

Il Revirement della Cassazione dopo la decisione a Sezioni Unite. Conflitto o dialogo con la Corte di Strasburgo? Alcune notazioni sul diritto vivente delle azioni di stato.

Mirzia Bianca

Sommario: 1. L'ordinanza interlocutoria n. 8325/2020: contrasto o dialogo? - 2. Le ragioni del conflitto con il parere consultivo di Strasburgo. - 3. Le ragioni del conflitto con il diritto vivente della filiazione. - 4. La valutazione in concreto dell'interesse del minore e il diritto vivente delle azioni di stato.

1. L'ordinanza interlocutoria n. 8325/2020: contrasto o dialogo?

L'ordinanza interlocutoria della Corte di cassazione a sezioni semplici n.8325/2020 solleva la questione della legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6 della legge n. 40 del 2004, 64, comma 1 della legge n. 218 del 1995, nonché dell'art. 18 del d.pr. n. 396/2000. Essi, nel diritto vivente, sarebbero interpretati, in via generale e senza valutazione concreta dell'interesse superiore del minore, come impeditivi della trascrizione dell'atto di nascita legalmente costituito all'estero di un bambino nato mediante gestazione per altri nella parte in cui attesta la filiazione del genitore intenzionale non biologico. La scelta di sollevare la questione di legittimità costituzionale di tali disposizioni, come emerge dalla stessa motivazione¹, è ritenuta l'unica via possibile, atteso il supposto contrasto tra il parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo reso in materia e il diritto vivente come interpretato dalla Corte di cassazione a Sezioni unite nella decisione di maggio scorso².

Devo confessare che nel leggere questa ordinanza sono stata colta da un

¹ Così testualmente in motivazione:

“Il Collegio ritiene che nella decisione della causa non si possa prescindere dal predetto parere della Grande Camera che, sebbene non direttamente vincolante, impone scelte ermeneutiche differenti da quelle adottate dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2019. Tuttavia la impossibilità di una opzione interpretativa in contrasto con quello che allo stato costituisce il diritto vivente, per come interpretato dalla più alta istanza della giurisdizione di legittimità.....*induce a sollevare questione di legittimità costituzionale...*”.

²V. Cass. civ. Sez. Un. 8 maggio 2019, n. 12193.

certo stupore, dato che in fase di commento della citata decisione della Cassazione a Sezioni Unite³, non solo avevo avuto la sensazione che con quella decisione si fosse raggiunta la quadratura del cerchio, se pure con delle inevitabili contraddizioni, ma avevo proprio rilevato il dialogo e quindi la continuità con quanto affermato dalla Corte europea in quel parere consultivo⁴, nonché con una successiva decisione della nostra Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sempre sulla legittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004⁵.

La Corte di cassazione a Sezioni Unite, se pure discutibile in alcuni punti, aveva raggiunto un ragionevole punto di equilibrio in una materia delicata e caratterizzata da un ossimoro di fondo. Infatti, pur mantenendo fermo il punto sulla contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento di un certificato straniero di un bambino nato da maternità surrogata, non aveva dimenticato l'interesse del minore a mantenere, ove rilevabile in *concreto*, il rapporto affettivo con il genitore di intenzione, indicando la via dell'adozione in casi particolari.

Il parere consultivo della Corte europea, peraltro pubblicato *anteriormente*⁶ e non *successivamente*, e pur riguardando non specificamente il caso di un genitore di intenzione privo di rapporto biologico ma il caso di un genitore di intenzione biologico, era sostanzialmente in linea con quanto deciso dalle Sezioni Unite. Le indicazioni agli Stati membri della Corte di Strasburgo possono sintetizzarsi nei seguenti punti: 1) non obbligatorietà dello strumento della trascrizione; 2) larga discrezionalità nella scelta di strumenti alternativi che possano assicurare certezza e celerità, tra i quali viene menzionata l'adozione; 3) rilevanza dell'interesse del minore da valutare sempre *non in astratto* ma *in concreto*. Va poi sottolineato, a titolo di curiosità, che sia il parere consultivo che il caso che lo ha originato (caso Menesson c. Francia) sollevano il problema della violazione dell'art. 8 della Cedu ma del solo diritto alla *vita privata* del soggetto nato da maternità surrogata e non anche del diritto alla *vita familiare*. A queste considerazioni va aggiunta la finalità primaria che la Corte europea intende raggiungere attraverso lo strumento del parere consultivo che è quella di “interagire maggiormente con le autorità nazionali consolidando in tal modo

³ V. al riguardo la mia nota, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite: Ordine pubblico versus interesse del minore?* in *Famiglia*, 2019, 373 e ss.

