



diritto & religioni

Semestrale
Anno XVI - n. 1-2021
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

31



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno XVI – n. 1-2021
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore fondatore
Mario Tedeschi †

Direttore
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Albisetti, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dalla Torre del Tempio di Sanguinetto †, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, A. Fuccillo, M. Jasonni †, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, G.B. Varnier, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale

Diritto canonico

Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico

Diritto vaticano

Sociologia delle religioni e teologia

Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci

A. Bettetini, G. Lo Castro

L. Caprara, V. Fronzoni

A. Vincenzo

M. Jasonni †

G.B. Varnier

V. Marano

M. Pascali

R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa

Giurisprudenza e legislazione canonica e vaticana

Giurisprudenza e legislazione civile

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria*

Giurisprudenza e legislazione internazionale

Giurisprudenza e legislazione penale

Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco, R. Rolli,

F. Balsamo, C. Gagliardi

M. Carni, M. Ferrante, P. Stefani

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

G. Chiara, C.M. Pettinato, I. Spadaro

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

SETTORI

*Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. d'Arienzo

AREA DIGITALE

F. Balsamo, A. Borghi, C. Gagliardi

Comitato dei referees

Prof. Angelo Abignente – Prof. Andrea Bettetini – Prof.ssa Geraldina Boni – Prof. Salvatore Bordonali – Prof. Mario Caterini – Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti – Prof. Orazio Condorelli – Prof. Pierluigi Consorti – Prof. Raffaele Coppola – Prof. Giuseppe D’Angelo – Prof. Carlo De Angelo – Prof. Pasquale De Sena – Prof. Saverio Di Bella – Prof. Francesco Di Donato – Prof. Olivier Echappè – Prof. Nicola Fiorita – Prof. Antonio Fuccillo – Prof.ssa Chiara Ghedini – Prof. Federico Aznar Gil – Prof. Ivàn Ibàn – Prof. Pietro Lo Iacono – Prof. Carlo Longobardo – Prof. Dario Luongo – Prof. Ferdinando Menga – Prof.ssa Chiara Minelli – Prof. Agustin Motilla – Prof. Vincenzo Pacillo – Prof. Salvatore Prisco – Prof. Federico Maria Putaturo Donati – Prof. Francesco Rossi – Prof.ssa Annamaria Salomone – Prof. Pier Francesco Savona – Prof. Lorenzo Sinisi – Prof. Patrick Valdrini – Prof. Gian Battista Varnier – Prof.ssa Carmela Ventrella – Prof. Marco Ventura – Prof.ssa Ilaria Zuanazzi.

Direzione e Amministrazione:

Luigi Pellegrini Editore

Via Camposano, 41 (ex via De Rada) Cosenza – 87100

Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672

E-mail: info@pellegrinieditore.it

Sito web: www.pellegrinieditore.it

Indirizzo web rivista: <https://www.pellegrinieditore.it/diritto-e-religioni/>

Direzione scientifica e redazione

I Cattedra di Diritto ecclesiastico Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi di Napoli Federico II

Via Porta di Massa, 32 Napoli – 80134

Tel. 338-4950831

E-mail: dirittoereligioni@libero.it

Sito web: <https://dirittoereligioni-it.webnode.it/>

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01

ISSN 1970-5301

Classificazione Anvur:

La rivista è collocata in fascia “A” nei settori di riferimento dell’area 12 – Riviste scientifiche.

La maternità surrogata al vaglio, non del tutto convincente, della Consulta

Surrogacy under consideration, not entirely convincing, by the Italian Constitutional Court

GIUSEPPE RECINTO

RIASSUNTO

Il lavoro mira ad analizzare la decisione n. 33 del 2021 della Consulta in materia di maternità surrogata. In particolare si sottopone a revisione critica la prospettiva dei giudici costituzionali, secondo cui la c.d. adozione in casi particolari da parte del genitore d'intenzione non rappresenterebbe uno strumento "generalmente" adeguato per tutelare il superiore interesse del minore. Ciò, nonostante, la Corte, da un lato, invochi la necessità di dovere ricercare "la soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore", e, dall'altro lato, auspichi un intervento del legislatore per assicurare un bilanciamento tra gli interessi del minore e l'esigenza di disincentivare il ricorso a siffatte pratiche.

