

## ***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?***

**di Gabriella Luccioli in Giustizia Insieme 22.5.2020**

**SOMMARIO: 1. La Corte di Cassazione al bivio tra diritto vivente e parere preventivo della CEDU. 2. La lesione del principio di dignità e l'ordine pubblico internazionale.**

### **1. La Corte di Cassazione al bivio tra diritto vivente e parere preventivo della CEDU.**

Avevo auspicato che la sentenza delle Sezioni Unite n. 12193/2019 in tema di maternità surrogata avrebbe costituito un punto fermo per la giurisprudenza successiva, di legittimità e di merito, ed in tal senso avevo titolato una mia nota adesiva a detta decisione<sup>[1]</sup>. Come è noto, quella sentenza aveva negato il riconoscimento di efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante ricorso alla pratica di surrogazione ed il genitore di intenzione italiano, stante il divieto posto dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, ed aveva affermato che la tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti dal legislatore prevalenti sull'interesse del minore, non escludeva la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale mediante altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari.

Il mio auspicio si è purtroppo dissolto alla lettura dell'ordinanza n. 8325 del 2020 della prima sezione della Corte di Cassazione, che dopo meno di un anno ha preso le distanze dalla suindicata decisione ed ha proposto la questione di costituzionalità dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, degli artt. 18 del d.p.r. n. 396 del 2000 e 64, comma 1, lett. g), della legge n. 218 del 1995, nella parte in cui non consentono, secondo il 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 del c.d. genitore d'intenzione non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli artt. 8 della CEDU, 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione ONU sui diritti dei minori, e art. 24 della Carta dei Diritti dell'UE.

Il passaggio argomentativo attraverso il quale la sezione semplice si è sottratta al vincolo del precedente delle Sezioni Unite è costituito dal richiamo al parere espresso in materia dalla Grande Camera della Corte Europea ai sensi del Protocollo n. 16, che nell'assunto si porrebbe in contrasto insanabile con il diritto vivente cristallizzato nella suindicata pronuncia delle Sezioni Unite.

Tale impostazione suscita serie perplessità. In primo luogo va rilevato che l'ordinanza in commento muove da un presupposto errato lì dove afferma che successivamente alla sentenza delle Sezioni Unite è intervenuto il parere della Grande Camera: ed invero il parere in discorso è stato emesso il 10 aprile 2019, mentre la pubblicazione della sentenza delle Sezioni Unite è dell'8 maggio 2019, così da doversi escludere l'esistenza di un contrasto sopravvenuto con la giurisprudenza della CEDU.

In secondo luogo, se pure non può negarsi che anche in mancanza di ratifica del Protocollo Addizionale da parte dell' Italia il parere può rivestire un indiretto rilievo interpretativo nel nostro ordinamento, sembra ardito assumere il parere stesso, per sua natura non vincolante neppure per il giudice francese richiedente, quale parametro di riferimento imprescindibile ai fini della affermazione del diritto del minore nato da maternità surrogata ad essere riconosciuto figlio anche del genitore di intenzione.

Ed invero lo strumento di dialogo con le Corti nazionali introdotto dal Protocollo n. 16 è per sua natura rivolto a fornire in via preliminare una mera opinione della Corte di Strasburgo su una questione di principio relativa all' interpretazione o all' applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla CEDU, fornendo al giudice nazionale richiedente un ausilio al fine di prevenirne la violazione nella soluzione del caso concreto.