⁴V. in questo senso la mia nota alle Sezioni Unite citata alla nota precedente.

⁵ V. Corte Cost. 23 Ottobre 2019, n. 221. V. al riguardo M. Bianca, *Il Best interest of the child nel dialogo tra le Corti*, in via di pubblicazione in M. BIANCA (cur.), *The Best interest of the child*

⁶ L'Avis consultatif è infatti del 10 aprile 2019.

l'attuazione della Convenzione, conformemente al principio di sussidiarietà⁷, finalità che almeno sulla carta è quella di dialogo con gli Stati membri.

2. Le ragioni del conflitto con il parere consultivo di Strasburgo.

L'ordinanza che si commenta, al contrario, rileverebbe il conflitto del diritto vivente interpretato dalla decisione a Sezioni Unite con quanto affermato nel parere consultivo della Corte di Strasburgo.

In particolare, il primo profilo di conflitto sarebbe causato “dall'attribuzione al divieto di maternità surrogata dello statuto di principio di ordine pubblico internazionale prevalente *a priori* sull'interesse del minore per effetto di una scelta compiuta dal legislatore italiano in via generale e astratta dalla valutazione del singolo caso concreto”.

Il secondo profilo di conflitto atterrebbe alla scelta dello strumento alternativo dell'adozione in casi particolari che “non risulta affatto idoneo a garantire quella effettività e celerità di attribuzione dello *status filiationis ritenuta* dalla Corte di Strasburgo la condizione imprescindibile per qualificare la modalità alternativa alla trascrizione rispettosa del diritto alla tutela della vita privata e familiare del minore”.

Riguardo al primo profilo di conflitto, giova sottolineare che inevitabilmente il divieto di maternità surrogata, essendo contenuto in un divieto di legge, porterebbe ad una valutazione generale ed astratta incompatibile con una valutazione concreta dell'interesse del minore, anche per chi come me o altri⁸ ritiene che la maternità surrogata non sia lesiva della sola dignità della donna e dell'adozione (come affermato dalle Sezioni Unite) ma anche del nascituro⁹. Appare infatti a chi scrive impossibile che il divieto della maternità surrogata possa occuparsi dell'interesse *in concreto* del minore, dato che, essendo appunto l'interesse del minore da valutare sempre *in concreto* non potrebbe mai essere affidato ad una valutazione del legislatore che per sua natura è generale ed astratta, ma dovrebbe invece essere affidata al giudice volta per volta e in

⁷ V. testualmente il Preambolo al Protocollo 16 della Corte europea dei diritti dell'uomo: “Considerato che l'estensione della competenza della Corte a emettere pareri consultivi permetterà alla Corte di interagire maggiormente con le autorità nazionali consolidando in tal modo l'attuazione della Convenzione, conformemente al principio di sussidiarietà”.

⁸V. il Parere del Comitato di bioetica spagnolo del 2017.

⁹ Nella mia citata nota di commento alla decisione a Sezioni Unite, avevo rilevato che la maternità surrogata comporta non solo la lesione della dignità della donna e dell'adozione, ma anche del nascituro.

relazione alla singola fattispecie. Anche volendo contestare che il divieto della maternità surrogata sia da ritenersi prevalente rispetto al principio del migliore interesse del minore, dato che sicuramente anche quest'ultimo, come la dignità è da ritenersi principio di ordine pubblico a rilievo internazionale, appare quanto meno arbitrario e astratto attribuire alla trascrizione del certificato di nascita di un bambino nato da maternità surrogata la valenza di realizzare il migliore interesse del minore.

Si tratterebbe di valutazione inevitabilmente *astratta* dell'interesse del minore, che porterebbe ad abbandonare l'indicazione della Corte di Strasburgo in ordine alla necessità di evitare una trascrizione *ab initio* e *di realizzare* una *concretizzazione* dell'interesse del minore¹⁰. In definitiva l'indicazione di una automatica trascrizione *sempre* e per tutti i bambini nati da maternità surrogata produrrebbe un automatismo¹¹ pari a quello denunciato nella ordinanza che si commenta nel caso di contrarietà all'ordine pubblico per violazione del divieto di maternità surrogata. Ciò porterebbe quindi a tradire l'indicazione della Corte di Strasburgo in ordine all'esigenza che l'interesse del minore sia valutato *ex post* e in *concreto*.

