

IL DIRITTO ALL'IDENTITÀ FAMILIARE E SOCIALE

Gianfranco Gilardi

Sommario: 1. Dal modello “patriarcale” all’immagine plurale delle realtà familiari.- 2. La sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2022 /3. Le persistenti lacune dell’ordinamento giuridico ed i ritardi del legislatore.- 4. Dal cognome come aspetto dell’identità familiare e sociale del figlio al riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino ed il genitore di intenzione.- 4.1. Le ordinanze della Corte di cassazione successive alla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193/2019.- 4.2 La sentenza n. 38162/2022 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione.- 5. Conclusioni.

1. Dal modello “patriarcale” all’immagine plurale delle realtà familiari

La sentenza n. 38162/2022 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione si inserisce nel lungo percorso di affermazione dei diritti, quale si è andato sviluppando intorno al nucleo della dignità della persona che rappresenta il valore centrale e fondante della Costituzione italiana e che, nella costante evoluzione degli ordinamenti e nell’intrecciarsi di fonti nazionali ed internazionali, è venuto a comporre il composito quadro del costituzionalismo moderno¹. Un cammino che ha visto un progressivo, anche se lento e faticoso adeguamento della legislazione sotto l’impulso dei mutamenti dei costumi e della sensibilità sociale, che spesso è stata la giurisprudenza a cogliere ed interpretare per prima, ponendosi come stimolo per il legislatore. E’ innegabile, infatti, che nel corso degli anni il catalogo dei diritti sia andato assumendo dimensioni un tempo impensabili proprio e anche grazie all’opera della giurisprudenza, al dialogo tra le Corti ed a quello tra le Corti ed il legislatore, alla luce di quel metodo di “*collaborazione istituzionale*” che, se impone alla giurisprudenza “*il rispetto del pluralismo e dell’equilibrio tra i poteri, profilo centrale della democrazia*”², non le preclude certo di rivolgere suggerimenti e

¹ Sulla dignità umana, quale valore che <<permea di sé l’intero impianto dalla Carta costituzionale e costituisce il cuore del principio personalista cui essa si ispira>>, cfr. tra i più recenti G. Luccioli, *Dignità della persona e fine della vita*, Cacucci Editore, 2022,11 e segg. Id., *La maternità surrogata di nuovo all’esame delle Sezioni Unite. Le ragioni del dissenso*, in *Giustizia Insieme*, 28 ottobre 2022 <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/129-main/minori-e-famiglia/2508-la-maternita-surrogata-di-nuovo-all-esame-delle-sezioni-unite-le-ragioni-del-dissenso>

² Così la sentenza che si annota.

indicazioni affinché il legislatore, nell'ambito della discrezionalità ad esso riservata, colmi le lacune dell'ordinamento non risolvibili per il tramite dell'attività interpretativa.

Una delle manifestazioni più significative di questo percorso si è avuta proprio nel campo del diritto di famiglia con, tra l'altro, le profonde trasformazioni che lo hanno caratterizzato, nel graduale passaggio dall'unico modello patriarcale “*all'immagine plurale di realtà familiari sempre più fluide nei modi in cui si formano e nel tipo di relazioni cui danno vita*”³, e nella sempre più decisa emersione della centralità degli interessi del minore. Nel contempo, proprio in questo campo si è avuta una delle espressioni più vistose dei ritardi (si direbbe, a volte, *ostinati*) del legislatore nel prendere atto delle mutate esigenze sociali e delle sollecitazioni che la giurisprudenza - nell'esercizio della propria funzione istituzionale che fa del giudice non un passivo esecutore di una supposta unica interpretazione possibile della legge, ma tramite esso stesso di attuazione dei valori costituzionali - ha ripetutamente rivolto affinché la tutela dei diritti potesse avere quella pienezza ed effettività che neppure l'interpretazione della legge, per quanto costituzionalmente orientata, era in grado di assicurare.

2. La sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2022

La sentenza della Corte costituzionale n. 131/2022, che ha costituito oggetto di ampie analisi e di una molteplicità di commenti⁴, costituisce un passo fondamentale in questa direzione, giacché la dichiarazione di incostituzionalità delle norme in cui era previsto che, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, il figlio assumesse il cognome del padre, anziché i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato (fatto salvo l'accordo, al momento del riconoscimento, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto)⁵, ha comportato la cancellazione dall'ordinamento giuridico

³ G. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?* in *Questione Giustizia* online, 7 giugno 2022, cui si rinvia per riferimenti anche con riguardo alla ricostruzione dell'istituto dell'adozione nelle sue origini e nel suo percorso evolutivo.

⁴ Cfr. tra gli altri, in questa rivista, il *Forum* intitolato *La sentenza n. 131/2022 della Corte costituzionale. Una riflessione a più voci*,

www.giudicedonna.it - Anno 8 Numero 1/2022 con introduzione di M. Acierno e contributi di M. D'Amico, L. Remiddi, D. Pittella, G. Luccioli, M. Bianca, S. Argentieri, A. Anselmo.

⁵ La pronuncia di incostituzionalità ha investito anche le norme in cui era previsto che l'adottato assumesse il cognome del marito, anziché i cognomi degli adottanti, nell'ordine dai medesimi

dell'attribuzione automatica del patronimico, “*retaggio di una concezione patriarcale della famiglia*” che oscurava “*unilateralmente il rapporto genitoriale con la madre*”. Ciò in contrasto anche con l'evoluzione del diritto di famiglia che, pur lasciando immutata con la riforma del 1975 e con quelle successive la disciplina relativa all'attribuzione del cognome ai figli, “*aveva, tuttavia, contribuito a mettere a fuoco il senso del rapporto fra eguaglianza e unità familiare*”, che “*non possono coesistere se l'una nega l'altra*”.

Il cognome, insieme con il prenome, rappresenta il nucleo dell'identità giuridica e sociale della persona: le conferisce identificabilità, nei rapporti di diritto pubblico, come di diritto privato, e incarna la rappresentazione sintetica della personalità individuale, che nel tempo si arricchisce progressivamente di significati⁶.

Nella sentenza n. 131 vi è una precisa denuncia dei ritardi del legislatore nell'adeguare una materia relativamente alla quale la stessa Corte costituzionale era stata chiamata a pronunciarsi ripetutamente lungo un arco temporale superiore al trentennio, mettendo in luce – anche quando non era approdata ad una pronuncia di incostituzionalità⁷ – come fosse più consono all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, e pervenendo poi alla sentenza n. 286 del 2016 con la quale, “*in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità*”, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 262 c.c. nella parte in cui non consentiva ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno, estendendo quindi in via consequenziale gli effetti della pronuncia anche alla norma (art. 299, terzo

concordato, fatto salvo l'accordo, raggiunto nel procedimento di adozione, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto.

⁶ Cfr. in argomento, tra gli altri, G. Musolino, *Il nome (prenome e cognome). Il punto dopo la Corte costituzionale*, in studio n. 200-2022/P del Consiglio Nazionale del Notariato.