PAROLE CHIAVE

Maternità surrogata; adozione in casi particolari

ABSTRACT

The work aims to analyse the Constitutional Court's decision no. 33 of 2021 concerning surrogacy. In particular, it critically reviews the perspective of the constitutional judges, according to which the so-called adoption in special cases by the intended parent would not be a "generally" adequate instrument to protect the best interests of the child. This is despite the fact that the Court, on the one hand, invokes the need to seek "the best solution in the child's best interests" and, on the other hand, calls for legislative intervention to ensure a balance between the interests of the child and the need to discourage recourse to such practices.

KEYWORDS

Surrogacy; adoption in special cases

Nella decisione n. 33 del 2021¹ la Consulta, nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici di legittimità con l'ordinanza n. 8325 del 2020², ha ribadito, evocando quanto già affermato nella sentenza n. 272 del 2017³, che la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

Come detto, la pronuncia in esame trae origine da una ordinanza di rimessione della Suprema Corte, in cui era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, dell'art. 18 d.p.r. n. 396/2000 e dell'art. 64, comma 1 lett. g) l. n. 218/95, “nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del cd. genitore d'intenzione non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost., art. 117 Cost., comma 1, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali, artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori, ratificata in Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176 e dell'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea”.

In particolare, come già evidenziato in precedenza⁴, vi era un aspetto della suddetta ordinanza di rimessione che più di ogni altro imponeva una particolare attenzione, ovvero la considerazione dei giudici rimettenti, secondo cui, in vista di un eventuale riconoscimento del rapporto di filiazione tra il minore ed i committenti, non poteva ritenersi “irrelevante che la gestazione in questione sia avvenuta nel pieno rispetto delle leggi di un Paese, quale il Canada, che condivide i fondamentali valori della nostra Costituzione e legittima solo la “maternità surrogata” altruistica, cioè senza corrispettivo e diretta a fornire sostegno a favore di una nascita, che altrimenti non potrebbe avvenire, con

¹ Consultabile su www.articolo29.it.

² Al riguardo sia consentito il rinvio a GIUSEPPE RECINTO, *Un pericoloso “passo indietro” della Suprema Corte a proposito della c.d. maternità surrogata*, in *Diritto e religioni*, 1, 2020, p. 540 ss.; ID., *Un inatteso “revirement” della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, in questa *Corriere giuridico*, 7, 2020, p. 690 ss.

³ In *Foro it.*, 2018, I, 21 ss., con nota di GEREMIA CASABURI, *Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata*.

⁴ V., ancora, GIUSEPPE RECINTO, *Un pericoloso “passo indietro” della Suprema Corte a proposito della c.d. maternità surrogata*, cit., p. 540 ss.; ID., *Un inatteso “revirement” della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, cit., 690 ss.

il consenso, accertato dalle autorità giurisdizionali, della madre gestazionale e/o genetica a non assumere lo status di genitore per favorire l'avvento di una nuova vita. Tale fattispecie ispirata da intenti solidaristici va distinta da quelle ipotesi in cui, invece, questa stessa pratica è realizzata con finalità di tipo commerciale”.

Invero, l'impostazione della Suprema Corte sembrava del tutto trascurare che anche la c.d. maternità surrogata “altruistica” può realizzare una lesione della dignità della gestante⁵, come, del resto, del minore stesso⁶, senza considerare che, sovente, dietro la presunta gratuità della c.d. maternità surrogata “altruistica” si annidano clausole di rimborso o di indennizzo a favore della gestante relative ai c.dd. mancati guadagni, che “occultano” dei veri e propri corrispettivi⁷.