Ed ancora, il denunciato contrasto con il diritto vivente italiano non è affatto scontato, atteso che in sede consultiva la Corte di Strasburgo, dando risposta ai due quesiti formulati, concernenti i limiti e la discrezionalità degli Stati in materia di trascrizione dell' atto di nascita formato all' estero, da un lato ha affermato che il diritto del minore al rispetto della vita privata ai sensi dell' art. 8 della Convenzione richiede che il diritto interno offra una possibilità di riconoscimento del legame di filiazione con la madre intenzionale, indicata nell'atto di nascita come madre legale, ma dall' altro lato ha precisato che il rispetto della vita privata del bambino non esige che tale riconoscimento avvenga mediante la trascrizione nei registri dello stato civile di detto atto di nascita, potendo il riconoscimento avvenire in altro modo, ad esempio con l' adozione da parte della madre intenzionale, sempre che la procedura stabilita dall' ordinamento nazionale garantisca una sua tempestiva ed efficace attuazione, nel rispetto del superiore interesse del minore. A tale riguardo la Corte Europea ha fatto riferimento ad ulteriori fondamentali componenti del diritto alla vita privata che devono essere tutelati, come quelli concernenti il rischio di abusi che il ricorso alla gestazione per altri può comportare e l' impossibilità per il figlio di conoscere le proprie origini.

Ciò vale a dire che, escluso che il superiore interesse del bambino si realizzi solo con la sua iscrizione anagrafica come figlio della coppia committente, resta rimessa alla discrezionalità del legislatore statale la scelta del mezzo utilizzabile per il soddisfacimento del diritto alla bigenitorialità. La sussistenza di un vincolo genetico con il minore viene così a segnare il limite oltre il quale appartiene alla discrezionalità del legislatore statale l'individuazione degli strumenti più adeguati per conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale, fermo l'obbligo di assicurare una tutela comparabile a quella ordinariamente collegata allo *status filiationis*.

Va peraltro ricordata al riguardo la sentenza emessa dalla stessa Grande Camera il 24 gennaio 2017, nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, che riformando la pronuncia della seconda Camera del 27 gennaio 2015 ha escluso la violazione dell'art. 8 della CEDU da parte dell'Italia nel caso di un minore nato da maternità surrogata e sottratto ai genitori a causa dell'inesistenza di un legame biologico con i coniugi. In tale decisione la Corte di Strasburgo, premesso il riconoscimento della discrezionalità degli Stati nella disciplina del fenomeno, ha affermato la legittimità dell' allontanamento del minore da parte dello Stato italiano in ragione dell' interesse pubblico superiore di ripristinare la legalità violata e dell' urgenza di adottare misure a tutela del bambino, così rifiutando la logica del fatto compiuto e della esaltazione della genitorialità di intenzione, ed ha anche negato che il superiore interesse del minore, in termini di continuità affettiva, costituisca criterio prevalente rispetto a detto interesse pubblico.

Tale decisione, espressione anch'essa della più alta articolazione della Corte di Strasburgo, è stata del tutto ignorata dall'ordinanza in esame, che pure avrebbe dovuto illustrare le ragioni della prevalenza ai fini interpretativi del parere espresso ai sensi del Protocollo n.16.

D'altro canto l'idoneità dell'adozione in casi particolari a porsi come clausola di chiusura del sistema e come adeguato strumento di tutela del diritto del minore di veder riconosciuti i legami sviluppatisi sul piano affettivo ed educativo con altri soggetti, all'unica condizione della constatata impossibilità, anche di diritto, di procedere all'affidamento preadottivo era stata espressamente riconosciuta dalle stesse Sezioni Unite e costituiva quindi diritto vivente, in chiara sintonia con il parere della CEDU, pur non menzionato in motivazione.

È allora evidente il cortocircuito che inficia il ragionamento della Corte, la quale da un lato ritiene non esserle consentito fornire un'interpretazione che si contrapponga a quella adottata dalle Sezioni Unite, in ragione della sua attitudine a *radicare il diritto vivente al fine di garantire la certezza e l'uniformità dell'applicazione del diritto, quale bene fondamentale dell'ordinamento giuridico*, dall'altro lato si avvale proprio dell'autorità di quel precedente per sollevare una questione di costituzionalità volta a rimuovere la disposizione sottostante al principio enunciato dalle Sezioni Unite.