⁷ Con riferimento alla faticosa evoluzione che ha portato alla sentenza n. 131/2022, alle chiusure che si sono registrate in precedenza nelle pronunce della stessa Corte costituzionale, ed alle decisioni delle Corti europee, cfr. tra gli altri G. Luccioli, *La lunga storia del cognome dei figli*, in *giudicedonna.it*, cit.; M. Bianca, *Corte costituzionale sul cognome dei figli e l'effetto matrioska*, ibidem; G. Musolino, *op. cit.*; V. Barba, *Il cognome tra eguaglianza dei genitori e identità del figlio. Identità e interesse del minore vs. accordo dei genitori*, in *Questione Giustizia online*, 20 ottobre 2022 <https://www.questionegiustizia.it/articolo/cognome-corte-cost>. Dello stesso Autore cfr., altresì, *Il cognome paterno e la disparità di genere. Una proposta in vista della attesa decisione della Corte costituzionale*, ivi, 22 aprile 2021 <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-cognome-paterno-e-la-disparita-di-genere-una-proposta-in-vista-della-attesa-decisione-della-corte-costituzionale>

comma c.c.) attributiva del cognome all'adottato maggiore d'età da parte dei coniugi.

Con la sentenza n.131/2022⁸ la Corte costituzionale, preso atto che delle numerose proposte di riforma legislativa, presentate a partire dalla VIII legislatura, nessuna era giunta a compimento e che, in relazione a ciò, non poteva più *“esimersi dal rendere effettiva la legalità costituzionale”*, ha fatto venir meno il sigillo di *“diseguaglianza fra i genitori, che si riverbera e si imprime sull'identità del figlio”*, scaturente dall'attribuzione automatica al figlio del cognome paterno nel caso di mancato accordo tra i genitori.

L'inerzia del legislatore ha indotto altresì il Giudice costituzionale *“a pronunciarsi con una decisione c.d. autoapplicativa, risolvendo, almeno transitoriamente, il problema pratico posto dalla dichiarazione di incostituzionalità, e cioè quello dell'ordine dei cognomi”*⁹. Di fronte alla molteplicità delle soluzioni ipotizzabili, anche alla luce della legislazione comparata, la Corte ha introdotto la regola dell'*ordine concordato dai genitori*, ritenendo che l'automatica attribuzione del cognome paterno o materno avrebbe riprodotto la medesima logica discriminatoria, che ha portato alla declaratoria di illegittimità costituzionale ed affermando che la disciplina necessaria per dirimere eventuali disaccordi possa rinvenirsi (sempre in mancanza del necessario intervento legislativo) nello strumento già conosciuto dall'ordinamento giuridico per risolvere il contrasto fra i genitori su scelte di particolare rilevanza riguardanti i figli, vale a dire il ricorso al giudice *previsto, in forme semplificate, dall'art. 316, commi 2 e 3 cc., nonché - con riferimento alle situazioni di crisi della coppia - dagli artt. 337-ter, comma 3, 337-quater, comma 3 e 337-octies c.c.*

3. Le persistenti lacune dell'ordinamento ed i ritardi del legislatore

Come è stato osservato, la sentenza della Corte costituzionale, in perfetta adesione ai principi costituzionali, ha ravvisato nella disciplina del cognome il *“punto di confluenza tra il diritto alla pienezza identitaria del figlio e il principio di eguaglianza dei genitori”*, affermando *“che sono proprio le modalità con le quali il cognome testimonia l'identità familiare del figlio a dover rispecchiare e rispettare l'eguaglianza e la pari dignità*

⁸ Scaturita, com'è noto, dall'ordinanza n. 18/2021 con la quale la Corte costituzionale, investita dal Tribunale di Bolzano di questioni di legittimità costituzionale dell'art. 262 c.c. nella parte in cui, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento contemporaneo del figlio, non consentiva ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, il solo cognome materno, ha disposto la trattazione innanzi a sé delle questioni di legittimità costituzionale - aventi carattere pregiudiziale rispetto alla decisione di quelle sollevate dal Tribunale di Bolzano - del medesimo art. 262 c.c. nella parte in cui imponeva, in mancanza di diverso accordo dei genitori, l'acquisizione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori.

⁹ M. D'amico, *Corte costituzionale e cognome del “figlio”: cade un baluardo del patriarcato*, in *giudicedonna.it*, cit.

dei genitori”¹⁰ ed individuando in materia la nuova regola secondo cui il figlio assume il cognome di entrambi i genitori nell’ordine dai medesimi concordato, salvo che essi decidano, di comune accordo, di attribuire soltanto il cognome di uno dei due, spettando al giudice, investito della relativa richiesta, il compito di dirimere l’eventuale contrasto insorto al riguardo.

La sentenza, tuttavia, non può completare le lacune di cui l’ordinamento giuridico continua ad essere permeato; ed è stata la stessa Corte a farne anche questa volta richiamo sottolineando al legislatore la necessità di “*un intervento finalizzato a impedire che l’attribuzione del cognome di entrambi i genitori comporti, nel succedersi delle generazioni, un meccanismo moltiplicatore che sarebbe lesivo della funzione identitaria del cognome*”, tanto più impellente a fronte delle varietà di fonti normative e delle stesse pronunce della Corte costituzionale che - come si legge nella sentenza - hanno contribuito nel corso del tempo al diffondersi di doppi cognomi, ed essendo inoltre compito del legislatore valutare l’interesse del figlio a non vedersi attribuito - con il sacrificio di un profilo “*attinente esso pure alla sua identità familiare*” un cognome diverso rispetto a quello di fratelli e sorelle.

Peraltro, la considerazione dell’accordo dei coniugi quale presupposto sia per l’attribuzione del cognome di uno soltanto di essi¹¹, sia per determinare l’ordine dei cognomi e consentire in tal modo l’attribuzione del cognome di entrambi pone i problemi già segnalati da autorevoli commentatori allorché si tratta di figli nati nel matrimonio, mancando allo stato attuale della legislazione indicazioni circa il percorso da seguire al fine di provare - con modalità adeguate all’esercizio di un diritto fondamentale della persona, come indubbiamente è quello relativo alla scelta del cognome per il figlio, costituente “*anche espressione della responsabilità genitoriale*” l’esistenza dell’accordo¹². Né l’intervento del

¹⁰ G. Luccioli, *Dignità della persona e fine della vita*, cit.

¹¹ Per osservazioni critiche alla sentenza laddove afferma che i genitori possono convenire di attribuire al figlio il cognome di uno solo di essi, cfr. V. Barba, *Il cognome tra eguaglianza dei genitori e identità del figlio. Identità e interesse del minore vs. accordo dei genitori*, cit., il quale osserva come tale affermazione, pur <<pienamente rispettosa del principio di eguaglianza morale e giuridica dei due genitori>>, non sia coerente con <<il diritto alla identità della figlia o del figlio>>, ai quali è proprio il doppio cognome a consentire di percepire sé stessi <<all’interno della comunità familiare identificandosi con entrambi i genitori>>, come peraltro la stessa Corte costituzionale sembrava aver detto in altra parte della sentenza. Per altri aspetti problematici della sentenza cfr. F. Spaccasassi, *Il cognome dei figli: questioni chiuse e problemi aperti dalla sentenza n. 131 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia* online, 28 settembre 2022

<https://www.questionegiustizia.it/articolo/sentenza-cognome-corte-cost> e, ivi, gli Autori richiamati.