Nondimeno, la Consulta nella decisione n. 33 del 2021, “aderendo” allo schema delineato nella richiamata ordinanza di rimessione della Suprema Corte, sembra avere rivolto la sua “attenzione” soprattutto alla c.d. maternità surrogata “a titolo oneroso”, là dove osserva “che gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita. Tali preoccupazioni stanno verosimilmente alla base della condanna di «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali» espressa dal Parlamento europeo nella propria Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015”.

Tuttavia, come innanzi sottolineato, la riferita impostazione, da un lato, sembra trascurare il profondo disvalore in termini di violazione della dignità della gestante che è rinvenibile anche nella c.d. maternità surrogata “altruistica”, e, dall'altro lato, non considera l'incidenza sulla condizione del minore di

⁵ Si pensi, ad esempio, alla preventiva e drammatica “rinuncia” della gestante ad ogni relazione, sin dai primi momenti di vita, con il minore, oppure al “controllo” riconosciuto ai committenti, sempre sulla gestante, che può spingersi, nel periodo della gravidanza, ad “imporre” stili di vita, di alimentazione, abitudini sessuali, fino a contemplare clausole di “aborto/risoluzione” nell'interesse degli aspiranti genitori.

⁶ Il minore coinvolto, di regola, non ha la possibilità di conoscere le proprie origini, essendo immediatamente separato dalla donna che lo ha portato in grembo e con la quale durante la gravidanza ha “costruito” un rapporto di c.d. *cross-talk*, ovvero di comunicazione e conoscenza molecolare e attraverso segnali biochimici.

⁷ Circa le “presunte” differenze tra maternità surrogata “altruistica”, priva di un corrispettivo per la gestante, e maternità surrogata “commerciale”, caratterizzata da un compenso per la gestante: v., per tutti, DANIELA DANNA, “*Fare un figlio per altri è giusto*”. *Falso!*, Laterza, Bari, 2017, *passim*.

siffatte pratiche, siano esse caratterizzate da “onerosità o da “gratuità”, tant’è che nella decisione della Consulta in esame la riflessione sul minore è principalmente rivolta a far emergere la supposta “non [...] adeguata” tutela garantita al minore stesso dal possibile ricorso alla c.d. adozione in casi particolari⁸ da parte del c.d. genitore d’intenzione⁹.

Sì che, nel “difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso” alle pratiche di maternità surrogata e “l’imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori”, i giudici costituzionali, nonostante affidino al legislatore il compito di “individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco”, sembrano “dimenticarsi” della “mercificazione” del minore coinvolto, che si realizza attraverso l’accesso a qualsiasi tipologia di maternità surrogata.

Tant’è che, su questa linea, la Corte giunge a ritenere “generalmente” inadeguata la c.d. adozione in casi particolari del c.d. genitore d’intenzione rispetto alle esigenze di protezione del minore, quantunque affermi che il “principio” del superiore interesse del minore debba essere inteso come “ricerca della soluzione ottimale in concreto per l’interesse del minore”¹⁰.

Dunque, sembra che la necessità di una valutazione in concreto della migliore soluzione per il minore sia soltanto “declamata” dalla Consulta, là dove, invece, come detto, i giudici costituzionali finiscono per considerare la c.d. adozione in casi particolari, sempre e comunque, insufficiente a preservare le ragioni del minore, secondo un modello argomentativo palesemente astrattizante¹¹.

⁸ Sul consolidato orientamento giurisprudenziale volto a ricomprendere nella “constatata impossibilità di un affidamento preadottivo” richiamata dall’art. 44, comma 1, lett. d, l. n. 184/1983, non soltanto le ipotesi di impossibilità materiale, ma anche i casi di impossibilità giuridica dovuta alla mancanza di uno stato di abbandono, con conseguente possibilità di un più ampio ricorso a siffatta tipologia di adozioni, anche da parte del *partner*, pure dello stesso sesso del genitore, cfr. GIUSEPPE RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, ESI, Napoli, 2016, p. 104 ss., ove anche specifici riferimenti a Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 1, 2016, p. 2368 ss., con nota di GEREMIA CASABURI, *L’adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*, nella quale i giudici di legittimità hanno confermato l’indirizzo in esame, già espresso in precedenza da taluni giudici di merito.