Inoltre, come ho scritto, non è così scontato che il migliore interesse del minore sia sempre e solo quello ad essere riconosciuto come figlio del genitore di intenzione non biologico, abbandonando del tutto la preminenza che deve essere accordata alla madre che l'ha partorito e a prescindere da una valutazione del rapporto di affettività che si è instaurato tra questo soggetto e il bambino. L'esigenza di operare una netta distinzione tra una valutazione *astratta* e una valutazione *concreta* del *Best interest of the child*, oltre ad essere contenuta nel citato parere consultivo della Corte di Strasburgo è il *Leitmotiv* della giurisprudenza interna.

La Corte Costituzionale di recente ha respinto il giudizio di illegittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004¹² nella parte in cui esclude l'accesso alla PMA alle coppie dello stesso sesso, sottolineando la

¹⁰ V. testualmente un passaggio del citato parere consultivo della Corte di Strasburgo: “Outre ce constat relatif à la marge d’appréciation, la Cour considère que l’article 8 de la Convention n’impose pas une obligation générale pour les États de reconnaître ab initio un lien de filiation entre l’enfant et la mère d’intention. Ce que requiert l’intérêt supérieur de l’enfant – qui s’apprécie avant tout in concreto plutôt qu’in abstracto – c’est que ce lien, légalement établi à l’étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu’il s’est concrétisé”. Il appartient en principe non pas à la Cour mais en premier lieu aux autorités nationales d’évaluer, à la lumière des circonstances particulières de l’espèce, si et quand ce lien s’est concrétisé”.

¹¹ Tra i meriti della citata decisione a Sezioni Unite del 2019 avevo rilevato l'eliminazione proprio di un automatismo.

¹² V. la citata decisione della Corte Costituzionale n. 221 del 2019.

distinzione tra una valutazione *astratta* e una valutazione *concreta* dell'interesse del minore e rilevando che la PMA si occupa necessariamente di una valutazione in astratto in quanto riguarda il caso di un minore “non ancora nato”, a differenza dell'adozione che riguarda, invece, un minore “già nato”¹³.

La stessa e più volte citata decisione della Corte a Sezioni unite in tema di maternità surrogata non dimentica una valutazione *in concreto* dell'interesse del minore da affidare alla valutazione del giudice al fine di un provvedimento di adozione in casi particolari. La medesima distinzione è posta in luce da due recenti sentenze gemelle del Tribunale di Roma¹⁴ che sottolineano la differenza che corre tra una valutazione attinente ad un profilo di “status nascente”, come nel caso di riconoscimento di un certificato straniero di nascita all'estero da maternità surrogata e la contestazione di uno “status già acquisito” attraverso l'impugnazione per difetto di veridicità.

In definitiva appare arbitrario affidare alla immediata trascrizione la funzione di realizzare *in concreto* il migliore interesse del bambino.

Quanto al secondo punto di conflitto con la Corte di Strasburgo, ovvero l'inidoneità dell'adozione in casi particolari ad essere considerata strumento veloce ed efficiente per realizzare l'interesse del minore, mi limito a rilevare che, pur condividendo il carattere spurio dell'adozione in casi particolari rispetto all'adozione piena, essa non può non considerarsi diritto vivente¹⁵, dato il riconoscimento che della stessa è stato fatto non solo dalla giurisprudenza di merito¹⁶, ma anche dalla Corte di Cassazione¹⁷. Deve inoltre aggiungersi che tale tipologia di adozione, se pure diversa rispetto all'adozione piena, evita quell'automatismo che si produrrebbe con l'immediata trascrizione, consentendo proprio la richiesta valutazione *in concreto* dell'interesse del minore. Secondo quanto

¹³ V. Corte Cost. n. 221 del 2019: “La PMA, di contro, serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo), realizzandone le aspirazioni genitoriali. Il bambino, quindi, deve ancora nascere: non è, perciò, irragionevole – come si è detto – che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni “di partenza”.

¹⁴ V. Trib. Roma, 11 febbraio 2020 n. 3017 e 11 febbraio 2020, n. 2991.

¹⁵ V. G. Luccioli, *Il parere preventivo della Corte Edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata: un conflitto inesistente o un conflitto mal risolto dalla Corte di Cassazione?* In www.giustiziainsieme.it.

¹⁶ L'istituto della *Stepchild Adoption* è stato inaugurato con la sentenza del Tribunale per i Minorenni di Roma, 30 luglio 2014 (est. Cavallo). Tale figura ha poi trovato costante applicazione negli arresti successivi della giurisprudenza di merito.

¹⁷ Cass. 22 giugno 2016, n. 12962; Cass. 16 aprile 2018, n. 9373; Cass. 26 giugno 2019, n. 17100.

affermato dalla giurisprudenza di legittimità “l'art. 44, lett. d) della legge n. 183 del 1984 contiene una clausola di chiusura del sistema volta a garantire la tutela della vita familiare del minore che abbia sviluppato una relazione significativa con un adulto in grado di svolgere la funzione genitoriale”¹⁸.