¹² Cfr. per queste considerazioni, G. Luccioli, *La lunga storia del cognome dei figli*, cit., la quale osserva che il problema appare facilmente risolvibile nel caso di figli nati fuori del matrimonio, in quanto la previsione del riconoscimento contemporaneo di entrambi i genitori posto a base della disciplina di cui alla seconda parte del primo comma dell’art. 262 c.c. implica che entrambi i genitori abbiano in quella sede la possibilità di esprimere congiuntamente l’opzione per l’una o per l’altra

giudice - ai sensi dell'art. 316, commi 2 e 3 cc, nel caso di famiglia unita, e degli artt. 337-ter, comma 3, 337-quater, comma 3 e 337-octies c.c. nelle situazioni di crisi della coppia -, prospettato dalla Corte quale unica strada praticabile (sempre allo stato attuale della legislazione) per dirimere l'eventuale disaccordo dei genitori¹³, appare soluzione adeguata, giacché essa comporterebbe, tra l'altro, che nelle more del procedimento il minore resti privo di cognome¹⁴, conseguenza che non verrebbe meno neppure a seguito della riforma del d.lgs. n. 149/2022 di attuazione della legge delega n. 206/2021 e succ. mod., ove è previsto (con efficacia a decorrere dal 1° luglio 2023) che il contrasto tra i genitori su questioni di particolare importanza anche nel caso di famiglia unita venga risolto dal giudice il quale, investito dalla richiesta anche di una sola parte, dovrà tentare una soluzione concordata, adottando solo in caso di esito negativo la decisione ritenuta più congrua rispetto all'interesse del figlio.

Numerose sono le proposte di legge presentate nel corso delle varie legislature per dare risposta alla questione relativa all'attribuzione del cognome ai figli. Le indicazioni prevalenti sono nel senso che:

a) al *figlio di genitori coniugati* venga attribuito il cognome di entrambi i genitori nell'ordine dagli stessi indicato o il cognome del padre o il cognome della madre, secondo le dichiarazioni rese all'ufficiale di stato civile. In caso di mancato accordo, al figlio verrebbe attribuito il cognome di entrambi i genitori in ordine alfabetico;

b) ai *figli dei medesimi genitori nati successivamente* venga attribuito lo stesso cognome del primo, mentre il figlio cui sia stato attribuito il cognome di entrambi i genitori trasmetterebbe al proprio figlio solo uno dei cognomi, a sua scelta¹⁵.

c) Regole analoghe a quelle previste nelle lettere a) e b) verrebbero applicate nel caso di *figlio nato fuori del matrimonio e riconosciuto*

soluzione, ed anche, ove scelgano il doppio cognome, di manifestare l'accordo sull'ordine di preferenza. Anche l'ipotesi di adozione, sia che si tratti di adozione di figli maggiorenni che di figli minori, non sembra prospettare particolari difficoltà sul piano applicativo, atteso che la sentenza in esame si dà carico di precisare che l'accordo deve essere raggiunto nel procedimento di adozione. Sarà chiaramente compito del legislatore precisare il momento e le modalità della relativa esternazione nell'ambito di detto procedimento che ciò vale quando si tratta di figli nati nel matrimonio.

¹³ Come osserva F. Spaccasassi, *op.cit.*, le soluzioni indicate dalla Corte non sono omogenee, giacché nel caso di famiglia unita (disciplinato dall'art. 316 c.c.) il giudice si limita a "suggerire" le determinazioni ritenute più utili nell'interesse dei figli e dell'unità familiare, mentre nei casi di separazione o divorzio - sempre nella sussistenza di un disaccordo tra i genitori - il giudice dovrà assumere una decisione.

¹⁴ Così ancora G. Luccioli, *La lunga storia del cognome dei figli*, cit. Vedi, altresì, G. Musolino, *op. cit.*, il quale osserva come il ricorso al giudice potrà tradursi in un ritardo nella formazione dell'atto di nascita del figlio, sia esso matrimoniale o non matrimoniale, non vedendosi in che modo l'ufficiale dello stato civile possa darvi corso fino a quando il giudice non si sia pronunciato al riguardo.

¹⁵ In altre proposte, si prevede invece che, sempre in caso di mancato accordo tra i genitori, al figlio venga attribuito dall'ufficiale dello stato civile il cognome della madre, seguito da quello del padre nel caso in cui questi vi acconsenta

contemporaneamente da entrambi i genitori mentre, se il riconoscimento fosse effettuato da un solo genitore, il figlio assumerebbe il cognome di quest'ultimo.

Se successivamente avvenisse il riconoscimento del secondo genitore, il suo cognome si aggiungerebbe al cognome del primo genitore. A tal fine sarebbero necessari il consenso del genitore che ha effettuato per primo il riconoscimento e quello del minore che abbia compiuto i quattordici anni di età ovvero, secondo altre proposte, che abbia compiuto i dodici anni di età o anche inferiore ove sia capace di discernimento.

In alcune proposte viene specificato che in caso di disaccordo il giudice deciderà in merito all'assunzione del cognome del secondo genitore previo ascolto del figlio minore al compimento dei dodici anni di età o anche di età inferiore ove capace di discernimento.

d) In caso di più figli nati fuori dal matrimonio dagli stessi genitori, si propone di applicare la disciplina di cui alla lettera b).

e) Con riguardo ai casi di adozione, viene previsto che l'adottato assuma il cognome dell'adottante e lo anteponga al proprio. Nel caso di adottato con due cognomi, egli indicherebbe quale dei due cognomi intende mantenere. Se l'adozione avvenisse da parte di coniugi, essi potrebbero decidere concordemente il cognome da attribuire, con la specificazione – contenuta in alcuni disegni di legge – che in caso di mancato accordo, al figlio verrebbero attribuiti entrambi i cognomi e che, nel caso di adozione disposta nei confronti della moglie separata, l'adottato assumerebbe il cognome della medesima.

L'adottato cui fosse stato attribuito il cognome di entrambi i genitori adottivi trasmetterebbe al proprio figlio solo uno dei cognomi, a sua scelta.

f) Al figlio maggiorenne cui fosse stato attribuito solo il cognome paterno o solo quello materno sulla base della normativa vigente al momento della nascita, si consentirebbe di aggiungere al proprio il cognome materno o il cognome paterno con dichiarazione, resa personalmente o mediante atto munito di sottoscrizione autenticata, all'ufficiale dello stato civile.

In qualche proposta, decisamente “minoritaria”, è previsto che la scelta del cognome o dei cognomi da attribuire ai figli venga effettuata prima della nascita, tanto da parte dei coniugi (nella convenzione matrimoniale), quanto da parte dei conviventi *more uxorio* (contratto di convivenza), ove possibile.