⁹ Condivide le medesime perplessità in ordine all’impostazione seguita dalla Consulta nella decisione n. 33 del 2021, anche MICHELE SESTA, *La prospettiva padiocentrica quale fil rouge dell’attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Famiglia e diritto*, 7, 2021, p. 774 ss.

¹⁰ Con riferimento alla necessità di “rifuggire da una considerazione meramente astratta del superiore interesse del minore, privandolo di quella eccessiva enfasi che sovente lo accompagna, per calarlo, invece, nei reali contesti ed ambiti ove è destinato a manifestarsi e necessariamente confrontarsi”, GIUSEPPE RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., p. 60 ss.; ID, *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne “adultocentriche” e scelte apparentemente “minorecentriche” della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Foro it.*, 1, 2017, p. 3669 ss.

¹¹ Più diffusamente sulla tendenza a ragionare ancora secondo “astratti modelli di minori”, GIUSEPPE RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir.*

Pertanto, appare fondato il “sospetto” che la decisione in commento della Consulta possa essere annoverata tra quelle pronunce caratterizzate da una prospettiva apparentemente minoricentrica, che, tuttavia, ad una più attenta riflessione evidenziano una logica prettamente adultocentrica¹².

Un “dubbio” che si rafforza nel momento in cui nella sentenza in esame si legge che, rispetto alle questioni trattate, non è “in discussione un preteso “diritto alla genitorialità” in capo a coloro che si prendono cura del bambino”¹³.

Una affermazione, questa, che dissimula una sorta di *excusatio non petita accusatio manifesta*, confermata dal rilievo che i giudici costituzionali, nonostante diano conto che la “Corte EDU riconosce, in particolare, che gli Stati parte possano non consentire la trascrizione di atti di stato civile stranieri, o di provvedimenti giudiziari, che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo status di padre o di madre al “genitore d’intenzione”; e ciò proprio allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato ben può considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi”, osservano, tuttavia, che una “tale tutela dovrà, in questo caso, essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino”.

Sì che ancora una volta emerge un “salto” logico nell’argomentare dei giudici, posto che, da una parte, sottolineano come la C. Edu affidi “alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta dei mezzi con cui pervenire” alla migliore tutela del minore coinvolto da una pratica di maternità surrogata, e, dall’altra parte, affermano che siffatta tutela può aversi soltanto con il riconoscimento

fam. pers., 2013, p. 1475 ss.

¹² Cfr., *ex multis*, GIUSEPPE RECINTO, *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne “adultocentriche” e scelte apparentemente “minorecentriche” della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 3669 ss.

¹³ Per osservazioni critiche in ordine alla configurabilità nel nostro ordinamento di un diritto ad essere genitori, cfr. GIUSEPPE RECINTO, *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere “filiazione”*, cit., p. 347 ss.; Id., *La Corte costituzionale e la legittimità del divieto per le coppie dello stesso sesso di ricorrere alla PMA: non può configurarsi nel nostro ordinamento un “diritto assoluto alla genitorialità”*, cit.; Id., *Con la decisione sulla c.d. maternità surrogata le Sezioni unite impongono un primo “stop” al “diritto ad essere genitori”*, cit., p. 560 ss.; v., su questa linea, anche MICHELE SESTA, *La prospettiva padiocentrica quale fil rouge dell’attuale disciplina giuridica della famiglia*, cit., p. 775, ad avviso del quale “quello che [...] la Costituzione nega è che una persona umana – nella specie il figlio che viene pianificato e artificialmente procreato per contratto – sia concepita e messa al mondo da terzi allo scopo esclusivo di assicurare il soddisfacimento dell’interesse di avere figli di chi, estraneo al concepimento e alla gestazione, non è in grado di averne”.

della “pienezza” del legame di filiazione rispetto al genitore d’intenzione, alludendo chiaramente al meccanismo della c.d. adozione piena, non certamente equiparabile, come evidenziato dalla stessa Corte¹⁴, ad una c.d. adozione in casi particolari.