3. Le ragioni del conflitto con il diritto vivente della filiazione.

A queste riflessioni se ne aggiungono altre che traggono spunto da altro passaggio dell'ordinanza che si commenta, in cui si rileva il conflitto con i principi d'inviolabilità dei diritti fondamentali del minore, d'uguaglianza, di non discriminazione, di ragionevolezza e di proporzionalità. In particolare si rileva che “il diniego di trascrizione dell'atto di stato civile, nella parte afferente all'inserimento del padre d'intenzione, sovrapponendo il divieto penalistico inerente alla 'cd maternità surrogata' alla tutela del diritto del minore alla pienezza del suo *status*, comporta la conseguenza di discriminare i nati nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e delle modalità della gestazione”. Queste affermazioni vanno confrontate con il diritto vivente delle azioni di stato, con particolare riferimento all'instaurazione di un rapporto di filiazione, quale quello in questione, privo di alcun dato biologico. Si tratta infatti di stabilire in quali casi e a quali condizioni l'ordinamento attuale decide di attribuire lo *status* di filiazione a prescindere dalla presenza di alcun legame biologico con il nato.

In termini generali occorre rilevare che la filiazione attiene al mondo degli *status* e non al mondo dell'autonomia negoziale e del contratto. Si diventa figli o genitori non perché si vuole ma perché esistono precisi presupposti. Allo stesso modo la perdita dello *status* di filiazione è affidata alla presenza di condizioni precise e circostanziate. A questa architettura dello stato di filiazione fa da *pendant* il sistema chiuso e tassativo delle azioni di stato. Tra i fattori principali che governano l'instaurazione e la permanenza dello *status filiationis* finora e tuttora fa da protagonista il *favor* accordato dall'ordinamento al sangue e quindi al fattore biologico, come di recente ribadito dalla Corte Costituzionale.

Nella giurisprudenza della Corte europea la sola volontà di divenire genitore non accompagnata da alcun dato biologico non è stata ritenuta sufficiente a garantire l'instaurazione di un rapporto di filiazione, come emerge dal caso *Paradiso Campanelli c. Italia*. Il caso *Menesson c.*

¹⁸ Così le decisioni della Corte di Cassazione citate alla nota precedente del testo.

Francia, dal quale ha originato il citato parere consultivo, in realtà non ha smentito tale assunto dato che si trattava del riconoscimento di un certificato straniero riguardante un genitore di intenzione che tuttavia era anche genitore biologico dei nati da maternità surrogata.

Se si volge poi lo sguardo al diritto interno e agli istituti che consentono l'instaurazione di un rapporto di filiazione a prescindere dal dato biologico, sono vari i fattori che giustificano la deroga alla filiazione di sangue. Nel caso dell'adozione è lo stato di abbandono insieme all'istanza solidaristica di assicurare una famiglia a chi non ce l'ha. La sola volontà di adottare o di avere un figlio non è sufficiente a creare uno *status* in mancanza di altri elementi della fattispecie che sono, oltre allo stato di abbandono del minore, l'idoneità affettiva degli adottanti. Sono tutti questi elementi che, unitamente considerati, portano ad una valutazione del migliore interesse del minore attraverso il controllo del giudice.

Nel caso della fecondazione eterologa, il fattore principale che giustifica una filiazione non biologica è lo stato di infertilità “assoluta e irreversibile”¹⁹ di uno dei componenti della coppia o di entrambi, insieme all'assunzione della responsabilità della genitorialità che deriva dal consenso alla fecondazione assistita. Il solo consenso o la sola manifestazione di volontà non sono sufficienti a creare lo *status filiationis*. Sono entrambi questi elementi che, insieme considerati, giustificano la regola contenuta nell'art. 9 della legge n. 40 del 2004 che impedisce l'esercizio dell'azione di impugnazione per difetto di veridicità. Secondo una recente decisione della Corte Costituzionale, da tale regola avente carattere eccezionale “non è desumibile un principio generale in base al quale, ai fini dell'instaurazione del rapporto di filiazione è sufficiente il solo elemento volontaristico o intenzionale, rappresentato dal consenso prestato alla procreazione, ovvero dall'adesione a un comune progetto genitoriale”²⁰.

Tale disciplina rappresenta, quindi, uno statuto speciale della filiazione non biologica, non applicabile analogicamente ad altre situazioni, come la maternità surrogata. Ciò perché da tempo la Corte Costituzionale ha ribadito la distinzione tra fecondazione eterologa e maternità surrogata tanto da decidere in un'unica decisione di rimuovere il divieto della prima mantenendo il divieto della seconda²¹.