Non può ancora non sottolinearsi la linea di convergenza tra le Corti sulle modalità di tutela del nato da gestazione per altri, atteso che anche la Corte Costituzionale ha fatto riferimento all'istituto dell'adozione nella sentenza n. 272 del 2017, lì dove ha affermato che *non possono non assumere oggi particolare rilevanza da un lato le modalità del concepimento e della gestazione e, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela*.

## **2.La lesione del principio di dignità e l'ordine pubblico internazionale.**

La posizione della sezione semplice di netto dissenso rispetto alla sentenza n. 12193 del 2019 è ancor più evidente nella seconda parte della motivazione dell'ordinanza, che reca come titolo *Conflitto con i principi d'invulnerabilità dei diritti fondamentali del minore, d'uguaglianza, non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità*: qui si censurano in modo diretto, senza più lo schermo del parere della CEDU, i vari passaggi della decisione delle Sezioni Unite, ravvisando in essi un contrasto con gli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione, e specificamente contestando l'accezione in essa assunta del concetto di ordine pubblico internazionale e del suo rapporto con il principio del superiore interesse del minore.

Mi limito in questa sede a qualche breve osservazione sull'ordine pubblico internazionale, un concetto che inevitabilmente chiama in gioco il principio di *dignità*, quale elemento costitutivo dell'ordine pubblico e valore fondante dell'intero ordinamento.

La Cassazione evita di confrontarsi con la problematica che la lesione del principio di dignità solleva, affermando che il riconoscimento della sentenza straniera non implica alcun riconoscimento del contratto di maternità surrogata, e quindi non incide sulla dignità della donna ferita dalla pratica di surrogazione, ma produce soltanto l'effetto di riconoscere lo *status* e l'identità del figlio, come acquisiti all'estero: è agevole replicare che il riconoscimento di detto *status* involge comunque l'

accertamento di un rapporto genitoriale radicato nel fatto di surrogazione, che non può essere bypassato seguendo una prospettiva fondata esclusivamente sull' esigenza di tutela dell' interesse del minore.

In realtà il veloce riferimento contenuto in alcuni passaggi della motivazione alla dignità della gestante, ritenuta in ogni caso non idonea ad affievolire i diritti inviolabili del minore, denota una insufficiente consapevolezza della rilevanza primaria di quel valore che Stefano Rodotà definiva il *diritto dei diritti*, il supervalore da cui discendono tutti gli altri diritti, il principio che l'art. 3 della Costituzione antepone al principio di eguaglianza.

Come è noto, nell' ampio dibattito sviluppatosi in dottrina negli ultimi anni sul significato del principio di dignità, giustificato dall' evidente polisemia del termine, è emersa una contrapposizione tra gli studiosi, divisi tra coloro che tendono ad esaltare il profilo soggettivo del concetto, e quindi il principio di autodeterminazione, l' autonomia morale, i convincimenti più profondi di ciascuno, e coloro che propendono per una concezione oggettiva della nozione, in essa ravvisando un nucleo assoluto, una dimensione comune a tutta l' umanità che ha riguardo all' esistenza stessa di ogni persona<sup>[2]</sup>.

Ritengo sia possibile sottrarsi al dilemma di tale alternativa attribuendo al principio di dignità un contenuto ampio, comprensivo sia del valore originario e non comprimibile che la Costituzione e le Carte dei diritti assegnano alla persona sia del riconoscimento delle esperienze e delle sensibilità che caratterizzano il patrimonio spirituale di ognuno. Tale capacità inclusiva rende possibile declinare il principio secondo direttrici diverse, in relazione alle situazioni concrete oggetto di esame: se il diritto di morire con dignità non può non essere ancorato alla visione soggettiva del malato ed alla sua personalissima percezione della dignità nel momento estremo del distacco dalla vita, altre situazioni, come quella del celebre lancio dei nani sparati da un cannone per il diletto degli spettatori esaminato dalla giurisprudenza francese, richiamano il valore assoluto della dignità innata, che appartiene al patrimonio irrinunciabile della persona umana e che per questo non lascia spazio a scelte di volontaria rinuncia.