Insomma, una “apparente” attenzione rivolta al *best interest of the child*, che sembra piuttosto celare una “reale” attenzione rivolta soprattutto all’aspirazione dei committenti ad essere genitori.

Inoltre, deve considerarsi che la stessa Consulta nella decisione n. 32 del 2021¹⁵, nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e dell’art. 250 c.c., nella parte in cui non consentirebbero al figlio nato nell’ambito di un progetto di PMA di coppia omofettiva l’attribuzione dello status di figlio del genitore d’intenzione, ha auspicato un intervento legislativo in “materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore”, attraverso “una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento” oppure mediante “l’introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione”.

Pertanto, relativamente alla PMA, i giudici costituzionali non escludono anche uno specifico intervento “manutentivo” della disciplina delle adozioni volta a renderla maggiormente adeguata all’emergere delle problematiche connesse alle c.dd. nuove genitorialità.

Viceversa, rispetto alla maternità surrogata, la stessa Consulta, nonostante il profondo disvalore di tali pratiche e la conseguente esigenza di disincentivarle, come visto, appare orientata esclusivamente verso modelli riconducibili alla c.d. adozione piena.

Il tutto, ovviamente, lascia ancora più perplessi, avvalorando il “sospetto”

¹⁴ La Consulta, infatti, nella decisione in commento si sofferma specificamente sui tratti distintivi tra c.d. adozione piena e c.d. adozione in casi particolari, allorquando rileva che “L’adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all’adottante. Inoltre, pur a fronte della novella dell’art. 74 cod. civ., operata dall’art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali), che riconosce la generale idoneità dell’adozione a costituire rapporti di parentela, con la sola eccezione dell’adozione di persone di maggiore età, è ancora controverso – stante il perdurante richiamo operato dall’art. 55 della legge n. 184 del 1983 all’art. 330 cod. civ. – se anche l’adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l’adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore “biologico” (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall’inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita”.

¹⁵ Consultabile su www.articolo29.it.

che nella decisione n. 33 del 2021 il riferimento della Corte al superiore interesse del minore sia principalmente rivolto ad “ammantare di una diversa, e più nobile, ragione l’esito di un bilanciamento che alla fine forse tutela [...] e soprattutto protegge il diritto di un adulto”¹⁶.

Nondimeno, come è noto, per la Suprema Corte¹⁷ le c.dd. adozioni in casi particolari ai sensi dell’art. 44, comma 1, lett. d, L. n. 184/1983 mirano «a dare riconoscimento giuridico, previo rigoroso accertamento della corrispondenza della scelta all’interesse del minore, a relazioni affettive continuative e di natura stabile instaurate con il minore e caratterizzate dall’adempimento di doveri di accudimento, di assistenza, di cura e di educazione analoghi a quelli genitoriali».

Tant’è che, al riguardo, si è, altresì, rilevato che il possibile ricorso in tali ipotesi alla c.d. adozione in casi particolari non avrebbe lo scopo «di creare un nuovo rapporto genitore-figlio, ma di prendere atto di una relazione già sussistente e consolidata» nella vita del minore, valutandone l’utilità.

Un indirizzo, questo, che, tra l’altro, sembra maggiormente coerente anche con l’introduzione nel nostro ordinamento, mediante l’ultima riforma della filiazione¹⁸, della categoria giuridica della responsabilità genitoriale al posto della tradizionale potestà genitoriale, tenuto conto che, come si è già evidenziato¹⁹, la responsabilità genitoriale, affermata nel contesto europeo ed internazionale, si basa sul concetto e sulla funzione di cura del minore, ovvero su un rapporto adulto-minore necessariamente relazionale, in cui il minore è

¹⁶ ELISABETTA LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016, p. 106.

¹⁷ Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, cit.