Sta di fatto che, nonostante le numerose proposte, il legislatore continua a rimanere inerte, non solo astenendosi dal dare una soluzione normativa ai delicati problemi indicati e dal colmare le lacune sottolineate anche dalla sentenza n. 131/2022 della Corte costituzionale, ma più in

generale dal dettare una disciplina volta a ridefinire in modo organico la materia, ispirandosi al principio di parità delle figure genitoriali ed al rispetto del diritto dei figli all'identità familiare e sociale, nel contesto delle sollecitazioni e dei nuovi bisogni di riconoscimento che l'affettività come nucleo fondante dei legami familiari portano a reclamare. La circostanza che si tratti di una scelta non agevole¹⁶, come sono tutte quelle che toccano temi socialmente ed eticamente sensibili, non fa venir meno la necessità e l'urgenza di un intervento.

Quanto al tema specifico del cognome, mi sembra opinabile la proposta secondo cui, in caso di dissenso tra i genitori, dovrebbe provvedere direttamente l'ufficiale dello stato civile¹⁷. Vero è che il nostro ordinamento già conosce ipotesi di intervento dell'ufficiale dello stato civile in funzione integrativa degli atti di nascita, come nel caso regolato dall'art. 38, d.p.r. n. 396 del 2000, secondo cui, in caso di ritrovamento di minori abbandonati, l'ufficiale dello stato civile impone loro un cognome e un nome. Ma la specificità della regola, da collegare all'interesse dell'ordinamento a che un soggetto abbia un'identità anagrafica, documentata negli atti di stato civile (la cui tenuta costituisce funzione primaria dello Stato, come stabilito dall'art. 117, comma 2, lett. i, Cost., ove è attribuito in via esclusiva allo Stato medesimo la legislazione in materia di stato civile e anagrafi¹⁸), non appare estensibile al tema in discussione, non vedendosi le ragioni che dovrebbero condurre ad individuare nell'ufficiale giudiziario l'organo idoneo ad effettuare (e con quali modalità) una scelta così delicata.

Ben più idonea certamente sarebbe la soluzione di affidare la decisione a un soggetto terzo (autorità giudiziaria), previa valutazione di ciò che sia maggiormente rispondente al superiore interesse del minore. Ma anche tale soluzione, se da un punto di vista teorico "è ampiamente condivisibile e appare essere la migliore decisione possibile, dal punto di vista pratico si espone a non pochi problemi applicativi"¹⁹, sia per la difficoltà di accertare in concreto un simile interesse, sia perché nelle more del procedimento di accertamento giudiziale al minore, privo della formazione

¹⁶ Cfr., al riguardo, i rilievi di F. Spaccasassi, *op. cit.*, secondo il quale comunque la soluzione migliore, in caso di disaccordo, sarebbe quella di attribuire i cognomi di entrambi i genitori in ordine alfabetico, un criterio casuale ma «con il pregio di evitare che un giudice, o un ufficiale dello Stato Civile, decida ciò che, a voler motivare sul serio, è "indecidibile"».

¹⁷ Così V. Barba, *Il cognome tra eguaglianza dei genitori e identità del figlio. Identità e interesse del minore vs. accordo dei genitori*, cit., il quale porta ad esempio il sistema spagnolo e quello tedesco, nel primo dei quali è previsto che l'ufficiale di stato civile provveda «*atendiendo al interés superior del menor*» (art. 49.2 LRC), e nel secondo mediante sorteggio, soluzione- quest'ultimo – per la quale l'Autore dichiara la propria preferenza, dal momento che stabilire quale debba essere il primo cognome avendo riguardo all'interesse del minore, implica una valutazione discrezionale difficile e rispetto alla quale non è sempre detto che sia facile assumere una decisione obiettiva.

¹⁸ Così G. Musolino, *op. cit.*

¹⁹ Così V. Barba, *op. ult. cit.*

dell'atto di nascita, sarebbe preclusa la possibilità di essere iscritto in anagrafe e i genitori non potrebbero ottenere certificazioni che lo riguardino, con conseguente menomazione della pienezza di tutela del minore medesimo²⁰.

Per queste ragioni sembrerebbero preferibili soluzioni fondate sull'automatismo, come quella dell'ordine alfabetico²¹. Vero è che, secondo la richiamata sentenza n. 131/2022 della Corte costituzionale, nell'individuazione di un ordine di attribuzione dei cognomi dei due genitori compatibile con i principi costituzionali e con gli obblighi internazionali *“non si può, riprodurre - con un criterio che anteponga meccanicamente il cognome paterno, o quello materno la medesima logica discriminatoria”*, che è a fondamento della declaratoria di illegittimità costituzionale contenuta nella sentenza, come è vero che la soluzione dell'ordine alfabetico reca il pericolo di attribuire al genitore *“che abbia il cognome alfabeticamente prevalente una situazione di potenziale e maggiore forza, dal momento che costui saprebbe a priori che in caso di disaccordo il suo cognome sarebbe il primo”*²². Ma, con riguardo al primo profilo, la soluzione proposta è evidentemente diversa da quella consistente nell'individuazione di una *regola legale* di attribuzione automatica del cognome dell'uno o dell'altro dei due genitori mentre, con riguardo al secondo profilo, la regola legislativa secondo cui, in caso di mancato accordo, al figlio è attribuito il cognome di entrambi i genitori in ordine alfabetico, cadrebbe in un contesto in cui l'ordine dei cognomi non costituisce più lo stigma di un qualche “prevalenza” nelle discendenze familiari, né come tale verrebbe inteso col maturare nella sensibilità sociale della consapevolezza che l'uno e l'altro cognome, quale che ne sia l'ordine anagrafico di collocazione, sono entrambi espressivi dell'identità familiare e sociale del figlio. Una consapevolezza a cui indubbiamente può e deve contribuire anche l'opera del legislatore, e in ordine alla quale occorre avere ben presente - per usare le parole della sentenza delle Sezioni Unite qui annotata- *che talora <<la ricerca dell'effettività richiede un camminare in direzione di una meta non ancora completamente a portata di mano, perché la gradualità concorre a far assorbire il cambiamento e le novità nel sistema, con la giurisprudenza che accompagna ed asseconda l'evoluzione che si realizza nel costume e nella coscienza sociale>>*.

²⁰ Cfr. V. Musolino, *op. cit.* Vedi, altresì, A. Scalera, *Su nati da maternità surrogata si va verso la “fase 2”?* In *Questione Giustizia* online, 18 giugno 2020, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/sui-nati-da-maternita-surrogata-si-va-verso-la-fase-2>

²¹ In tal senso vedi, tra gli altri, M. Acierno, *op. cit.*; F. Spaccasassi, *op. cit.*

²² Così. V. Barba, *op. cit.*

4. Dal cognome come aspetto dell'identità familiare e sociale del figlio, al riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino ed il genitore di intenzione

Nella doverosa opera di sistemazione organica della materia, ed avendo lo sguardo rivolto all'orizzonte dei "nuovi" diritti (che spesso sono definiti nuovi non perché prima inesistenti, ma perché non ancora emersi nella sensibilità collettiva o perché il legislatore tarda a prenderne coscienza o ad apprestarne tutela), non potrà prescindere dalla considerazione che un sistema fondato sulla regola secondo cui è possibile derogare alla disciplina relativa al patronimico solo con il consenso di entrambi i genitori avrebbe posto gravi problemi, tra l'altro, anche nel caso di filiazione da parte di coppie omoaffettive, "*nelle quali essendoci due papà o due mamme sarebbe difficile stabilire in assenza di una precisa scelta dei genitori quale cognome debba assumere il figlio*" : un tema, questo, che si intreccia con la ancor più complessa questione della possibilità di dar seguito in Italia ad un atto dello stato civile straniero contenente il riconoscimento anche del *padre intenzionale* nei confronti di un bambino nato in base a maternità surrogata.²³

La questione, com'è noto, costituisce da tempo oggetto di un ampio dibattito ed ha visto soluzioni discordanti anche a livello giurisprudenziale.

