie sempre più complesse dove sono in gioco diritti fondamentali delle persone e principi fondanti del nostro ordinamento.

8. Conclusioni.

La Suprema Corte a sezioni unite è stata chiamata a pronunciarsi, nel giro di qualche anno, sulla stessa tematica che aveva già affrontato in precedenza. Nonostante il suggerimento proveniente dalla prima sezione nell'istanza di rimessione a favore di una revisione, almeno parziale, dell'orientamento espresso nel 2019, pur consapevole che almeno una parte della dottrina avrebbe gradito una maggiore apertura nei confronti della maternità surrogata, la Cassazione ha sostanzialmente riconfermato la precedente decisione. A ben vedere, la maternità surrogata era e resta fattispecie contraria all'ordine pubblico; la trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento straniero non è consentita (o lo è solamente in parte) sussistendo l'ipotesi di contrarietà all'ordine pubblico; il superiore interesse del minore deve ottenere la massima tutela, ma non fino al punto da derogare i principi fondamentali del nostro ordinamento; la soluzione per mantenere il rapporto anche con il genitore d'intenzione resta l'adozione ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184/1983, che ottiene nuovo impulso e nuova valenza dalla giurisprudenza costituzionale e si avvicina ad un rapporto di filiazione piena: certamente, le argomentazioni della sentenza del 2022 sono molto più approfondite ed estese e vengono affrontate tutte le tematiche in discussione con una visione completa, ma non si

⁶⁴ Corte di cassazione, sez. I civ., [sentenza del 23 agosto 2021, n. 23319](#).

può negare che la sentenza n. 38162 riprenda e confermi la linea già indicata con la sentenza n. 12193. Così come non erano mancate le critiche allora, certamente non mancheranno ora: si dovrebbe però considerare che un orientamento delle sezioni unite ripetuto nel tempo e ribadito, con alcuni aggiornamenti migliorativi, ampiamente argomentato e chiaramente esposto, dovrebbe rappresentare una sorta di «guida»⁶⁵ per affrontare, in futuro, le problematiche oggetto della decisione. Sappiamo bene che «la più alta espressione della funzione nomofilattica è esercitata dalle Sezioni Unite. Del resto, la ragione, forse unica, dell'intervento delle Sezioni Unite è proprio quella di consentire alla Corte suprema di esercitare appieno e al massimo livello la funzione nomofilattica»⁶⁶, ma vi è anche consapevolezza che «nel nostro ordinamento, ancor oggi, il precedente non è vincolante, e il giudice, ai sensi dell'art. 101 Cost., è soggetto solo alla legge. Dunque, il Tribunale o la Corte d'appello, investiti di analoga questione, potrebbero esprimere contrario avviso»⁶⁷: tuttavia dopo un orientamento costante, dopo due decisioni della Suprema Corte a sezioni unite che ripetono gli stessi indirizzi, crediamo che difficilmente potranno trovare spazio interpretazioni contrastanti dei giudici di merito.

Infine, risulta doveroso sottolineare ancora il ruolo fondamentale dell'ufficiale dello stato civile, chiamato a riconoscere e trascrivere gli atti di nascita e provvedimenti giurisdizionali formati all'estero, al fine di consentire la corretta registrazione degli *status* nel rispetto dei limiti del nostro ordinamento. In una problematica quale quella oggetto di valutazioni della Corte di cassazione a singola sezione ed a sezioni unite, ripetutamente affrontata nelle aule giudiziarie, ampiamente dibattuta da illustre dottrina, esaminata più volte dalla Corte costituzionale, alla fine sarà l'ufficiale dello stato civile che metterà in campo la propria professionalità, per svolgere il più correttamente possibile i propri adempimenti, dovendo tener conto di un quadro giuridico estremamente vasto. Si tratta di un compito non facile, anzi particolarmente complesso, che viene svolto con impegno e senso del dovere dall'ufficiale di stato civile: merita sicuramente attenzione e rispetto.

⁶⁵ «Si che, non appare azzardato ipotizzare che con questa ultima pronuncia i giudici di legittimità abbiano voluto offrirci delle utili “istruzioni”, che travalicando i “confini” della maternità surrogata, dovrebbero orientarci in ogni futura riflessione in tema di genitorialità»: G. RECINTO, *Le “istruzioni” per il futuro*, cit., p. 436.

⁶⁶ G. MICCOLIS, *Nomofilachia, Sezioni Unite e questione di «particolare importanza»*, in *Questione Giustizia*, 3 novembre 2020, reperibile [online](#).

⁶⁷ M. DOGLIOTTI, *Due padri e due madri*, cit., p. 676.

ABSTRACT: La sentenza della Cassazione a sezioni unite n. 38162/2022 affronta numerose problematiche con una visione molto ampia: dal limite dell'ordine pubblico nell'ipotesi della maternità surrogata, alla doverosa tutela del minore, dalla salvaguardia del genitore biologico, alla possibile soluzione dell'adozione di minore in casi particolari a favore del genitore d'intenzione, così da consentire la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero ed il rispetto, almeno parziale, dello *status filiationis*. Sarà comunque l'ufficiale dello stato civile chiamato ad un ruolo decisivo nel valutare se l'atto di nascita che verrà presentato ai fini della trascrizione rispetti i limiti indicati dalle sezioni unite e possa procedere al riconoscimento, seppur parziale, del rapporto di filiazione formatosi all'estero: si tratta di un compito non facile e di grande responsabilità. Proviamo ad approfondire la sentenza, con la necessaria attenzione agli adempimenti di competenza dell'ufficiale dello stato civile.

PAROLE CHIAVE: maternità surrogata; adozione in casi particolari; superiore interesse del minore; ordine pubblico; genitore d'intenzione.

The United Chambers of the Supreme Court between public order and protection of the child. The role of the civil registrar in the transcription of a birth certificate drawn up abroad

ABSTRACT: The judgment of the United Chambers of the Supreme Court no. 38162/2022 deals with numerous issues with a very broad vision: from the limit of public policy in the hypothesis of surrogate motherhood, to the dutiful protection of the child, from the safeguarding of the biological parent, to the possible solution of the adoption of a child in particular cases in favour of the intended parent, so as to allow the transcription of the birth certificate formed abroad and the respect, at least partial, of the status filiationis. It will however be the civil registrar who will be called upon to play a decisive role in assessing whether the birth certificate that will be presented for transcription respects the limits indicated by the United Sections and may proceed to the recognition, albeit partial, of the filiation relationship formed abroad: this is not an easy task and involves great responsibility. Let us try to go into the judgment in more detail, with the necessary attention to the fulfilments of the civil registrar's duties.

KEYWORDS: surrogacy; adoption in special cases; best interests of the child; public policy; intended parent.