¹⁸ Il riferimento è alla l. n. 219 del 10 dicembre 2012, rubricata «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali», e al d.lgs n. 154 del 28 dicembre 2013, per la «Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell’articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219»: sui quali, *ex multis*, MICHELE SESTA, *L’unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 3, 2013, p. 231 ss.; *Id.*, *Manuale di diritto di famiglia*, Hoepli, Milano, 2019, p. 251 ss.; ENRICO AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2014, p. 466; GIUSEPPE RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., p. 11 ss.; *Id.*, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, cit., p. 1475 ss.; GILDA FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corriere giuridico*, 3, 2013, p. 525 ss.; PIERO SCHLESINGER, *Il d.lg. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, 5, 2014, p. 443 ss.; VINCENZO CARBONE, *Riforma della famiglia: considerazioni introduttive*, in *Famiglia e diritto*, 3, 2013, p. 225 ss.; *Id.*, *Il d.lgs. n. 154/2013 sulla revisione delle disposizioni vigenti in tema di filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 3, 2013, p. 447 ss.; MASSIMO DOGLIOTTI, *Nuova filiazione: la delega al governo*, in *Famiglia e diritto*, 3, 2013, p. 279 ss.

¹⁹ Ampiamente, al riguardo, GIUSEPPE RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., p. 11 ss.; *Id.*, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, cit., 895 ss.

valutato quale persona unitariamente intesa in tutte le sue componenti – affettive, psicologiche, fisiche, relazionali e culturali²⁰.

Pertanto, alla luce del riferito contesto, deve, invece, considerarsi positivamente la sentenza n. 9006 del 2021 delle Sezioni Unite²¹, che, non distinguendo tra maternità surrogata per “fini commerciali” o “altruistica”, oppure tra committenti di diverso o dello stesso sesso, nel ribadire la contrarietà di siffatte pratiche “ai principi vigenti di ordine pubblico” e nel confermare quanto già sottolineato dalle stesse Sezioni Unite nella richiamata decisione n. 12193 del 2019, ha specificato che, rispetto alla gestazione per altri, l’applicabilità del “modello adottivo gradato [c.d. adozione in casi particolari] è esclusivamente conseguenza del grave disvalore ricondotto, dalle S.U., alla scelta della gestazione per altri e alla necessità di trovare un bilanciamento che tenga conto di questa valutazione”.

Invero, la Suprema Corte nella pronuncia in esame sembra volere chiarire che rispetto alle “scelte” da compiersi in tema di maternità surrogata il superiore interesse del minore non può “entrare in gioco” solamente nel momento in cui la sua “mercificazione”, e, quella della gestante, si sono già consumati, ovvero “troppo tardi”²².

Del resto, nonostante si tratti di un giudizio principalmente incentrato sulla questione della efficacia nel nostro ordinamento di c.dd. adozioni piene da parte di coppie *same sex* realizzate all’estero, le Sezioni Unite attraverso la sentenza n. 9006 del 2021 hanno più volte sottolineato, e non certo “*incidenter tantum*”, che “la differenza di genere per le coppie omogenitoriali maschili costituisce un discrimine soltanto se il progetto genitoriale comune si fonda sul ricorso alla gestazione per altri”, rappresentando quest’ultima una “condizione negativa”.

Inoltre, la stessa C. Edu in un parere consultivo in materia²³, che, tuttavia,

²⁰ GIUSEPPE RECINTO, *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, 1295 ss.; Id., *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, cit., p. 1475 ss.; Id., *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, cit., pp. 85, 107, 142.

²¹ Per un commento a questa decisione sia consentito rinviare a GIUSEPPE RECINTO, *Le “pericolose oscillazioni” della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata*, in *Famiglia e diritto*, 2021.

²² Riguardo alla necessità di spogliare “il c.d. superiore interesse del minore di quella eccessiva enfasi che sovente lo accompagna [...], e che tende a farne una sorta di “generica panacea contro ogni male” non sempre funzionale a salvaguardare proprio le istanze dei minori”, GIUSEPPE RECINTO, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *Dir. succ. e fam.*, 3, 2017, p. 895 ss.