Ripercorrendone la storia con riguardo ai tempi più recenti, può ricordarsi che con sentenza n. 12193/2019 le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno negato tale possibilità ravvisandovi un contrasto col divieto di surrogazione di maternità previsto, con riguardo alle coppie dello stesso sesso, dagli art. 4 e 12 della l. n. 40/2004²⁴, norme

²³ Così F. Paruzzo, *I nati non riconoscibili: il ruolo dei giudici nella persistente inerzia del legislatore*, in *Questione Giustizia* online 9 maggio 2022, a commento dei decreti del Tribunale di Torino e, in sede di reclamo, della Corte d'appello di Torino con i quali era stato respinto il ricorso diretto ad ottenere la modifica del cognome di una bambina - già riconosciuta dalla madre biologica - a seguito del successivo riconoscimento di un'altra donna che, stabilmente convivente con la prima, aveva con essa condiviso il percorso genitoriale per il tramite della fecondazione eterologa svoltasi all'estero. Il ricorso è stato respinto previa dichiarazione di illegittimità (e conseguente disapplicazione) del provvedimento amministrativo di riconoscimento effettuato dall'Ufficiale dello Stato civile, provvedimento ritenuto in contrasto con l'art. 42 del D.P.R. n. 396/2000, che subordina il riconoscimento del figlio alla dimostrazione dell'assenza di motivi ostativi legalmente previsti; e nella specie il motivo ostativo sarebbe stato da ravvisare nell'art. 5 della l. 40/2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) nella parte in cui prevede che, in Italia, solo le coppie sposate o conviventi eterosessuali possano accedere alle tecniche di PMA.

Come ricorda l'Autore (al quale si rinvia per riferimenti sul tema) quello delle coppie omoaffettive è un fenomeno ormai radicato nella realtà italiana ed europea, una realtà <<con la quale è necessario misurarsi, individuando soluzioni adeguate>>.

²⁴ Con sentenza n. 221/2019 la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riguardo al divieto di surrogazione di maternità previsto dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita).

qualificabili di ordine pubblico, in quanto poste a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della donna e l'istituto dell'adozione. Secondo le Sezioni Unite, nell'ambito del bilanciamento di interessi effettuato direttamente dal legislatore, la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, non avrebbe comunque escluso la possibilità di conferire rilievo al rapporto con il genitore intenzionale mediante il ricorso all'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184 del 1983.

4.1. Le ordinanze della Corte di cassazione successive alla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193/2019

Il tema è stato preso nuovamente in esame in occasione della vicenda che ha dato origine alla sentenza delle Sezioni unite richiamata in apertura delle presenti note, relativa ad un caso in cui in base al progetto procreativo condiviso da una coppia omoaffettiva, uno dei due uomini (entrambi di cittadinanza italiana) aveva fornito i propri gameti, successivamente riuniti nella fecondazione in vitro con l'ovocita di una donatrice. Una diversa donna (non anonima), nel cui utero l'embrione era stato trasferito, aveva quindi portato a termine la gravidanza e partorito il bambino in Canada, dove il bambino era nato e dove i due uomini si erano uniti in matrimonio.

Ad esito del ricorso proposto dalla coppia con riguardo all'atto di nascita che indicava come genitore il solo padre biologico, la Corte Suprema della British Columbia aveva dichiarato che entrambi i ricorrenti dovevano figurare come genitori del bambino, disponendo la conseguente rettifica dell'atto di nascita.

A seguito di ciò, veniva richiesta analoga rettifica nei registri dello stato civile italiano dove la nascita era stata trascritta.

Il ricorso proposto avverso il diniego dell'Ufficiale dello stato civile, veniva accolto dalla Corte d'appello di Venezia; e la Prima sezione civile della Corte di cassazione, investita dell'impugnazione, e dubitando della compatibilità con una pluralità di parametri costituzionali del principio affermato dalle Sezioni Unite con la ricordata sentenza n. 12193/2019, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6,

Nel senso della non riconoscibilità in Italia, con riguardo alle coppie omosessuali e nei confronti del genitore intenzionale, del figlio nato mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita cfr. anche, tra le altre, Cass. n.7668/2020 e n. 8029/2020, con annotazioni critiche di S. Celentano, "Tradizione", "natura" e pregiudizio. *Storie di figli nati a metà*, in *Questione Giustizia online*, 12 maggio 2020 http://www.questionegiustizia.it/articolo/tradizione-natura-e-pregiudizio-storie-di-figli-nati-a-meta_12-05-2020.php, e G. Ferrando, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, *ivi*, http://www.questionegiustizia.it/articolo/i-diritti-dei-bambini-smarriti-tra-formule-e-modelli_12-05-2020.php.

della legge n. 40/ 2004, dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge n. 218/1995 e dell'art. 18 del d.P.R. n. 396/2000²⁵.

Con sentenza n. 33 del 2021 la Corte costituzionale, premesso che in base al criterio di proporzionalità l'interesse del minore deve essere bilanciato con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità; e sottolineato il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte EDU con il riconoscimento agli Stati di ampi margini di discrezionalità nell'individuare i modi attraverso i quali formalizzare il rapporto di genitorialità intenzionale, ha dichiarato inammissibile il ricorso. Per un verso, infatti, l'insieme dei principi desumibili dalla Costituzione italiana non sarebbe ostativo alla regola della non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero di riconoscimento della doppia genitorialità con riguardo ai componenti della coppia (eterosessuale od omosessuale) che abbia fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata; per l'altro verso, sarebbe compito del legislatore assicurare la tutela dell'interesse del minore al riconoscimento giuridico del legame con coloro che esercitano di fatto la responsabilità genitoriale intervenendo sulla disciplina relativa all'*adozione in casi particolari*, al momento della pronuncia della sentenza in considerazione non del tutto adeguata ai principi costituzionali e sovranazionali, per non attribuire la genitorialità all'adottante e subordinare l'adozione all'assenso del genitore biologico, che potrebbe mancare in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia.