È indubbiamente vero che l'assunzione in termini oggettivi del concetto di dignità carica il giudice di una forte responsabilità, in quanto lo chiama a dare significato e sostanza a quel principio, evitando di ancorarlo a valori del tutto personali, ma è altrettanto certo che in tale percorso la stella polare non può che essere il rispetto della persona.

Come appare evidente, assumere il concetto di dignità quale valore assoluto, oggettivo ed irrinunciabile a fronte di comportamenti lesivi vuol dire identificare il bene tutelato non solo o non tanto nella dignità del soggetto coinvolto, ma in quella di ogni essere umano.

L' operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione, così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, trascurando i pesanti limiti cui devono sottostare le donne durante la gestazione rispetto all' alimentazione, allo stile di vita, ai controlli medici, riducendo la donna a mero strumento riproduttivo e la nascita del figlio ad evento conclusivo di tale prestazione servente, assumendo la filiazione come mezzo di autorealizzazione del soggetto committente, e non più come rapporto nascente dal fatto generativo<sup>[3]</sup>, costituisce un attacco demolitore della relazione materna ed una ferita alla dignità non solo di quella donna, ma di tutte le donne. La rinuncia preventiva ai diritti materni si risolve in un atto contrario alla libertà non solo di quella donna, ma di tutte le donne.

Ed è appunto questa valenza oggettiva, nel caso di gestazione per altri, del concetto di dignità che rende improponibile la posizione di quanti invocano quel principio di autodeterminazione che esige di essere rispettato in tutte le sue espressioni, in nome di un neoliberalismo culturale che postula la totale disponibilità da parte delle donne del proprio corpo.

Al contrario, la natura penale della sanzione prevista dall' art. 12, comma 6, della legge n. 40 esprime con chiarezza la funzione della norma di tutela di interessi di rilevanza costituzionale, ed in particolare del valore supremo della dignità umana.[\[4\]](#)

Se non si dà senso a parole che lo hanno smarrito si finisce con il pensare che far nascere un bambino con la surrogata sia un gesto di libertà e di progresso, mentre il rifiutare una pratica che riduce le donne a meri supporti materiali per la realizzazione di un progetto altrimenti irrealizzabile ed i bambini a oggetto di scambio, secondo una logica meramente proprietaria, sia segno di bigottismo reazionario. Peraltro, contrariamente a quanto osserva l'ordinanza in esame, nulla cambia per il bambino, ma per molti aspetti anche per la madre, se ciò avviene a titolo oneroso o gratuito.

Susanna Tamaro ha definito la gestazione per altri *la più sofisticata e atroce forma di schiavismo inventata dalla modernità, .... uno schiavismo che furbescamente si ammanta della parola "amore"*.[\[5\]](#)

La Corte Costituzionale ha in più occasioni affermato, nello scrutinare varie norme contenute nella legge n. 40 del 2004, che restava ferma in ogni caso l'illegittimità della gestazione per altri ed ha rimarcato nella richiamata sentenza n. 272 del 2017 che la maternità surrogata *offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*.

Ma è anche la dignità del figlio, il soggetto più debole del rapporto, che resta ferita nel momento in cui se ne fa oggetto di scambio, alterando alla nascita i suoi dati anagrafici. Il minore diventa lo strumento per soddisfare il desiderio di genitorialità dell'adulto - che non è un diritto, ma una mera e legittima aspirazione - attraverso l'interruzione in modo netto e definitivo, immediatamente dopo il parto, di quel legame simbiotico con colei che lo ha generato, con una lacerante destrutturazione della relazione materna, associata alla soppressione del diritto fondamentale di conoscere da adulto la propria identità biologica. Per tale via il bambino non è più soggetto, ma oggetto di diritto fin dal momento del suo concepimento.