²³ Specificamente il par. 41 del parere consultivo del 10 aprile 2019 della *Grand Chambre* (*request n. P16-2018-001*), a seguito del rinvio della Corte di Cassazione francese: il provvedimento

è stato spesso “piegato” dalla nostra giurisprudenza per prospettare delle possibili “aperture” rispetto alla maternità surrogata²⁴, ha osservato che, con riferimento alle pratiche di gestazione per altri, la tutela del superiore interesse del minore non depone, necessariamente, per la conservazione del rapporto del minore con il c.d. genitore d’intenzione, dovendosi, per i giudici di Strasburgo, analizzare la reale e specifica relazione che intercorre tra quel singolo minore e quell’adulto, anche allo scopo di superare i rischi di abuso, che si annidano dietro il ricorso a siffatte pratiche, siano esse “altruistiche” o meno.

Sì che, in conclusione, sembra potersi rilevare che la decisione n. 33 del 2021 della Consulta sembra “condizionata” da una prospettiva eccessivamente adultocentrica più “incline” a “premiare” il “desiderio” di genitorialità dei committenti che a “contenere” il rischio di “mercificazione” dei minori e delle gestanti, connesso all’utilizzo di tali pratiche.

Tuttavia, è lo stesso giudice delle leggi che in altra occasione ci ha “ricordato” – convincendoci molto di più – che l’aspirazione ad essere genitore deve essere necessariamente “bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti”, posto che all’ordinamento non può essere richiesto di assicurare la “soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale”, così da “rendere incompatibile [...] ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione”²⁵.

Ed, allora, questa volta siamo noi a dovere “ricordare” nuovamente alla Consulta, come già avvenuto in precedenza²⁶, che nel nostro ordinamento non

può essere consultato sul sito della C. Edu: www.echr.coe.int. Inoltre, sempre su questa linea, si consideri la decisione della *Grande Chambre* (CEDU, *Grande Chambre*, sent. 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia, in *Foro it.*, 2017, IV, 105 ss., con nota di GEREMIA CASABURI, *La Corte europea cambia opinione: l’allontanamento di un bambino nato da maternità surrogata e in violazione delle disposizioni italiane sull’adozione internazionale non viola l’art. 8 Cedu.*), che “ribaltato” la pronuncia (Cedu, sent. 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, Paradiso e Campanelli c. Italia), nella quale il nostro paese era stato originariamente sanzionato per avere dichiarato adottabile un minore nato all’estero da una pratica di maternità surrogata, che ha giudicato non sufficiente ai fini dell’accertamento di una “vita familiare” da salvaguardare la mera “esistenza di un progetto genitoriale e la qualità dei legami affettivi” in presenza di una serie di ulteriori e contrari indici, quali “l’assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori, la breve durata della relazione con il minore e l’incertezza dei legami dal punto di vista giuridico”.

²⁴ In particolare dalla ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite n. 8325 del 2021, da cui, come visto, ha tratto origine la decisione in esame: al riguardo, v., ancora, GIUSEPPE RECINTO, *Un inatteso “revirement” della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, cit.; Id., *Un pericoloso “passo indietro” della Suprema Corte a proposito della c.d. maternità surrogata*, cit.

²⁵ Ci si riferisce a C. Cost. 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corriere giuridico*, 12, 2019, p. 1460, con commento di GIUSEPPE RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”*.

²⁶ V., sempre, GIUSEPPE RECINTO, *La Corte costituzionale e la legittimità del divieto per le coppie dello stesso sesso di ricorrere alla PMA: non può configurarsi nel nostro ordinamento un “diritto assoluto*

La maternità surrogata al vaglio, non del tutto convincente, della Consulta

sembra esserci “spazio” per un indiscriminato ed assoluto diritto alla genitorialità.

*alla genitorialità”, in www.giustiziacivile.com (06/11/2019); Id., *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”*, cit.*