Ripreso il giudizio dinanzi alla Corte di cassazione, gli atti sono stati rimessi alle Sezioni Unite, affinché fosse data risposta ai seguenti quesiti:

* se la sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2021 abbia determinato il superamento del diritto vivente rappresentato dalla sentenza n. 12193/ 2019 delle Sezioni Unite;

* se il mancato adeguamento da parte del legislatore abbia determinato di conseguenza un vuoto normativo;

* se, ed eventualmente come, sia superabile in via interpretativa tale situazione di vuoto normativo;

* se una possibile interpretazione adeguatrice nella verifica circa l'esistenza del contrasto con l'ordine pubblico internazionale possa consentire al giudice investito della richiesta di delibazione una valutazione caso per caso, mettendo a confronto, in concreto, l'interesse del minore al rispetto dei suoi diritti fondamentali inerenti alla identità personale e alla vita familiare, con la tutela della dignità della donna coinvolta nel processo procreativo mediante gestazione per altri, la

²⁵ Sull'ordinanza cfr., tra gli altri, A. Scalera, *op. cit.*

prevenzione di qualsiasi attentato che, sempre in concreto, possa derivare dal riconoscimento all'istituto dell'adozione e la legittima aspirazione dello Stato a scoraggiare pratiche elusive del divieto di surrogazione di maternità;

* se i criteri generali indicati nella ordinanza di rimessione (adesione libera consapevole e non determinata da necessità economiche da parte della donna alla gestazione; revocabilità del consenso alla rinuncia all'instaurazione del rapporto di filiazione sino alla nascita del bambino; necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due genitori intenzionali; valutazione in concreto degli effetti dell'eventuale diniego del riconoscimento sugli interessi in conflitto), eventualmente in aggiunta o combinazione con altri criteri generali, debbano o possano assumere il ruolo di una direttiva nell'interpretazione cui debba attenersi il giudice del merito;

* se infine derivi anche dal diritto dell'Unione europea un limite alla possibilità di non riconoscere lo *status filiationis* acquisito all'estero da un minore cittadino italiano nato da gestazione per altri legalmente praticata nello Stato di nascita nella misura in cui tale disconoscimento comporti la perdita dello status e limiti la sua libertà di circolazione e di esplicazione dei legami familiari nel territorio dell'Unione²⁶.

Nelle more, è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022²⁷ che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale - per contrasto con gli artt. 3, 31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU - dell'art. 55 della legge n. 184/1983 nella parte in cui, mediante il rinvio all'art. 300, secondo comma, c.c., prevedeva che l'adozione in casi particolari non inducesse alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, così privando il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in

²⁶ Sull'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite cfr., tra gli altri, M. Acierno, *Gestazione per altri: una concreta possibilità di dialogo tra Corti*, in *Questione Giustizia* online, 22 febbraio 2022 <https://www.questionegiustizia.it/articolo/gestazione-per-altri-una-concreta-possibilita-di-dialogo-tra-corti>.

Per rilievi sulle due ordinanze di rimessione (prima alla Consulta, e poi alla Sezioni Unite della Corte di cassazione) da parte della Prima sezione; G. Luccioli, *La maternità surrogata di nuovo all'esame delle Sezioni Unite - Le ragioni del dissenso*, in *Giustizia Insieme*, 28 ottobre 2022

<https://www.giustiziainsieme.it/it/news/129-main/minori-e-famiglia/2508-la-maternita-surrogata-di-nuovo-all-esame-delle-sezioni-unite-le-ragioni-del-dissenso> in cui le due ordinanze della Prima Sezione vengono fortemente criticate sia sotto il profilo delle scelte processuali effettuate senza tener conto, tra l'altro, che una materia così delicata, in cui sono coinvolti i diritti fondamentali della persona, <<esige stabilità, prudenza istituzionale e coerenza degli orientamenti giurisprudenziali in una visione sistematica dei problemi, oltre che prevedibilità delle decisioni>>), sia con riguardo al merito.

²⁷ Pronunciata relativamente al caso di una coppia gay che aveva contratto matrimonio all'estero, matrimonio trascritto in Italia con effetti di unione civile, ed aveva avuto una bambina grazie a gravidanza per altri effettuata sempre all'estero. Il genitore intenzionale ha chiesto al giudice italiano l'adozione in casi particolari della bambina con estensione dei rapporti parentali alla sua famiglia.

attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, affinché tutti i minori potessero crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni. La disciplina censurata ledeva altresì il minore nell'identità a lui derivante <<dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità>>.

La declaratoria di illegittimità costituzionale, rimuovendo un ostacolo all'effettività della tutela offerta dall'adozione in casi particolari, e consentendo a tale istituto di garantire una piena protezione all'interesse del minore, ha fatto sì che l'adozione del minore in casi particolari (artt. 44 ss. l. 184/1983), al pari dell'adozione "ordinaria" (artt. 6 ss. l. n. 184/1983), non si limita a costituire il rapporto di filiazione con l'adottante (o con gli adottanti), ma fa entrare l'adottato nella famiglia dell'adottante²⁸.

4.2. La sentenza n. 38162/2022 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione

A) *Il limite dell'ordine pubblico alla possibilità di riconoscimento in Italia della maternità surrogata*

Nella sentenza n. 38162/2022 le Sezioni Unite hanno ribadito il divieto di trascrizione in Italia di un atto dello stato civile straniero contenente il riconoscimento anche del padre intenzionale nei confronti di un bambino nato in base a maternità surrogata. A tale conclusione la Corte è pervenuta, con una motivazione esemplare per profondità e completezza argomentativa²⁹, dopo aver riesaminato *funditus* l'intera materia (in cui si intrecciano l'esigenza di salvaguardare i principi ispiratori del nostro ordinamento, "che spiegano il divieto di un metodo di procreazione ritenuto lesivo di valori primari", e quella 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") e preso in considerazione tutti gli argomenti con i quali di volta in volta è stata sostenuta la tesi contraria.

Dopo aver premesso che ai sensi della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (art. 64, comma 1, lettera g), della legge n. 218 del 1995), il riconoscimento della sentenza straniera è

²⁸ Sulla sentenza cfr. tra gli altri, G. Ferrando, *op. cit.*

²⁹ Parla di una <<decisione di sistema>> M.R. 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.

subordinato al fatto che le sue disposizioni non producano effetti contrari all'ordine pubblico, nella sentenza viene ribadito che la compatibilità deve essere valutata non solo alla stregua dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, *“ma anche del modo in cui detti principi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente, dal quale non può prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico”*³⁰, quali aspetti della radice identitaria che non può essere dimenticata pur nell'apertura alle *“evoluzioni socio-culturali, anche sotto l'influenza della CEDU”*. E nella specie i limiti non oltrepasabili dal giudice, allorché si tratta di verificare la compatibilità non dell'atto con la legislazione straniera in cui è stato formato, ma degli effetti che esso produrrebbe nel nostro ordinamento, sono costituiti dai principi fondanti l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori; da quelli relativi al preminente interesse del minore ed alla non discriminazione in ciò che concerne il relativo *status* filiale; dal principio solidaristico *“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”*.