Non si può ancora non tener presente, allargando lo sguardo oltre i nostri confini, che è in atto a livello mondiale una seria ridefinizione dei margini di operatività della gestazione per altri, atteso che vari Stati, in passato molto aperti in favore di detta pratica, hanno avviato un processo di revisione in senso limitativo delle proprie posizioni: la Thailandia ed il Nepal hanno vietato nel 2015 la maternità surrogata commerciale; l'India nel dicembre 2018 ha approvato una legge che ne riduce l'applicazione alle coppie sposate da almeno cinque anni, o almeno a quelle in cui uno dei committenti abbia passaporto indiano, disponendo altresì che la gravidanza sia gestita da una parente stretta della coppia e ponendo il divieto assoluto di maternità surrogata commerciale.

Quanto ai Paesi Europei, ricordo che la gran parte di essi, a diverse latitudini, come, tra gli altri, l'Austria, la Spagna, la Francia, la Germania, l'Ungheria, la Norvegia, la Finlandia, la Romania, la Svizzera, vietano ogni forma di maternità surrogata (il parere della CEDU ne indica 24, oltre la Francia, tra quelli che sono parti della Convenzione); che il Parlamento Europeo con la Risoluzione del

17 dicembre 2015 ha condannato la pratica in discorso in quanto *compromette la dignità umana della donna, dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce*; che il Consiglio d'Europa l'11 ottobre 2016 ha bocciato la proposta di raccomandazione della parlamentare belga De Sutter diretta, tra l'altro, a dettare le linee guida per la disciplina dello *status* dei bambini venuti al mondo a seguito di maternità surrogata, ritenendo che detto intervento potesse favorire la legalizzazione diffusa di detta pratica.

Mi sembra ancora utile segnalare che il 2 febbraio 2016, a conclusione di un convegno svoltosi a Parigi nella sede del Parlamento francese, è stata votata e approvata da organizzazioni impegnate nella difesa dei diritti umani, da rappresentanti del mondo politico e della comunità scientifica la Carta di Parigi, un documento volto a proporre a tutti gli Stati europei l'abolizione della maternità surrogata, ritenuta *disumanizzante* e contraria alla dignità e ai diritti delle donne e dei bambini.

A fronte delle tante resistenze che la gestazione per altri incontra a livello mondiale e dei tanti problemi sul piano etico e giuridico che essa solleva nei Paesi in cui è consentita (ad esempio, quale sorte per il concepito in esubero o non corrispondente a quello ordinato?), la questione posta nell'ordinanza della Corte di Cassazione si profila come una disinvoltata e pericolosa apertura verso una pratica lesiva dei diritti umani delle donne e dei bambini. E tale apertura appare ancor più discutibile in presenza dei limiti rigorosi che l'ultimo comma del novellato art. 374 c.p.c. impone alle sezioni semplici nei confronti dei principi di diritto enunciati dalle sezioni unite.

Una dimostrazione di autoreferenzialismo giuridico, che ignora i problemi etici e manifesta una radicale scissione dalla realtà, e anzi tende a superare la realtà con un uso non corretto dello strumento del diritto.[\[6\]](#)

[\[1\]](#) V. LUCCIOLI, *Dalle Sezioni Unite un punto fermo in materia di maternità surrogata*, in *Foro It.* 2019, I, c. 4027.

[\[2\]](#) Per un interessante scambio di opinioni sul tema della dignità v. l'intervista di CONTI ai costituzionalisti D'Aloia, D'Amico e Repetto in *Giustiziainsieme*, 22 maggio 2019.

[\[3\]](#) In tal senso, tra gli altri, NICOLUSSI, *La natura dell'umana generazione: una prospettiva giuridica*, Milano, 2017, p. 143.

[\[4\]](#) V. sul punto, nella sterminata letteratura sul tema, RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, in *Eur.dir. priv.* 2015, II, p.421.

[\[5\]](#) Intervento svolto il 23 marzo 2017 alla Camera dei Deputati, nel corso dell'incontro internazionale su *Maternità al bivio, dalla libera scelta alla surrogata, una sfida mondiale*.

[\[6\]](#) V.sul punto DI BENEDETTO, *La maternità surrogata: le principali questioni bioetiche*, in *diritto.it*, 18 dicembre 2019.