¹⁹ Al riguardo la Corte Cost. (n. 221/2019) ha ribadito che il sistema della PMA si fonda sul presupposto della presenza di uno stato di *infertilità assoluta e irreversibile* che è stata distinta rispetto alla *cd infertilità fisiologica* delle coppie omosessuali e delle donne in età matura.

²⁰V. la citata Corte Cost. 26 maggio 2020, n. 127.

²¹ Corte Cost. n. 162/2014.

Tale distinzione non può essere superata in quanto la distinzione tra i due istituti importa un diverso assetto assiologico dei rapporti di filiazione. La fecondazione eterologa consente la conservazione del diritto alla maternità della madre che partorisce, ponendosi in linea con quanto affermato dall'art. 269, terzo comma del codice civile. Il contratto di maternità surrogata comporta sempre e comunque uno statuto generale di rinuncia alla maternità da parte della donna gestante ed è proprio questa la ragione della illiceità e di lesività della dignità della donna. Rispetto alle dispute del passato che accendevano i civilisti in ordine alla prevalenza della madre committente o della madre uterina, oggi è sceso il silenzio più assoluto sul diritto della madre uterina di tenere il bambino. Tale diritto non è stato tuttavia soppresso, data la permanenza della regola che è madre colei che partorisce. Quindi anche per questa ragione non può ritenersi ammissibile una trascrizione immediata e automatica del nato da maternità surrogata a favore di figure genitoriali *altre*, senza un preventivo controllo sulla volontà o meno della donna partoriente di tenere con sé il bambino.

Nel caso di maternità surrogata, non è quindi possibile applicare analogicamente l'art. 9 della legge n. 40 del 2004, data l'eccezionalità di quella disposizione, pur in presenza di una infertilità assoluta e irreversibile (come può accadere per la coppia eterosessuale che decide di accedere alla maternità surrogata all'estero). Inoltre, come evidenziato dalla *Grande Chambre* nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, la totale mancanza di ogni legame biologico insieme alla mancanza di un accertato legame affettivo tra il genitore di intenzione e il nato da maternità surrogata sono insufficienti a fondare il titolo di genitorialità.

Una diversa soluzione, quale quella della immediata trascrizione porterebbe allora alla creazione di uno statuto speciale e privilegiato del nato da maternità surrogata che determinerebbe inevitabilmente una palese violazione del principio di uguaglianza, rispetto al minore adottato.

4. La valutazione in concreto dell'interesse del minore e il diritto vivente delle azioni di stato.

Questa breve analisi delle azioni di stato e del diritto vivente della filiazione non biologica ha evidenziato che proprio perché la filiazione non è un contratto ma uno *status*, l'instaurazione di un rapporto di filiazione è demandata all'esistenza di un complesso di elementi che devono essere tutti presenti al fine di consentire un rapporto di filiazione diverso dal paradigma tradizionale della filiazione biologica.

Tali elementi sono lo stato di abbandono o l'infertilità assoluta e irreversibile, insieme alla valutazione e all'accertamento del concreto interesse del minore.

Un diversa soluzione porterebbe al paradosso di far diventare genitori, con tutte le conseguenze che questo comporta per il mondo del diritto, tutti coloro che, privi del legame di sangue, si occupano e curano un bambino e lo desiderano fortemente come figlio proprio, data l'inesistenza di un diritto alla filiazione o alla procreazione.²²

Allo stesso modo non si tratta di considerare forme di discriminazione quelle nei confronti delle coppie dello stesso sesso ma di prendere atto che l'infertilità assoluta e irreversibile vale come presupposto generale del sistema della PMA ed esso varrebbe anche qualora l'ordinamento dovesse un giorno abolire il divieto della maternità surrogata.

Questa è l'architettura della filiazione non biologica quale risulta delineata dalle leggi e dall'interpretazione delle stesse delle Corti (italiane ed europee). Tale architettura, se pure passibile di evoluzione e di cambiamenti, ci ricorda, come già detto, un dato importante: il rapporto di filiazione è e deve rimanere uno *status*, la cui fonte deve essere una fattispecie complessa e non un atto di mera volontà negoziale.

Ogni altra suggestione che faccia leva sul principio di non discriminazione o sul superiore interesse del minore rimarrebbe formula vuota o abusata, se non adeguatamente parametrata con l'attuale impianto costituzionale della filiazione e delle azioni di stato.

²²Per questa affermazione si rinvia a Corte Cost. n. 221/2019.