Alla stregua di tali premesse la Cassazione, richiamando anche precedenti della Corte costituzionale, ha confermato il proprio orientamento secondo cui l'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004, dove è considerata fattispecie di reato ogni forma di maternità surrogata, con sanzione rivolta a tutti i soggetti coinvolti, compresi i genitori intenzionali, è da considerare norma di ordine pubblico internazionale³¹. La sanzione penale – si osserva nella sentenza – è di per sé indice del disvalore attribuito dall'ordinamento alla gestazione per conto di altri, una condotta che, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione, e smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto riduce la prima *“a mero servizio gestazionale”* e *“il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente”* e determina sotto diversi profili un'offesa alla dignità ed alla libertà della donna. Nell'art. 12 si riflette l'esigenza di porre un confine *“al*

³⁰ Cfr., testualmente, Cass. Sez. Un., n. 12193/2019. Per riferimenti sul concetto di <<ordine pubblico internazionale>> cfr., tra gli altri, A. Scalera, *op. cit.*, ed i richiami ivi contenuti.

³¹ Peraltro già prima della legge n. 40/2004, che con l'art. 12 ha configurato come reato il ricorso alla maternità surrogata, dottrina e giurisprudenza affermavano l'invalidità degli accordi che ne prevedevano la praticabilità: cfr. A. Morace Pinelli, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata*, in *Giustizia Insieme*, 28 ottobre 2022 ed i richiami ivi contenuti.

desiderio di genitorialità ad ogni costo, che pretende di essere soddisfatto attraverso il corpo di un'altra persona utilizzato come mero supporto materiale", ed un argine al rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate.

Né il contrasto con l'ordine pubblico può essere escluso quando la pratica della maternità surrogata sia considerata lecita nell'ordinamento di origine, per essere frutto di una scelta libera e consapevole, revocabile sino alla nascita del bambino e indipendente da contropartite economiche. Il legislatore italiano, infatti, nel disapprovare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità della persona umana *"nella sua incompressibile dimensione oggettiva, con preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta"*³², sul presupposto che *"solo un divieto così ampio è in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento di condizioni di fragilità"*, e senza possibilità da parte del giudice di interpretazioni legate alla valutazione caso per caso. Sotto altro profilo, non è dubbio che a formare l'ordine pubblico internazionale concorre anche il principio del *superiore interesse del minore*, riconducibile agli artt. 2, 30 e 31 Cost. e proclamato da molteplici fonti internazionali ed europee. Ma tale principio, pur avendo un ruolo centrale e preminente, che esige ed impone di assicurare tutela all'interesse al riconoscimento giuridico del rapporto con il genitore d'intenzione, non può costituire *"un diritto tiranno rispetto alle altre situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute o protette, che costituiscono nel loro insieme espressione della dignità della persona"*³³ e non può legittimare comportamenti disapprovati dall'ordinamento.

Alla stregua di queste premesse, la Corte ha ribadito il divieto di trascrizione in Italia del provvedimento giudiziario straniero, e *"a fortiori dell'originario atto di nascita"*, ove sia indicato quale genitore del bambino il padre d'intenzione.

³² Come osserva G. Luccioli, *La maternità surrogata di nuovo all'esame delle Sezioni Unite. Le ragioni del dissenso*, cit., <<la dignità ferita dalla pratica di surrogazione chiama in gioco la sua dimensione oggettiva, in quanto si identifica con la dignità innata, che appartiene al patrimonio irrinunciabile di ciascun individuo e che per questo non offre spazio a scelte di volontaria rinuncia>>: una ferita alla dignità ed alla libertà <<non solo di quella donna, ridotta a mero contenitore di una vita destinata per contratto a non appartenerele mai, ma di tutte le donne>>, ed anche alla dignità del figlio, <<il soggetto più fragile del rapporto,nel momento in cui lo si vende o lo si dona e si alterano alla nascita i suoi dati anagrafici>>.

³³ Nel senso che il principio in questione non attribuisce all'interesse della persona di minore età l'effetto di prevalere automaticamente su tutto e su tutti cfr. tra gli altri, E. Lamarque, *Diritti fondamentali della persona di minore età e best interests of the child in Giustizia insieme*, 6 febbraio 2023, <https://www.giustiziainsieme.it/it/minori-e-famiglia/2642-diritti-fondamentali-della-persona-di-minore-eta-e-best-interests-of-the-child> ed i richiami ivi contenuti, anche alla giurisprudenza della CEDU.

B) L'adozione in casi particolari come strumento potenzialmente adeguato al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali.

Ma se spetta al legislatore, “*in prima battuta*”, il compito di assicurare il bilanciamento tra valori primari come quelli in discussione, la valutazione del giudice in sede interpretativa non potendosi spingere “*sino alla elaborazione di una norma nuova*”, neppure quando sia investito “*del compito di concretizzare la portata di una clausola generale come l'ordine pubblico internazionale...o di un principio, come il migliore interesse del minore, in cui si esprime un valore fondativo dell'ordinamento*”, nella perdurante inerzia del legislatore il giudice “*non può lasciare i diritti del bambino indefinitamente sospesi, ma deve ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare, nel caso concreto, la protezione dei beni costituzionali implicati*”, dal momento che la giurisprudenza, nell'interpretazione e nell'applicazione della legge, “*dà contenuto alle clausole generali, elaborando la regola del caso concreto*”.

Attuando dunque, nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, la ricognizione dell'ordinamento per verificarne le soluzioni praticabili alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata, le Sezioni Unite - dopo aver escluso che la sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021 abbia determinato un vuoto normativo³⁴ - ha ribadito che con la sentenza n. 7/2022 della stessa Corte costituzionale l'adozione in casi particolari, facendo entrare l'adottato nella famiglia dell'adottante al pari dell'adozione “ordinaria” del minore di cui agli artt. 6 e ss. della legge n. 184 del 1983, ha rimosso un ostacolo all'effettività della tutela offerta dall'adozione in casi particolari.

Vero è che la disciplina di tali ipotesi di adozione richiede, ai fini del perfezionamento della procedura, l'assenso del genitore biologico, il quale potrebbe non prestarlo in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia. Ma alla stregua del consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui per genitori esercenti la responsabilità genitoriale, il dissenso dei quali impedisce l'adozione particolare, debbono intendersi quelli che non ne siano meri titolari, ma ne abbiano altresì il concreto esercizio grazie a un rapporto effettivo con il minore, ed alla luce di un'interpretazione “*costituzionalmente conforme*”, il dissenso alla costituzione del legame di

³⁴ La sentenza n. 33/2011 della Corte costituzionale si è infatti limitata a rivolgere al legislatore l'invito a disciplinare l'adozione del bambino nato da maternità surrogata in modo più aderente alle peculiarità della situazione, mediante un procedimento caratterizzato <<da una maggiore speditezza, dalla parificazione degli effetti a quelli dell'adozione legittimante e dall'abbandono dell'assenso condizionante del genitore biologico dell'adottando>>. Cfr. al riguardo, anche le considerazioni di G. Luccioli, *La maternità surrogata di nuovo all'esame delle Sezioni Unite. Le ragioni del dissenso*, cit.

filiazione adottiva da parte del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale “può e deve essere valutato esclusivamente sotto il profilo della conformità all’interesse del minore”³⁵, giacché diversamente il contrasto rischia “di sacrificare uno dei rapporti sorti all’interno della famiglia nella quale il bambino è cresciuto, privandolo di un apporto che potrebbe invece essere fondamentale per la sua crescita e il suo sviluppo”³⁶.

E’ altrettanto vero che, qualora il partecipante al progetto procreativo, che non abbia legami genetici con il minore, cambi idea e non voglia più instaurare alcun rapporto giuridico con il nato, l’adozione può risultare, in concreto, “strutturalmente inidonea ad offrire una garanzia completa nella prospettiva della tutela del generato”. Ciò, tuttavia, non porta ad ammettere o a giustificare l’automatismo della trascrizione, quanto invece impone di ricercare nel sistema “gli strumenti affinché siano riconosciuti al minore, in una logica rimediale”, e subordinatamente ad una verifica in concreto di conformità al suo interesse, “tutti i diritti connessi allo status di figlio anche nei confronti del committente privo di legame biologico”, giacché chi con il proprio comportamento determina la nascita di un bambino, se ne deve assumere conseguentemente la piena responsabilità.

In base alle considerazioni che precedono, le Sezioni Unite hanno concluso che l’adozione in casi particolari, per come attualmente disciplinata, si profila quale strumento potenzialmente adeguato al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali, “restando la valutazione in ogni caso sottoposta al vaglio del giudice nella concretezza della singola vicenda”.

³⁵ E’ del resto da dubitare che il ricorso all’istituto possa costituire, in concreto, valido strumento di tutela del minore nelle situazioni di sopravvenuto contrasto tra il genitore biologico e quello di intenzione, quando è lecito supporre << il venir meno della comunità familiare e della condivisione di un progetto di crescita e la cessazione dell’accudimento quotidiano del minore da parte del genitore non biologico >>”: G. Luccioli, *La maternità surrogata di nuovo all’esame delle Sezioni Unite. Le ragioni del dissenso*, cit.

³⁶ Secondo E. Lamarque, *op. cit.* non è condivisibile il passo della sentenza in cui si afferma che i giudici, in casi come questi, sono chiamati a considerare <<le potenzialità dell’interpretazione costituzionalmente conforme >> per superare, se l’interesse del figlio lo richiede, il dissenso del genitore biologico all’adozione da parte del genitore non biologico, <<senza che occorra sollevare, persistendo l’omissione da parte del legislatore, una questione di legittimità costituzionale >>. L’Autrice sostiene invece che tale risultato non potrebbe essere raggiunto in via interpretativa, ma sarebbe necessario sollevare - in un diverso futuro giudizio, instaurato da un genitore non biologico che volesse superare il rifiuto da parte del genitore biologico - un nuovo incidente di costituzionalità per ottenere dalla Corte costituzionale, con il consueto meccanismo, una manipolazione del rigido testo di legge in modo da dare ingresso alla valutazione caso per caso, da parte del giudice, della rispondenza della richiesta adozione ai bisogni fondamentali del nato dalla pratica di surrogazione di maternità.

5. Conclusioni

La sentenza delle Sezioni Unite sembra porre un punto fermo sulla complessa e tormentata questione, e costituisce un approdo interpretativo che allo stato non appare ulteriormente espandibile, ferma restando – come sottolinea la stessa Corte – “*la possibilità per il legislatore di intervenire in ogni momento per dettare una disciplina ancora più aderente alle peculiarità della situazione*”.

E’ stato correttamente osservato che il principio del *best interest of the child* non può essere legato ad automatismi legislativi poco adatti ad assicurare la flessibilità necessaria per assicurare al bambino o all’adolescente di godere, nei limiti del possibile, “*degli interessi/delle esigenze/dei bisogni più importanti, fondamentali per il suo pieno sviluppo*”³⁷; e muove appunto da questa premessa l’ordinanza n. 230/2023 con la quale la Corte di cassazione, con riferimento al caso di due fratelli rimasti orfani di madre a seguito di un femminicidio, ha sollevato questione di legittimità dell’art. 27, comma 3, della l. n. 184/1983, in relazione agli artt. 2, 3, 30 Cost, all’art. 117 Cost. con riferimento all’art. 8 CEDU, agli artt. 3 e 21 Convenzione ONU di New York, ratificata con la l. n. 176 del 1991, ed all’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, nella parte in cui stabilisce che con l’adozione legittimante del minore, derivante dall’accertamento dello stato di abbandono e dalla dichiarazione di adottabilità, cessano definitivamente i rapporti dell’adottato con la famiglia di origine, estesa ai parenti entro il quarto grado, escludendo la valutazione in concreto del preminente interesse del minore a non reciderli, secondo modalità da stabilirsi in via giudiziale.

E certamente nel miglioramento dell’assetto normativo non potrà trascurarsi di considerare che la legittimazione ad attivare l’adozione in casi particolari, e cioè proprio il meccanismo di tutela dell’interesse del minore, è riconosciuta agli stessi adulti che hanno inteso realizzare il proprio desiderio di genitorialità attraverso il ricorso a una pratica che l’ordinamento disapprova, sicché nel contesto di una disciplina più adeguata dovrebbe dare spazio alla possibilità che sia lo stesso minore, tramite un curatore speciale nominato dal giudice, a “rivendicare” i diritti propri del figlio per il tramite di un concreto accertamento giudiziale di conformità all’interesse del minore.

³⁷ Così E. Lamarque, *op. cit.*

La strada da percorrere, anche per fare in modo che si realizzi quella “speditezza” del procedimento di adozione, considerata quale componente integrante ai fini della tutela del minore³⁸, è ancora lunga. Ma si deve confidare nel fatto che il cammino andrà avanti, pur nella consapevolezza – per usare ancora una volta le parole della sentenza annotata – che “*le nuove frontiere dell’interpretazione che aspirino a offrire stabilità e certezza non conseguono a bruschi cambiamenti di rotta, ma sono il frutto di un progredire nel dialogo con i precedenti, con le altre Corti e con la cultura giuridica*” e non ignorando – come insegna la stessa storia della giurisprudenza costituzionale – “*quanto possa essere frequente l’esistenza di “diritti senza legge” che si affermano a prescindere da una previsione normativa ed eventualmente, in talune circostanze, anche contro le sue determinazioni*”³⁹.

³⁸ In tal senso ad esempio, E. Bilotti, *Ricorso alla surrogazione di maternità da parte di una coppia di donne e condizione giuridica del nato. Commento a Trib. Bari, decr. 7 settembre 2022*, in *Giustizia Insieme*, 3 novembre 2022 <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/129-main/minori-e-famiglia-2022-> secondo il quale <<*una disciplina autenticamente rimediale a tutela dei nati contra legem*>> dovrebbe abbandonare il modello adottivo e trovare collocazione nell’apposito capo della legge n. 40/2004 recante “Disposizioni a tutela del nascituro”, avendo cura di distinguere il caso del ricorso all’eterologa da parte di una coppia di donne da quello del ricorso alla maternità surrogata, consentendo appunto in questo secondo caso l’iniziativa del minore per il tramite del curatore speciale.

³⁹ F. Paruzzo, op.cit.